

UNIVERSITE PARIS DESCARTES
FACULTE DE MEDECINE PARIS DESCARTES – SITE COCHIN

THESE
pour obtenir le grade de
DOCTEUR
SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTE

École doctorale : DROIT – GESTION - RELATIONS INTERNATIONALES
Discipline : ETHIQUE ET DROIT MEDICAL

Présentée et soutenue publiquement
par **GALOPIER LEGOUGE Catherine**
le 9 Décembre 2009

ANALYSE CRITIQUE ET ASPECT ETHIQUE DES
DECISIONS DE LA COUR DE CASSATION DU
17.11.2000 AU 28.11.2001 RELATIVES A L'ERREUR OU
A L'ABSENCE DE DIAGNOSTIC PRENATAL ET A
SES CONSEQUENCES INDEMNITAIRES

JURY :

Pr. Jean-François MATTEI
Pr. Christian HERVE
Pr. Francine DEMICHEL
Pr. Claude SUREAU
Pr. Yves DUMÉZ
Pr. Irène FRANCOIS

Président
Directeur de thèse
Rapporteur
Rapporteur
Examineur
Examineur

*Toute ma gratitude va aux membres du jury qui ont accepté de lire ce travail,
au Professeur Christian Hervé,
au Professeur Claude Sureau.*

*« durcir en mots l'essence vivante de la personne humaine »
H. ARENDT*

A mes proches,

Résumé en français

Si les juges du fond contribuent, par la faute contractuelle, à l'élaboration des normes de conduite des praticiens, c'est l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, alors que la jurisprudence était divisée, qui a fait choix, par six arrêts rendus entre le 17 novembre 2000 et le 28 novembre 2001, de déterminer, dans le cadre de la responsabilité contractuelle du médecin, le dommage de la mère et le préjudice indemnifiable des parents de l'enfant handicapé à la suite d'une erreur, d'une négligence conduisant à une erreur ou absence de diagnostic prénatal. Il est notamment, le préjudice résultant pour eux du handicap. Elle a préalablement, ouvert à l'enfant né atteint d'un handicap, en sa qualité de tiers au contrat subissant un préjudice du fait de la mauvaise exécution du contrat, l'action en justice ; il peut dès lors, demander en justice, à l'encontre du contractant fautif, le professionnel de santé, et dans le cadre de la responsabilité délictuelle, la réparation du préjudice qu'elle a déterminé : le préjudice résultant de son handicap. L'Assemblée plénière a assuré la garantie de l'application de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et le choix de la mère. L'appréciation de cette décision et de la construction jurisprudentielle renvoie à l'acte juste et ses trois principaux critères dégagés que sont la légalité, la légitimité et la visée éthique. Si les arrêts de l'Assemblée plénière sont recouverts du manteau de la légalité, si les moyens employés relèvent du pouvoir d'appréciation du juge, la visée éthique poursuivie révèle une conception humainement réalisable du respect de la personne humaine ; mais, c'est le cadre possible, assigné à ces décisions, de politique jurisprudentielle, s'entendant d'une volonté de déterminer la ligne directrice à suivre par le juge, qui interroge ; il amène à repenser les fonctions de nos institutions judiciaire et législative dans l'hypothèse d'une réforme toujours envisagée de la Cour de cassation.

Titre en anglais

Critical analysis and the ethical dimension of the decisions of the French Supreme Court from 17/11/2000 to 28/11/2001 relating to error in or the absence of prenatal diagnosis and its consequences for compensation

Résumé en anglais

Judges contribute to the establishment of standards of conduct for medical practitioners, through cases involving negligence. However, the plenary assembly of the Supreme Court, through six judgements issued between 17th November, 2000 and the 28th November 2001, has ruled on the loss to the mother and the consequential pain and suffering for which damages should be paid to the parents of the handicapped child in the context of the contractual liability of the doctor in cases of error, negligence leading to error or the absence of prenatal diagnosis, in domains of unclear precedent. The consequential pain and suffering taken into account is essentially that corresponding to the burden inflicted on the parents by the handicap. The court has previously allowed the handicapped child, as a third party to a contract harmed due to the contract not being executed correctly, to bring a court action. The child can now sue the health professional, invoking his or her liability and, if the court finds in the child's favour, the child can demand damages for the hardship and suffering confirmed by the court: that resulting from the handicap. The plenary assembly has enforced the application of the law concerning abortion and the choice of the mother. To understand this decision and the jurisprudence supporting it, we need to study the legal act itself and the three principal

criteria underlying it: legality, legitimacy, and ethical aims. These judgements by the plenary assembly are veiled in a cloak of legality, and the methods used seem to highlight the understanding of judges. Furthermore, the ethical approach followed reveals an attainable concept of respect for the individual. However, the possible legal framework assigned to these decisions, extending to a desire to establish governance over the decisions of judges, is questionable. We therefore need to reconsider the roles of our legal and judicial institutions in the event of the planned reform of the Supreme Court.

Mots- clés en français

MEDECINE – Responsabilité civile – Faute – Lien de causalité – Interruption de grossesse – Réparation du préjudice – Préjudice indemnisable – Enfant né handicapé – Parents.
JUSTE – Critères – Gouvernance.

Mots- clés en anglais

Key Words

MEDICINE — civil liability, error, causal link, abortion, damages, direct injury
child handicapped at birth, parents,
JUSTICE — criteria - governance

TABLE DES MATIERES

Introduction

PARTIE I : CADRE DE L'ETUDE - METHODOLOGIE ET MATERIEL

Chapitre 1 – LE CADRE DE L'ETUDE	10
Chapitre 2 – LA METHODOLOGIE ET LE MATERIEL	13

PARTIE 2 : ETUDE DE LA JURISPRUDENCE

SOUS- PARTIE I : LA JURISPRUDENCE ANTERIEURE A L'ARRET PERRUCHE

Chapitre 1 – SOUS LA JURISPRUDENCE LA REALITE ET LA SINGULARITE D'UNE SITUATION	22
Chapitre 2 – LA JURISPRUDENCE ANTERIEURE A L'ARRET DIT PERRUCHE. ETUDE DES INFORMATIONS RECUEILLIES	31

SOUS- PARTIE II : L'ARRET DIT « PERRUCHE »

Chapitre unique – L'ARRET DE L'ASSEMBLEE PLENIERE DE LA COUR DE CASSATION DU 17 NOVEMBRE 2000	72
--	-----------

SOUS- PARTIE III : LA JURISPRUDENCE POSTERIEURE A L'ARRET DIT « PERRUCHE »

Chapitre 1 – LA JURISPRUDENCE POSTERIEURE A L'ARRET DIT PERRUCHE ET L'ACTION DE L'ENFANT HANDICAPE	
Sous- chapitre 1 – Exposé de la jurisprudence postérieure à l'arrêt dit Perruche dans le cadre de l'action de l'enfant handicapé	84
Sous- chapitre 2 – La jurisprudence postérieure à l'arrêt dit Perruche dans le cadre de l'action de l'enfant handicapé. Etude des informations recueillies	100

Chapitre 2 – LA JURISPRUDENCE POSTERIEURE A L'ARRET DIT PERRUCHE ET L'ACTION DES PARENTS DE L'ENFANT HANDICAPE	
Sous- chapitre 1 – Exposé de la jurisprudence postérieure à l'arrêt dit Perruche dans le cadre de l'action des parents de l'enfant handicapé	118
Sous- chapitre 2 – La jurisprudence postérieure à l'arrêt dit Perruche dans le cadre de l'action des parents de l'enfant handicapé. Etude des informations recueillies	131

SOUS- PARTIE IV : LA SYNTHESE DE LA JURISPRUDENCE

Chapitre unique – LA CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE	140
--	------------

PARTIE 3 : LA DECISION DE L'ASSEMBLEE PLENIERE CONSTITUE -T- ELLE UN ACTE JUSTE ?

SOUS- PARTIE I : VERS L'ACTE JUSTE

Chapitre 1 – LA DETERMINATION DE LA DISCUSSION	185
Chapitre 2 – DE LA DEFINITION AUX CRITERES DE L'ACTE JUSTE	194

SOUS- PARTIE II : DE QUELQUES CRITERES DE L'ACTE JUSTE

Chapitre 1 – LE JUSTE ET LA LEGALITE	205
Chapitre 2 – LE JUSTE PAR L'INSTITUTION DE JUSTICE	219
Chapitre 3 – LE JUSTE ET LA VISEE ETHIQUE	231
Chapitre 4 – LE JUSTE ET LA POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE	250

Conclusion générale	264
----------------------------	------------

BIBLIOGRAPHIE	267
----------------------	------------

Il est des décisions de justice qui franchissent les portes du palais de justice et ne se limitent pas à la seule sphère des parties à la procédure.

Elles vont jusqu'à prendre le nom de la partie qui représente la controverse déclenchée jusqu'à se confondre totalement avec elle, si bien qu'on en arrive à oublier ce qu'elles sont véritablement pour ne retenir que l'une des questions qu'elles ont suscitées parce qu'elle rencontre notre propre questionnement.

Tel est le cas de l'arrêt dit « Perruche ».

Ce n'est pas à l'une de ces questions que nous avons consacré la présente étude. Nous avons essayé, simplement, de comprendre cet arrêt dont on finissait par perdre le sens sous la multitude des commentaires dont il était l'objet. Ce n'est pas que nous entendons représenter la Vérité tant la voie qui mène à l'interprétation est d'un accès facile au risque de corrompre la première.

Mais préalablement, comment tenter d'en comprendre le sens sans le replacer dans le contexte des décisions de justice antérieurement rendues dans les cas similaires ? Comment, dès lors, les juges avaient-ils résolu le cas de la faute du praticien à l'occasion d'un acte de dépistage conduisant à une absence ou erreur de diagnostic, et ses conséquences ? C'est ainsi que nous sommes partis à la recherche de la jurisprudence antérieure à l'arrêt Perruche mais aussi d'un sens commun, d'une élaboration progressive du droit. Nous avons été conduit sur cette voie par ce que disait F. Dagognet : « il faut mettre de l'esprit dans les choses, ne pas se borner à elles. Qu'est-ce donc l'esprit sinon ce qui dépasse le donné et découvre en lui des liaisons... de telle manière que ces liaisons rendent ce donné plus cohérent et plus rationnel ». Y avait-il une jurisprudence au sens où l'entendait J Carbonnier (réf 115) de « l'autorité de ce qui a été jugé constamment dans le même sens » ? Pouvions-nous relier les décisions les unes aux autres pour y découvrir une politique d'ensemble ? Aboutissait-elle à sous-tendre progressivement des valeurs communes ? Nous en avons relevé la spécificité mais aussi le manque d'unité.

Dans ce contexte, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendait son arrêt le 17.11.2000, suivi, à quelques mois d'intervalle, de trois puis de deux autres décisions. Le régime de la responsabilité civile propre au cas de l'erreur de diagnostic prénatal était édifié. Ces arrêts pouvaient-ils être liés avec les précédents jurisprudentiels, les décisions rendues entre temps, de sorte à trouver une politique qui fasse le lien entre eux ? Avait-elle placé un cas singulier sous la règle, cherché une règle pour le cas ou déterminé une politique jurisprudentielle ? Dès lors, ce qui se présentait à nous comme la gestion nouvelle d'un cas conduisait nécessairement à la question de l'acte « juste ».

Les décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation constituaient-elles un acte juste ?

F. Dagognet s'exprimait en ces termes à propos de l'histoire des sciences : « l'esprit est dans les choses... et les choses dans l'esprit... C'était la matérialité même de leur ruse qui m'intéressait plus que ce qu'ils avaient obtenu » (réf 53). Nous ne sommes pas allés à la recherche d'une ruse éventuelle des magistrats mais de la compréhension de leurs décisions. C'est cette étude que nous nous proposons d'exposer en trois parties : après en avoir déterminé le cadre d'une part, la méthodologie, le matériel d'autre part (Partie I), nous présenterons la jurisprudence antérieure à l'arrêt Perruche, puis la construction de l'assemblée plénière de la Cour de cassation (Partie II), enfin nous nous poserons la question de savoir si cette construction constitue un acte juste ? (Partie III).

**PARTIE I : CADRE DE L'ETUDE
METHODOLOGIE ET MATERIEL**

Elle a une visée purement pragmatique, c'est la raison pour laquelle elle peut apparaître comme succincte au regard de celles qui la suivront ; néanmoins elle s'avère nécessaire en ce que d'une part elle sert à circonscrire le champ sur lequel porte l'étude qui se situe à la proximité d'autres hypothèses, cas qui seront exclus, d'autre part elle permet, aux fins de contrôle, d'exposer la méthode de travail qui a été utilisée et appliquée à un matériel préalablement rassemblé.

Chapitre 1 – LE CADRE DE L'ETUDE

Il faut reconstruire l'élaboration du droit pour le comprendre. Pour ce faire, nous avons préalablement à en déterminer le cadre.

SI - Le cadre de l'étude

S'il a besoin d'être déterminé pour prendre connaissance précisément du cas traité (§1) il apparaît nécessaire, afin de mieux le cerner encore, de l'ancrer dans la réalité (§2).

§ 1 – Le cadre théorique

Il est doublement limité.

a) - L'étude porte sur :

1 - la faute du praticien : omission, erreur ou absence de diligence, négligence.

- du praticien, médecin généraliste ou spécialiste, biologiste, radiologue, du secteur privé,

- à l'occasion d'une pratique médicale : (sérologie de la rubéole réf 60 10 15 ; examens pour déceler la T21 réf 61 : amniocentèse, 62 : dosage pour éventuelle amniocentèse, 26 25; échographies ou IRM réf 61 ter 64 63 24 26 121) ayant pour but de détecter chez la femme enceinte, l'embryon, une affection ou une anomalie, la pratique médicale étant réalisée ou non par le praticien lui-même, la pratique médicale correspondant au DPN orienté visé par la loi N° 94-654 du 29.7.1994 ou non; elle s'inscrit dans le cadre de la surveillance obligatoire ou qui se révèle nécessaire de la grossesse.

C'est une médecine de dépistage (sur la distinction médecine de dépistage et médecine préventive voir note P Sargos JCP éd G 10.5.2000 I 226 « approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin patient » réf 79).

- conduisant à une absence de dépistage ou une erreur de diagnostic,

- et ses conséquences : l'action en responsabilité civile des parents (père et mère de l'enfant), de l'enfant atteint d'un handicap, tendant à la réparation de leurs préjudices; il est exclu du champ de l'étude l'action en justice de la fratrie.

2 – et leur traitement par la jurisprudence civile antérieure à l'article 1^{er} I al. 3 de la loi N° 2002-303 du 4.3.2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (à l'exception de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29.3.2002 intervenu dans le cadre de l'affaire Perruche, suite de la procédure et comme telle faisant partie de la présente étude).

b) – Sont exclus :

- le diagnostic pré-conceptionnel,

- l'acte fautif qui crée directement le handicap,

- la naissance d'un enfant parfaitement constitué mais sans avoir été désiré en raison de l'échec d'une IVG ou stérilisation,
- la faute postérieure à la naissance ayant causé le handicap dont souffre l'enfant

§ 2 – Du cadre théorique à quelques données chiffrées

Afin de mieux cerner encore cette étude, il convient de la placer dans un contexte chiffré quant au nombre de naissances d'enfants atteints d'un handicap et d'actes de dépistage réalisés en rapport avec les affaires étudiées, aux spécialités médicales en cause.

a) – sur le handicap en France

15 000 enfants naissent avec un handicap chaque année dont 7500 avec des déficiences sévères. Près de la moitié de ces handicaps sont d'origine périnatale soit 3000 à 4000 naissances par an, les autres sont d'origine génétiques (plan périnatalité 2005/2007 du 10.11.2004 p 15 réf 164).

b) – sur les actes de dépistage à partir des décisions de justice étudiées

Ce sont 14 affaires qui ont été étudiées.

Elles concernent des faits qui ont eu lieu respectivement, en 1982 (réf 10 et 15), 1984 (réf 61), 1989 (réf 24 1^{er} arrêt), 1990 (réf 62 et 24 3^{ème} arrêt), 1991 (réf 121), 1992 (réf 24 2^{ème} arrêt), 1994 (réf 26), 1996 (réf 25).

Elles sont relatives au dépistage de la rubéole (réf 60 10 15), de la T21 (réf 61 62 26 25), de malformations ou anomalies (réf 61ter 63 64 24 121).

1)- Il convient de préciser, en ce qui concerne le dépistage des malformations ou anomalies, que c'est la pratique, l'interprétation des échographies qui est en cause dans les dossiers ci-dessus référencés.

Il est alors, intéressant de relever les taux de détection échographique des anomalies par type d'organe qui apparaissent sur le tableau visé dans l'article paru dans la Presse médicale d'octobre 2006 n°10 (réf 148) intitulé « changements des pratiques relatives à l'échographie fœtale après l'arrêt Perruche et la loi du 4.3.2002 » de N.Léticée, ML Moutard, G Moutel, Y Ville visant un article de 2000, ils sont de :

- 24,6% pour une anomalie isolée des membres,
- 49,1% pour une anomalie associée des membres,
- et pour toutes malformations sévères : 64%.

Les chiffres fournis par le pôle nomenclature de la CNAM permettent de quantifier le nombre d'échographies obstétricales réalisées et facturées en secteur libéral, mis à jour le 7.1.2003 : échographies du 1^{er} trimestre : 804 398, échographies du 2^{ème} trimestre : 516 643, échographies du 3^{ème} trimestre : 485 858 (rapport CNTE p 49 réf 28).

Le secteur hospitalier effectuerait 1 200 000 échographies fœtales (rapport CNTE p 55 réf 28).

Aux termes de la communication de Roger Bessis sur la base des données fournies par la CNAMTS (qui a réalisé une étude au cours de l'année 2000) les médecins pratiquant les échographies fœtales en secteur libéral sont pour : - 45% des radiologues, - 43% des gynécologues-obstétriciens ou gynécologues, - 8% des généralistes, c'est-à-dire des médecins ayant un exercice exclusif en échographie, - 4% appartiennent à divers spécialités.

La part d'activité en échographie fœtale n'est pas identique pour les membres de chacun de ces groupes. Les échographies seraient assurées à hauteur de : - 52% par des gynécologues-obstétriciens, - 34% par des radiologues, - 13% par des généralistes, -1% par les autres spécialités.

Le secteur public assure 40% du total des échographies.

2)- Selon l'enquête nationale périnatale 2003 (réf 165) la surveillance prénatale a augmenté en terme de nombre de consultations et d'échographies ; le nombre moyen de consultations prénatales a légèrement augmenté entre 1998 et 2003 : il est de 8,9 au lieu de 8,7. Le nombre moyen d'échographies aussi de 4,3 à 4,5. La diffusion des examens de dépistage pour la T21 s'est faite sans augmentation du taux d'amniocentèse traduisant peut être une meilleure prise en compte du niveau de risque des femmes et les motifs de cet examen n'ont pas changé de manière significative; l'augmentation du dépistage sanguin pour le dépistage du risque de T21 de 79,7 contre 66,5 en 1998 montre une diffusion rapide de cet examen; à cette augmentation correspond une diminution du pourcentage de femmes à qui l'examen n'avait pas été proposé et une petite diminution du pourcentage de femmes ayant refusé l'examen.

L'agence de la biomédecine le 4.7.2005 précisait que 80 000 amniocentèses étaient pratiquées par an en vue d'un diagnostic chromosomique (réf 166).

Le nombre d'actes réalisés dans le secteur libéral est important.

3) – sur la responsabilité des professionnels

Dans le cadre des 14 affaires étudiées, 19 praticiens ont été mis en cause :

- trois médecins : (réf 60), médecin traitant (réf 15), médecin généraliste (réf 10).
- un institut d'hématologie (réf 61)
- un biologiste (réf 62)
- un laboratoire (réf 15)
- neuf gynécologues : [réf 10 63 24 (2 gynécologues dans le 1^{er} arrêt et 1 dans le second arrêt, 1 dans le troisième arrêt), 26 121 25]
- deux gynécologues obstétriciens : (réf 62 et 121)
- un échographiste (réf 61 ter)
- un radiologue (réf 64).

Elles ont donné lieu à des décisions en date, notamment, des années : 1989 (réf 60 61), 1991 (réf 10), 1993 (réf 62 15), 1994 (réf 61 ter), 1995 (réf 63), 1998 (réf 64), 2000 (réf 94), 2001 (24 25 26 121), 2002 (réf 20).

Les gynécologues, gynécologues obstétriciens constituent une profession particulièrement touchée.

Conclusion

Notre étude se situe dans un contexte où il y apparaît, d'une part, un nombre important d'actes réalisés au regard de celui des décisions, ce qui ramène à de justes proportions la judiciarisation de la médecine entendue comme l'intervention croissante des juges dans le contrôle de la régularité des actes des praticiens et d'autre part, une spécialité plus touchée dans le secteur libéral : celle des gynécologues, gynécologues obstétriciens.

Chapitre 2 – LA METHODOLOGIE ET LE MATERIEL

Pour comprendre l'ensemble des décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (6 arrêts) rendues à partir de ce qu'il a été appelé communément l'arrêt Perruche en date du 17.11.2000 (réf 94), il convient de les replacer dans le contexte jurisprudentiel duquel elles se révèlent indissociablement liées.

Une méthodologie s'avère nécessaire pour ne pas dévier de l'objectif fixé (SI) qui conduit à l'utilisation d'un certain matériel (SII).

SI – La méthodologie

L'étude requiert la même méthodologie qui subit quelques adaptations rendues nécessaires en raison du rôle particulier de la Cour de cassation et de la progression de la recherche.

L'étude de la jurisprudence civile avant l'arrêt dit Perruche.

Nous nous sommes livrés à une analyse chronologique de cette jurisprudence.

Pour y parvenir, nous avons suivi une méthodologie rationnelle préalablement déterminée : pour chaque décision, nous avons relevé, les conditions de la responsabilité (faute, dommage et lien de causalité) et ses conséquences telles que retenues par le jugement ou l'arrêt, puis nous les avons étudiées au regard du droit civil et du droit médical (sur la relation entre le droit civil et le droit médical : Mémeteau RTDC Avril/Juin 2002 réf 77) alors applicable selon la date à laquelle la juridiction saisie doit se placer pour apprécier la faute, le dommage, le lien de causalité, le droit à réparation, l'évaluation des préjudices qui oscille entre date d'inexécution, de survenance et date de la décision.

Cette méthodologie exprime la nécessité de cadrer l'étude en respectant la division des ouvrages de base consacrés à l'enseignement de la responsabilité civile, contractuelle ou délictuelle. Par ailleurs, au droit régissant la responsabilité civile en général, se sont ajoutées les particularités du droit médical qui nous ont conduit à des correctifs, des ajustements.

Mais cette méthode est insuffisante à la compréhension de la décision de justice étudiée car elle ne prend pas en compte la complexité de la réalité, mais aussi, la singularité de chaque dossier. Dès lors, la spécificité des faits et de la procédure propre à chaque affaire conduit à se saisir tout d'abord de toutes les données livrées par le jugement ou l'arrêt, organisées ensuite selon une division qui devient la suivante : fait, procédure, conditions de la responsabilité et conséquences. Nous rencontrons, cependant, une limite purement matérielle : le résumé, le commentaire ou le seul extrait de la décision. Le premier cas comportant également « un risque », celui de la dénaturation de la décision par l'interprétation de l'auteur du résumé, du commentaire. Dans ce cas nous ne tenons compte que des parties énoncées de la décision sous forme généralement d'extraits du jugement ou de l'arrêt.

C'est ainsi qu'il a fallu adapter la méthodologie à l'étude de chaque affaire, celle n'étant pas de surcroît intégralement applicable, chacun des points retenus (faute, dommage, lien de causalité, et conséquences) n'entrant pas, de facto, dans le cadre de chaque procédure. Néanmoins, ainsi constituée des faits et de la procédure, se surajoutant aux conditions et conséquences de la responsabilité, placés sous le regard du droit civil et du droit médical, elle a constitué le fondement sur lequel a reposé l'étude générale.

Cette méthodologie nous a permis de mettre à jour :

- des informations sur la réalité : actes de dépistage (types et nombres d'actes), praticiens (spécialistes en cause et nombre), préjudices subis par l'enfant et ses parents.
- une application, par les juges, du droit civil et du droit médical général, propre, au cadre de l'étude, au diagnostic prénatal, aux obligations et à la responsabilité y afférentes avec ses conséquences. Il en résultait une adaptation des règles générales et l'émergence de règles spécifiques au diagnostic prénatal. Ainsi, la jurisprudence relative à la faute dans le cadre de la radiologie se trouvait adaptée à l'échographie.

- la nature et le régime de la responsabilité civile encourue par le médecin, avec ses conséquences, permettant de déterminer en amont les obligations de ces professionnels.
- le pouvoir du juge : s'il a une obligation de statuer malgré le silence de la loi, il dispose du pouvoir d'interpréter la norme ambiguë, obscure, pouvant aller jusqu'à en combler les insuffisances, le silence, alors il crée du droit nouveau ; s'il existe, certes, des méthodes d'interprétations, elles ne peuvent conduire qu'à une solution possible, mais pas à une solution qui serait seule exacte, l'interprétation est aussi à base de volonté; J-M Belorgey, Président de la section du rapport et des études au Conseil d'Etat, s'en prévaut lorsque dans « Le désir et le Droit », il s'exprime ainsi : *« C'est un tout autre apport encore entre désir et droit que révèle de la part de certains juristes les modes de raisonnement dans lesquels il n'est pas rare que ceux-ci ... tendent à s'enfermer. Délivrés de tout souci des rapports entre droit et réalité donc de toute rêverie de la volonté comme de toute rêverie du repos dont le droit pourrait être le support, ces professionnels ... sont à force d'ascèse parvenus à s'arracher aux confusions où s'enlise le commun des mortels. Il n'est à leurs yeux... aucune quête qui vaille d'être menée sinon celle d'une perfection dans l'ordonnement des règles, dans l'enchaînement des jurisprudences, épurée de tout autre désir. Ces êtres réalisés ont, alternativement ou cumulativement vocation au martyr, à la condition d'otage ou à celle de caution de n'importe quel système de règles pourvu que celles-ci se tiennent, que l'ensemble soit architecturé et présente bien ; parfois à celle de bourreau. »*

Le contrôle de la conventionalité le place au même niveau que le législateur ; il entraîne une obligation de constater l'incompatibilité de la loi interne avec les garanties de la Convention Européenne des Droits de l'Homme telles qu'interprétées par la CEDH, outre que celle-ci confère à ses décisions un effet direct, péremptoire à l'égard du juge national; ce dernier point sera particulièrement présent lors de l'évocation de la jurisprudence de la CEDH sur l'article 1^{er} I al 3 de la loi du 4.3.2002.

Mise à jour de son pouvoir, mais c'est aussi la méthode du juge qui se trouve révélée avec la motivation des juges du fond, la place occupée par le rapport d'expertise...

- les valeurs véhiculées par les décisions ainsi rendues : ainsi quand il est fait droit à la demande de l'enfant en réparation de son préjudice.

Néanmoins l'enseignement est éparse puisque propre à chaque décision, il nous faut rassembler les données puisées dans les décisions et les organiser.

Nous arrivons ainsi tout naturellement aux deux premiers chapitres de la partie II, consacré pour le premier à l'exposé des faits et de la procédure propres à chaque décision antérieure à l'arrêt Perruche et pour le second aux enseignements puisés dans cette étude jurisprudentielle.

La spécificité de l'étude de la jurisprudence de l'assemblée plénière de la Cour de cassation depuis l'arrêt dit Perruche

Replacés dans le contexte jurisprudentiel, les six arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation sont étudiés chronologiquement, encadrés de deux autres décisions de Cours d'appel.

Chaque décision fait l'objet d'une étude séparée; néanmoins chacune de ces études est regroupée dans un ensemble plus vaste correspondant respectivement à l'action de l'enfant atteint d'un handicap et à celle de ses parents ce, pour permettre d'accéder à une vue d'ensemble de leurs apports (évolutions comprises). C'est ainsi que trois chapitres sont consacrés, le premier à l'étude de l'arrêt dit Perruche, le second aux arrêts postérieurs de l'assemblée plénière, de la Cour d'appel relatifs à l'action de l'enfant, le troisième aux arrêts de l'assemblée plénière, des Cours d'appel relatifs à l'action des parents de l'enfant handicapé.

Si l'ensemble de la méthodologie ne change pas, il est important que chaque décision de l'assemblée plénière soit replacée dans son contexte procédural pour mieux cerner les questions qui lui sont soumises, mesurer les enjeux en cause, comprendre la teneur et la portée de ses arrêts; et l'étude n'est possible que par, notamment, et d'une part, le recours à la procédure civile (action en justice de l'enfant), « la procédure appliquée » devant la Cour de cassation soit la pratique de la procédure devant la Cour de cassation et à la technique d'élaboration des arrêts de la Cour suprême, d'autre part par référence (étude au regard des règles donc) aux normes régissant la procédure civile, les effets des contrats, le dommage et le préjudice dans la responsabilité civile, l'interruption volontaire de grossesse.

L'étude ainsi diligentée permet de :

- compléter les informations préalablement recueillies sur les actes de dépistage, les praticiens en cause, les préjudices subis.
- déterminer la nature, les conditions, les conséquences des responsabilités encourues.
- cerner la fonction ou le pouvoir de la Cour de cassation.
- mesurer l'évolution des valeurs véhiculées

La synthèse de l'ensemble de la jurisprudence

Cette étude est incomplète s'il n'est pas établi une synthèse de l'ensemble des données recueillies conduisant à l'exposé des règles ayant successivement régi le diagnostic prénatal, la responsabilité, ses conséquences.

Elle permet de mieux comprendre ce que nous appelons « la construction jurisprudentielle » de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, gestion nouvelle du cas objet de notre étude. Un chapitre lui est entièrement consacré.

* * * *

Toute méthodologie requiert pour la mener à bien un matériel, tel est l'objet de la section II.

S II – Le matériel

Les éléments qui sont indispensables se répartissent en deux catégories : les décisions de justice mais aussi tout ce qui nous permet de les étudier

Les décisions de justice

Leurs références nous sont fournies par :

- les ouvrages généraux de droit civil (Précis Dalloz Les obligations – Encyclopédie Dalloz – Jurisclasseur...) de bioéthique (Dictionnaire permanent)
- la consultation des banques de données telles que lextenso, lexbase, jurisdata, doctrinal plus, lamyline, lexisnexis, dalloz, legalnews, ...
- le site de la Cour de cassation, mais aussi Légifrance pour les arrêts d'appel
- les conclusions de l'Avocat général et les rapports du Conseiller rapporteur
- les arrêts des Cours d'appel mentionnant les jugements de première instance, les arrêts de la Cour de cassation faisant référence aux arrêts des cours d'appel
- les chroniques de la doctrine ou les commentaires des décisions émanant des revues suivantes : Dalloz, Semaine juridique, Gazette du palais, Médecine et droit, Responsabilité et assurance, Petites affiches, RDSS.

Elles nous permettent d'en dresser la liste et de diligenter les recherches nécessaires à leur obtention.

L'étude des décisions de justice

Elle est soutenue par les textes qui encadrent le diagnostic prénatal, l'interruption volontaire de grossesse...

Mais aussi pour tout ce qui se rapporte à la procédure civile par les ouvrages généraux de procédure (Précis Dalloz – Jurisclasseur) ; ce sont aussi les colloques, les conférences qui aident à la compréhension : L'économie du droit présidée par Mr G Canivet alors Premier Président de la Cour de cassation – L'office du juge de l'Université de Bretagne Occidentale – Le sens des arrêts de la Cour de cassation de l'Université de Tours; comme les cycles de conférences successivement organisés par la Cour de cassation : Droit et technique de cassation ; les entretiens avec quelques magistrats de la Cour de cassation dont le Premier Président, le Président de la 1^{ère} chambre civile, un Avocat général, réalisés à l'occasion d'un précédent travail ; l'entretien que nous avons eu avec L. Boré, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, co-auteur avec J. Boré de l'ouvrage : La cassation en matière civile.

Les questions de fond posés par les décisions de justice sont étudiées au regard des textes ainsi de déontologie médicale, des ouvrages généraux de droit civil (Encyclopédie Dalloz – Précis Dalloz – Dalloz action : Droit de la responsabilité – Lamy santé) de bioéthique (Dictionnaire permanent), des cours suivis (C Esper : l'information médicale avec ses références), des colloques : le contrat en droit de la santé de l'AFDS - Les nouvelles frontières de la santé, les nouveaux rôles et responsabilités du médecin du CRDST.

* * * *

Les décisions de justice, les entretiens permettent d'avoir un accès à la réalité des situations comme à la pratique professionnelle des magistrats.

Les conférences et les colloques renseignent sur des points spécifiques de l'étude tels que le rôle, le pourvoi, les arrêts de la Cour de cassation ; ils sont choisis en tant que tels.

Les ouvrages de fond permettent de déterminer les fondements, de cadrer les points fondamentaux, ils renvoient dès lors à l'étude de livres, documents, commentaires précis.

PARTIE 2 : ETUDE DE LA JURISPRUDENCE

Nous avons voulu comprendre l'arrêt Perruche et les 5 autres arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation successivement rendus. Nous ne pouvions tenter d'y parvenir sans les replacer dans le contexte des décisions de justice antérieurement et concomitamment rendues dans le même cadre.

Si bien que c'est l'étude de l'ensemble de cette jurisprudence au cœur de laquelle se trouve placés les six arrêts précités que nous nous proposons d'exposer, comme formant un tout indissociable.

Elle s'articule en trois sous- parties s'organisant autour de l'arrêt Perruche et s'achève par une synthèse :

- Sous- partie I : La jurisprudence antérieure à l'arrêt Perruche
- Sous- partie II : L'arrêt dit Perruche
- Sous- partie III : La jurisprudence postérieure à l'arrêt Perruche
- Sous- partie IV : La synthèse de la jurisprudence

SOUS- PARTIE I : LA JURISPRUDENCE ANTERIEURE A L'ARRET PERRUCHE

Exposer l'étude de la jurisprudence antérieure à l'arrêt Perruche pour tenter d'accéder à sa compréhension puis à celle des arrêts subséquents de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, c'est l'objectif assigné à cette sous- partie.

Présenter une telle étude menée décision par décision, puis toutes décisions confondues selon une organisation des informations recueillies, peut conduire à des répétitions.

Par conséquent, il a semblé préférable,

- dans un chapitre 1, de faire connaître les faits et la procédure de chaque affaire tant ils nous plongent au cœur de la réalité mais aussi de la singularité de chacun de ces cas desquelles il convient de ne pas se détacher,
- puis, dans un chapitre 2, d'exposer les informations puisées dans les décisions et leur étude ; les références indiquées aidant à les replacer dans leur contexte factuel retracé au chapitre 1.

Chapitre 1 – SOUS LA JURISPRUDENCE, LA REALITE ET LA SINGULARITE D'UNE SITUATION

Ce sont les faits et la procédure propres à chaque affaire qui sont exposés.

Cette présentation respecte un ordre chronologique à partir de la dernière décision de justice dont chaque affaire a été l'objet.

Toutes les informations tirées des faits et leur étude intègrent le chapitre suivant qui rassemble ainsi, l'ensemble des données puisées dans les décisions : jugements ou arrêts.

SI – L'affaire G c / W et autres – l'arrêt de la 1^{ère} chambre de la Cour d'appel de Paris du 17.2.1989 (thèse réf 60)

§ 1 – Les faits

Nous ne connaissons pas leur date. Nous ne possédons qu'un extrait de la décision.

Une sérologie de la rubéole est effectuée chez une femme enceinte; son interprétation est douteuse; malgré les recommandations du laboratoire le médecin qui a vu la femme avant la 10^{ème} semaine ne prescrit pas d'examen sérologique de contrôle.

L'enfant présente à la naissance une rubéole congénitale avec de graves séquelles ; son taux d'incapacité permanente s'élève à 80% .

§ 2 – La procédure

Il est interjeté appel du jugement du Tribunal de grande instance (1^{ère} ch) de Paris en date du 24.11.1986.

La Cour d'appel de Paris rend le 17.2.1989 un arrêt, statuant sur :

- la faute : « commet une faute de négligence le médecin qui, au vu des résultats d'une sérologie de la rubéole pratiquée sur une femme enceinte, ne prescrit pas le deuxième test qui devait impérativement être effectué deux à trois semaines plus tard... il aurait permis d'informer la mère de la forte probabilité que l'enfant à naître soit porteur d'affections graves relevant de l'avortement thérapeutique»,
- le dommage : « la négligence du médecin n'a pas permis à la mère qui pouvait légalement opter pour l'avortement thérapeutique prévu par l'article L162-12CSP d'éviter le drame permanent de toute une vie, l'enfant étant né avec un taux d'IP de 80% ; »,
- le lien de causalité,
- et la demande en réparation de la mère de son préjudice matériel constitué de l'ensemble de dépenses résultant du handicap : « cependant la mère ne saurait réclamer au médecin dont la faute n'a aucun lien de causalité avec l'état de l'enfant, la réparation d'un préjudice matériel... »
- ouvrant sur son préjudice moral : « une partie des souffrances subies du fait de la vue quotidienne du handicap de son enfant ».

La mère aurait réclamé, selon la note annexée à la décision, au médecin, une rente annuelle pour l'enfant en réparation du préjudice subi par celui-ci. Nous ne y attardons pas, l'extrait de l'arrêt ne mentionne rien à ce propos.

S II – L’affaire Epoux P pour eux-mêmes et ès qualité de représentants légaux de G puis de ses frères et sœurs mineurs c/ l’Institut d’hématologie du CTS de M... et autres – l’arrêt de la 1^{ère} chambre de la Cour d’appel de Paris du 17.2.1989 (thèse réf 61)

§ 1 – Les faits

Mme... est mariée et mère de trois enfants.

Fin mars 1984 elle constate qu’elle est enceinte; compte tenu de son âge elle demande une amniocentèse. Son médecin habituel l’adresse à un gynécologue lequel l’invite à faire effectuer les analyses par le CHU de M... Les prélèvements sont réalisés le 25.7.1984 dans le service de gynécologie et d’obstétrique du CHU. Ils sont envoyés à l’institut d’hématologie du CTS de M...

L’Institut fournit la réponse : « caryotype normal », formule signifiant qu’aucune trace de chromosome 21 en surnombre n’avait été observée dans les cellules examinées. L’examen atteste de l’absence de mongolisme.

Mme poursuit sa grossesse.

Gaelle naît le 22.11.1984, elle est atteinte de Trisomie 21.

Il s’avère, par les expertises, que la cause hautement probable du résultat erroné est due au fait que les cellules recueillies lors de l’amniocentèse étaient très probablement des cellules maternelles et non des cellules fœtales.

§ 2 - La procédure

Il y a une précédente procédure administrative et un jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 16.6.1989.

Nous nous attardons au jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 15.12.1989 à l’encontre duquel aucun appel n’a été interjeté.

Il rend sa décision :

- dans le cadre de la responsabilité quasi-délictuelle,
- sur la faute : « en estimant normal le caryotype alors que la culture était médiocre et que seules six cellules ont pu être examinées dans un seul clone, le Pr. E a présumé du degré de confiance à accorder à son examen et n’a pas procédé à tout examen supplémentaire qui lui aurait permis d’augmenter ses données exploitables. Cela suffit à caractériser dans un strict cadre quasi délictuel un manquement à son obligation de moyens. »
- le dommage : « le dommage qui s’en déduit peut être défini comme la perte d’une chance de pratiquer une interruption de grossesse... » ou encore « dit et juge que le seul dommage pouvant faire l’objet d’une réparation est celui constitué par la perte de chance du choix de pratiquer une interruption de grossesse relative à un fœtus atteint d’une affection d’une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic litigieux. »
- le préjudice de l’enfant handicapé, les parents sont déboutés ès qualité de leur demande
- le préjudice des parents : « sur le plan matériel ce sont les parents qui supportent les coûts supplémentaires de l’éducation d’un enfant handicapé par rapport à un enfant dit normal... l’enfant nécessite au-delà du cadre familial sécurisant un suivi constant (qui ne peut être assuré seulement par les parents dans le cadre de leur devoir d’éducation et d’entretien) une éducation spécialisée et la prise en charge de tous ses frais

médicaux une éducation spécialisée...de plus le coût supplémentaire par rapport à un enfant normal devra être assuré jusqu'au décès de Gaëlle ...en se fondant sur la nécessité de l'aide permanente d'une tierce personne il est donc justifié d'allouer aux parents de Gaëlle ...une rente mensuelle de 7500frs... » ; la durée de versement de la rente est fixée jusqu'au décès de Gaëlle ; elle survit au prédécès de l'un ou des deux parents, elle est alors versée au représentant légal de l'enfant.

S III – L'affaire X Z W c/ Epoux Y et Epoux Y administrateurs légaux de leur fille A ... :l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 16.7.1991 et l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 26.1.1995 (thèse réf 10 11 11bis 13).

§ 1 – Les faits

Deux décisions sur lesquelles on va travailler la première l'arrêt de la cour de cassation relative à la responsabilité et à la détermination du préjudice, la seconde l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux relative au préjudice indemnisable de l'enfant. Ces deux décisions sont relatives bien évidemment à la même affaire, elles se suivent.

En mai 1978, Mme Y...fait l'objet d'un examen prénuptial pratiqué par M.X...Dr. en médecine, il s'abstient de lui prescrire la sérologie de la rubéole qui est obligatoire.

Le 19.5.1982 elle consulte le généraliste Z... pour une manifestation allergique ; il ne lui prescrit pas pour l'établissement du certificat de grossesse de recherche d'anticorps anti-rubéoleux.

Fin mai 1982 la gynécologue W... fait procéder à un dosage des anticorps anti-rubéoliques, elle n'en tire aucune conséquence, elle ne prescrit pas de 2^{ème} examen après avoir eu connaissance d'un taux d'anticorps antirubéoleux.

Le 19.1.1983 naît Aurore atteinte d'anomalies caractéristiques d'une infection rubéolique contractée par la mère en début de grossesse.

Il résulte du rapport d'expertise que la rubéole dont a été atteinte Mme Y a été contractée au début de sa grossesse.

Nous ne nous attardons pas au cas de X... car il est hors du champ de la thèse, l'examen se situe avant la grossesse.

§ 2 – La procédure

Le jugement du Tribunal de grande instance de Pau en date du 15.4.1986 rend sa décision notamment sur la faute des deux praticiens X et W et sur la perte de chance.

La Cour d'appel de Pau le 8.3.1990 met hors de cause W...gynécologue et condamne X... à payer une somme de 800 000 frs.

La Cour de cassation, sur la responsabilité, au visa de l'article 1147 c civ., rend en ces termes son arrêt :

- « en statuant ainsi, alors qu'en ne procédant pas aux examens qui leur auraient permis d'informer les époux Y des risques que présentaient l'état de grossesse de l'épouse, Mme Z et W n'ont pas rempli l'obligation de renseignement dont elles étaient tenues à l'égard de leur patiente et qui aurait permis aux époux Y de prendre une décision éclairée quant à la

possibilité de recourir à une interruption de grossesse pour motif thérapeutique, la Cour d'appel a violé le texte susvisé »

La Cour d'appel de Bordeaux par un arrêt en date du 26.1.1995 (réf 11) statue sur le préjudice indemnisable de l'enfant :

« le fait d'être née ne saurait être invoqué comme source de dommage par une enfant gravement handicapée ... à l'encontre des médecins n'ayant pas diagnostiqué la maladie et ainsi donné à ses parents la possibilité d'interrompre le processus vital qui devait aboutir à sa naissance. En effet, si un être humain dès sa conception est titulaire de droits, il ne possède pas celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre, et sa naissance ou la suppression de sa vie ne peut constituer une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques. »

S IV – L'affaire Epoux pour eux-mêmes et ès qualité pour leur enfant J... c/ F. R..., G... et Hôpital...- l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8.7.1993 (thèse réf 62 et 62 bis)

§ 1 – Les faits

Mme R... consulte le 29.5.1990 F R..., gynécologue- obstétricien, pour assurer le suivi de sa grossesse et procéder à l'accouchement.

Il lui prescrit un dosage pour le dépistage de la trisomie 21 qui permet de déterminer s'il convient de faire pratiquer une amniocentèse.

Le prélèvement est effectué le 29.6.1990 par le médecin biologiste. Les résultats du 5.7.1990 indiquent un taux qui ne permet pas d'exclure tout risque de trisomie 21.

Les résultats ne sont pas portés à la connaissance des époux.

La lettre du médecin biologiste à F.R... du 19.7.1990 indique un taux un peu élevé qui ne permet pas d'exclure tout risque de trisomie 21 et s'achève ainsi « il serait donc préférable de lui proposer une amniocentèse. Je vous laisse avertir cette patiente. »

Elle effectue une visite auprès du Dr R... le 14.9.1990.

L'échographie du 24.9.1990 fait apparaître un volume excessif de liquide amniotique, un estomac petit, et le rapport, une croissance à surveiller du fait des antécédents.

Aux termes de la lettre de F. R... à Mme R du 9.10.1990 : les résultats des examens sanguins sont normaux, la toxoplasmose est négative, elle peut être rassurée.

L'échographie du 12.11.1990 révèle un retard de croissance, un volume liquidien abondant, une absence d'image gastrique visualisée, un fœtus inactif durant l'examen sans autre anomalie décelable de la morphologie

Le 6.12.1990 Mme R donne naissance à J..., le caryotype effectué fait apparaître qu'il est atteint d'une trisomie 21 libre.

§ 2 – La procédure

Le Tribunal de grande instance de Nanterre condamne in solidum les trois défendeurs, après avoir énoncé qu'ils ont été défaillants dans leurs obligations, qu'ils ont contribué à la réalisation du dommage, à verser aux époux R..., ès qualité une rente mensuelle de 8000frs, en leur nom personnel 50 000 frs de dommages et intérêts à Mme R... et 30 000 frs à Mr R....

La Cour d'appel de Versailles rend son arrêt le 8.7.1993 ; elle statue sur :

- après visé l'obligation contractuelle du médecin et dans ce cadre le devoir d'information envers le patient,

- sur la faute du gynécologue obstétricien : « en omettant de prendre le moindre renseignement sur les résultats dudit examen le dr R a manifestement commis une négligence... » puis « il ne pouvait légitimement se désintéresser du sort de cet examen compte tenu notamment de ses enjeux ; » enfin « il est donc établi que le dr R a manqué à ses obligations d'information et de suivi de sa patiente. ».
- sur celle du médecin biologiste: « en s'abstenant d'informer les époux...des risques non négligeables révélés par les examens réalisés par ses soins ainsi que de la nécessité de faire pratiquer le plus rapidement possible l'amniocentèse qu'elle conseillait le Dr G... a également commis un manquement à son devoir de renseignements... » ; elle précise que « l'usage qu'elle invoque, selon lequel le biologiste se contente d'adresser au médecin le résultat, ne pouvait valablement la dispenser de toute information vis à vis du patient en droit d'être éclairé sur les risques encourus du fait de son état de santé ; ».
- sur celle de l'hôpital, elle retient le dysfonctionnement du service interne du courrier qui a contribué au défaut d'information.
- sur le dommage : les « fautes ...qui...ont eu pour effet de priver les époux R...de prendre une décision éclairée quant à la possibilité de recourir à une interruption de grossesse thérapeutique... »
- sur le préjudice indemnisable des parents : leur souffrance morale résultant du grave handicap de leur enfant, ayant entraîné chez Mme R...des troubles psychologiques est évaluée à 250 000 frs pour chacun d'eux
- sur la demande d'indemnisation des parents ès qualité au titre du préjudice subi par l'enfant du fait de son état : elle précise que l'aberration chromosomique est inhérente à sa personne ; elle relève l'absence de lien de causalité entre le dommage et les fautes ; elle ajoute : « « en effet, ne saurait être considérée comme une perte de chance le fait d'avoir été mis au monde plutôt que d'avoir fait l'objet d'une interruption de grossesse... ».

S V – L'affaire Epoux P...pour eux-mêmes et ès qualité d'administrateurs légaux de leurs fils N... c/ le laboratoire de biologie médicale, le Dr P... et leurs assureurs – l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17.12.1993 (thèse réf 15).

§ 1 – Les faits

Le 17 Avril 1982 le médecin traitant de la famille P... diagnostique les symptômes de la rubéole en ce qui concerne la fille du couple.

Le 10 Mai 1982 il constate sur Madame P... une éruption semblable, il lui prescrit la recherche d'anticorps anti-rubéoleux d'autant qu'elle lui précise qu'elle est peut-être enceinte.

Le 12 Mai 1982 un premier prélèvement était fait, il se révèle négatif.

Ce prélèvement effectué le 12 Mai 1982 étant négatif, la grossesse se confirmant, il est prescrit une nouvelle analyse 15 jours plus tard. Elle l'informe de sa volonté d'interrompre sa grossesse au cas où le diagnostic de la rubéole serait confirmé.

Le prélèvement fait le 27 Mai 1982 révèle un résultat positif avec la présence d'anticorps au taux de 1/160.

Eu égard aux résultats contradictoires de ces 2 prélèvements, le laboratoire procède, conformément à la réglementation en vigueur, à une analyse de contrôle d'un échantillon conservé du 1^{er} prélèvement du 12 mai. Le résultat de cette analyse de contrôle

communiqué au Dr. Y... par Mme P... est présenté comme positif avec un taux d'anticorps de 1/160. Contrairement aux résultats initialement communiqués cette vérification révèle, donc, un taux positif identique à celui du second prélèvement 1/160. Si le 1^{er} prélèvement du 12 mai était bien négatif et le second du 27 mai positif il en résultait que Mme P présentait une rubéole en cours avec le risque majeur d'atteinte du fœtus. Si, par contre les deux prélèvements étaient positifs, il s'agissait de simples traces d'une rubéole ancienne, insusceptible d'affecter l'enfant à naître.

Le généraliste estime sur la base de ce deuxième résultat que Madame P... était spontanément immunisée avant la grossesse débutante qui est ainsi poursuivie.

Le 14 Janvier 1983 elle donne naissance à N... qui présente un an plus tard de graves séquelles s'intégrant dans un syndrome de GREGG consécutif à une atteinte in utero par la rubéole.

Aux termes du rapport d'expertise du 17 Juillet 1989 une erreur a du être faite par le laboratoire dans la vérification de l'examen du 12 Mai 1982, par suite de cette celle-ci le résultat du premier test a été donné à tort comme positif avec un taux de 1/160 ce qui a fait conclure que Madame P... était immunisée contre la rubéole.

§ 2 – La procédure

Seule est étudiée la responsabilité des praticiens sur laquelle il est statué définitivement par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17.12.1993

Préalablement le jugement du Tribunal de grande instance d'Evry du 13.1.1982 déclare le Dr P..., le laboratoire et leurs assureurs responsables de l'état de santé de N. P...

Ils sont condamnés in solidum à payer à, notamment M. P... ès qualité d'administrateur légal des biens de son fils N... une provision de 500 000 frs à valoir sur son préjudice corporel.

Une expertise est ordonnée pour examiner Mme P...

Appel est interjeté de cette décision par le laboratoire et le Dr P... (pour ce dernier c'est un appel incident).

La Cour d'appel rend son arrêt le 17.12.1993 au terme duquel elle statue sur :

- après visé l'obligation contractuelle de moyens du médecin,
- la faute du laboratoire : « considérant que le laboratoire et l'assureur qui ne contestent pas cette erreur (selon l'expertise une erreur a du être faite par le laboratoire dans la vérification du 2^{ème} contrôle de l'examen du 12.5.1982) et leur responsabilité doivent être déclarés responsables des conséquences dommageables en relation causale avec cette faute ».
- la faute du médecin traitant: « considérant qu'il s'ensuit que le docteur P n'a pas donné à Mme P tous les soins attentifs et diligents que celle-ci était en droit d'attendre 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 ».

Préalablement elle a précisé :

- qu'il a été informé par sa patiente de l'existence d'une contradiction dans les résultats successivement donnés pour le test du 12.5
 - qu'il a constaté sur l'enfant et la mère les signes de la rubéole
 - qu'il a été informé de la volonté des époux d'interrompre la grossesse en cas de rubéole ;
- Ses fautes consistent à :
- avoir limité son information personnelle à une prise de contact avec le laboratoire pour avoir confirmation verbale du résultat,

- n'avoir pas procédé à des investigations complémentaires pour arrêter un diagnostic sérieux et demander l'avis d'un spécialiste.
- sur leurs responsabilités : « confirme le jugement en ce qu'il a déclaré responsables in solidum le Laboratoire... et le Dr P..., ainsi que leurs assureurs respectifs, ...des conséquences dommageables causées par leurs fautes respectives ; ».

S VI – L'affaire Epoux X...pour eux-mêmes et ès qualité d'administrateurs légaux de leur fille c/ Y ... - le jugement du tribunal de grande instance de Perpignan du 12.4.1994
(thèse réf 61 ter).

L'étude de cette décision est limitée en ce que nous ne disposons que d'une partie de celle-ci contenue dans un article de la Gazette du Palais sous le titre « La responsabilité de l'échographe du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un fœtus » que nous retenons en ce qu'il y est cité la partie du jugement propre au préjudice.

La lecture de l'article nous apprend qu'il y a une erreur commise par l'échographe : la main gauche de l'enfant n'a pas été vue. Le commentaire précise que pour l'expert ceci pouvait ne pas être une agénésie de la main, celle-ci pouvant être située dans un autre plan de l'espace, mais cette image aurait dû attirer l'œil de l'échographe qui aurait dû pousser plus à fond l'examen ou demander un contrôle quelques jours plus tard.

Les parents ès qualité d'administrateurs légaux de leur fille font une demande en réparation des préjudices corporels subis par celle-ci du fait de ses malformations.

La décision est fondée sur le lien de causalité : « pour être indemnisé, le préjudice allégué doit être réparable et en relation directe avec la faute commise. En l'espèce, les graves séquelles dont est atteint l'enfant, sont inhérentes à sa personne et n'ont pas pour cause l'erreur commise par l'échographe.

En effet, même si les malformations de l'enfant à naître avaient été connues plus tôt, il n'est pas allégué qu'il existait une mesure thérapeutique susceptible d'être mise en œuvre afin de réduire voire de supprimer ces malformations. Dès lors, à défaut de lien de causalité entre le dommage corporel de l'enfant et les fautes relevées à l'encontre de l'échographe, il n'y a pas lieu d'octroyer aux parents, ès qualité..., réparation des préjudices corporels subis par celle-ci du fait de ses malformations. »

Il est alloué à chacun des parents qui ne s'est pas préparé dans les meilleures conditions à la naissance de leur enfant malformé la somme de 15 000 frs au titre du préjudice moral.

S VII – L'affaire M c/ B et Y – l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence du 13.4.1995 (thèse réf 63).

L'étude est réalisée à partir d'un résumé et non de la décision dans son texte intégral.

§ 1 – Les faits

Mme... a fait trois fausses couches; une enquête génétique révèle des caryotypes parentaux normaux.

Un gynécologue obstétricien suit la grossesse de la mère.

L'obstétricien pratique des bilans, des examens fréquents ; il demande des échographies réalisées par un spécialiste.

Le gynécologue ne décèle pas ou ne signale pas une anomalie de la mesure du fémur de l'enfant qui ne correspond pas à l'âge du fœtus. Il fait une déclaration erronée de la vision de quatre membres.

L'enfant naît, elle est atteinte de malformations congénitales: agénésie du membre supérieur gauche, 3 doigts à l'épaule, luxation bilatérale des hanches, pied bot droit.

§ 2 – La procédure

Le Tribunal de grande instance d'Aix en Provence rend un jugement le 27.5.1993.

La Cour d'appel d'Aix en Provence le confirme le 13.4.1995.

Elle statue, dans le cadre de la responsabilité contractuelle, sur :

- la faute du seul gynécologue qui réalise et interprète les échographies: malgré un matériel performant, lors de la réalisation de la 3^{ème} échographie, il ne décèle pas ou ne signale pas l'anomalie de la mesure du fémur qui ne correspond pas à l'âge du fœtus, il existe un important décalage des mesures par rapport à la moyenne, il était vérifiable dès la 2^{ème} échographie. Il affirme voir les 4 membres. Ces fautes engagent sa responsabilité.

Elle ne retient pas la responsabilité contractuelle de l'obstétricien compte tenu des examens réalisés et du caractère particulier de l'interprétation des échographies réalisées par un spécialiste.

S VIII – L'affaire M c/ L – l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 9.12.1998 (thèse réf : 64)

Nous ne possédons pas le texte de la décision mais son résumé; la rédaction de cette décision telle que les juges l'ont conçue nous échappe ce qui peut avoir une influence en l'espèce sur la dénomination du préjudice.

§ 1 – Les faits

C'est une grossesse gémellaire ; l'un des fœtus est non viable, il est anencéphale; des échographies et une image cérébrale fœtale par résonance magnétique sont réalisées sur le deuxième jumeau; le radiologue les interprète, il les analyse; il conclut au caractère normal du fœtus.

Le 2^{ème} jumeau naît, il est atteint de microcéphalie, il souffre d'une malformation cérébrale complexe et majeure.

§ 2 – La procédure

L'action est diligentée à la requête des parents, pour eux-mêmes et ès qualité d'administrateurs légaux de leur enfant, à l'encontre du radiologue.

Le tribunal de grande instance de Lorient rend un jugement le 4.11.1997.

Il est interjeté appel.

La Cour d'appel de Rennes rend son arrêt le 9.12.1998 ; elle statue dans le cadre de la responsabilité contractuelle sur

- la faute du radiologue : il commet une erreur d'interprétation et d'analyse de plusieurs échographies, d'une image cérébrale fœtale; ses recherches sont insuffisantes: les échographies sont insuffisamment documentées(les coupes coronales sont absentes), le diamètre orbitaire n'est pas évalué (elle précise qu'il est un excellent indicateur d'anomalies intracrâniennes); il fait une erreur de diagnostic en concluant au « caractère normal du fœtus »; elle ajoute que la suggestion du diagnostic de microcéphalie du fœtus à la date des examens était possible.
- le dommage des parents : il est la perte de la possibilité de demander une interruption de grossesse thérapeutique.
- le versement aux parents en leur nom propre et ès qualité d'une provision de 150 000 frs à valoir sur leur préjudice.

L'ensemble de ces décisions de justice qui constitue la jurisprudence antérieure à l'arrêt Perruche à laquelle nous avons eu accès est une source d'informations dont il convient de présenter l'étude.

Chapitre 2 – LA JURISPRUDENCE ANTERIEURE A L'ARRET DIT PERRUCHE. ETUDE DES INFORMATIONS RECUEILLIES.

Les informations livrées par les décisions de justice antérieures à l'arrêt Perruche sont multiples ; néanmoins, elles peuvent être regroupées en deux grands types de renseignements :

- le premier type place les situations des parties dans le temps (celui des faits, de la procédure, de la législation applicable) et les praticiens au cœur de leur exercice (actes et spécialités concernés) ; l'ensemble de ces données nous permet d'accéder à un contexte général. Dès lors, la section I sera intitulée : décisions de justice et informations générales.
- le deuxième type concerne la gestion du cas par le juge. La section II sera consacrée à son exposé.

L'ensemble nous fera accéder au régime que suit ce cas.

S I – Décisions de justice et informations générales

Regrouper des données de même nature, temporelles (§1), factuelles (§2), sur une période déterminée, nous conduit à pouvoir établir un contexte général dans lequel il nous devient possible de placer l'objet de notre étude.

§ 1 - Données temporelles

La jurisprudence étudiée concerne des faits survenus successivement en **1978** (aff réf 10), **1982** (aff réf 15), **1984** (aff réf 61), **1990** (aff réf 62); pour certaines affaires nous ne disposons pas de cette date (aff 60 / 61 TER / 63 / 64).

Au regard de la date des faits les **décisions de justice** ont été rendues :

- faits survenus en 1978 - jugement du Tribunal de grande instance de Pau du 15.4.1986, arrêt de la Cour d'appel de Pau le 8.3.1990, arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 16.7.1991, arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 26.1.1995 (aff réf 10) ;
- faits survenus en 1982 - jugement du Tribunal de grande instance d'Evry du 13.1.1982, arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17.12.1993 (aff réf 15);
- faits survenus en 1984 - jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 16.6.1989, jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 15.12.1989 (aff réf 61) ;
- faits survenus en 1990 - arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8.7.1993 (aff réf 62)

Le temps de la procédure apparaît dans certains cas particulièrement long. Il est notamment celui des expertises et des voies de recours.

La 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, N° 94-654 est du 29.7.1994. Aucune des affaires étudiées ne se place dans le cadre du diagnostic prénatal orienté de la loi précitée intervenue postérieurement aux faits incriminés.

§ 2 - Données sur la pratique médicale

A – Les actes de dépistage à l’occasion desquels une faute a été commise

Ils se répartissent en trois grandes catégories qui visent respectivement au dépistage de la rubéole, de la trisomie 21, des malformations. Ce sont précisément :

1) - en ce qui concerne la rubéole :

- dosage des anticorps anti-rubéoles aff réf 60 10 15

2) - en ce qui concerne la T 21 :

- analyse de l’amniocentèse pour déterminer le caryotype de l’enfant à naître aff réf 61
- dosage quantitatif de bêta HCG plasmatique pour le dépistage de la T 21 qui permet de déterminer s’il convient de faire pratiquer une amniocentèse aff réf 62

3) - en ce qui concerne les malformations :

- l’échographie aff réf 61 ter, 63 (grossesse à risque)
- l’échographie et l’analyse, l’interprétation d’une IRM aff réf 64 (contexte de grossesse gémellaire dont l’un des fœtus non viable était anencéphale).

Ils concernent la surveillance médicale obligatoire de la grossesse ou celle qui s’avère nécessaire.

B – Les fautes commises

1) le moment auquel elles ont été commises :

a) en ce qui concerne le dosage des anticorps anti-rubéoles :

- aff réf 60 un test rubéolique est effectué, son interprétation est douteuse, malgré les recommandations du laboratoire le médecin ne prescrit pas un 2^{ème} test au vu des résultats de la sérologie
- aff réf 10 : en possession des résultats elle ne tire pas de conséquences...
- aff réf 15 pour le laboratoire erreur par le laboratoire dans la vérification de l’examen ; et pour le médecin traitant absence de diligence au moment où il a été informé de l’existence d’une contradiction inexplicable dans les résultats successivement donnés par le laboratoire pour le test du 12.5 (deuxième contrôle de l’examen du 12.5.1982).

b) en ce qui concerne l’analyse de l’amniocentèse : aff réf 61 au moment du résultat observé il a présumé du degré de confiance à accorder à son examen ;
et le dosage quantitatif de bêta HCG plasmatique pour le dépistage de la T 21 : aff réf 62 il se devait de s’enquérir le plus rapidement possible des résultats de l’examen prescrit.

c) en ce qui concerne les actes d’imagerie :

- aff réf 61 ter une absence de diligence au cours de la réalisation de l’échographie
- aff réf 63: lors de la réalisation même ou de l’interprétation de l’échographie
- aff réf 64 : lors de la réalisation, l’interprétation, de l’analyse des échographies et de l’image par résonance magnétique.

2) leurs conséquences :

Elles entraînent une absence de dépistage (réf 60- 10- 62- 61 ter- 63), une erreur de diagnostic (réf 15- 61- 64).

Ce n'est pas l'absence de dépistage ou l'erreur de diagnostic qui est sanctionnée, mais la carence du praticien qui en est à l'origine au seul regard des obligations de soins ou d'information.

C – Les praticiens en cause

Ce sont :

- un médecin (réf 60), un médecin généraliste (réf 10), un médecin traitant (réf 15)
- un institut d'hématologie (réf 61)
- un gynécologue (réf 10 et 63), un gynécologue- obstétricien (réf 62)
- un biologiste (réf 62)
- un laboratoire (réf 15)
- un échographiste (réf 61 ter), un radiologue (réf 64).

En conclusion sur les informations générales

L'étude de la jurisprudence nous renseigne sur les pratiques judiciaire et médicale ; pour la première sur le temps séparant les faits des décisions de justice ; pour la deuxième sur les actes de dépistage en cause et le moment de la faute qu'il est possible de répertorier, dès lors leur étude se révèle envisageable pour y remédier.

S II – La gestion du cas par le juge.

L'ensemble des informations recueillies conduit à les replacer en respectant la présentation généralement suivie dans les ouvrages généraux traitant de la responsabilité civile.

§ 1 – La nature de la relation entre le médecin et le patient

Il nous faut préalablement remonter au droit commun (A) afin de pouvoir envisager le cas du diagnostic prénatal (B).

A – A l'origine et en général : le contrat

Le juge a qualifié la relation médecin / patient : depuis un arrêt de principe de la Cour de Cassation du 20.05.1936 (DP 1936 1, 88) il est admis qu' « il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement, sinon, évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner les soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs, et, réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ».

L'obligation médicale, contractuelle, consistant en une obligation de soins impose une obligation de moyens.

Les données acquises de la science sont celles de l'époque des soins.

Le patient, quant à lui, est tenu de payer des honoraires.

Cet ensemble : qualification de la relation, détermination de la nature de l'obligation, est une construction du juge.

B – L'application au cadre du diagnostic prénatal

Si les décisions de justice nous permettent de déterminer la nature de la relation existant entre le praticien et sa patiente (1), il n'en est pas de même en ce qui concerne l'époux et l'enfant (2).

1) - Le contrat dans la relation praticien / patiente

a) - L'étude de la jurisprudence à l'exception de trois décisions (réf 61- 60- 61 ter que nous évoquerons aux § b et c ci-dessous) révèle par la responsabilité mise en œuvre et retenue par les juridictions une application par les juges du contrat à la relation praticien et de sa patiente à l'occasion d'un acte de dépistage prénatal.

A titre d'exemple nous pouvons citer l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8.7.1993 (réf 62) : « considérant que dans le cadre de son obligation contractuelle le médecin a un devoir d'information envers son patient afin de permettre à celui-ci de comparer les avantages et les risques encourus et de se décider en toute connaissance de cause eu égard aux données actuelles de la science. »

b) – Deux décisions (réf 60 et 61ter) ne révèlent pas le fondement sur lequel repose la responsabilité mise en œuvre : ceci pouvant tenir au fait que nous ne les possédons pas dans leur intégralité.

c) – La 3^{ème} décision évoquée ci-dessus (réf 61) soit le jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 15.12.1989 ne fait pas référence au contrat médical.

Les faits sont les suivants : fin mars 1984 Mme ... constate qu'elle est enceinte, compte tenu de son âge elle demande une amniocentèse. Son médecin habituel l'adresse à un gynécologue lequel l'invite à faire effectuer les analyses par le CHU de M... Les prélèvements sont réalisés le 25.7.1984 dans le service de gynécologie et d'obstétrique du CHU. Ils sont envoyés à l'Institut d'hématologie du CTS de M... L'institut fournit la réponse « caryotype normal ». L'enfant naît, il est atteint de la T21.

L'action est engagée à l'encontre de l'institut d'hématologie devant le TGI de Montpellier qui retient l'existence d'une faute de nature quasi-délictuelle en ces termes : « le médecin est investi d'une obligation dite de moyens qui l'oblige dans le cadre de l'acte médical qu'il accomplit à faire bénéficier le patient de l'ensemble des connaissances dont l'homme de l'art est normalement investi, eu égard à l'état d'avancement de la science médicale au moment où il agit... Il s'en déduit a contrario qu'en estimant normal le caryotype alors que la culture était médiocre et que seules six cellules ont pu être examinées dans un seul clone, le Pr E... a présumé du degré de confiance à accorder à son examen et n'a pas procédé à tout examen supplémentaire qui lui aurait permis d'augmenter ses données exploitables. Cela suffit à caractériser dans un strict cadre quasi-délictuel un manquement à son obligation de moyens. »

Le fait personnel du Pr E. a été relevé.
L'institut est condamné.

2) – « L'incertitude » concernant l'époux et l'enfant

- Les actions tendant à l'indemnisation du préjudice des époux comprenant donc le père se situent dans un cadre quasi-délictuel [jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 15.12.1989 (réf 61)], dans un cadre dont ne disposons pas du fondement quoique la décision se réfère en tête à l'obligation contractuelle du médecin [arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8.7.1993 (réf 62)] et dans un cadre contractuel [affaire Perruche avec les arrêts de la Cour d'appel de Paris du 17.12.1993 (réf 15) et de la Cour de cassation du 26.3.1996, réf 10 - 64]. Pouvons-nous, pour autant, en déduire que le père est une partie au contrat ? Il est aux termes de ces arrêts associé à la décision d'interruption de grossesse (réf 10- 15- 64) et de ce fait à l'action de la mère.

- Qu'en est-il de l'enfant ? Les décisions qui font état d'une demande de l'enfant en réparation de son préjudice ne nous permettent pas de déterminer la nature de l'engagement qui existerait entre l'enfant à naître et le praticien :

- soit elles ne contiennent pas d'informations suffisantes,
- soit la demande est déclarée irrecevable ou elle est rejetée
- soit la méconnaissance du fondement de la demande et son rejet ne nous permettent pas de nous prononcer.

En conclusion sur le contrat

Si l'application de la jurisprudence sur la nature contractuelle de la relation entre le médecin et son patient, à la femme enceinte, ne posait pas de problème, il n'en était pas de même et principalement en ce qui concernait l'enfant.

§ 2 – Les obligations médicales

Le juge a déterminé au fil des années les obligations de soins, d'information, de suivi. Ces obligations générales sont adaptées, complétées au cas du diagnostic prénatal. Nous allons les étudier successivement.

A – L'obligation de soins

1)- L'obligation de soins en général

- Aux termes de l'arrêt de la Cour de cassation du 20.5.1936 (Civ 20.5.1936 D.P. 1936, 1, 88) le praticien n'a pas pris l'engagement de « guérir le malade » mais celui de « lui donner des soins, non pas quelconques mais conformes aux données acquises de la science ». Telle est l'obligation édictée par la jurisprudence en matière de soins à laquelle elle ajoutera plus tard l'obligation d'informer.

L'article 34 du Code de déontologie médicale (Décret 28.6.1979 réf 69 et 69 bis) dispose : « dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement à son malade des soins consciencieux et dévoués et à faire appel s'il y a lieu à l'aide de tiers compétents. ». Il convient de préciser que les règles déontologiques ne sont assorties que de sanctions disciplinaires et leur violation ne justifie pas à elle seule l'octroi de dommages et intérêts à celui qui s'en plaint.

- Tel est l'état des normes à la date des faits objets de notre étude : 1978 1982 1984 1990.

2) – L'obligation de soins appliquée au cadre de l'étude

- Nous la retrouvons appliquée dans l'affaire Perruche par la Cour d'appel de Paris le 17.12.1993 (réf 15) au médecin traitant qui a limité son information personnelle à une prise de contact avec le laboratoire pour avoir confirmation verbale du résultat du contrôle du 1^{er} prélèvement, qui n'a pas procédé à des investigations complémentaires pour arrêter un diagnostic sérieux et demandé l'avis d'un spécialiste, qui « n'a pas donné à Mme P... tous les soins attentifs et diligents que celle-ci était en droit d'attendre... ».

De consciencieux et dévoués selon le Code de déontologie médicale, les soins deviennent : attentifs et diligents.

-Mais aussi par la Cour d'appel de Versailles le 8.7.1993 (réf 62) : le médecin est engagé à assurer les soins nécessités par la grossesse.

- Les soins sont adaptés à la situation. Ils reçoivent une qualification particulière, ils ont un objet spécifique.

B – L'obligation d'information

Conformément à notre méthodologie nous allons apprécier l'obligation d'information au regard des normes applicables aux dates des faits qui rappelons-le se situent en 1978, 1982, 1984, 1990 ; ce qui nous amène à établir l'obligation d'informer à ces différentes dates.

1) – Considérations générales sur l'obligation d'information

a) son origine :

- L'obligation qui consiste à informer le malade est une norme déontologique.

- Cette norme d'origine professionnelle a acquis le statut d'obligation civile depuis que la jurisprudence l'a insérée dans le contrat médical. Le contenu et l'étendue de cette obligation d'information ont été également précisés par la jurisprudence (Dalloz 2008 N° 28 p1908 « pour une indemnisation au-delà de la perte de chance » par M. Bacache, thèse réf 113 78).

- Dans de rares hypothèses la loi a prévu le devoir d'informer.

b) sa nature et son contenu :

- L'arrêt Teyssier du 28.1.1942 (Chambre des requêtes de la Cour de cassation DC 1942 p 63 réf 66) parlant des devoirs d'état, retient la responsabilité d'un médecin pour n'avoir pas averti son client ni de la nature exacte de l'opération qu'il allait subir et de ses conséquences ni du choix qu'il y avait entre deux méthodes curatives.

- En 1951, H. et L. Mazeaud écrivent que « l'obligation du médecin n'est pas seulement de prévenir le malade du danger que tel traitement ou opération peut lui faire courir, mais de le mettre au courant du traitement, dangereux ou non, qu'il se propose de lui appliquer (réf 70).

- La 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation le 29.5.1951 (Civ. 29.5.1951 D 1952 53)

ajoute à l'obligation de soins celle d'informer le patient des risques de l'opération ou du traitement conseillé (Précis Dalloz Les obligations 6^{ème} édition p 464 et s), elle vise alors l'obligation à la fois professionnelle et contractuelle.

- Pendant de nombreuses années il était jugé que le patient devait être informé des risques normaux ou prévisibles (risques prévisibles d'une radiculographie au méthodal : Civ. 1^{ère} 23.5.1973; réf 71 ; risque d'un traitement de correction de la surdité : Civ. 1^{ère} 6.3.1979). Elle peut être légitimement limitée à l'évolution ou aux risques normalement prévisibles en fonction de l'expérience habituelle et des données statistiques (Civ. 1^{ère} 23.5.1973 JCP 1975 II 17955). Les risques peu fréquents (1979), exceptionnels (Civ. 1^{ère} 20.1.1987 Bull Civ. 1 N° 891) ou imprévisibles pouvaient être tus (réf 65).

Dés lors que l'intervention était facultative l'information s'étendait à tous les risques : (Civ. 11.2.1986 Bull Civ. I N° 24), il y avait une obligation d'informer du grave risque de fréquence de réalisation peu élevée.

- L'article 42 du CDM issu du décret du 28.6.1979 alors en vigueur disposait : « pour des raisons légitimes que le médecin apprécie en conscience un malade ne peut être laissé dans l'ignorance d'un diagnostic ou pronostic grave... » (réf 69).

- La jurisprudence précise que le médecin est tenu d'informer le patient du résultat des analyses et examens para- cliniques pratiqués (Paris 8.6.1989 D1989 IR 210).

2) – Une obligation d'information « spécifique » dans le cadre du diagnostic prénatal

a) son origine :

Le juge applique, interprète, complète l'obligation d'informer telle que dégagée par la jurisprudence qui devient une obligation d'informer tout à fait spécifique.

b) son contenu :

b /1) – de l'information d'un diagnostic grave du patient à l'information d'une forte probabilité d'affections graves portant sur l'enfant à naître.

1- elle devient une obligation d'informer qui porte, non plus, sur le patient lui-même, mais sur l'enfant à naître (aff 60: obligation d'informer la mère de la forte probabilité que l'enfant à naître soit porteur d'affections graves relevant de l'avortement thérapeutique ; aff réf 63 : absence d'information des parents de la malformation de l'enfant).

2 – une obligation d'informer portant sur la forte probabilité qu'il soit porteur d'affections graves relevant de l'avortement thérapeutique (réf 60).

Nous retrouvons mais appliqué à ce cas spécifique l'obligation d'informer d'un diagnostic ou pronostic grave issue de l'article 42 du décret du 28.6.1979 portant CDM ; cependant cette information contient des réserves : la forte probabilité. Le même diagnostic posé sur un patient qui n'est pas un enfant à naître ne serait pas assorti de réserves (cas de rubéole).

La juridiction ajoute que l'affection relève de l'avortement thérapeutique renforçant ainsi le critère de gravité contenu dans les conditions de ce type d'avortement.

Dans l'affaire référencée 63 il n'y a aucune référence à la gravité cependant nous ne disposons que d'un extrait de la décision.

3 – une obligation d'informer sur la malformation (réf 61 ter) mais nous ne pouvons pas en dire plus car nous ne disposons pas de la décision dans son intégralité, puis nous

n'avons pas la date des faits, seule celle du jugement du Tribunal de grande instance de Perpignan 12.4.1994, c'est une information non sur le diagnostic du patient mais sur autrui : la malformation du fœtus.

b /2) – de l'information d'un diagnostic grave à l'information des risques d'un état de grossesse.

Par deux fois les juges ont consacré l'obligation d'informer des risques que présente l'état de grossesse de l'épouse (réf 10) puis des risques prévisibles de son état (réf 15).

C'est une obligation d'informer dont le contenu ne porte pas sur un diagnostic d'affection touchant le patient comme précisé dans l'article 42 du CDM mais sur les risques que fait courir un état de grossesse et il est appliqué l'émergence de la jurisprudence sur l'information sur les risques prévisibles consacrée en 1987 (faits 1982 - décision 1993).

b /3) – l'application par le juge de l'obligation d'information portant sur les résultats des analyses pratiquées avec une extension aux risques non négligeables révélés par les examens et aux examens nécessaires qu'il rattache à l'obligation plus générale d'informer le patient en droit d'être éclairé sur les risques encourus du fait de son état de santé

La jurisprudence précise que le médecin est tenu d'informer le patient du résultat des analyses et examens para- cliniques pratiqués (Paris 8.6.1989 D1989 IR 210).

La Cour d'appel de Versailles le 8.7.1993 (réf 62) applique cette jurisprudence au cas du gynécologue- obstétricien qui suit, en juillet 1990, la grossesse de Mme ... et qui ne porte pas à la connaissance des époux les résultats du dosage qu'il a prescrit pour le dépistage de la trisomie 21.

Les juges adoptent un contenu particulier pour l'information à délivrer par le médecin biologiste chargé de la réalisation du dosage pour le dépistage de la T21 : l'information de ce praticien est étendue aux risques non négligeables révélés par les examens et à la nécessité de faire pratiquer une amniocentèse.

On ne retrouve pas l'information sur les risques normaux ou prévisibles mais non négligeables qui implique un critère de gravité.

De même on passe à l'information sur la nécessité de faire pratiquer une amniocentèse.

c) l'auteur de l'obligation d'information

- Tout d'abord avec le jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 15.12.1989 (réf 61) « le médecin est investi d'une obligation dite de moyens qui l'oblige dans le cadre de l'acte médical qu'il accomplit à faire bénéficier le patient de l'ensemble des connaissances dont l'homme de l'art est normalement investi, eu égard à l'état d'avancement de la science médicale au moment où il agit ; ».

- Ainsi renseigné sur le comportement du professionnel dans la réalisation de son examen, il convient de déterminer qui doit délivrer l'information ?

c /1) - Selon la jurisprudence, d'une manière générale : le médecin est tenu d'informer le patient du résultat des analyses et examens para- cliniques pratiqués (Paris 8.6.1989 D 1989 IR 210).

Au terme d'un arrêt de la Cour de cassation du 29.5.1984 (Bull. Civ. N° 177 N° 178) le médecin prescripteur et le médecin qui réalise la prescription ont un même devoir d'information du patient des risques de l'examen en l'espèce, une aorthographie.

La mention spéciale au rapport annuel de la cour de cassation de 1984 indique : cette solution qui peut paraître rigoureuse à 1^{ère} vue est en réalité une conséquence logique de l'indépendance de chaque médecin. Elle permet aussi de réduire les risques de dilution des responsabilités inhérents au nécessaire travail d'une équipe médicale et préserve les intérêts du malade (réf 66).

c /2) – Nous retrouvons l'esprit de l'arrêt de la Cour de cassation précité du 29.5.1984 avec l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8.7.1993 (réf 62) relatif à des faits survenus en Juillet 1990 ; il relève une obligation d'informer à la charge du :
- gynécologue obstétricien, prescripteur, qui assure le suivi de la grossesse, sur les résultats du dosage plasmatique de Béta HCG
- mais aussi du médecin biologiste qui a réalisé les examens qui s'étend au surplus, pour ce dernier, aux risques non négligeables révélés par les examens et à la nécessité de faire pratique l'amniocentèse qu'il conseillait (réf10), il précise en outre : « que l'usage qu'elle invoque, selon lequel le biologiste se contente d'adresser au médecin traitant le résultat, ne pouvait valablement la dispenser de toute information vis-à-vis du patient en droit d'être éclairé sur les risques encourus du fait de son état de santé ; »

c /3) - La spécificité de l'acte à réaliser impliquant une compétence particulière ou une connaissance particulière de l'exécutant fait reposer l'obligation d'information sur ce dernier comme exécutant visuel. L'obligation d'information ne pèse que sur le spécialiste auquel est adressé une demande d'échographie par un obstétricien. Il n'a pas décelé ou signalé une anomalie de la mesure du fémur qui ne correspondait pas à l'âge du fœtus, il s'abstient d'informer les parents, sa seule responsabilité est retenue (réf 63). Cette décision est à rapprocher de celle rendue par le Tribunal de grande instance de Montpellier, 6 ans auparavant, le 15.12.1989, elle en contenait les prémices : elle retient, en effet, la responsabilité de l'Institut en raison de l'obligation de moyens de son responsable chargé d'analyser les prélèvements de liquide amniotique qui lui sont confiés : seul l'auteur connaît l'échantillon sur lequel il a travaillé et la fiabilité qu'il méritait.

d) la finalité de l'obligation d'information

d /1) – En général :

L'obligation d'informer avait pour finalité d'éclairer le choix du patient

Dans son intérêt

Choix visant une thérapeutique, un examen, une intervention,

d /2) – L'obligation d'information se voit déterminer une finalité particulière :

1 - Il est passé de l'information pour éclairer le choix du patient, à l'information destinée à éclairer le choix des époux alors même que la décision n'appartient qu'à la femme (réf 61 10 62). Seules deux décisions font de la mère la destinataire de l'obligation d'information (réf 60 15) la dernière précisant « devant permettre à sa patiente de prendre une décision éclairée alors qu'elle était confrontée à une situation particulièrement grave et difficile ». La cour d'appel de Paris dans la dernière décision réf 15 en ne parlant que de la patiente qui était confrontée à une situation grave et difficile, ne fait pas une exacte application de la décision préalablement rendue par la Cour de cassation en 1991 (réf 10).

- Un objet particulier à ce choix : éclairer le choix de pratiquer une interruption de grossesse et ce depuis 1989 (réf 60) alors que cette obligation avait pour finalité la thérapeutique, l'examen, l'intervention : on passe du curatif au préventif.
 - informer la mère de la forte probabilité que l'enfant à naître soit porteur d'affections graves relevant de l'avortement thérapeutique (réf 60)
 - informer pour exercer (les époux) éventuellement le choix de pratiquer une interruption de grossesse relative à un fœtus atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic litigieux (réf 61)
 - obligation d'informer qui aurait permis aux époux de prendre une décision éclairée quant à la possibilité de recourir à une interruption de grossesse thérapeutique (réf 10)
 - obligation d'informer qui permet de déterminer s'il convient de faire pratiquer une amniocentèse pour se décider en toute connaissance de cause : les résultats étaient susceptibles d'amener les époux une fois éclairés sur la possibilité d'une telle anomalie génétique à opter pour l'interruption de grossesse (réf 62)
 - obligation d'informer aux fins de prendre une décision éclairée (sa patiente) alors qu'elle était confrontée à une situation grave et difficile (réf 15)
 - pour avoir recours à l'avortement thérapeutique (réf 64)
- Le juge est le garant de l'application de la loi sur l'interruption de grossesse, de l'application de la loi qui accorde une possibilité à la mère d'interrompre sa grossesse.

2 – Il est passé aussi, à une obligation d'informer, les parents, afin qu'ils puissent se préparer dans les meilleures conditions à la naissance de leur enfant malformé (réf 61 ter).

3 - Enfin l'obligation d'information du patient destinée à éclairer son choix, dans son intérêt, devient une obligation d'informer les parents aux fins d'éclairer leur choix pour « un tiers : l'enfant à naître » atteint d'une affection (réf 60 61 10 62 15).

e) le destinataire de l'obligation d'information

e /1) – Il est en général le patient mais dans le cadre de notre étude il peut ne pas l'être.

e /2) – Le destinataire de l'information quand elle concerne les risques de l'état de grossesse : c'est la mère (réf 60 10 15). Le juge applique l'information au destinataire habituel : le patient.

- Par contre, quand l'affection de l'enfant à naître est en jeu, le destinataire de l'information devient comme « par représentation » la mère. Il s'opère comme une fusion, une unité entre la mère et l'enfant qu'elle porte. Nous pouvons rapprocher ce cas de l'hypothèse suivante : l'information qui doit être normalement donnée au patient, en cas d'incapacité de droit doit être donnée au représentant légal parallèlement à celle procurée au malade dans toute la mesure de sa faculté de discernement (mineur proche de la majorité) (encyclopédie Dalloz 1993 médecine N° 527 réf 71).

- Quand l'objet de l'information concerne plus généralement un examen, le destinataire de l'information est en général le patient pour le résultat des analyses et examens para-cliniques pratiqués (CA Paris 8.6.1989 D1989 IR 210 réf 72) ; mais il a été jugé que l'anatomopathologiste qui n'a aucun contact avec le patient ne peut apprécier dans quelles conditions son diagnostic sera reçu, et qu'en conséquence il peut se borner à

communiquer le résultat de son examen au médecin traitant du patient(Civ. 1^{ère} 4.10.1989 Bull. Civ. N° 306 réf 72).

Quand l'objet de l'information concerne plus généralement un examen, le destinataire de l'information dans le cadre de notre étude :

- les résultats des analyses, c'est la mère, à l'identique du patient (réf 62),
- l'échographie : ce sont les époux (réf 64), les parents (réf 63)
- pour les risques révélés par les examens et celui à faire : les époux (réf 62) : « en s'abstenant d'informer les époux R...des risques non négligeables révélés par les examens réalisés par ses soins ainsi que de la nécessité de faire pratiquer le plus rapidement possible l'amniocentèse qu'elle conseillait, le Dr G...a également commis un manquement à son devoir de renseignements...que l'usage qu'elle invoque, selon lequel le biologiste se contente d'adresser au médecin traitant le résultat, ne pouvait valablement la dispenser de toute information vis-à-vis du patient en droit d'être éclairé sur les risques encourus du fait de son état de santé ; »
- l'information par le biologiste aux époux est à relativiser par la phrase suivante : «... ne pouvait valablement la dispenser de toute information vis-à-vis du patient en droit d'être éclairé sur les risques encourus du fait de son état de santé ; »

C – L'obligation de suivi

Elle apparaît très en retrait dans le cadre de notre étude au regard de l'obligation d'information, il n'en est fait mention que dans l'affaire référencée 62 au côté de l'obligation d'information : elle est celle du gynécologue obstétricien dont le dossier fait état de la prescription antérieure d'un dosage pour le dépistage de la trisomie 21 pour lequel il n'a pas pris de renseignement sur le résultat, de conclusions d'échographies sur le volume liquidien abondant, retard de croissance.

En conclusion sur les obligations médicales

L'étude de la jurisprudence nous a permis de dégager, après quelques informations générales, les trois principales obligations à la charge du praticien à l'occasion du diagnostic prénatal qui reçoivent, principalement pour l'obligation d'information, une application particulière.

Mais où les placer dans la succession des événements pour mieux comprendre leur déroulement ?

Il nous est apparu que le raisonnement suivant pouvait être suivi : le praticien commet une faute à l'occasion d'une pratique médicale ayant pour but de détecter une affection, une anomalie ou une malformation, qui le conduit à une erreur ou une absence de diagnostic, dès lors il enfreint l'obligation d'information à laquelle il est tenu.

Le « bien diagnostiquer pour bien soigner » devient alors un « bien diagnostiquer pour informer ».

Mais ce ne sont pas les seules informations que nous livre l'étude de la jurisprudence civile lorsqu'elle s'effectue sous l'angle de la responsabilité.

§ 3 – La responsabilité civile du praticien à l’occasion du diagnostic prénatal

Il nous faut avant d’exposer les informations livrées par la jurisprudence dans le cadre de la responsabilité, faire un bref rappel de la responsabilité médicale en général ; il nous permet de replacer l’étude réalisée dans un contexte global.

Nous aborderons ensuite cet exposé en respectant la division tripartite traditionnelle suivante : faute (A) – dommage et lien de causalité ; la causalité sera étudiée avec le dommage (B) ; dans ce cadre, nous comparerons la jurisprudence avec le droit médical général aux fins de mettre en exergue ses éventuelles particularités.

La responsabilité médicale en général

Le principe de la responsabilité médicale est très ancien puisqu’on en trouve des traces dans le code d’Hamourabi 1700 ans avant notre ère (Dictionnaire permanent responsabilité médicale N° 1 et s thèse réf 73).

Ce n’est, semble-t-il, qu’en 1835 que la Cour de cassation a, pour la 1^{ère} fois, engagé la responsabilité d’un praticien.

Comme l’a précisé P. Sargos, alors conseiller à la Cour de cassation, le droit de la responsabilité médicale est un droit « jurisprudentiel » (réf 77).

A l’origine, le client reprochant au médecin une erreur de diagnostic ou de traitement devait fonder son action en responsabilité sur l’article 1382 c civ.

Rompant avec la solution antérieurement admise, la Cour de cassation a posé en 1936 le principe de la nature contractuelle de la responsabilité médicale (Civ.20.5.1936 DP 1936.1.88). La responsabilité du praticien doit être appréciée par rapport aux principes fondamentaux dégagés par cet arrêt dit Mercier selon lequel pèse sur le praticien libéral une obligation contractuelle de moyens ; la non obtention des résultats espérés ne suffit pas à engager sa responsabilité ; pour les obligations de moyens la violation même involontaire de cette obligation contractuelle est, dès lors, sanctionnée par une responsabilité contractuelle excluant par là même la responsabilité délictuelle.

Cette solution ne s’est pas démentie depuis cette date jusqu’à la loi N° 2002-303 du 4.3.2002 (pour des applications dans le cadre de notre étude : aff Perruche CA Paris 17.12.1993 réf 15, Cass. civ. 26.3.1996 réf 16 17, Cass Ass. plén. 17.11.2000 réf 94 ; Cass Ass. plén. 28.11.2001 réf 25. Mais pour l’affaire ayant donné lieu à l’arrêt de la Cour d’appel de Versailles du 8.7.1993 réf 62 nous n’avons aucun fondement quoique la décision se réfère en tête à l’obligation « contractuelle » du médecin; et c’est une responsabilité quasi- délictuelle qui a été retenue par le Tribunal de grande instance de Montpellier le 15.12.1989 réf 61).

Conformément, donc, aux principes traditionnels édictés en responsabilité civile, le patient doit démontrer l’existence :

- d’une faute du médecin,
- d’un dommage,
- et d’un lien de causalité entre la faute et le dommage.

A – La faute du praticien

Dans une 1^{ère} période, la jurisprudence a fait revivre la faute lourde ; depuis l’arrêt Mercier du 20.5.1936 on ne peut plus exiger une faute lourde pour engager la responsabilité du médecin ; la faute simple suffit pour engager la responsabilité; aucun degré de gravité particulier n’est exigé ; la Cour de Cassation rappellera ultérieurement,

que « toute faute du médecin engage sa responsabilité »(Civ. 30.10.1963 D 1964, 81), mais il est nécessaire de relever une faute qui lui soit personnelle.

La faute du praticien est examinée au regard des deux pratiques médicales qui apparaissent prédominantes lors de cette étude: les analyses (1) et l'imagerie (2).

1 – la faute du praticien et les analyses

a) le résultat exact des analyses

a /1) le jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 15.12.1989 (réf 61)

Le juge applique une précédente jurisprudence générale en matière d'analyses et une précédente décision dans le cadre de notre étude, il fait alors émerger trois constantes :

- **les examens de laboratoire donnant lieu à des difficultés d'interprétation ou de réalisation sont soumis au régime de l'obligation de moyens.**

- ni le défaut d'information, ni l'erreur de diagnostic constituent des fautes mais **la négligence à l'origine du défaut d'information et de l'erreur de diagnostic.**

- **le moindre signe d'appel doit conduire à des investigations complémentaires.**

Il étend la négligence à l'origine du défaut d'information à l'erreur de diagnostic.

Le CTS ne pouvait être tenu à délivrer un résultat de caryotype conforme à la réalité observée sur l'enfant arrivé à terme et né, puisqu'il existe une probabilité d'erreur ; le caractère erroné du diagnostic, du résultat du caryotype n'est pas en soi constitutif d'une faute sauf à exiger du CTS une obligation de résultat ; c'est une application de la jurisprudence générale au terme de laquelle les examens de laboratoire qui donnent lieu à des difficultés de réalisation ou d'interprétation restent soumis au régime de l'obligation de moyens (Civ. 1^{ère} 4.1.1974 Bull Civ. I N° 4).

Se fondant sur :

- le rapport d'expertises : pour eux la cause hautement probable de l'erreur (adverbe souligné dans la décision pour marquer l'échelle de valeur de cette affirmation) est celle d'une culture de cellules maternelles dont le risque est évalué à 1/100 000,
- un courrier du Pr. E..., lui-même, mis en cause dans la procédure, responsable du CTS du 26.6.1986 « après mise en culture la pousse cellulaire a été lente et médiocre ne permettant d'analyser qu'un petit nombre de mitoses de qualités moyennes et avec des cassures » ; le 17.3.1989 seules 6 cellules dans un seul clone ont pu être examinées ...il ajoute qu'il est possible que dans ce cas la pousse ait mis en jeu des cellules maternelles. Le Tribunal précise, aussi, repoussant une possible argumentation sur le temps écoulé entre cette observation et les faits : « qui n'a jamais varié dans ses déclarations ».En conséquence et première conclusion : titulaire de ces connaissances dont il doit faire bénéficier les patients et qu'il justifie par ce courrier, capable de cette réflexion, il aurait du être interpellé et donc incité à diligenter d'autres examens ; nous nous trouvons dans le même cas de figure que dans l'affaire 60 rendue peu de temps avant le 17.2.1989 de laquelle on déduit que la moindre anomalie doit pousser à des investigations complémentaires : l'interprétation douteuse du test de la rubéole et les recommandations du laboratoire auraient du inciter le médecin à prescrire un 2^{ème} test au vu des résultats de la sérologie de la rubéole.
- les termes du courrier du Pr L... « seule l'accumulation des données – mitoses nombreuses dans une culture saine – permet d'estimer le degré de confiance à accorder au résultat observé ».

Muni de ces trois éléments, le Tribunal conclut sur la faute dans le domaine de l'erreur de diagnostic : « en estimant normal le caryotype alors que la culture était médiocre et que seules six cellules ont pu être examinées dans un seul clone le Pr E... a présumé du degré de confiance à accorder à son examen et n'a pas procédé à tout examen supplémentaire qui lui aurait permis d'augmenter ses données exploitables ». Comme on l'a vu précédemment pour le défaut d'information réf60 c'est la négligence du praticien à l'origine du défaut d'information qui est réprimée, et bien là c'est la négligence du praticien à l'origine de l'erreur de diagnostic qui est réprimée, c'est une extension par le juge à l'erreur de diagnostic.

a /2) l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17.12.1993 (réf 15).

Il peut y avoir faute à ne pas donner un résultat d'analyse exact au patient :

- la doctrine a considéré que les examens de laboratoire courants (numération – formule sanguine, dosage d'urée, cholestérol, glycémie ...) ne comportant aucun aléa mettent à la charge de leur auteur une obligation de résultat : celle de fournir un résultat exact au patient. (R. Savatier, De sanguine jus D1954 chr.141 réf Encyclopédie Dalloz Médecine N° 493 réf 75). Il y a faute dès que le résultat communiqué n'est pas exact.
- la jurisprudence a considéré que les examens de laboratoire qui donnent lieu à des difficultés de réalisation ou d'interprétation restent soumis au régime de l'obligation de moyens (Civ. 1^{ère} 4.1.1974 Bull. Civ. I N° 4).

La Cour d'appel de Paris (réf 15) considère que la faute commise par le laboratoire est : l'erreur commise dans la vérification du 2^{ème} contrôle de l'examen (le 1^{er} prélèvement du 12.5.1982 avait été donné comme négatif, l'analyse de contrôle de l'échantillon conservé du 1^{er} prélèvement avait été présenté comme positif avec un taux d'anticorps de 1/160) ; elle prend soin d'étayer cette considération à la fois par le rapport d'expertise au terme duquel : une erreur a du être faite par le laboratoire dans la vérification du 2^{ème} contrôle de l'examen du 12.5.1982 et par les conclusions du laboratoire et de son assurance qui ne contestaient pas cette erreur ainsi que leur responsabilité.

En effet, un entretien avec le laboratoire K... le 5.7.07, nous précise qu'à l'époque des faits les techniques étaient moins sensibles, il y avait des possibilités d'interférence, des réactions douteuses; obligation de résultat ou de moyens à l'époque des faits compte tenu de la technique moins sensible, nous insistons sur la prise en considération pour fonder la faute, par la Cour d'appel, tant du rapport d'expertise et que des conclusions du laboratoire qui ne contestaient pas l'erreur.

b) la prise de renseignements sur les résultats des analyses par le praticien prescripteur :
l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8.7.1993 (réf 62)

Encadré des obligations jurisprudentielles de soins et d'information le juge rend sa décision sur la faute.

En effet et d'une part, il résulte de la jurisprudence un engagement de donner au malade des soins consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science (Civ.20.5.1936 DP 1936.1.88), exprimé différemment par l'article 34 du CDM (décret 28.6.1979) : le médecin s'engage à assurer personnellement à son malade des soins consciencieux et dévoués.

D'autre part, il résulte d'une jurisprudence dégagée dès le 8.6.1989 que le médecin est tenu d'informer le patient des résultats des analyses pratiquées (Paris 8.6.1989 D 1989 IR 210 et 20.2.1992 D 1993 somm.30).

C'est dans ce contexte que la Cour d'appel de Versailles se plaçant dans le cadre d'une obligation de soins spécifique « dès lors que chargé d'assurer les soins nécessités par la grossesse de sa cliente ... » détermine la faute du médecin qui n'est pas sans lien avec l'obligation d'informer précitée puisque pour informer du résultat des analyses il faut préalablement se renseigner : « ainsi, en omettant de prendre le moindre renseignement sur les résultats dudit examen, le dr R... a manifestement commis une négligence ... » ;

Elle entoure sa décision d'une motivation très précise:

- après un rappel - de la fonction du dr F R... consulté pour « assurer le suivi de sa grossesse et procéder à l'accouchement »...

- des raisons pour lesquels il a prescrit les examens dont s'agit : « le dr F R... a estimé utile au vu de l'âge de celle-ci et de ses antécédents, de la faire bénéficier d'un protocole destiné au dépistage de la T21, lui prescrivant le 29.5.1990... »

- des enjeux des examens réalisés : « il ne pouvait ignorer qu'ils étaient susceptibles d'amener les époux R, une fois éclairés sur la possibilité d'une telle anomalie génétique, à opter pour une interruption de grossesse... »

- elle ajoute deux circonstances qui aggravent cette omission :

- « une négligence d'autant plus fautive qu'elle a persisté puisque, lors de la nouvelle visite de Mme R... le 14.9.1990 alors que son dossier faisait pourtant mention des prescriptions antérieures ... »

- « et qu'il a même rassuré cette dernière le 9.10.1990 en lui affirmant que les résultats de ses examens étaient normaux... »

et elle répond aux arguments adverses qui pourraient influencer sur la faute :

- « en vain, ce dernier invoque le fait qu'il n'aurait pas été tenu réglementairement de prescrire le dépistage de la trisomie dès lors qu'ayant estimé devoir le faire, il ne pouvait légitimement se désintéresser du sort de cet examen compte tenu notamment de ses enjeux »

- « qu'enfin les griefs tenant à la négligence de Mme R ne reposent sur aucun élément objectif ... ».

Il existait deux obligations jurisprudentielles (obligation de donner au malade des soins consciencieux, attentifs, conformes aux données acquises de la science / obligation d'informer des résultats des analyses pratiquées), le juge crée une faute de l'omission du gynécologue obstétricien de prendre le moindre renseignement sur les résultats de l'examen réf 62 ; quelques mois plus tard on trouvera dans l'affaire Perruche (réf 15) une faute à limiter son information à une prise de contact avec le laboratoire pour avoir confirmation verbale du résultat.

c) Information et analyses : l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8.7.1993 (réf 62)

La faute du médecin biologiste est établie au regard de l'obligation générale d'informer le patient :

« ne pouvait la dispenser de toute information vis-à-vis du patient en droit d'être éclairé sur les risques encourus du fait de son état de santé ».

La jurisprudence avait dégagé une obligation d'informer sur les risques encourus pour les interventions (1951), les traitements (1951) les examens (1973) la maladie (Civ. 1^{ère} 20.1.1987 Bull. Civ. 1 N° 19) et essentiellement pour les risques normaux ou prévisibles (1987), et en 1989 une obligation d'informer sur les résultats des analyses à la charge du médecin.

Pour les magistrats de la Cour d'appel il y a une faute du médecin biologiste qui s'est abstenu d'informer sur les risques révélés par les examens et encore plus précisément, sur les risques non négligeables (définition du Petit Larousse Illustré 1990 p659 « que l'on ne peut laisser de côté ») ; le changement de qualificatif implique une modification des critères d'appréciation du risque à révéler.

Ils en déduisent, aux fins de parfaire le devoir du praticien, par là même une faute de s'être abstenu d'informer de la nécessité de faire pratiquer une amniocentèse, rappelant que le programme expérimental dans lequel se situait le dépistage pratiqué sur Mme R... préconisait expressément l'amniocentèse pour les femmes de 37 ans si le dosage était supérieur à 70^e percentile, ce qui était le cas de l'espèce.

La motivation n'est pas très développée.

Mais, il est répondu à l'argument adverse sur l'usage « que l'usage qu'elle invoque, selon lequel le médecin biologiste se contente d'adresser au médecin traitant le résultat, ne pouvait valablement la dispenser de toute information vis-à-vis du patient en droit d'être éclairé sur les risques encourus du fait de son état de santé ».

d) analyses (dosage des anticorps anti-rubéoles) **et investigations complémentaires** : affaires référencées 10 15 60.

Comme nous avons pu le constater (§ B) la jurisprudence a fait émerger une obligation d'information particulière qui a pour objet d'informer sur : les risques d'un état de grossesse (réf 10), les risques prévisibles de l'état de grossesse (réf15, la forte probabilité d'affections graves portant sur l'enfant à naître (réf60).

Le juge met l'accent sur la négligence du praticien à l'origine de l'inexécution de l'obligation d'information; c'est cette négligence du praticien à l'origine du défaut d'information qui est réprimée; par conséquent, le praticien doit dès lors qu'il est en présence de la moindre anomalie impérativement approfondir ses investigations.

Les fautes sont des omissions des praticiens en possession des résultats des dosages des anticorps anti- rubéoles

- un test est effectué chez une femme enceinte, l'interprétation en est douteuse, malgré les recommandations du laboratoire le médecin ne prescrit pas un 2^{ème} test au vu des résultats de la sérologie de la rubéole réf 60
- le praticien fait procéder à un dosage des anticorps rubéoliques, il a connaissance du taux d'anticorps antirubéoleux, il n'en tire aucune conséquence, il ne prescrit pas un 2^{ème} examen réf 10

C'est une confirmation de la précédente décision .En 1991 la décision rendue en 1989 était connue.

- « ...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 P... ; qu'il a en effet constaté sur la petite fille de Mme P...les symptômes apparents de la rubéole, puis ensuite sur sa mère tous les signes cliniques de cette maladie particulièrement contagieuse ;...

Considérant qu'eu égard à cette situation, à la gravité des risques encourus et de leur caractère irréversible pour l'enfant, le Dr P... 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 devait de ce fait procéder à des investigations complémentaires pour arrêter un diagnostic sérieux et permettre à Mme P... d'être pleinement informée; qu'il lui

appartenait ... de faire preuve de davantage d'esprit critique et de demander l'avis d'un infectiologue ou d'un gynécologue spécialisé... » réf 15.

Ces fautes consistent à ne pas avoir diligenté d'investigations alors qu'il existait des signes d'appel :

- l'interprétation est douteuse et il existe des recommandations du laboratoire réf 60
- il a connaissance du taux d'anticorps, il n'en tire aucune conséquence réf 10
- des résultats sont successivement donnés, il existe une contradiction inexplicable et des signes cliniques réf 15

Ce qui interpelle c'est la motivation toute particulière du juge pour justifier la faute, l'étayer, particulièrement dans l'affaire P...réf 15 pour laquelle nous allons surligner cette motivation dans le paragraphe suivant afin qu'elle soit bien remarquée :

- « ...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 P... ; qu'il a en effet constaté sur la petite fille de Mme P...les symptômes **apparents** de la rubéole, puis ensuite sur sa mère tous les signes **cliniques** de cette maladie **particulièrement contagieuse** ;...
Considérant qu'eu égard à cette situation, à **la gravité des risques encourus** et de leur **caractère irréversible** pour l'enfant, le Dr P... 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 devait de ce fait procéder à des investigations complémentaires pour arrêter un diagnostic sérieux et permettre à Mme P... d'être pleinement informée ; qu'il lui appartenait... de faire preuve de davantage d'esprit critique et de demander l'avis d'un infectiologue ou d'un gynécologue spécialisé... » .

Le juge détermine même la conduite qui aurait du être tenue (réf 60 10 15) :

- prescrire un 2^{ème} examen, (réf 60 10)
- prendre contact avec le laboratoire, faire preuve de davantage d'esprit critique, prendre l'avis de spécialiste après l'avoir informé (réf 15).

La jurisprudence aux termes de laquelle le médecin est tenu à une obligation de moyens est appliquée. Le médecin avait-t-il mis tous les moyens appropriés dans la tâche à accomplir pour parvenir à informer sur les risques de l'état de grossesse ou la forte probabilité d'affections graves portant sur l'enfant à naître ? Non, il a commis une négligence. C'est la négligence du praticien à l'origine de l'inexécution de l'obligation d'information qui est réprimée.

2 – la faute du praticien et l'imagerie

Cette partie de l'étude concerne trois affaires référencées respectivement sous les numéros 61 ter, 63 et 64.

a) l'absence de visualisation lors de l'échographie : le jugement du Tribunal de grande instance de Perpignan du 12.4.1994 réf 61 ter.

La main gauche de l'enfant n'a pas été vue; le commentaire précise que pour l'expert ceci pouvait ne pas être une agénésie de la main, celle-ci pouvant être située dans un autre plan de l'espace, mais cette image aurait du attirer l'œil de l'échographiste qui aurait du pousser plus à fond l'examen ou demander un contrôle quelques jours plus tard. Une information incomplète a été donnée aux parents qui ne leur a pas permis de se préparer dans les meilleures conditions à la naissance de leur enfant malformé (agénésie du membre supérieur gauche).

Maintien de la jurisprudence aux termes de laquelle l'obligation du médecin demeure de moyens.

Le médecin est tenu de donner des soins « consciencieux, attentifs, et conformes aux données acquises de la science » selon la formule de l'arrêt dit Mercier (1936) et le non respect de cette obligation engage sa responsabilité (1936).

Pour soigner le malade il doit exécuter un certain nombre d'actes : faire certaines investigations, formuler un diagnostic ... pour lesquels on ne peut lui imposer une obligation de réussite. En conséquence, le seul fait de poser un diagnostic erroné ne suffit pas à engager sa responsabilité.

Il faut que cette erreur soit fautive : il doit s'agir d'une erreur que n'aurait pas commise un bon médecin placé dans les mêmes circonstances.

Présentement : il n'a pas accompli les investigations et explorations nécessaires. La faute n'est pas de n'avoir pas décelé la malformation mais alors qu'il n'avait pas vu la main gauche de l'enfant, de ne pas avoir poussé plus avant ses investigations ou demandé un contrôle quelques jours plus tard.

L'obligation de moyens s'apprécie par rapport à un modèle de comportement : celui de l'homme diligent ; la décision du Tribunal s'y réfère : « ceci pouvait ne pas être une agénésie de la main, celle-ci pouvait être située dans un autre plan de l'espace mais cette image aurait du attirer l'œil de l'échographiste qui aurait du pousser plus à fond l'examen ou demander un contrôle quelques jours plus tard ».

Obligation de moyens, peut-être parce que l'échographie n'est pas une technique infaillible, dans certaines hypothèses une malformation peut ne pas avoir été diagnostiquée alors que le praticien a satisfait à son obligation de moyens.

Cependant, l'étude du Répertoire de droit civil (médecine), du dictionnaire permanent (contrat médicale et responsabilité médicale) du Lamy droit de la santé, ne montrent pas de différences entre erreur de diagnostic et absence de diagnostic ; il n'y a pas, semble-t-il de jurisprudence significative concernant le passage de l'une à l'autre.

Il se dégage, en conséquence, une obligation à la charge du praticien : dès lors qu'il est en présence de la moindre anomalie il doit approfondir ses investigations.

Le juge applique la jurisprudence qui sanctionne l'insuffisance d'examen radiographique à l'échographie. Une constante émerge dans le cadre de l'activité de l'imagerie

La responsabilité du médecin est engagée lorsque faute d'examen radiographique suffisant, il diagnostique une luxation de la tête humérale alors qu'il s'agit d'une fracture du col de l'humérus (Grenoble 4.11.1946 D 1947 79).

Elle l'est encore lorsque faute d'examens suffisants il a confondu une fracture de l'humérus avec une luxation du coude (Civ 1^{ère} 14.12.1965 D 1966 453).

Commet une faute le médecin qui néglige de faire pratiquer les examens qui lui auraient permis de suspecter l'existence d'une tumeur cancéreuse (Civ.1^{ère} 15.11.1989 N° 88 12702).

Constitue une faute, l'insuffisance des examens radiologique et échographique.

Mais alors que cette jurisprudence initiale rendue dans le cadre de l'activité radiologique mettait en cause le diagnostic et l'erreur de diagnostic cette dernière étant rattachée à l'obligation générale de soins, la présente décision qui met l'accent sur la faute conduisant à l'absence de diagnostic, est rendue dans le cadre de l'obligation d'informer : information à donner aux parents pour se préparer à la naissance de l'enfant malformé. On assiste donc pour une activité générale d'imagerie à une même sanction de l'insuffisance des examens radiologique ou échographique du praticien « qui aurait du pousser plus à fond l'examen » mais rattachée cette fois à l'obligation d'information spécifique au cadre de l'étude : « information à donner aux parents pour se préparer à la naissance de leur enfant malformé ».

Cette constante en rappelle aussi une autre, dans le cadre plus spécifique de notre étude : c'est la négligence du praticien à l'origine de l'inexécution de l'obligation d'information qui est sanctionnée (réf 60 CA Paris 17.2.1989, réf 13 Civ. 1^{ère} 16.7.1991, réf 15 CA Paris 17.12.1993).

b) un examen insuffisant, une interprétation insuffisante ou erronée, une déclaration de vision erronée : l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence du 13.4.1995 (réf 63).

Le gynécologue spécialiste en matière d'échographie n'a pas procédé à un examen suffisant soit lors de la réalisation de la 3^{ème} échographie soit lors de son interprétation: il aurait du approfondir ce qu'il a du apercevoir, il est passé sur cette image, ou il en a fait une interprétation erronée ; en tout cas, il n'a pas pris en compte la longueur du membre alors que son attention aurait du être attirée par l'important décalage des mesures par rapport à la moyenne ; il n'a pas signalé l'anomalie qui ne correspondait pas à l'âge du fœtus, il s'est abstenu d'informer les parents.

Il a déclaré voir les 4 membres, déclaration erronée, puisque l'enfant est née atteint des malformations suivantes : une agénésie du membre supérieur gauche, 3 doigts à l'épaule, une luxation bilatérale des hanches, un pied bot droit.

Le défaut de prise en compte de la longueur du membre dans le cadre d'un examen insuffisant, d'une interprétation également qualifiée ou erronée, constitue une faute qui engage sa responsabilité.

Une obligation de moyens.

Il résultait de la jurisprudence alors en vigueur une obligation de donner des soins attentifs, (arrêt dit Mercier 1936) ; et pour ce faire le médecin doit exécuter un certain nombre d'actes : faire des investigations, formuler un diagnostic.

C'est dans ce cadre que le fait de poser un diagnostic erroné ne suffit pas à engager la responsabilité; il est des anomalies comme le précise N Gombault (réf 61 ter) dans son article relatif à l'échographie que l'on ne peut déceler. Il faut que l'erreur soit fautive.

Dans le cadre d'un examen insuffisant, d'une interprétation également qualifiée ou erronée, il n'a pas pris en compte la longueur du membre alors que son attention aurait du être attirée par le décalage important des mesures par rapport à la moyenne ; sa compétence particulière, le matériel performant dont il disposait, sont autant d'éléments particuliers qui alourdissent son obligation ; l'anomalie était, de plus, décelable dès la 2^{ème} échographie.

A cette première faute s'en ajoute une seconde : il a fait une déclaration erronée de la vision des quatre membres qui ne pouvaient exister puisque l'enfant est née atteint des malformations suivantes : une agénésie du membre supérieur gauche, 3 doigts à l'épaule, une luxation bilatérale des hanches, un pied bot droit.

Les fautes conduisent à une erreur de diagnostic.

Une jurisprudence antérieure dans le cadre de la radiographie précisait qu'un radiologue peut-être déclaré responsable lorsqu'il donne d'une radiographie une interprétation manifestement inexacte alors que sa formation spéciale aurait dû le garder d'une telle interprétation (encyclopédie Dalloz Médecine 1993 N° 583 citant Civ. 3.4.1939 D.H 1939 337 et Montpellier 29.5.1934 D.H 1934 453).

Le juge de confirme sa jurisprudence en l'étendant à un acte de même nature (imagerie : de la radiologie à l'échographie).

Mais la décision présentement commentée applique cette jurisprudence rendue dans le cadre de l'obligation de soins qu'elle replace dans celui de l'obligation d'informer particulière à notre étude (informer les parents sur l'anomalie dont est atteint le fœtus).

Le juge aussi ajoute une qualité à l'information : elle ne doit pas être erronée.

c) – examen insuffisant et erreur d'interprétation conduisant à une erreur de diagnostic : l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 9.12.1998 (réf 64).

Dans un contexte de gémellité suspect, l'un des fœtus non viable était anencéphale, le radiologue a effectué des échographies ; elles étaient insuffisamment documentées sur le 2^{ème} fœtus : il n'a pas renseigné l'organe exploré dans les 3 plans de l'espace, les coupes coronales étaient absentes, le diamètre orbitaire n'a pas été évalué. La malformation était détectable au moment des examens médicaux.

Il a interprété et analysé plusieurs échographies et une image par résonance magnétique cérébrale fœtale : il a commis une erreur d'interprétation de l'IRM.

Il a conclu au caractère normal du fœtus.

L'enfant est né souffrant d'une malformation cérébrale majeure et complexe (diagnostic de microcéphalie).

C'est une erreur de diagnostic pour la Cour d'appel.

Une obligation de moyens.

Dans le cadre de l'obligation de donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science dégagée par la jurisprudence, le médecin doit faire certaines investigations, formuler un diagnostic pour lesquels on ne peut lui imposer une obligation de réussite. Le seul fait de poser un diagnostic erroné ne suffit pas à engager sa responsabilité, il faut que cette erreur soit fautive ; il doit s'agir en outre d'une erreur que n'aurait pas commise un bon médecin placé dans les mêmes circonstances, c'est au comportement de ce standard juridique que se réfère l'appréciation de la faute.

La faute dans notre cas est double : carences, insuffisance de diligences, dans l'accomplissement de l'échographie et erreur d'interprétation de l'IRM; la Cour d'appel précise ces lacunes, en les énumérant elle les replace dans le contexte spécifique de la grossesse, de la détectabilité de la malformation et de l'intérêt de certains examens : les apports de l'évaluation du diamètre orbitaire.

La jurisprudence en matière de radiologie.

La responsabilité du médecin est engagée lorsque faute d'examen radiologique suffisant il diagnostique une luxation de la tête humérale alors qu'il s'agit d'une fracture du col de l'humérus que la radio négligée aurait permis de diagnostiquer (Grenoble 4.11.1947 D 1947 49).

Le juge confirme sa jurisprudence intervenue précédemment au cours d'un acte d'imagerie aboutissant aussi à une erreur de diagnostic et l'applique à l'échographie. Présentement,

cependant on n'est pas dans le diagnostic pour le soin, on est dans le diagnostic pour informer les parents sur l'affection grave et incurable du fœtus afin, éventuellement de recourir à une interruption de grossesse.

Il édicte une constante pour les actes d'imagerie : l'examen doit être suffisant ; l'insuffisance de diligence au cours de l'acte engage la responsabilité du radiologue.

En conclusion sur la faute : le pouvoir d'interprétation du juge et ses conséquences

Si nous retrouvons les principes généraux qui prédominent dans le cadre de la faute médicale, incontestablement, le juge les adapte ; dès lors son pouvoir d'interprétation le conduit, non seulement, à induire des précédents de nouvelles fautes mais aussi à en créer.

La fonction des juges s'exerce sur des règles générales qui régissent la responsabilité contractuelle telles qu'elles ont été interprétées par la jurisprudence, non construites pour régir spécifiquement la relation entre le médecin et sa patiente ; elle s'exerce à partir d'une jurisprudence qui les a appliquées à cette relation : contrat, obligation de moyens, et dégagé une obligation de soin puis d'information. Par conséquent, le juge agit sur sa propre jurisprudence qu'il confirme, interprète et dont il comble les silences.

La jurisprudence sur la nature de l'obligation du médecin, obligation de moyens sert de base au juge ; il l'applique au cadre de notre étude, à quelques exceptions près dans le cadre des analyses ; mais la compétence particulière du praticien, ou la performance de son matériel, par exemple, vient l'alourdir. Il est, en effet, attendu plus du praticien qui dispose d'un matériel performant, comme de celui qui est spécialisé.

La jurisprudence sur le comportement de l'homme diligent est interprétée, comblée pour considérer ce qui devient le médecin diligent ; et il arrive que le juge se laisse aller jusqu'à déterminer le comportement du praticien diligent dans le cadre de l'espèce dont il est saisi.

Les obligations jurisprudentielles de soins, d'information, telles qu'issues de la jurisprudence, sont également interprétées, comblées pour être adaptées aux techniques du diagnostic prénatal et à leurs évolutions ; c'est ainsi que nous voyons émerger une obligation d'information propre au diagnostic prénatal qui a pour objet de renseigner sur l'affection, les malformations de l'enfant, les risques de l'état de grossesse... qui a pour destinataire les parents ou la femme et pour finalité : l'interruption de grossesse ou la préparation à la naissance de l'enfant handicapé ; elle se différencie en obligation de conseil, de renseignement.

Mais, le juge détermine aussi, selon les cas, des obligations particulières qu'il énonce alors, en tête de ses décisions :

- obligation de faire bénéficier le patient de l'ensemble des connaissances dont l'homme de l'art est normalement investi eu égard à l'état d'avancement de la science médicale (réf 61) : C'est une obligation découlant du devoir d'information : est tenu à un devoir d'information celui qui a connaissance de l'information. Mais aussi de l'arrêt dit Mercier : donner des soins conformes aux données acquises de la science, formule consacrée depuis ledit arrêt, parfois remplacée par les données actuelles de la science (Dictionnaire permanent bioéthique responsabilité médicale N°27).

- devoir d'informer le patient afin de lui permettre de comparer les avantages et les risques encourus et de se décider en toute connaissance de cause (réf 15 62), puisé dans l'obligation d'informer sur les risques apparue dans la jurisprudence dès 1951.

- devoir de soins diligents, attentifs dans l'affaire Perruche (réf 15) qui rappelle l'arrêt dit Mercier avec, néanmoins, une modification de l'adjectif les soins deviennent « diligents ».

- devoir de conseil du médecin envers son client (réf 15) ; l'information peut devenir de nature subjective et consister en un conseil qui vise à éclairer le cocontractant sur l'opportunité du comportement envisagé au regard du but poursuivi (Fabre Magnan « De l'obligation d'information dans les comportements. Essai d'une théorie » LGDJ 1992 N° 467). et la décision rendue est de 1993...Mais, la jurisprudence reconnaît cette gradation au sein de l'obligation d'information entre le renseignement, la mise en garde et le conseil (réf 76). Le juge confère une nature subjective à l'information.

- obligation de renseignements à l'égard de la patiente qui aurait permis aux époux de prendre une décision éclairée quant à la possibilité de recourir à une interruption de grossesse thérapeutique (Civ.16.7.1991 réf 10). Le devoir d'information peut consister en un renseignement destiné à porter à la connaissance du cocontractant les éléments nécessaires à la saine conclusion de la convention (réf 76), c'est une information objective. C'est encore un des aspects possibles de l'information que le juge fait ressortir.

Les décisions de justice préalablement rendues dans le cadre de la faute servent de base aux juges du fond ; dès lors, il peut consacrer les fautes qu'il a préalablement retenues, en induire et créer de nouvelles.

Certes, les fautes ne seront jamais identiques dans un droit de la responsabilité fondé sur la faute ; mais ce sont les particularités des faits, des techniques, leurs évolutions qui vont également agir sur elles.

Il apparaît une forte influence des précédents relatifs à la faute dans le cadre de la radiologie qui, même s'ils ne sont pas indiqués dans le corps des décisions, sont appliqués, interprétés, complétés par le juge pour être transposés aux cas de la faute à l'occasion de l'échographie.

Le juge s'attache particulièrement à les encadrer d'une motivation ; celle-ci repose sur 4 principaux fondements dans le cadre des analyses : le rapport d'expertise (réf 15 61), la profession (les connaissances réf 61, la spécificité de la mission réf 62), les enjeux (l'interruption de grossesse réf 62, le caractère irréversible pour l'enfant réf 15), le comportement diligent qu'il détermine (réf 15 60 10) ; dans le cadre de l'échographie, la motivation s'articule, certes comme dans le cas des analyses autour de la profession (compétence réf 63, matériel réf 63), de la conduite à tenir (réf 61ter 63), mais aussi de la détectabilité de la malformation (réf 64 63), de l'apport de certains examens (réf 64), de la grossesse en cause (réf 64).

Même si le juge joue un rôle important dans la détermination des normes de conduite des praticiens, direct ou indirect, il résulte de l'utilisation de la jurisprudence et du pouvoir du juge sur celle-ci notamment par l'interprétation, une grande incertitude pour le médecin quant à ses devoirs et obligations ; incertitude, dans le cas de son exercice professionnel mais aussi dans celui où une action en justice est exercée à son encontre; l'obligation n'existe pas pour la plupart du temps, avant que la faute soit commise.

Cette même incertitude s'applique aux victimes qui devront s'attacher à prouver la faute. Cette affirmation doit être tempérée ; en effet, le juge ne fait jamais œuvre de pure création, la faute s'inscrit généralement, dans un contexte jurisprudentiel, elle évolue par touches successives.

Ce qui est incertitude, peut aussi, apparaître comme flexibilité, adaptation possible à la singularité du cas soumis au juge, à l'évolution des techniques.

B – Le dommage

L'étude de la jurisprudence dans ses aspects relatifs au dommage, nécessite celle préalable du dommage en général ; une fois située dans ce cadre général qui la structure, il est alors possible de relever les différents types de dommage retenus, les préjudices consécutifs, leur réparation, pour les étudier. Nous distinguerons deux cas : celui des parents (1) celui de l'enfant atteint d'un handicap (2).

Le dommage en général

Dans la responsabilité civile il y a des constantes: ce sont des règles communes à tous les cas de responsabilité civile (contractuelle, délictuelle). Ces règles sont relatives aux conditions d'existence de la responsabilité dont le dommage. C'est à ces dernières que nous allons consacrer ces quelques lignes.

- D'abord, toutes les actions en responsabilité supposent un dommage.

- La confusion des termes : dommage et préjudice. Le dommage désigne la lésion subie tandis que le préjudice qui est la conséquence de la lésion apparaît comme l'effet ou la suite du dommage. Le dommage est un fait, c'est toute atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne, d'une activité, d'une situation, objectivement perceptible, existant indépendamment de l'idée que peut s'en faire la personne qui est victime et des conséquences qu'il peut avoir pour elle alors que le préjudice est une notion seconde se définissant comme les diverses conséquences découlant du dommage à l'égard de la victime de celui-ci (réf 84).

Mais, il est d'usage en droit français de tenir pour synonymes les termes de dommage et de préjudice ; nous constaterons que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation avec l'arrêt dit Perruche rétablit très nettement la distinction.

- Le juge et l'existence, l'étendue du préjudice. L'existence et l'étendue du préjudice relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond (Civ. 3^{ème} 8.12.1981 Bull. Civ. III N° 206). S'ils doivent relever l'existence d'un préjudice, ils ne sont pas tenus d'employer une formule sacramentelle ; dans une formule lapidaire la Cour de cassation a posé le principe qu'une Cour d'appel constate l'existence du préjudice par l'évaluation qu'elle en fait (Civ. 2^{ème} 8.7.1987 Bull. Civ. II N°150).

Mais, tout préjudice n'emporte pas droit à réparation ; consciente de l'impossibilité d'assurer la réparation de tous les dommages la jurisprudence a fixé les conditions auxquelles doit satisfaire un dommage pour fonder un droit à réparation.

a- Le dommage réparable doit être selon une formule de jurisprudence direct, actuel et certain. C'est dans chaque espèce l'examen des faits qui permet de qualifier le dommage. Les juges du fond sont souverains ; cependant la cour de cassation exerce son contrôle sur la constitution du dommage, elle vérifie que seuls des préjudices actuels ou virtuels ont été réparés.

La perte de chance se situe au niveau du dommage certain.

b- N'est réparable que le dommage licite.

c- Le préjudice réparable n'est pas seulement celui qui est certain et licite, il doit être encore personnel au demandeur ; c'est dans cette partie que figurent le préjudice direct et le préjudice par ricochet.

- La diversité des préjudices : il peut être matériel – moral – corporel. Mais l'évolution de notre civilisation donne même à penser qu'il existe une sorte d'augmentation des types de préjudices.

- Dans le cadre de notre étude nous avons constaté que :

- le dommage différerait selon les étapes décisionnelles des parents quant à l'interruption de grossesse ;
- la réparation du préjudice ne correspondait pas toujours au dommage retenu : ainsi si le juge retient la perte de chance, il ne cantonne pas la réparation du préjudice subséquent mais indemnise le handicap.
- il reçoit les deux parents en leur action pour un dommage en liaison avec l'interruption de grossesse dont la décision est réservée à la femme.

- Enfin, généralement, c'est le dommage subi : au jour de l'inexécution qui est pris en considération ; le juge doit tenir compte des variations du dommage intervenues depuis sa survenance par ex des changements intrinsèques.
Par contre pour la valeur du dommage : la jurisprudence s'est prononcée en faveur de l'évaluation au jour du jugement définitif.

Les règles générales étant ainsi rappelées, les décisions de justice sont étudiées, il nous est ainsi révélé les différents dommages retenus dans le cadre de l'action des parents de l'enfant handicapé ; c'est à leur exposé puis à leur étude que nous proposons de consacrer les développements suivants.

1 – le dommage des parents

L'étude des cinq décisions dans lesquelles il est indemnisé le préjudice des parents (réf 60 61 61 ter 62 64) fait apparaître quatre types de dommages correspondant successivement à la perte de l'option légale (a) la perte de chance (b) la perte de la possibilité de demander une interruption de grossesse à laquelle les parents auraient eu recours (c) et l'impréparation à la naissance de l'enfant malformé (d).

a) – la perte de l'option légale : l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17.2.1989 (réf 60)

a /1) - L'information

Selon les dispositions de l'arrêt du 17.2.1989 « si ce contrôle ne pouvait pas permettre de prévenir les anomalies dont le fœtus devait être irrémédiablement atteint, il aurait permis d'informer la mère de la forte probabilité que l'enfant à naître soit porteur d'affections graves relevant de l'avortement thérapeutique ».

a /2) - Le dommage consécutif

Aux termes de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17.2.1989 « la négligence du médecin n'a pas permis à la mère, qui pouvait légalement opter pour l'avortement thérapeutique ...d'éviter le drame... ».

C'est une perte réelle, constituée, effective. Perte d'une possibilité offerte par la loi d'interrompre la grossesse. Elle est la perte d'une option légale. On ne l'a pas mise en mesure d'avoir un choix à faire car on ne l'a pas informée.

Et la Cour ajoute : elle pouvait légalement opter pour l'avortement thérapeutique ; elle renforce la réalité de la perte.

Le juge détermine le dommage.

a /3) - La réparation :

Le manque d'information au terme de la jurisprudence alors applicable (Civ.1^{ère} 11.2.1986 Bull. Civ. I N° 24) est « la cause exclusive du dommage et ... la responsabilité de deux médecins était(est) engagée pour l'intégralité du préjudice subi » (en relation avec la surdité de l'enfant). En ce qui concerne le préjudice matériel de la mère lié à l'état de l'enfant, la Cour d'appel le refuse « la mère ne saurait réclamer au médecin, dont la faute n'a aucun lien de causalité avec l'état de l'enfant, la réparation d'un préjudice matériel... ».

Elle n'applique pas la jurisprudence relative au défaut d'information précitée. Mais il en est justifié : la faute n'avait aucun lien de causalité avec l'état de l'enfant.

La faute ne présente pas de lien de causalité avec l'état de l'enfant né avec un taux d'IPP de 80% ; son état est la conséquence directe de l'infection rubéolique. Parmi les causes qui ont produit un événement les unes sont prépondérantes, sans elles il est certain que l'effet ne se serait pas produit ; pour que le débiteur soit responsable il faut que l'inexécution de l'obligation soit vraiment la cause générique du dommage ; c'est la position de la jurisprudence civile (Civ. 9.11.1953 D 1954 5).

Il y aura une évolution quelques mois plus tard avec le jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 15.12.1989 qui indemnise les parents des charges du coût du handicap.

Le préjudice moral de la mère : il est retenu avec une réserve : « la mère ne saurait réclamer... mais seulement l'indemnisation d'une partie des souffrances subies du fait de la vue quotidienne du handicap de son enfant ».

La jurisprudence relative à l'obligation d'information et à sa sanction jusqu'en 2007 indemnise le préjudice moral du patient (réf 113 114 115). La Cour suit cette jurisprudence mais elle l'adapte en raison des circonstances de l'espèce.

Elle poursuit son raisonnement : la faute du praticien n'a pas causé l'état de l'enfant, donc il ne peut pas être indemnisé les effets du handicap sur la mère ; cependant elle reconnaît que la faute du praticien a une incidence tout de même et elle indemnise « une partie des souffrances ».

La Cour limite le préjudice moral indemnisable

b) – la perte de chance : le jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 15.12.1989 (réf 61) et l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8.7.1993 (réf 62)

b /1) – Considérations générales :

1/1 - Généralement avons-nous précisé, c'est le dommage subi au jour de l'inexécution qui est pris en considération ; le juge doit tenir compte des variations du dommage intervenues depuis sa survenance (par ex : des changements intrinsèques).

Les décisions étudiées sous ce titre (réf 61 62) concernent des faits qui se sont déroulés en 1984 et 1990.

La perte de chance s'apprécie au regard des dispositions légales, jurisprudentielles aux dates des faits sauf revirement de la jurisprudence à la date de la clôture qui à mon avis serait appliqué soit en 1989 et 1993.

1/2 - La question de la perte de chance se pose dans les mêmes termes en matière contractuelle et en matière délictuelle.

1/3 – L'étude de la perte de chance est souvent réalisée dans le cadre de la présentation des caractères du dommage et précisement de sa certitude.

La perte de chance réelle et sérieuse constitue un préjudice certain appelant réparation (Civ. 2^{ème} Bull. Civ. N° 336). Il en est ainsi dans les cas suivants : perte de chance qu'a un plaideur de gagner son procès, perte de chance pour le propriétaire d'un cheval de gagner une course si l'animal ne peut prendre le départ, perte de chance pour un candidat de réussir à un examen si un accident l'empêche de s'y présenter, perte de chance pour le patient de ne pas subir son mal.

Il s'agit de considérer que la chance perdue valait quelque chose ce dont la victime a été privée.

La perte d'une chance garde un sens lors de la détermination du préjudice subi. La réparation n'est que celle de la perte de chance parce que la faute n'a pu qu'influencer sur un processus naturellement aléatoire, préexistant et dont l'issue était incertaine. C'est en cela que réside la justification du cautionnement de la réparation. Il n'est pas possible de réparer quelque chose dont rien ne permettait d'affirmer que le demandeur en aurait bénéficié effectivement.

Cela démontre la légitimité du cantonement de la réparation à la perte de chance d'éviter une opération dommageable par exemple. Malgré l'influence qu'a pu avoir l'information sur la décision du patient il est le plus souvent impossible de dire dans quel sens celui-ci se serait prononcé s'il avait su (réf 80).

Par contre pour la valeur du dommage, la jurisprudence s'est prononcée en faveur de l'évaluation au jour du jugement définitif.

b /2)- la perte de chance et le jugement du TGI de Montpellier du 15.12.1989 (réf 61)

2/1 - Nous ne sommes pas dans cette affaire dans le cadre du devoir d'information et de sa sanction. Cette observation a son importance quant au préjudice consécutif, à son indemnisation. Dès lors, pour l'étude de la décision nous nous plaçons au regard de la jurisprudence relative à la perte de chance.

2/2 - Le dommage :

Il est : « la perte d'une chance de pratiquer une interruption de grossesse » puis, « la perte de chance du choix de pratiquer une interruption de grossesse », autre façon d'exprimer le même dommage dans la mesure où le choix est précisé, choix de l'interruption de grossesse.

Le tribunal apprécie pour constituer la perte de chance, l'interruption de grossesse au regard de la vérification de la trisomie, de l'âge des époux, la durée de leur union, le nombre d'enfants déjà nés.

La perte de chance réelle et sérieuse constitue un préjudice certain.

2/3 - Le préjudice moral des parents et son indemnisation.

- Les époux ont voulu prendre toute précaution pour éviter de donner la vie à un enfant trisomique, leur préjudice moral est le suivant : « ils supportent néanmoins... l'obligation de supporter la moindre autonomie morale, intellectuelle de leur enfant pour le présent et pour l'avenir ; ».

Nous observons que le préjudice moral retenu par le tribunal, alors que le dommage est limité à une perte de chance, correspond au handicap de l'enfant. Le juge ne détermine pas un préjudice consécutif à une perte de chance, mais le préjudice moral de parents privés de l'interruption de grossesse, la part d'aléa inhérente à la perte de chance n'est pas prise en compte.

Une telle détermination, par ailleurs, conduit à considérer que le handicap est un préjudice. Elle véhicule cette conception.

- Nous avons noté également que le préjudice retenu est le préjudice moral des parents ; le père y est associé alors que la possibilité d'interrompre la grossesse est réservée à la femme.

- L'indemnisation du préjudice consécutif à la perte de chance : il ne s'agit pas d'accorder à la victime l'avantage dont elle a été privée, ce serait à coup sûr supposer par exemple que le plaideur aurait gagné son procès. Néanmoins, la chance perdue valait quelque chose. Mais c'est seulement cette perte qui doit être compensée par l'allocation de dommages et intérêts et nullement la totalité de ce que la chance si, elle s'était réalisée, aurait pu procurer à la victime. Dans le cas d'une perte de chance de gagner un procès l'indemnité n'égalera pas la totalité de la somme à laquelle le plaideur aurait pu prétendre si cette chance s'était réalisée. Ce ne sont pas les sommes convenues qui constituent le dommage mais simplement l'espoir de les gagner. Les effets de la perte existent. Et les juges se demandent si le grief était sérieux et eut pu être accueilli par la juridiction, si les chances apparaissent nulles le préjudice est limité aux frais et tracas.

En l'espèce, le dommage, perte de chance de pratiquer une interruption de grossesse, entraîne un préjudice moral qui ne prend pas en compte la part d'aléa inhérente à la perte de chance, dès lors l'indemnisation consécutive qui s'élève pour chacun des époux à la somme de 45 000 frs, non plus. La réparation n'est pas cantonnée, elle ne tient pas compte que la faute n'a pu qu'influencer sur un processus aléatoire.

La Cour de cassation décide depuis longtemps que la fixation de l'indemnité échappe à son contrôle 5Civ 18.1.1943 DC 1943 45). Les juges sont souverains dans la détermination de la quotité de l'indemnité. Mais ils sont liés et insérés dans les liens de l'instance. Le contrôle s'effectue par le biais de la réparation intégrale.

2/4 – Le préjudice matériel des parents et son indemnisation

Le Tribunal a opéré une distinction : il ne peut qu'affirmer que l'incapacité de l'enfant est le fait de la nature, elle ne peut être rattachée à l'erreur sur la qualification du caryotype ; ce ne sont pas les éléments constitutifs du préjudice corporel de l'enfant qui vont servir de base à l'indemnisation ; mais les charges matérielles des parents liées au handicap de l'enfant dépassant celles liées au devoir d'entretien et d'éducation et ce sa vie durant ; ils supportent les coûts supplémentaires de l'éducation, du suivi d'un enfant handicapé par rapport à un enfant normal. Il est établi une distinction entre l'état de l'enfant et le préjudice résultant pour les parents de son handicap. Seul ce dernier est retenu.

Le préjudice matériel est constitué des coûts suivants : aide d'une tierce personne, éducation spécialisée, prise en charge de tous ses frais médicaux.

Le préjudice matériel ne correspond pas au dommage tel que fixé par les juges.

Le tribunal n'indemnise pas dès lors le préjudice matériel consécutif à la perte de chance de pratiquer une interruption de grossesse ; il indemnise la charge du coût du handicap ; c'est dans ces conditions qu'il alloue une rente mensuelle de 7500frs indexée qui survivra au décès de l'un ou des deux parents.

Aucune part d'aléa ne rentre dans la décision du tribunal.

2/5 - La recevabilité de l'action des parents :

Cette question aurait du être examinée par nous à titre liminaire, la recevabilité se posant avant l'examen des demandes au fond mais pour une meilleure appréhension des faits de l'espèce et pour éviter leur répétition nous avons préféré ne l'exposer qu'après.

«seuls M. et Mme P...agissant en leur nom peuvent en l'espèce invoquer une relation de cause à effet entre la faute et le dommage tel que retenu par le tribunal ».

Le Tribunal étend, dès lors, la recevabilité de l'action en justice à la demande du père ; il le justifie ainsi : la décision de pratiquer une interruption de grossesse appartient, en premier lieu, à la mère à qui peut être associé le père de l'enfant s'il ressort des éléments de l'espèce l'existence d'une volonté commune d'assurer le devenir du fœtus ».Le mari n'est pas habilité à prendre une décision d'interruption de grossesse. Cette décision n'est pas sans incidence, puisque l'indemnisation du préjudice moral sera plus élevée puisque allouée à chacun d'entre eux « condamne l'institut...à payer à M et Mme P...45 000 frs chacun au titre de leur préjudice moral ».

Si la doctrine ne parvient pas à s'entendre sur la nature de la prérogative conférée à la mère (liberté – droit – fait justificatif), les auteurs sont cependant unanimes à l'analyser comme attribuée à la seule femme enceinte. C'est ce qui explique l'arrêt dit Lahache par lequel le Conseil d'Etat a refusé de reconnaître au père toute intervention en la matière et d'autre part soustrait l'état de détresse de la mère à tout contrôle judiciaire préférant abandonner une telle appréciation au pouvoir discrétionnaire de la mère. Cette même juridiction a précisé en 1980 qu'aucune disposition de la loi n'avait pour objet ou pour effet de « priver la femme majeure du droit d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de grossesse », c'était admettre la liberté de décision de la femme, seule.

Par conséquent la décision du tribunal qui déterminait les bénéficiaires de l'action, les deux époux, ainsi que le dommage, présentait l'inconvénient dans le cadre de la fixation et de l'indemnisation des préjudices moral et matériel, de ne pas correspondre à la détermination d'un dommage qui relevait de la perte de chance de pratiquer une interruption de grossesse ; elle conduisait, en outre, à considérer que le handicap est un préjudice.

b /3)- la perte de chance et l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8.7.1993 (réf 62)

3/1- Contrairement à la précédente décision le défaut d'information est en cause dans cette affaire : « il est établi que le Dr R...a manqué à ses devoirs d'information ».

Quel est le dommage causé par le défaut d'information ? (réf 82 81 78 80).La jurisprudence lorsque l'intervention ne présente pas de caractère inéluctable a été successivement la suivante :

- le défaut d'information constitue la cause de l'entier dommage car mieux informé le patient aurait pu choisir de ne pas courir les risques de l'intervention et la réparation est celle de l'intégralité du préjudice subi (Civ. 1^{ère} 11.2.1986 Bull. Civ. I N° 24 p21).

- le manquement à l'obligation d'éclairer le patient a seulement privé ce dernier d'une chance d'échapper par une décision peut-être plus judicieuse au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles. Cette jurisprudence remet en cause la possibilité d'obtenir réparation intégrale du préjudice final à partir d'un simple défaut d'information (Civ. 1^{ère} 7.2.1990 Bull. Civ. I N° 39 p30).

3/2 – Défaut d'information et dommage des parents. La Cour d'appel de Versailles fait application de cette dernière jurisprudence qui limite le dommage à une perte de chance ; dès

lors il est ainsi déterminé : il est la perte de chance d'avoir le choix de ne pas mettre au monde un enfant anormal.

Le juge conforte la jurisprudence quant au dommage résultant du défaut d'information, néanmoins, il l'adapte au diagnostic prénatal puisqu'elle était la perte de chance était celle d'échapper au risque qui s'est réalisé. Le juge se fait le garant de l'application de la loi qui accorde à la femme une possibilité : celle d'interrompre sa grossesse.

Par conséquent dans les deux affaires étudiées (b/ 2 et b/3) que le défaut d'information soit ou non évoqué le dommage issu de l'erreur de diagnostic est une perte de chance.

La chance est précisée, par une formulation maladroite : elle est d'avoir le choix de ne pas mettre au monde un enfant anormal ; nous lui préférons celle employée dans une autre partie de la décision : privés de toute possibilité de choisir de mettre un terme ou non à la grossesse Quant au choix il est celui de ne pas mettre au monde un enfant anormal.

L'aléa se place au niveau du choix qui aurait été effectué; le médecin ne les a pas mis en mesure par son information d'effectuer un choix.

Il est le dommage des époux, ils ont perdu la chance d'avoir le choix de ne pas mettre au monde un enfant anormal (le père est associé dans le dommage).

3/3 – Le préjudice personnel des parents et son indemnisation

Au terme de la jurisprudence généralement applicable dans le cadre de l'information la perte de chance constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles; il n'est pas alors possible d'obtenir la réparation intégrale du préjudice final à partir d'un simple défaut d'information. La Cour s'aligne sur la jurisprudence, elle limite le préjudice réparable des époux : à leur préjudice personnel, et elle condamne les défendeurs in solidum à leur verser respectivement une somme de 250 000frs à titre de dommages et intérêts en réparation de leur préjudice personnel. La perte de chance est un préjudice spécifique et personnel aux parents. D'une manière générale quant à la sanction de l'obligation d'information la jurisprudence abandonnera l'indemnisation du préjudice moral du patient en 2007.

3/4 – Cependant elle crée une distorsion entre le dommage (perte de chance), le préjudice réparable (le préjudice personnel des parents et non leur préjudice lié au handicap) et l'évaluation du préjudice qui ne prend pas en compte que le dommage est une perte de chance et que la perte de chance comporte une part d'aléa, quand elle se réfère à « compte tenu de leur très grande souffrance morale résultant du grave handicap de leur enfant il convient » Il n'y a pas de prise en considération du fait que la faute influe sur un processus aléatoire. Elle se sépare de la jurisprudence qui n'admettait plus la réparation de l'entier dommage, pour prendre en compte dans son évaluation ce qui peut être considéré comme l'entier dommage soit le handicap. Le préjudice indemnisé est le préjudice des parents lié au handicap, soit leur souffrance morale, de plus en relation avec le handicap de leur enfant; alors que le dommage se limite à une perte de chance.

Cette évaluation n'est pas sans incidence sur le montant des sommes allouées.

Les trois défendeurs sont condamnés in solidum à leur verser respectivement 250 000 frs de dommages et intérêts en réparation de leur préjudice personnel. Ils avaient demandé en 1^{ère} instance 500 000 frs pour chacun au titre des troubles causés dans leur condition d'existence ainsi que pour la perte de chance et une rente mensuelle pour leur enfant de 8 000 frs par mois indexée ; le Tribunal de grande instance leur avait alloué respectivement, à Mme 50 000 frs et à Mr 30 000 frs. Nous notons une importante variabilité et augmentation entre la décision du tribunal de grande instance de Montpellier de 1989 et celle-ci de 1993.

Le handicap, comme avec la précédente décision (b/2) est un préjudice.

3/5 – La Cour étend le bénéfice de l'action à l'époux alors que la possibilité d'interruption de grossesse ne concerne que la femme. Nous en arrivons à une même jurisprudence concernant ce point consacrée préalablement par le Tribunal de grande instance de Montpellier le 15.12.1989 (réf 61).

Par conséquent par deux décisions, que la faute soit ou non liée au défaut d'information, le dommage des parents se ramenait à une perte de chance dont il n'était pas tenu compte dans le cadre de l'indemnisation des préjudices correspondant au handicap ; elles donnaient cependant, à considérer que le handicap était un préjudice.

c) – La perte de la possibilité de demander une interruption de grossesse: l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 9.12.1998 (réf 64)

c/1 - Nous n'avons qu'un résumé de la décision, ce qui nous empêche, d'une part d'affirmer avec certitude que la décision rendue ne l'est pas au regard du défaut d'information, d'autre part de faire un commentaire quant à l'évaluation du préjudice pour laquelle nous ne disposons d'aucun élément (à l'exception du fait qu'il est accordé aux parents en leur nom propre une provision).

c/2 - Le dommage.

Aux termes de l'abstract et du résumé le dommage des parents est ainsi déterminé : il est la « perte pour les parents de l'enfant de la possibilité de demander une interruption de grossesse thérapeutique » ; ou encore « si, le diagnostic ... avait été correctement posé par le médecin, les parents auraient, sans aucun doute possible comme leur comportement le prouve, eu recours à une interruption de grossesse thérapeutique, s'agissant d'une affection majeure et reconnue comme incurable. »

Les juges vont plus loin dans l'expression du dommage que dans les deux décisions précédentes : ils pénètrent dans le mécanisme décisionnel des parents : les parents auraient ... sans aucun doute possible comme leur comportement le prouve, eu recours à une interruption de grossesse thérapeutique.

Le dommage n'est pas la perte de chance pour laquelle la caractéristique principale est que la faute influe sur un processus aléatoire dont l'issue est réellement incertaine.

Le dommage est la perte pour les parents de l'enfant de la possibilité de demander une interruption de grossesse thérapeutique et ils s'expliquent pour marquer la différence d'avec la perte de chance : « les parents auraient ... sans aucun doute possible » et ils s'appuient pour cette affirmation sur leur comportement : « comme leur comportement le prouve », eu recours à une interruption de grossesse, ils ajoutent même que les conditions en sont réunies : « s'agissant d'une affection majeure et reconnue comme incurable ». C'est une perte de la possibilité de demander une interruption de grossesse qui s'entend dans le sens que les parents auraient sans aucun doute possible comme leur comportement le prouve, eu recours à une interruption de grossesse thérapeutique. La faute n'a pas influé sur un processus aléatoire mais sur une certitude : ils y auraient eu recours.

c/3 - Le père est associé au dommage par conséquent son préjudice est indemnisable. Le juge conforte la jurisprudence.

d) - **L'impréparation à la naissance de l'enfant malformé** : le jugement du Tribunal de grande instance de Perpignan du 12.4.1994 (réf 61 ter).

d/1 - Nous ne disposons pour cette décision que de quelques citations du jugement.

d/2 - Il en résulte qu'une information incomplète a été délivrée aux parents.

d/3 - Le dommage est ainsi déterminé par le juge : l'impréparation des deux parents à la naissance de leur enfant malformé. C'est un dommage qui n'est pas lié, contrairement à ceux précédemment étudiés à l'interruption de grossesse; comme le faisait remarquer l'annotateur de la décision réf 60 la naissance handicapée constitue un traumatisme moral qui peut être atténué si informée préalablement la mère a pu se préparer psychologiquement à cette naissance et de ce point de vue la faute commise par le médecin n'ayant pas permis de délivrer une information complète n'a pas permis cette préparation psychologique ; elle est en relation de causalité certaine avec la soudaineté de la détresse morale accompagnant la naissance. Le juge détermine un dommage propre au cas de l'espèce ce qui est conforme à la jurisprudence : le juge n'est pas obligé d'employer une formule sacramentelle. Il était évoqué dans une note annexée au commentaire de la décision (réf 60) plusieurs années avant la décision qui l'a retenu.

d/4 - Le préjudice consécutif est le préjudice moral des deux parents, indemnisé à hauteur de 15 000 frs pour chacun d'eux. Nous notons une indemnisation bien plus faible dans le cas de l'impréparation

En conclusion sur le dommage des parents : une jurisprudence inconstante, incohérente, laissant suggérer que le handicap est un préjudice

Le dommage, à l'exception d'une décision, est lié à l'interruption de grossesse (réf 60 61 62 64) ; nous retrouvons les conditions de l'action en justice elle-même ; pour agir en justice il faut pouvoir invoquer l'atteinte portée à une liberté publique ou privée dont certaines tendent à se transformer en véritables droits ; le droit est le fondement de l'action ; le contentieux est fondé sur la violation de la norme.

L'interruption de grossesse est-elle un droit de la femme ? Une possibilité offerte par le législateur ? Une liberté ? Une tolérance ? Il résulte des décisions que l'interruption de grossesse est une option légale (réf 60) « qui pouvait légalement opter pour l'avortement thérapeutique prévu par l'article L162-12 CSP ». L'atteinte portée est un empêchement d'exercice : la négligence du médecin n'a pas permis à la mère d'exercer cette option légale. Elle se rapproche d'un droit (réf 61) : « la décision de pratiquer une interruption volontaire de grossesse appartient en premier à la mère... la perte de chance de pratiquer une interruption volontaire de grossesse ...ne concerne que la mère de l'enfant à laquelle les motivations déjà admises ...permettent d'ajouter en l'espèce le père ». Préalablement il était indiqué »l'homme et la femme doivent pouvoir concevoir librement la vie, la mère donnant ensuite au moment de

cette naissance cette vie ». L'atteinte portée est une perte de chance de la pratiquer. Elle est une possibilité légale (réf 62) « l'article L1626-12 CSP prévoit la possibilité d'une interruption de grossesse pour motif thérapeutique » ... « perte de chance d'avoir le choix de ne pas mettre au monde un enfant anormal »... « privés du fait de leur ignorance de toute possibilité de choisir de mettre un terme ou non à la grossesse » ; l'atteinte portée est une perte de chance de la pratiquer ; réf 64 : perte de la possibilité de demander une interruption de grossesse thérapeutique. La position du juge au regard de l'interruption de grossesse : droit – liberté – tolérance n'est pas très claire. [Pour un exposé sur la liberté de la femme de décider ou non d'interrompre sa grossesse (réf 105)].

L'action en justice réalise la jonction entre le droit substantiel et la procédure pour en assurer la sanction ; enfin il faut pour agir en justice justifier de la lésion d'un intérêt ; l'intérêt pour agir : être directement intéressé c'est être intéressé en premier car on subit personnellement les lésions, un intérêt direct vise le titulaire du droit litigieux.

En ce qui concerne l'interruption de grossesse, l'information comme la décision est réservée à la femme. C'est à celle-ci que l'option légale est offerte. Dans les affaires étudiées on se situe sur le plan de l'interruption après notamment les dispositions légales des 17.1.1979, 31.12.1979 (pour un état chronologique des dispositions normatives relatives à l'IG réf 85 et 85 bis).

La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Si d'après l'article L162-4 dernier alinéa chaque fois que cela est possible le couple participe à la consultation et à la décision à prendre cette disposition de caractère purement facultatif n'a ni pour objet ni pour effet de priver la femme majeure du droit d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de grossesse. Le mari séparé de fait n'est pas fondé à soutenir qu'en accédant à la demande de la femme l'établissement hospitalier ayant pratiqué l'IG avait commis une faute engageant sa responsabilité dès lors qu'à supposer que le mari ait pu être disposé à lui venir en aide à la naissance... ces circonstances ne faisaient pas légalement obstacle à la décision de procéder à l'interruption de grossesse. La femme apprécie elle-même sa situation de détresse ; dans un arrêt du 31.10.1980 le Conseil d'Etat a clairement décidé qu'il n'appartenait qu'à la femme majeure d'apprécier elle-même si sa situation justifie l'interruption de grossesse (réf 105) ; la demande d'interruption de grossesse est une demande de la femme ; la décision de procéder à l'IVG est une décision réservée à la femme par la loi.

Pour l'interruption de grossesse de l'article L 162-12, (réf 87) bien que l'interruption procède de la volonté de la femme cette volonté perd ici tout caractère discrétionnaire, la justification médicale de l'intervention est appréciée par un colloque de médecins.

Dans les deux cas la décision de procéder à l'IG est une décision de la femme dont le mari est exclu. Tel était l'état des textes et de la jurisprudence à la date des faits objet des décisions étudiées 60 61 62 64

Le mari est concerné avec la précision apportée dans le jugement du tribunal de grande instance de Montpellier (réf 61). Du cas d'espèce les juges vont opérer une application générale aux cas dont ils sont saisis et ce sans motivation particulière ; ils opèrent une généralisation de l'extension au conjoint du bénéfice d'une action en réparation fondée sur l'option légale réservée à la femme.

L'action sanctionne la violation d'un devoir, il y a un intérêt lésé et la loi accorde une action en réparation. Le juge est le garant de la loi sur l'interruption de grossesse.

Même s'il dispose de la faculté de l'adapter selon les étapes décisionnelles des époux, dans le cadre de son pouvoir souverain d'appréciation de l'existence du dommage qu'il n'a pas besoin de dénommer par une formule sacramentelle, nous relevons que sa détermination varie selon les juridictions sans qu'une structure qui l'encadrerait, se dégage.

Quand le défaut d'information est évoqué dans le cadre de notre étude (réf 60 et 62) le juge applique la jurisprudence générale relative au dommage causé par le défaut d'information: en conséquence, le défaut d'information est la cause de l'entier dommage (réf 60) puis de la perte de chance (réf 62). Il l'applique quand il retient le préjudice moral.

Le préjudice consécutif au dommage est le préjudice des deux parents et ce bien que la possibilité d'interruption de grossesse soit exclusivement réservée à la femme ; il est un préjudice lié au handicap(60 61 62); sa détermination ne tient pas compte de la part d'aléa inhérente au dommage préalablement retenu ; la faute n'a pas causé l'état de l'enfant (60 61 62 64) ; il véhicule, que le handicap constitue un préjudice pour les parents que l'interruption de grossesse permet d'éradiquer, contrairement à l'impréparation à la naissance. Il représente la lésion subie et quand il est indemnisé c'est son coût et la souffrance des parents qui constituent celle lésion.

L'indemnisation du préjudice pose des difficultés.

Les préjudices consécutifs au dommage, préjudice moral, préjudice matériel, ne sont pas tous également retenus par le juge ; s'il retient d'une manière générale, le préjudice moral des parents, il n'en est pas de même de leur préjudice matériel (réf 60 rejet, réf 61 admission).

Quand le préjudice des deux parents est retenu, il est parfois intégralement indemnisé, en dépit de l'appellation du dommage (perte de chance), l'indemnisation du préjudice ne correspond pas alors au dommage retenu ou il est réduit en raison de la causalité qui prime sur la sanction de l'obligation d'information .

A la veille de l'arrêt dit Perruche, la faute causait un dommage qu'il convenait de bien déterminer puisque le préjudice en était la conséquence.

L'indemnisation du préjudice consécutif au dommage, moral et matériel, lié au handicap, posait un problème, la faute n'ayant pas causé l'état de l'enfant.

Dès lors, pouvait-il être mis à la charge du responsable ?

Dans ce cas, comment résoudre les questions que posait sa détermination au regard du dommage, de l'indemnisation ?

Qu'en était-il du problème que posait la causalité ?

Pouvait-on accepter que la valeur véhiculée par la décision de justice fût que le handicap était un préjudice pour les parents de l'enfant ?

2 – Le dommage et l'action de l'enfant handicapé

Le juge a retenu un dommage propre aux parents dont a été tiré un préjudice moral ou un préjudice moral et matériel (lié au handicap), qu'il a indemnisé.

Qu'en était-il de l'enfant atteint d'un handicap ? Pouvait-il se prévaloir du dommage de ses parents ? Ce dommage pouvait-il être source de droit fondant son action ?

a) – **La perte d'une chance de pratiquer une interruption de grossesse, une appréciation par l'enfant de la décision de ses parents de mener la grossesse à terme** : le jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 15.12.1989 (réf 61)

a /1) – Il convient de rappeler que les époux avaient saisi le tribunal d'une demande tendant à voir déclarer l'institut responsable en application des dispositions de l'article 1383 c civ (responsabilité quasi-délictuelle) et condamner à réparer leurs préjudices.

Quant à la faute quasi délictuelle le tribunal jugeait « il s'en déduit à contrario qu'en estimant normal le caryotype, alors que la culture était médiocre et que seules six cellules ont pu être examinées dans un seul clone, le Pr. E... a présumé du degré de confiance à accorder à son examen, et n'a pas procédé à tout examen supplémentaire qui lui aurait permis d'augmenter ses données exploitables ; cela suffit à caractériser, dans un stricte cadre quasi délictuel, un manquement à son obligation de moyens.

Le dommage retenu par le tribunal était ainsi défini « il s'en déduit qu'il peut être défini comme la perte d'une chance de pratiquer une interruption de grossesse ».

a /2) - Les époux en qualité de représentants légaux de leur enfant handicapée ont sollicité l'indemnisation de son préjudice, ils n'ont pas changé le fondement de leur demande.

Dès lors, la demande de l'enfant s'examinait au regard de la faute et du dommage préalablement retenus : soit pour la faute « le Pr E... a présumé du degré de confiance à accorder à son examen, et n'a pas procédé à tout examen supplémentaire... », soit pour le dommage : la perte d'une chance de pratiquer une interruption de grossesse. Le tribunal considère d'ailleurs, que « c'est au stade de la relation de cause à effet, que la faute étant établie et le dommage défini, peut être examiné la qualité de victime directe des demandeurs ».

a /3) – L'appréciation de la qualité de victime

- Ce sont tout d'abord : les époux : seuls Mr et Mme P... agissant en leur nom peuvent en l'espèce invoquer une relation de cause à effet entre la faute et le dommage tel que retenu par le tribunal.

- Qu'en est-il de la qualité de victime directe de l'enfant handicapé au regard de la faute et du dommage précités ? Comment l'apprécier ? Quelle appréciation peut-il être portée ?

a /4) – Apprécier la qualité de victime directe au regard de la cause à effet renvoyait à l'intérêt légitime, posait la question première de cet intérêt . Au regard de la faute, du dommage tels que définis, l'intérêt de l'enfant est-il légitime ?

Le tribunal nous fait pénétrer dans le cadre des conditions d'ouverture de l'action en justice, dans celui des conditions relatives à la personne du sujet qui agit, par rapport à la faute et au dommage définis par le tribunal.

Il en faut 4 dont l'intérêt. Les conditions de recevabilité tenant à la personne du plaideur se ramènent à l'intérêt (et la qualité). La notion d'intérêt est indéfinie et multiforme ; les auteurs et la jurisprudence se sont alors efforcés de la circonscrire, de l'analyser. L'intérêt doit être positif et concret, juridique ou légitime, né et actuel. L'intérêt doit être légitime. C'est le

défaut d'intérêt ainsi qualifié (légitime) qui fit pendant longtemps déclarer irrecevable l'action en dommages et intérêts de la femme vivant dans un ménage de fait et privée par accident de l'appui de celui qui subvenait à ses besoins. Cette notion de légitimité a entraîné des confusions, que l'on exige de quelqu'un qu'il ait un intérêt à agir pour apprécier la recevabilité de son action c'est normal, mais en exigeant qu'il soit légitime on passe de la recevabilité de l'action à celui du bien fondé de la prétention.

Le tribunal tout en parlant d'irrecevabilité, rend la décision suivante, « déboute P... et son épouse agissant en qualité de représentants légaux de leurs enfants mineurs Gaëlle.. ».

a /5) – La motivation du tribunal quant à l'intérêt légitime.

L'intérêt « moral » est en tout cas protégé au même titre que l'intérêt pécuniaire (Précis Dalloz de Procédure civile p91).

C'est un intérêt moral qui conduit le tribunal à cette décision ; un tel dommage, tel que défini : la perte d'une chance de pratiquer une interruption de grossesse, revient « à lui permettre une appréciation sur la décision initiale de ses parents de le concevoir et de mener une grossesse à terme », à prendre le parti de ses parents (IG), à apprécier positivement la décision de ses parents sur l'interruption de grossesse ; ce qui pourrait impliquer soit une demande de l'enfant soit une absence de demande selon son appréciation, faite ou non contre les praticiens selon cette appréciation et une action contre les parents pour l'avoir diligentée en cas de contestation de la décision de ses parents. L'enfant n'a pas à apporter d'appréciation sur la décision de ses parents de mener la grossesse à terme. L'on pourrait même voir émerger si on reçoit cette action de l'enfant issue de la perte de chance de pratiquer une IG considérée comme une possibilité d'apprécier la décision de ses parents, « une appréciation sur la décision initiale de ses parents de le concevoir », des actions contre les parents du fait de la conception. Il n'a pas de droit d'appréciation de la décision de ses parents. L'enfant n'a pas la possibilité de porter une appréciation sur la décision initiale de ses parents de le concevoir.

Le Tribunal rend dès lors et ainsi sa décision : « en conséquence le manquement de nature quasi délictuel de l'Institut... à son obligation de moyens et la définition du dommage retenue supra ; déboute P... et son épouse agissant en qualité de représentants légaux de leurs enfants mineurs G... »

b) – L'empêchement de prendre une décision éclairée quant à la possibilité de recourir à une interruption de grossesse thérapeutique et l'absence de droit fondant l'action ; l'absence de lien de causalité : l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 26.1.1995 (réf 11)

b /1) - Selon l'arrêt de la Cour de cassation du 16.7.1991 (réf 10) le médecin généraliste Z ... et le gynécologue W... en ne procédant pas aux examens qui leur auraient permis d'informer les époux Y... des risques que présentaient l'état de grossesse de l'épouse n'ont pas rempli l'obligation de renseignement... qui aurait permis aux époux Y... de prendre une décision éclairée quant à la possibilité de recourir à une interruption de grossesse thérapeutique. Tels étaient la faute et le dommage.

La Cour d'appel de Bordeaux, par un arrêt du 26.1.1995 (réf 11 12) statue sur la demande en réparation du préjudice de l'enfant effectuée par les parents ès qualité qu'elle rejette. Nous ne possédons qu'une partie de cet arrêt ce qui en limite l'étude.

b /2) – L’arrêt nous semble reposer sur la motivation suivante. Le dommage des époux, empêchement de prendre une décision éclairée quant à la possibilité de recourir à une interruption de grossesse thérapeutique, conduit à la naissance de l’enfant handicapée, à la vie. Dans la thèse qui identifie le droit et l’action (Précis Dalloz Procédure civile p 91), il faut pour agir pouvoir invoquer l’atteinte portée à un droit subjectif. Le droit est le fondement de l’action. Or nous ne disposons pas du droit de naître auquel renvoie le dommage tel que défini. Le fait de naître ou de ne pas naître est hors de la vie humaine, ce n’est pas un droit subjectif de la personnalité. Dès lors, le préjudice de l’enfant ne peut être indemnisé : « si un être humain dès sa conception est titulaire de droits il ne possède pas celui de naître ou de ne pas naître... » ; de même nous ne disposons du droit de vivre ou de ne pas vivre. La Cour d’appel a apprécié le droit qui fonde l’action.

Elle poursuit la naissance, la suppression de la vie, ne font pas partie d’une chance ou d’une malchance dont on pourrait tirer des conséquences juridiques et par là une assise de l’action.

L’enfant ne remplit pas les conditions pour agir en justice et demander réparation de son préjudice.

b /3)- Le second argument de la Cour d’appel repose sur la causalité; les séquelles corporelles dont l’enfant est atteint étaient la conséquence directe de la rubéole dont était atteinte la mère et qui était préexistante à l’intervention des deux médecins.

c) – **Le dommage de l’enfant** : l’arrêt de la Cour d’appel de Versailles du 8.7.1993 (réf 62)

c /1) - Pour la Cour d’appel il est établi que le Dr R... a manqué à ses obligations d’information et de suivi de sa patiente de sorte que c’est à juste titre que le tribunal a retenu sa responsabilité dans la réalisation du dommage subi par les époux R... résultant de la perte de chance d’avoir le choix de ne pas mettre au monde un enfant anormal ; le Dr G... a également concouru au dommage subi par les époux R... privés du fait de leur ignorance de toute possibilité de choisir en connaissance de cause de mettre ou non un terme à la grossesse de Mme R... Tels sont les fautes, le dommage des parents et les responsabilités retenus ; les époux seront indemnisés de leur préjudice personnel représenté par leur souffrance morale résultant du grave handicap de leur enfant.

c /2 - En ce qui concerne la demande de l’enfant, il n’y a aucun changement de fondement. La faute est constituée des négligences des deux praticiens.

Le dommage : à l’appui de leur demande devant le tribunal de grande instance de Nanterre, les époux qui faisaient grief aux défendeurs d’avoir commis des négligences précisaient qu’elles « n’auraient pas permis à la mère d’opter pour un avortement thérapeutique et d’éviter le drame de voir naître un enfant atteint de trisomie 21 » ; ce que l’on peut considérer comme le dommage des parents.

Au titre de la perte de chance d’éviter le risque de naître anormal, ils sollicitaient pour le compte de leur enfant une somme de 100 000frs, dommage en application duquel ils sollicitaient pour le compte de leur enfant un préjudice moral.

La Cour d’appel statue sur ce point (nous ne disposons pas des conclusions d’appel qui expliqueraient peut être cette reprise) « ne saurait être considérée comme une perte de chance le fait d’avoir été mis au monde plutôt que d’avoir fait l’objet d’une interruption de grossesse... ». La naissance ne ressort pas de la perte de chance.

Les règles de la responsabilité civile ne peuvent pas permettre de sanctionner et de reconnaître des intérêts ou des situations que le droit condamne car ils sont contraires à la loi, à l’ordre

public aux bonnes mœurs. Le développement de la contraception, l'admission de l'avortement ont favorisé la diffusion de l'idée suivant laquelle la naissance d'un enfant pour qui n'en désire pas constitue un dommage.

La Cour de cassation avait précisé que l'existence de l'enfant conçu ne peut constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable même si la naissance est survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de grossesse (Civ.1ère 25.6.1991 Bull. Civ. 1 N° 213 p140, D 1991 566, JCP 1991 II 21784).

Pour la Cour d'appel de Versailles, le fait d'avoir été mis au monde plutôt que d'avoir fait l'objet d'un avortement ne peut être une perte de chance. C'est la perpétuation de la décision précédente.

c/3) – En liaison avec le préjudice corporel de l'enfant les parents demandaient diverses sommes au titre de son préjudice d'agrément, de la perte de chance d'avoir une activité professionnelle, de mener une vie familiale. Le tribunal condamnait les défendeurs à verser aux parents ès qualité une rente mensuelle.

La Cour d'appel précise que le dommage de l'enfant est l'aberration chromosomique dont il souffre ; elle est inhérente à sa personne ; elle ne résulte pas des négligences reprochées aux appelants ; il n'y a pas de lien de causalité entre les fautes des praticiens et le dommage ; ses parents ès qualité sont déboutés de leur demande d'indemnisation du préjudice subi du fait de son état ; par conséquent : « l'aberration chromosomique dont souffre le jeune J...est inhérente à sa personne et ne résulte pas des négligences reprochées aux appelants ; qu'à défaut de lien de causalité entre le dommage et les fautes ci-dessus retenues, il n'y a pas lieu d'octroyer aux intimés ès qualité...des dommages et intérêts pour le préjudice subi par ce dernier du fait de son état ; ».

Si le dommage de l'enfant peut être spécifique, certains préjudices ne sont pas indemnisables soit parce que la naissance ne ressort pas de la perte de chance soit parce qu'il n'y a de lien de causalité entre la faute et le dommage.

d) – **Le dommage corporel de l'enfant** : le jugement du tribunal de grande instance de Perpignan du 12.4.1994 (réf 61 ter)

Nous n'en possédons qu'un extrait « pour être indemnisé le préjudice allégué doit être réparable et en relation directe avec la faute commise. En l'espèce les graves séquelles dont est atteint l'enfant sont inhérentes à sa personne et n'ont pas pour cause l'erreur commise par l'échographiste ».

Dès lors à défaut de lien de causalité entre le dommage corporel de l'enfant et les fautes relevées à l'encontre de l'échographiste il n'y a pas lieu d'octroyer aux parents ès qualité d'administrateurs légaux de leur fille réparation des préjudices subis par celle-ci du fait de sa malformation.

En conséquence c'est dans le cadre de la causalité que l'indemnisation du préjudice corporel de l'enfant est rejetée.

En conclusion sur l'action de l'enfant :

L'action de l'enfant qui s'inscrit dans celle de ses parents posait des problèmes ; les demandes des parents et de l'enfant reposant sur un même fondement, l'enfant ne pouvait se prévaloir

du dommage de ses parents lié à l'interruption de grossesse; l'intérêt légitime, s'opposait à son action ; il ne pouvait y puiser aucun droit dont il pouvait exciper de l'atteinte pour fonder son action.

Derrière ces motivations juridiques des valeurs fondamentales transparaisaient : l'enfant ne pouvait porter aucune appréciation sur la décision de ses parents de le concevoir, de mener une grossesse à terme, il ne disposait ni du droit de naître ou de ne pas naître, ni du droit de vivre ou de ne pas vivre, ni d'apprécier les qualités de sa vie.

Convenait-il de privilégier l'indemnisation du préjudice de l'enfant handicapé au mépris des valeurs ou les valeurs de notre société ?

Si les demandes en justice des parents et de l'enfant reposant sur un même fondement s'opposaient à l'action en justice de l'enfant, la détermination d'un dommage spécifique à l'enfant ne permettait pas davantage l'indemnisation de son préjudice du fait de son état : le dommage n'était pas réparable ; le dommage, la trisomie 21, n'avait pas de lien de causalité avec la faute.

Derrière ces motivations des principes fondamentaux transparaisaient, la naissance n'est pas un préjudice juridiquement réparable.

Quel autre dommage de l'enfant pouvait permettre l'indemnisation de son préjudice ?

Quel autre fondement que celui de la demande des parents pouvait être évoqué à l'appui de la demande de l'enfant ?

Fallait-il renoncer à ce que l'enfant atteint d'un handicap bénéficie de l'indemnisation de son préjudice ?

Dans ce contexte jurisprudentiel d'incertitude, parfois d'incohérence, d'opposition (comme nous le verrons en étudiant l'affaire Perruche)

Quelles réponses devaient être apportées ?

Fallait-il laisser au législateur le soin de déterminer la faute ?

Convenait-il d'indemniser les parents, l'enfant, de leurs préjudices liés au handicap ? Ou fallait-il plutôt recourir à un mécanisme de solidarité ?

Comment parvenir à l'indemnisation ?

Qu'en était-il des valeurs suivantes : de l'appréciation par l'enfant de la décision de ses parents de le concevoir ? Du droit de naître ou de ne pas naître ? De vivre ou de ne pas vivre ? De l'appréciation des qualités de sa vie ? De la considération que le handicap est un préjudice ?

Telles étaient quelques unes des questions dont se trouvait saisie l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Pouvait-elle y répondre ?

Etait-ce sa fonction ?

Quelles considérations allaient présider à sa réflexion ?

Vers quel(s) chemin(s) allait-t-elle orienter ses décisions ?

SOUS- PARTIE II : L'ARRET DIT « PERRUCHE »

L'enfant atteint d'un handicap pouvait-il agir en justice et saisir le tribunal d'une demande à l'effet d'obtenir l'indemnisation de son préjudice ?

C'est à cette question que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a répondu, dans le cadre de l'affaire Perruche, par un arrêt en date du 17.11.2000 (réf 18) que nous nous proposons d'exposer. Dès lors nous étudierons les conditions de l'action de l'enfant, l'action en responsabilité délictuelle et ses conséquences.

Chapitre unique – L'ARRET DE L'ASSEMBLEE PLENIERE DE LA COUR DE CASSATION DU 17 NOVEMBRE 2000

Précédemment, soit lors de l'étude de la jurisprudence antérieure à cet arrêt, nous avons consacré une section (Sous- partie I Chapitre 2 S I) regroupant les informations livrées par ces décisions de justice concernant les pratiques judiciaire et médicale. Celles fournies par la présente affaire dite « Perruche », objet de ce chapitre, y ont été insérées ; en effet, elle avait donné lieu à une décision de justice définitive en certains points durant cette première période. Dès lors, il ne nous paraît pas utile de les reprendre.

Il en est de même des faits qui ont été exposés dans le chapitre I Sous- partie I.

Par conséquent, nous nous attacherons à exposer la procédure antérieure à l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17.11.2000, cette dernière décision et ses apports dans le cadre de l'action en justice de l'enfant et de ses conséquences.

§ I – La procédure antérieure à l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17.11.2000

Les très graves lésions auditives, oculaires, cardiaques, mentales dont souffre N. P... procèdent de la rubéole contractée par la mère survenue naturellement par contagion.

Les époux P... en leur nom propre et Mr P... ès qualité d'administrateur légal des biens de son fils mineur N..., ont saisi le Tribunal de grande instance d'Evry d'une demande en justice, reposant sur un fondement contractuel, à l'effet de voir déclarer les défendeurs responsables et condamner à réparer leurs préjudices.

§ 1 - Le jugement du Tribunal de grande instance d'EVRY du 13.1.1992

Le Tribunal a :

- déclaré le Dr P... et le laboratoire, responsables in solidum de l'état de santé de N...
- condamné les défendeurs, in solidum, à payer à Mr P..., ès qualité d'administrateur légal des biens de son fils N... une provision de 500 000 frs. à valoir sur son préjudice corporel et à la CPAM la somme de 1 851 128 frs.
- ordonné une expertise médicale.

Le Dr. P..., la MACSF, le laboratoire et sa Mutuelle, ont interjeté appel de la décision.

§ 2 - L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17.12.1993 (réf 15)

A – Données générales

Il se prononce sur la faute, le dommage, la responsabilité ; ce sont les obligations contractuelles d'information et de soins qui sont notamment visées ; le dommage des parents est lié à l'interruption de grossesse.

Ainsi et notamment :

- Il « confirme le jugement en ce qu'il a déclaré responsables in solidum le Laboratoire de biologie médicale ...et le Dr. P..., ainsi que leurs assureurs respectifs, ...des conséquences dommageables causées par leurs fautes respectives ».
- Il confirme la mesure d'expertise concernant Mme P...

Il statue sur la demande en réparation du préjudice subi par l'enfant. Le préjudice de l'enfant sous ces deux dénominations n'est pas causé par les fautes. Par voie de conséquence la Cour statue ainsi : « dit que le préjudice de l'enfant N...n'est pas en relation de causalité avec les fautes commises susvisées ; ».Le jugement est réformé en ce qu'il a déclaré les appelants responsables in solidum du préjudice causé à l'enfant.

B – Le préjudice de l'enfant :

1 - « le fait pour l'enfant de devoir supporter les conséquences de la rubéole, faute pour la mère d'avoir décidé une interruption de grossesse ».

Il ne peut, à lui seul, constituer pour l'enfant un préjudice réparable.

Il est du à plusieurs causes dont une inhérente à la personne de l'enfant.

C'est l'application de la causalité générique : parmi les causes qui ont produit un événement les une sont prépondérantes, sans elles il est certain que l'effet ne se serait pas produit. C'est la position de la jurisprudence (Précis Dalloz Les obligations 6ème édition N° 567).

Le fait lui-même, sans le qualifier de perte de chance, ce fait seul, ce fait à lui seul, précise la cour, n'est pas un préjudice réparable, il n'a pas pour cause prépondérante, immédiate et directe les fautes commises par les praticiens. Ce n'est pas uniquement la faute des praticiens qui a causé la rubéole. L'infection dont il est atteint est inhérente à sa personne. Les fautes des praticiens viennent après, elles sont plus loin dans la chaîne des causalités. En conséquence ce fait ne constitue pas un préjudice réparable.

2 - La perte de chance de naître normal

Les époux P.ès qualité font valoir que le préjudice de l'enfant est la perte de chance de naître normal.

Elle est, aux termes de l'arrêt, un préjudice de l'enfant réparable.

Elle doit être en relation directe avec la faute commise.

Or la Cour d'appel va démontrer que les séquelles dont est atteint N... n'ont pas pour cause l'erreur commise par le laboratoire ni même le manquement du Dr. P... à ses obligations contractuelles mais seulement la rubéole que lui a transmise in utero sa mère ; cette infection au caractère irréversible est inhérente à la personne de l'enfant et ne résulte pas des fautes commises par les appelants.

Les époux P et la CPAM se pourvoient en cassation.

§ 3 - L'arrêt de la Cour de cassation (1^{ère} Chambre Civ.) du 26.3.1996 (réf 16 17)

Il est rendu au visa de l'article 1147 c civ.

Dans ce cadre, elle demeure sur le terrain de la causalité : le lien de cause à effet entre la faute et le dommage.

Elle détermine le dommage de l'enfant.

Le dommage n'est plus que « le fait » de la rubéole.

Par contre les fautes ont causé le dommage de l'enfant. Ce sont les agissements des praticiens dans un contexte précis, avec les conséquences qu'ils ont impliqués, qui font que, la cause génératrice du dommage est non pas la rubéole mais les fautes des praticiens. C'est ainsi qu'elle précise : « il était constaté que les parents avaient marqué leur volonté, en cas de rubéole, de provoquer une interruption de grossesse et que les fautes les avaient faussement induits dans la croyance que la mère était immunisée, ... ».

Les parties sont renvoyées devant la Cour d'appel d'Orléans.

§ 4 - L'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans du 5.2.1999

Nous ne disposons pas de cette décision ; cependant aux termes de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17.11.2000 : « l'arrêt attaqué de la cour de renvoi dit que *l'enfant N. X 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 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 ».

C'est le défaut de lien de causalité entre le préjudice indemnisable et les fautes qui est retenu par la Cour d'appel d'Orléans. Les séquelles dont l'enfant est atteint ont pour cause la rubéole transmise par sa mère.

Il est ajouté une motivation supplémentaire : l'enfant ne peut se prévaloir de la décision de ses parents quant à l'interruption de grossesse.

La Cour de cassation (1^{ère} chambre civ.) ayant cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris et renvoyé devant une autre juridiction, la Cour d'appel d'Orléans, cette autre juridiction persévérant dans l'opinion de la première, il y a conflit de jurisprudence entre la Cour de cassation et les juridictions du fond dont les décisions lui sont soumises; la décision rendue sur un deuxième pourvoi doit émaner d'une formation élargie de la Cour de cassation : l'Assemblée plénière.

Le moyen repose sur la violation de la loi (1147 c civ.) au regard du lien de causalité entre les fautes et le dommage de l'enfant.

S II - L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17.11.2000 (réf 18 23 90 91 92 93 94 97 98 105)

Le moyen repose sur la violation de la loi (1147 c civ.) au regard du lien de causalité entre les fautes et le dommage de l'enfant.

L'arrêt de cassation mentionne toujours en tête le visa des textes applicables à la solution du litige et qui ont été méconnus par la décision attaquée.

Elle énonce ce qui est la bonne règle de droit applicable : les articles 1165 et 1382 c civ.

L'Assemblée plénière opère une substitution de visa : à l'article 1147 c civ. il est substitué les articles 1165 et 1382 c civ.

C'est en ces termes qu'elle rend sa décision :

« 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 ; ».

Comme nous pouvons le remarquer, le second paragraphe tire la conséquence de la non application de la règle de droit par la décision attaquée :

« ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ».

Il nous apparaissait que deux étapes étaient à franchir : la première pour parvenir à l'action de l'enfant, la seconde pour réunir les conditions de la responsabilité délictuelle.

Mais préalablement, comment se situait la jurisprudence antérieure ?

La responsabilité contractuelle.

Les débats devant les différentes juridictions saisies jusqu'alors, depuis l'appel du jugement du Tribunal de grande instance d'Evry, se situaient dans le cadre de la responsabilité contractuelle. C'est sur ce fondement que reposait la demande de l'enfant. Les fautes des praticiens étaient déterminées, le dommage des parents également. La 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation le 26.3.1996 prenait en compte le dommage de l'enfant. Le lien de causalité entre les fautes médicales et le dommage de l'enfant posait des difficultés.

§1 - L'Assemblée plénière de la Cour de cassation admet l'action de l'enfant.

Elle vise l'article 1165 c civ.

D'après l'article 1165 c civ. situé dans la section consacrée aux effets des conventions à l'égard des tiers « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. »

Les contrats ne peuvent ni nuire, ni profiter aux tiers. Ils ne sauraient faire naître un droit au profit ou à l'encontre d'un tiers.

Sont en principe tenus exclusivement par le contrat ceux qui y ont consenti. Seules les parties au contrat peuvent devenir créancières ou débitrices par l'effet de celui-ci : les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes.

Mais cela n'implique pas pour autant que ce contrat ne puisse avoir à l'égard des tiers aucune répercussion. Il crée une situation juridique dont les tiers, même s'ils ne sont pas personnellement liés par elle, ne peuvent méconnaître l'existence. Le contrat et la situation juridique qu'il a fait naître sont opposables aux tiers en tant que faits. Ainsi, ils doivent respecter la situation née du contrat.

Mais, un tiers peut avoir intérêt à se prévaloir à l'encontre d'un contractant de la situation née du contrat. La jurisprudence admet qu'un tiers qui subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution d'un contrat a une action en responsabilité délictuelle contre le contractant fautif. N'étant pas partie au contrat le tiers doit agir sur le terrain de la responsabilité délictuelle (réf 90).

C'est dans ce cadre jurisprudentiel que l'Assemblée plénière admet l'action de l'enfant.

Il dispose d'une prérogative : celle d'agir en justice.

L'enfant est un tiers à qui la mauvaise exécution du contrat a causé un préjudice. Le fondement contractuel retenu par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation en 1996 qui

visait l'article 1147 c civ. est condamné. Cette dernière décision revenait à considérer l'enfant à naître comme représenté par sa mère, puis bénéficiaire de la prestation promise par le contrat. L'Assemblée plénière leur confère à chacun une qualité différente, la mère comme partie au contrat, l'enfant comme tiers au regard de ce même contrat.

Il n'est plus un patient.

Des conditions à cette admission : la mauvaise exécution du contrat

- La preuve de la mauvaise exécution du contrat.

Dans un premier temps il doit être apporté la preuve de la mauvaise exécution du contrat.

Généralement, elle doit être apportée par celui qui en excipe.

Cependant nous savons que la Cour de cassation pouvait, aussi, en trouver les éléments dans l'arrêt de la Cour d'appel.

-La détermination de la mauvaise exécution du contrat.

L'Assemblée plénière précise la mauvaise exécution du contrat dont le dommage de la mère.

« 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,... ». Elle en justifie au regard de la norme jurisprudentielle suivante : un tiers qui subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution d'un contrat a une action en responsabilité délictuelle contre le contractant fautif.

La mauvaise exécution du contrat constitue un fait :

- Le contrat et la situation juridique qu'il a fait naître sont opposables aux tiers en tant que « faits » ; comme l'a souligné la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation le 21.3.1972 dans un arrêt publié au bulletin III N° 193 p137 : « si en principe les conventions n'ont d'effet qu'à l'égard des parties il ne s'ensuit pas que les juges ne puissent ...considérer comme créant une situation de fait à l'égard des tiers les stipulations d'un contrat ». Un tiers peut se prévaloir de l'existence de la situation née du contrat.

- La jurisprudence est allée plus loin encore puisque la mauvaise exécution du contrat, elle-même, reste de l'ordre du fait : un tiers qui subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution d'un contrat a une action en responsabilité délictuelle. Ce n'est pas d'ailleurs dans le cadre de la responsabilité contractuelle que le tiers peut agir mais dans celui de la responsabilité délictuelle : « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

Le fait et ses conséquences. Présentement cette considération présente un intérêt extrêmement important ; elle doit être soulignée et nous pouvons regretter que la doctrine ne l'ait pas fait ; il est nécessaire de s'attarder à lui conférer sa pleine dimension car les implications de cette qualification sont essentielles ; elle ne doit pas demeurer à l'état d'une affirmation de pur principe ; l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, simple fait au regard de l'enfant, le détache de tout lien avec cette décision, objective celle-ci en ce qui le concerne ; dès lors il apparaît comme une réalité qui s'impose à lui et qu'il ne partage pas pour autant ; même s'il s'en prévaut ce n'est que comme un fait, une réalité qui s'impose à lui, comme à tout un chacun . Les conséquences en sont capitales : simple fait qu'il ne partage pas forcément, il ne se prévaut pas d'un droit de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre ; les valeurs qui étaient considérées comme atteintes, ne le sont plus, parce que l'enfant n'intervient pas dans la décision de ses parents, et ne peut pas être considéré comme un intervenant dans celle-ci. On ne peut plus soutenir qu'il s'induit de cette utilisation de ce fait qu'il donne à penser que l'enfant se prévaut d'un droit à

ne pas naître, à ne pas vivre, à apprécier les qualités de sa vie. Le regard de l'enfant sur cette décision est objectivisé.

Elle lui confère le droit de demande la réparation du préjudice résultant de son handicap ; le verbe employé est chargé de neutralité.

Il y a une différence avec les affaires précédentes (réf 61 10 11) dans lesquelles sa demande par le lien existant avec le dommage de ses parents revenait à lui permettre une appréciation sur leur décision initiale de le concevoir et de mener une grossesse à terme (réf 10 11 61).

Les éléments constitutifs de la mauvaise exécution du contrat.

Même si la mauvaise exécution du contrat n'est qu'un fait, il n'en demeure pas moins que ses éléments constitutifs sont choisis avec la plus grande précaution.

- La faute.

La détermination faite par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de la mauvaise exécution du contrat renvoie, non pas à l'absence de diligence du praticien dans le cadre de son obligation de soins, mais à l'absence d'information qui a empêché la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; c'est cette seule faute qui peut être retenue pour la réparation du préjudice corporel de l'enfant car elle a une incidence sur ce préjudice corporel.

- Le dommage de la mère.

Un attachement tout particulier est également apporté à sa détermination. Il est l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse. Ce dommage justifie la demande de l'enfant : on pourrait quasiment dire la faute du praticien a empêché la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, de ce fait, l'enfant est né atteint d'un handicap, il peut demander la réparation de son préjudice. Ce dommage justifie aussi le préjudice dont il peut demander l'indemnisation soit, pour reprendre la formulation précédente : la faute a empêché la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, de ce fait, l'enfant est né atteint d'un handicap, il peut demander la réparation de son préjudice à savoir du préjudice résultant de son handicap.

Il nous apparaît important de noter, à cette occasion, que l'Assemblée plénière rétablit en ce qui concerne l'interruption de grossesse, que la décision d'interruption de grossesse est une décision qui est réservée à la mère. Nous avons remarqué certains écarts lors de l'étude de la jurisprudence antérieure à l'arrêt dit Perruche de certaines juridictions.

- Le préjudice du tiers.

Il est « le préjudice résultant de ce handicap ».

§ 2 – La responsabilité délictuelle

Tiers au contrat, ayant subi un préjudice du fait de l'inexécution du contrat, l'enfant handicapé a une action en responsabilité délictuelle à l'encontre du contractant fautif.

La demande en justice de l'enfant.

Le dommage de la mère, l'empêchement d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, justifie la demande en justice de l'enfant tendant à la réparation de son préjudice. Elle a été empêchée d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, l'enfant est né atteint d'un handicap, il peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap.

Néanmoins, cette décision concernant l'interruption de grossesse demeure toujours un fait pour l'enfant.

Même si la demande en justice de l'enfant tendant à la réparation du préjudice résultant de son handicap trouve son fondement dans le dommage de la mère il ne partage pas pour autant la décision de celle-ci qui s'impose à lui comme une réalité, un fait social.

Le visa de l'article 1382 c civ.

Le tiers agit sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation vise l'article 1382 c civ: « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à la réparer. » Le fait générateur de responsabilité, le fait de l'homme, engage la responsabilité de son auteur si celui-ci a commis une faute.

C'est le fondement légal de la demande en réparation de l'enfant représenté par ses parents, un fondement spécifique, qui n'est pas contractuel mais qui met en œuvre : la responsabilité délictuelle, c'est-à-dire celle qu'une personne engage en causant un dommage à une autre à laquelle ne la liait aucun rapport d'obligation.

A. Sériaux, précise (réf 102) : « le visa de l'article 1382 conjugué avec celui de l'article 1165 c civ permet en tout cas d'insister sur l'autonomie substantielle de l'action de l'enfant... dans l'optique de la cour de cassation l'enfant conserve donc une entité suffisante pour être le sujet possible d'attribution d'un préjudice et d'une réparation de celui-ci »

L'intérêt à agir

Il existe.

Il est légitime ; la décision de ses parents est ramenée à un fait, elle est une réalité qui s'impose à lui.

La faute délictuelle

Toute faute contractuelle est délictuelle au regard des tiers étrangers au contrat.

En effet, il résulte de la jurisprudence qu'« un même fait susceptible de constituer un manquement à une obligation existant entre deux parties liées à un contrat, peut-être, au regard des tiers étrangers au contrat, une faute quasi-délictuelle engageant la responsabilité de son auteur » (Cass. Com. 16.1.1973 Bull. Civ. IV N° 28 p 22).

Les fautes du médecin et du laboratoire suffisent à fonder la faute délictuelle, c'est une application de cette jurisprudence. Soit et notamment concernant le médecin généraliste, le Dr P... n'a pas donné à Mme P... tous les soins attentifs et diligents que celle-ci était en droit d'attendre et n'a pas rempli son devoir d'information et de conseil. L'Assemblée retient les fautes qui « avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap ».

L'enfant se prévaut des fautes des praticiens mais il ne partage pour autant le reproche subséquent : la décision de ses parents quant à l'interruption de grossesse.

Le préjudice

L'Assemblée plénière le détermine. Il est le préjudice résultant de ce handicap.

Il n'est pas le préjudice « d'être né ». La jurisprudence relative au préjudice de naissance à la suite de l'échec d'une interruption de grossesse, qui en fait un préjudice qui n'est pas juridiquement indemnisable, trouve ainsi un prolongement dans cette décision.

La nature du préjudice retenu trouve son fondement dans le dommage de la mère.

Empêchée d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, l'enfant est né atteint d'un handicap, il peut demander la réparation : du préjudice résultant de ce handicap. Mais là encore, même si la nature du préjudice indemnisé trouve son fondement dans le dommage de la mère ce n'est pas pour autant que l'enfant partage sa décision.

Le lien de causalité

Le rapport du Conseiller P. Sargos s'est fondé sur le fait qu'il s'agissait seulement « de savoir si sans les fautes commises les dommages auraient pu être évités » ; il a retenu que l'exercice par la mère de ce choix de procéder ou non à une IVG a été empêché par l'erreur commise ; il en a conclu que le handicap est donc bien la conséquence directe de la faute commise par le médecin et le laboratoire puisque sans cette faute il n'y aurait pas eu de handicap.

L'Assemblée plénière a rendu sa décision dans ces termes « ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ». (Sur le contrôle par la Cour de cassation de la causalité réf 99).

Dans tout l'enchaînement des causes certaines sont prépondérantes ; les fautes des médecins le sont.

Elles le sont dans le contexte exposé : les fautes commises avaient empêché Mme P d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse.

P. Jourdain précisera « sans elles le dommage pouvait être évité ».

Il est mis fin aux divergences de la jurisprudence (notamment Cass. 1^{ère} civ. 26.3.1996 : fautes médicales, CA Orléans 5.2.1999 : rubéole).

Le système jurisprudentiel de la « cause générique » est confirmé.

L'arrêt impose la réparation du préjudice résultant de ce handicap.

La demande en justice de l'enfant et l'interruption de grossesse

La demande en justice de l'enfant au travers de laquelle transparait le dommage de la mère, l'empêchement d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, ne modifie pas qu'il demeure au regard de ce dernier un « fait social ». Mais elle n'en exprime pas pour autant une réclamation au titre d'un droit de ne pas naître, de ne pas vivre, qu'il revendiquerait et qu'il partagerait.

Le juge renvoi à la responsabilité de la mère dans sa décision, son choix, et dans l'expression de celui-ci.

§ 3 - Le rapport annuel de la Cour de cassation 2000 (réf 91 3^{ème} partie)

Dans son rapport annuel la Cour de cassation exposera la motivation de sa décision ne pouvant le faire dans le cadre de son arrêt comme les contraintes de sa rédaction l'y obligent. *« Une autre norme constante du droit de la responsabilité est que le tiers à un contrat qui subit un préjudice du fait de son exécution défectueuse peut en demander la réparation... et que le droit à réparation du dommage résultant d'une faute procède d'une « exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » comme l'a précisé le conseil constitutionnel dans sa décision N° 99 – 419 DC du 9.11.19991 ».*

... « toutefois sur le terrain primordial du principe du respect de la personne humaine, on pouvait se demander s'il était légitime qu'un enfant puisse invoquer une telle faute, sans laquelle il ne serait pas venu au monde, pour demander la réparation du préjudice lié à son handicap. L'hésitation était d'autant plus pertinente que sont en jeu des valeurs fondamentales de notre civilisation quant au respect de la vie et l'égale dignité de tous les êtres humains, quels que puissent être leur handicap.

L'assemblée plénière n'ignorait certes pas ces impératifs fondamentaux d'une société démocratique mais 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. L'assemblée plénière n'ignorait pas davantage que dans un cas voisin le Conseil d'Etat le 14.2.1997 ... avait préféré n'accorder une indemnisation qu'aux parents sous la forme « d'une indemnité en capital représentant le versement d'une rente mensuelle de 5000frs pendant toute la durée de vie de l'enfant ». Mais les inévitables aléas inhérents au versement d'un capital (séparation ou divorce des parents avec partage du capital entre eux, décès qui entraîne aussi un partage dont l'enfant handicapé peut n'avoir qu'une faible part successorale, placement hasardeux, dilapidation... (ne permettent pas d'être certain que l'enfant en sera le réel bénéficiaire sa vie durant. La défense de son intérêt comme la présentation de la dignité de ses conditions de vie futures, paraissent mieux assurées par l'attribution d'une indemnisation qui lui soit propre.

On soulignera enfin que cette décision, qui se situe dans le prolongement direct de la loi précitée du 17.1.1975 ne saurait en aucun cas s'interpréter comme pouvant ouvrir à un enfant handicapé un recours contre sa mère fondé sur son refus de recourir à une interruption de grossesse ; nul en effet n'est en droit de lui imposer un tel choix, ce à quoi reviendrait l'admission de sa responsabilité. Et cet arrêt n'implique pas davantage un risque de dérive de l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique dès lors que celle-ci est aux termes de l'article L 2213-1 du CSP subordonnée à l'existence d'une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière ».

Le respect concret de la personne de l'enfant, telle était principalement la considération qui avait guidé l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

§ 4 – L'autorité de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17.11.2000

La juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation sur les points de droit jugés par celle-ci.

La Cour d'appel de Paris, en possession de la décision de l'Assemblée plénière déterminant la faute, le préjudice, le lien de causalité, devait rendre son arrêt le 11.12.2002 (réf 21).

Les experts avaient déposé leur rapport.

La CPAM s'était désistée de ses demandes.

Les défendeurs ont voulu revenir sur le préjudice réparable et établir les uns, une différence entre le préjudice lié au handicap et le préjudice moral, les autres un préjudice spécifique constitué par une souffrance morale et physique liée aux frustrations de l'existence.

Pour la Cour d'appel la réparation du préjudice doit être intégrale, c'est un principe à valeur constitutionnel, le préjudice tel que fixé ne doit donc pas être différencié, le préjudice réparable ce sont les séquelles dont il est atteint : « considérant en effet qu'il est définitivement jugé que les très graves et irrémédiables séquelles dont N. P... est atteint ont pour cause tant l'erreur d'analyse... ».

Elle confirme le jugement du Tribunal de grande instance d'Evry qui avait alloué à ses parents ès qualité, une provision à valoir sur le préjudice corporel de 500 000 frs. soit 76 224,51 euros, son état étant amené à se dégrader dans les années à venir selon le rapport des experts et ce avec intérêts à compter du jugement. (Sur la question de l'évaluation du préjudice faute de pouvoir se référer à un état corporel antérieur que l'erreur fautive du praticien aurait détérioré ? réf 107).

En conclusion sur l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17.11.2000

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, saisie du cas de N. P..., dans le contexte jurisprudentiel ci- avant exposé, d'incertitude, parfois d'incohérence, et présentement d'opposition, a admis l'action de l'enfant atteint d'un handicap ; il peut, sur le fondement de l'article 1382 c civ. demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap qui se traduit par l'indemnisation des séquelles dont il est atteint.

Elle en a justifié par le respect concret de l'enfant handicapé.

Il nous apparaît que :

- l'Assemblée plénière consacre la sanction des fautes des praticiens,
- la demande de l'enfant renvoie à la responsabilité de la mère quant à l'interruption de grossesse. Elle pose la question de la construction de l'enfant au regard de cet avortement qui n'a pas eu lieu.
- la décision de l'Assemblée plénière soulève des questions quant à l'autonomie, la dignité, l'intérêt de l'enfant handicapé.

SOUS- PARTIE III : LA JURISPRUDENCE POSTERIEURE A L'ARRET DIT
« PERRUCHE »

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a donc rendu une première décision le 17.11.2000 concernant l'action de l'enfant dite « arrêt Perruche » précédemment étudiée. Dans un souci de cohérence, il nous apparaît opportun, de poursuivre l'étude de ses décisions postérieurement intervenues, dans le même cadre (celui de l'action de l'enfant). Nous pourrions ainsi prendre toute la mesure de leurs apports ou confirmations ; cela nous permettra également de donner à l'arrêt Perruche la place qui est la sienne. Ce sera l'objet du chapitre 1. Mais ce premier arrêt de l'Assemblée plénière a été suivi d'une autre décision de la même formation de la Cour de cassation intervenue, cette fois, non plus dans le cadre de l'action de l'enfant mais dans celui l'action des parents de l'enfant handicapé. Nous consacrerons dès lors le chapitre 2 à son étude.

Chapitre 1 – LA JURISPRUDENCE POSTERIEURE A L'ARRET DIT PERRUCHE ET L'ACTION DE L'ENFANT HANDICAPE

Postérieurement à l'arrêt dit Perruche, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a rendu quatre autres décisions dans le cadre de l'action de l'enfant ; les juges du fond se sont également prononcés ; dès lors, il nous a semblé intéressant de regrouper l'étude de l'ensemble de ces décisions permettant de prendre connaissance de l'évolution de la jurisprudence de l'Assemblée plénière et de son application par les juridictions du second degré.

Afin que cette étude soit aussi claire que possible, nous avons considéré qu'il convenait tout d'abord de les présenter successivement (Sous- chapitre 1) puis d'étudier les informations qu'elles nous délivraient (Sous- chapitre 2).

Sous- chapitre 1 – Exposé de la jurisprudence postérieure à l'arrêt dit Perruche dans le cadre de l'action de l'enfant handicapé

Cet exposé suit un ordre chronologique, il permet de prendre conscience de l'éventuelle évolution de la jurisprudence, étant précisé que l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux s'intercale entre les deux phases d'intervention de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Chaque décision fait l'objet d'une section différente. Par conséquent, les trois premières sections seront successivement consacrées aux trois arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 13.7.2001, la quatrième à l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18.9.2001, la cinquième à l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11.2001.

SI – L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 13.7.2001 (97-17359) réf 24

§ 1 – Les faits

Mme X a consulté Y et Z médecins gynécologues pendant sa grossesse.

Ils ont commis des fautes dans la pratique et l'interprétation d'échographies réalisées après la 10^{ème} semaine de grossesse qui n'ont pas permis de déceler les anomalies.

Le 31.10.1989 l'enfant est née atteinte d'un spina bifida (malformation du rachis) entraînant de graves séquelles : une paraplégie des membres inférieurs, une hydrocéphalie et une incontinence sphinctérienne anale avec vessie neurologique secondaire à la paraplégie.

§ 2 - La procédure

- Les époux, ès qualité, ont demandé la réparation du préjudice subi par leur fille, sur le fondement de la responsabilité contractuelle (1147 c civ.).

- La Cour d'appel de Versailles par un arrêt en date du 12.6.97 a relevé les fautes des praticiens ; elle a rejeté l'action et la demande de l'enfant.

- Les époux, ès qualité, ont formé un pourvoi en cassation dans le cadre de la responsabilité contractuelle pour violation de la loi (1147 -1137 c civ.) et défaut de base légale (1147-1137c civ.).

Le pourvoi est focalisé sur le préjudice de l'enfant.

Ils évoquent que le débiteur peut être condamné au paiement de dommages et intérêts à raison de l'inexécution de l'obligation; la Cour d'appel, en relevant les fautes et en refusant d'indemniser le préjudice subi par l'enfant a violé cette disposition ; le préjudice de l'enfant était le suivant : elle a été privée des choix dont ses parents devaient disposer pour elle; elle doit en être indemnisé par application des dispositions de l'article 1147 c civ.

Cette conception pouvait renforcer la qualité de partie au contrat de l'enfant, ainsi que son droit de regard sur sa naissance.

Quant à l'argument de la Cour d'appel au terme duquel il n'est pas certain que l'interruption de grossesse eût été autorisée, l'enfant peut être indemnisé lorsqu'il était possible d'éviter les conséquences de cette naissance : pour la constitution de la privation de la possibilité d'envisager une interruption de grossesse, il pouvait y avoir perte de chance que l'autorisation d'interruption de grossesse soit obtenue.

- L'Assemblée plénière de la Cour de cassation et les conditions à l'action de l'enfant handicapé : la mauvaise exécution du contrat - les éléments constitutifs du dommage de la mère soit la réunion des conditions médicales de l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique.

La Cour de cassation réunie en Assemblée plénière est chargée de dire la bonne règle de droit. Elle recadre le litige dans sa jurisprudence dite Perruche rendue au visa des articles 1165 et 1382 c civ.

Il arrive que, précise JY Frouin, dans un arrêt de rejet, la Cour de cassation estime nécessaire d'énoncer la règle de droit applicable au litige; c'est exactement ce qu'elle fait.

Dans ce cas la réponse de la Cour comporte deux sous- paragraphes : un premier consacré à l'énoncé ou au rappel de la règle applicable et un second consacré à la bonne application qui en a été faite par la décision attaquée dans le cas de l'espèce, poursuit-il.

Nous constatons que l'arrêt ne fait référence qu'à sa jurisprudence, il ne substitue pas directement les articles 1165 et 1382 c civ. aux articles 1137 et 1147 c civ.

L'Assemblée en vérifie la bonne application.

Le litige encadré par le pourvoi dans les articles 1137 et 1147 c civ. et la réunion de ces conditions (le préjudice), se trouve déplacé vers la jurisprudence de la Cour de cassation et les conditions de l'action de l'enfant : « mais attendu que l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; ».

Les conditions à l'action en justice de l'enfant sont examinées.

Il y a des conditions préalables à la demande de l'enfant en réparation du préjudice résultant de son handicap : « mais attendu que l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si... »

Rappelons, brièvement, en effet qu'un tiers qui subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution du contrat a une action en responsabilité délictuelle contre le contractant fautif.

Par conséquent, l'action en justice lui est ouverte et il peut faire une demande sur le fondement de la responsabilité délictuelle, s'il y a mauvaise exécution du contrat et s'il subit un préjudice du fait de cette mauvaise exécution.

La mauvaise exécution du contrat comporte deux éléments constitutifs, la faute et le dommage de la mère ; présentement, l'Assemblée plénière le définit ainsi : l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse. Sa dénomination est identique à celle de l'arrêt dit Perruche ; or il semble que le cas était un peu différent, puisque dans le pourvoi il est indiqué : que les parents ont été privé de la faculté d'envisager la possibilité d'une interruption volontaire de grossesse thérapeutique. C'est ce dommage qui fonde la demande de l'enfant en réparation du préjudice résultant de son handicap.

L'empêchement d'exercer un choix exige pour sa constitution la réalité du choix, son existence ; il ne peut y avoir de choix d'interrompre la grossesse que dans la mesure où les conditions de l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique sont réunies, les conditions médicales de l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique sont réunies ; à défaut aucun choix n'est offert à la femme ; elle n'est pas, par voie de conséquence, empêchée d'exercer un choix dont elle ne dispose pas.

La Cour d'appel de Versailles qui a constaté «qu'il n'était pas certain» qu'il était établi que les conditions médicales de l'article L162-12 CSP aient été en l'occurrence remplies (réf 100) a donc légalement justifié sa décision. L'Assemblée plénière trouve dans ces constatations les éléments pour confirmer la décision de rejet de l'action de l'enfant.

Nous pensons qu'il aurait dû y avoir une expertise pour déterminer si les conditions prescrites par l'article L 2213-1 CSP étaient réunies même s'il appartient à la victime d'apporter les éléments de preuve.

L'application de la jurisprudence Perruche, par ses exigences relatives aux conditions de l'action de l'enfant aboutit à la confirmation de l'arrêt de la Cour d'appel qui rejetait l'action de l'enfant.

La jurisprudence Perruche est confirmée par l'application des conditions de l'action de l'enfant handicapé (la mauvaise exécution du contrat) qui tiennent précisément au dommage de la mère.

Dans l'affaire Perruche le dommage de la mère, empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, impliquait la réunion des conditions de l'interruption de grossesse pour cause de détresse.

Dans la présente affaire, il est précisé dans les conditions à l'action de l'enfant, la mauvaise exécution du contrat et que le dommage de la mère, empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, implique l'établissement de la réunion des conditions médicales prescrites par l'article L 2213-1 CSP. Ces conditions médicales sont : la forte probabilité d'affection grave et incurable et l'attestation de deux médecins qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

L'Assemblée plénière rappelle enfin sa jurisprudence au terme de laquelle l'enfant peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes.

S II – L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 13.7.2001 (97-19282) réf 24

§ 1 – Les faits

Mme X a consulté Mme Y..., médecin gynécologue, pendant sa grossesse.

Des fautes dans la pratique et l'interprétation d'échographies après 10 semaines de grossesse ont été commises par le Dr. Y.

Leur fils est né le 5.7.1994 sans bras gauche, avec un bras droit réduit de moitié et dépourvu de main.

Ces anomalies n'ont pas été décelées.

§ 2 - La procédure

- Les époux ont engagé une action en réparation du préjudice subi par l'enfant sur le fondement de la responsabilité contractuelle (1147 c civ.).

- La Cour d'appel de Metz le 6.3.1997 a rejeté leur demande.

- Ils ont formé un pourvoi en cassation pour violation de la loi (1147 c civ.) ; il concerne précisément la réunion des conditions de la responsabilité contractuelle ; les fautes du médecin (il ne s'est pas aperçu des malformations) qui laissent croire aux parents que le développement de leur futur enfant est normal, sont génératrices du dommage subi par l'enfant (il n'a pas bénéficié du choix de ses parents quant à une éventuelle interruption de grossesse ; cette conception fait prévaloir l'avortement sur la naissance handicapée au nom de l'enfant, il aurait préféré être avorté plutôt que de naître handicapé) ; la réunion de ces conditions impliquait de faire droit à la demande en réparation du préjudice de l'enfant par application des dispositions de l'article 1147 c civ. En rejetant leur demande la Cour d'appel a violé l'article 1147 c civ.

- L'Assemblée plénière était chargée de vérifier la bonne application de la règle de droit applicable par le juge. Au terme de son arrêt : la Cour d'appel a légalement justifié sa décision.

Par un chapeau intérieur elle énonce la règle de droit applicable qui rappelle les dispositions principales de l'arrêt Perruche : « mais attendu que l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; ».

Elle recadre le litige dans sa jurisprudence rendue au visa des articles 1165 et 1382 c civ.

Nous renvoyons aux observations de JY Frouin relevées dans la section précédente sur les conséquences de ce rappel : ces arrêts ont une portée doctrinale plus grande puisqu'ils rappellent une règle.

Elle vérifie la bonne application de la règle de droit.

L'objet du pourvoi se trouve déplacé : il porte, dans le cadre de la jurisprudence de l'Assemblée plénière, sur les conditions à l'action en justice de l'enfant handicapé.

Elle rappelle que l'enfant peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap ; c'est la confirmation de l'arrêt Perruche.

Mais il existe des conditions préalables à la demande en justice de l'enfant : « mais attendu que l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap **si...** ».

Ces conditions préalables renvoient à la jurisprudence Perruche sur les conséquences de la mauvaise exécution du contrat à l'égard des tiers ; un tiers qui subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution du contrat a une action en responsabilité délictuelle contre le contractant fautif. L'action en justice est, alors, ouverte à l'enfant, il peut faire une demande en justice sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

La mauvaise exécution du contrat est constituée de la faute et du dommage de la mère. L'Assemblée plénière détermine le dommage de la mère : il est l'empêchement d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse.

Il reçoit la même dénomination que dans l'arrêt Perruche ; il semble que la situation n'était pas la même puisqu'il est fait mention dans le pourvoi d'une « éventuelle interruption de grossesse ».

Un tel dommage requiert la réunion des conditions de l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique, les conditions médicales prescrites par l'article L 2213-1 du CSP.

Elle puise dans les constatations de la Cour d'appel. Celle-ci a constaté qu'il n'était pas établi que ces dernières conditions étaient réunies.

Il n'y a pas empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, car elle ne disposait pas d'un choix d'interrompre sa grossesse, la réunion des conditions médicales de l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique n'étant pas réunies. Ce dommage de la mère ne permet pas la demande en justice de l'enfant ; elle ne se trouve pas fondée sur un tel dommage.

La troisième partie du paragraphe est donc consacrée à la bonne application de la règle de droit faite par la décision attaquée : « qu'ayant constaté qu'il n'en avait pas été ainsi, la cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ; ».

La Cour d'appel a légalement et par ce seul motif justifié sa décision de rejet de la demande en réparation du préjudice subi par l'enfant.

Le motif de la Cour d'appel suffit dans le cadre de la jurisprudence Perruche applicable (les conditions à l'action de l'enfant soit les éléments constitutifs du dommage) interprétée et étendue au cas de l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique.

La décision de rejet de la demande de l'enfant est justifiée, il ne dispose pas d'une action en responsabilité délictuelle.

L'Assemblée plénière rappelle aussi sa jurisprudence sur les conditions de la demande en justice de l'enfant reposant sur la responsabilité délictuelle : la faute (les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec la mère), le préjudice indemnifiable (le préjudice résultant de son handicap), le lien de causalité (préjudice en relation de causalité directe avec les fautes).

S III – L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 13.7.2001 (98-19190)

réf 24

§ 1 – Les faits

Le Dr. Y... médecin gynécologue suit la grossesse de Mme X...

Il sous- estime le précédent malformatif et il n'apporte pas tous les soins à l'étude morphologique du fœtus.

Le 15.5.1990 Thomas naît, atteint d'une malformation du membre supérieur droit.

§ 2 - La procédure

- Les époux diligent, en leur nom et ès qualité d'administrateurs légaux de Thomas, P...et V..., une action en responsabilité contractuelle tendant à la réparation des préjudices afférents au handicap.

- La Cour d'appel d'Aix en Provence par un arrêt du 9.4.1998 rejette leur demande en raison de l'absence de causalité entre le dommage et les fautes du Dr. Y...

- Les époux X... diligentent un pourvoi pour violation de la loi (1147c civ.), centré sur la réunion des conditions de la responsabilité contractuelle et le lien de causalité entre les fautes et le dommage : les fautes du médecin, dans les circonstances suivantes : les époux avaient marqué leur volonté en cas d'anomalie de recourir à un avortement thérapeutique, elles les ont faussement induits dans la croyance que leur enfant était normal, sont bien la cause directe de la naissance et du handicap de l'enfant ; dès lors, la Cour d'appel qui a relevé ces éléments, en refusant l'indemnisation, sous le prétexte d'une absence de causalité, n'a pas tiré les conséquences de ces constatations ; elle a violé l'article 1147 c civ.

- Par un arrêt du 13.7.2001 l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rejette le pourvoi. Dans un chapeau intérieur elle énonce la règle de droit applicable, les dispositions principales de l'arrêt Perruche : « mais attendu que l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; ».

Elle cadre le litige dans sa jurisprudence rendue au visa des articles 1165 et 1382 c civ.

L'objet du pourvoi se trouve déplacé du lien de causalité dans la responsabilité contractuelle aux conditions à l'action en justice de l'enfant né handicapé.

Elle vérifie la bonne application de la règle de droit énoncée.

L'enfant peut demander la réparation de son préjudice mais il existe des conditions préalables. Un tiers qui subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution du contrat a une action en responsabilité délictuelle.

La mauvaise exécution du contrat, c'est la faute et le dommage de la mère.

L'Assemblée plénière définit le dommage de la mère : il est l'empêchement d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; il reçoit la même dénomination que dans l'affaire Perruche ; il convient de préciser que comme dans cette précédente affaire, les époux avaient marqué leur volonté en cas d'anomalie de recourir à un avortement thérapeutique.

Dans le cadre de ces conditions préalables à l'action et du dommage ainsi défini, l'Assemblée plénière déclare qu'il résulte des constatations de la Cour d'appel qu'il n'était pas établi que les conditions médicales prescrites par l'article L 2213-1 CSP étaient réunies. Nous notons que c'est l'Assemblée plénière qui tire les conséquences des constatations de la Cour d'appel, il ne s'agit pas comme dans les deux affaires précédentes des constatations propres de la Cour d'appel : «il résulte des constatations de la cour d'appel ... ».

Il n'y a pas, par conséquent, empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, puisque aucun choix ne s'offrait à elle. Ce dommage qui fonde la demande en justice de l'enfant n'est pas constitué ; (la mère est empêchée d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, l'enfant est né atteint d'un handicap, il peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap ; sa demande trouve son fondement sur ce dommage).

L'arrêt de la Cour d'appel qui a rejeté la demande des époux est légalement justifié.

Sa décision de rejet du pourvoi est justifiée au regard de la jurisprudence Perruche qui détermine les conditions préalables à l'action de l'enfant dont la mauvaise exécution du contrat(le dommage de la mère), jurisprudence interprétée et appliquée au cas de l'interruption thérapeutique de grossesse ; l'arrêt de la Cour d'appel duquel il résulte qu'il n'est pas établi que les conditions médicales étaient réunies, quand il rejette la demande, est légalement justifié.

L'Assemblée plénière détermine les conditions de la responsabilité délictuelle à savoir la faute, le préjudice, le lien de causalité : « mais attendu que l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; ». Par ces trois arrêts l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a confirmé l'arrêt dit Perruche :

- même si le chapeau intérieur de ces arrêts ne reprend pas précisément les dispositions de l'arrêt Perruche, l'ordre dans lequel elles sont énoncées ; il faut en effet tenir compte qu'il est adapté aux moyens des pourvois reposant sur les conditions de la responsabilité contractuelle.
 - Tout d'abord dans les conditions préalables à l'action en justice de l'enfant (tiers au contrat), la faute et le dommage de la mère; ce dernier reçoit une dénomination identique quel que soit le stade précis de la décision des parents quant à l'interruption de grossesse; l'arrêt Perruche est précisé quant aux éléments constitutifs du dommage de la mère dans le cas de l'interruption thérapeutique de grossesse : il est nécessaire que soient réunies ses conditions dont les conditions médicales prescrites par l'article L2213-1CSP, à défaut il n'y a pas de choix.
 - L'enfant peut demander la réparation : il a une action en responsabilité délictuelle.
 - Les conditions de la demande en justice reposant sur ce dernier fondement sont confirmées, notamment il semblerait que le préjudice indemnisable, initialement déterminé dans l'arrêt Perruche comme le préjudice résultant de ce handicap, soit le même dans les deux cas où la décision de la femme quant à l'interruption de grossesse n'était pas préalablement exprimée. L'équité, peut être, commande de réserver un sort identique aux enfants que les parents aient émis préalablement leur choix ou n'aient pas été mis en mesure de l'émettre et donc envisagé. Dans les deux cas la mère a été empêchée.
- Le préjudice est causé par les fautes retenues.

S IV - L'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18.9.2001 (réf 121)

Quelles applications étaient faites des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation par les juges du fond ?

C'est à ce titre que nous exposons le présent arrêt de la Cour d'appel, ce d'autant que le cas ne correspondait pas tout à fait à celui de l'affaire Perruche qui avait reçu l'enfant en sa demande et déterminé les conditions de l'indemnisation de son préjudice.

§ 1 – Les faits

Mme Z ... a consulté le Dr Anne X..., salariée de la maison de santé de B..., le 28.3.1991 pour obtenir confirmation de son état de grossesse.

Une 1^{ère} échographie a été réalisée le 11.4.1991 révélant un dédoublement des parties molles de la région nucale du fœtus, confirmé par une seconde échographie faite le 26.4.2001, ces constatations étaient susceptibles de révéler une anomalie chromosomique.

Une biopsie a été proposée par le Dr H... ; elle a été réalisée le 3.5.1991, il n'y avait aucune anomalie du caryotype, un décollement placentaire a été provoqué par la ponction.

Le 31.5.1991, Mme Z... a été hospitalisée en raison de métrorragies, elle a été contrôlée par le Dr Anne X... jusqu'à son accouchement.

Le 1.6.1991 une échographie révélait un retard de croissance, une absence de liquide amniotique.

Les échographies successivement pratiquées confirmaient une diminution croissante du liquide amniotique confinait à son absence totale.

L'échographie du 11.7.1991 par le Dr I... ne contenait aucune description de malformations, elle relevait une oligoamnios sévère.

Mme Z... a accouché par césarienne, réalisée par le Dr Anne X... le 28.5.1991, l'enfant prénommée Alicia est née en état de détresse respiratoire, atteinte de malformations des membres, de bronchodysplasie, elle a été hospitalisée.

§ 2 - La procédure

- Le Tribunal de grande instance de Bordeaux a rendu un jugement le 6.5.1997 dont les défendeurs et leur compagnie d'assurance ont interjeté appel. Les appels interjetés ont été joints.

- La Cour d'appel a rendu son arrêt statuant sur: la faute du praticien, la responsabilité, la demande en réparation des préjudices des parents pour eux-mêmes et en leur qualité de représentants légaux de leur enfant mineure Alicia ; il ne sera pas examiné, compte tenu du champ de la thèse, la demande de la soeur de Alicia, celle de ses parents est reportée au chapitre suivant concernant l'action des parents.

Sur le contrat médical :

La Cour d'appel de Bordeaux précise qu'il existe un contrat de soins entre l'établissement et la patiente ; toute faute du médecin salarié a pour effet de mettre en jeu la responsabilité de la clinique à raison d'un manquement à une obligation dont cette dernière était débitrice en vertu de son contrat de soins. Elle juge en conséquence, que « l'inexécution de l'obligation d'information qui pesait sur le Dr X... apparaît donc établie et constitue une faute dans l'exécution du contrat formé entre la fondation B... dont elle était salariée et Mme Z... lors que cette faute a empêché les époux Z... d'exercer leur choix d'interrompre la grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ils peuvent demander réparation du préjudice subi ».

Nous retrouvons la jurisprudence au terme de laquelle l'établissement est partie au contrat médical et engage sa responsabilité contractuelle en cas de mauvaise exécution :

[(Dictionnaire permanent : contrat médical N° 14 ; Civ. 1^{ère} 4.6.1991 : « le contrat de soins avait été conclu entre (le patient) et la fondation dont (le médecin) était médecin salarié » ; Civ. 1^{ère} 26.5.1999 consacrant l'existence d'un contrat « d'hospitalisation et de soins » liant l'établissement et le patient, en vertu duquel l'établissement répond des fautes commises par « ses substitués ou ses préposés » qui ont causé un dommage à ce patient ; la Cour de cassation (Civ. 1^{ère} 9.11.2004) est allée plus loin encore en décidant que le médecin salarié qui agit dans le cadre de la mission qui lui est impartie n'engage pas sa responsabilité personnelle à l'égard de ses patients (réf 126)].

Sur la faute :

Le Dr Anne X... a commis une faute : l'arrêt révèle qu'elle ne s'est pas entourée d'avis techniques susceptibles de l'aider dans ce cas difficile d'oligoamnios, de vérification de la

non- reconstitution du liquide amniotique; une discussion entre les différents spécialistes de diagnostic prénatal, obstétriciens, échographistes, et pédiatres s'avérait indispensable. Elle n'a pas informé les parents sur les risques encourus par l'enfant en raison de l'oligoamnios sévère, risque élevé de malformation de membres et de bronchodysplasie avec d'éventuelles mais fréquentes conséquences cardiaques et respiratoires pouvant donner lieu à des séquelles neurologiques ; l'arrêt précise que les compétences « reconnues » du praticien ne pouvaient lui faire ignorer les conséquences que l'on pouvait attendre.

Sur le dommage :

Cette faute a empêché les parents d'exercer leur choix d'interrompre la grossesse: le médecin n'a pas mis les époux en mesure de faire un choix éclairé, étant précisé que leur souhait de voir interrompre cette grossesse avait été exprimé. Nous notons qu'il s'agit d'un type particulier d'empêchement de choix : en effet, il est caractérisé par un défaut d'information sur les risques, ce défaut d'information a fait qu'ils ne pouvaient pas se prononcer sur une interruption de grossesse par un choix éclairé et motivé, cette situation les fait rentrer dans le cadre de l'empêchement de choix ; ne pas pouvoir exprimer un choix qui soit un choix éclairé et motivé équivaut à un empêchement de choix.

Nous retrouvons également l'erreur commise par les juges du fond dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt Perruche : l'interruption de grossesse est une possibilité accordée la femme ; l'Assemblée plénière avait, à juste titre, dénommée le dommage empêchement de la mère d'exercer son choix ; la Cour d'appel, à tort, fait état du choix des « parents ».

Sur la responsabilité :

La cour d'appel considère que c'est par des motifs pertinents et complets que les premiers juges ont déclaré la fondation B... responsable du dommage des époux ... et de leur fille Alicia.

Sur l'action en justice de l'enfant handicapée :

Elle précise « l'enfant né handicapé peut également demander réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec la faute commise par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui a empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique, que les conditions médicales présentes pour la mise en œuvre de cette mesure étaient réunies. Il n'est pas contesté que les séquelles dont reste atteinte la petite fille sont comme l'ont retenu les experts en relation avec une pathologie liée à l'oligoamnios sévère pour laquelle une interruption de grossesse pouvait être justifiée... La forte probabilité d'une affection d'une particulière gravité existait bien dans le cas de l'enfant à naître... »

La décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans l'affaire Perruche était la suivante:

« 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 ».

Nous retrouvons, donc, dans la décision de la Cour d'appel cet arrêt de l'Assemblée plénière du 17.11.2000 :

- tout d'abord, le dommage : soit l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse avec la jurisprudence postérieure sur l'exigence de la réunion des conditions de l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique ; les juges étayaient leur

décision en se référant au rapport d'expertise. L'arrêt dit Perruche et les suivants sont appliqués quant au dommage et à ses conditions par les magistrats de la Cour d'appel.

- la mauvaise exécution du contrat cause un préjudice, l'enfant handicapée peut agir en justice, sa demande reposant sur la responsabilité délictuelle ;
- la faute délictuelle est la faute contractuelle : « si ce dernier est en relation de causalité directe avec la faute commise par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère » ;
- l'enfant peut demander la réparation de son préjudice « l'enfant né handicapé peut également demander réparation du préjudice résultant de son handicap » ;
- le préjudice indemnisable est comme dans l'arrêt Perruche : le préjudice résultant de son handicap ;
- causé par les fautes retenues : la cour d'appel précise identiquement « si ce dernier est en relation de causalité directe avec la faute... »

La Cour d'appel interprète les décisions rendues par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, qu'elle applique au cas de l'enfant née atteint d'un handicap dans une circonstance différente, celle où la mère avait préalablement exprimé son souhait d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique ; elle confirme la décision des premiers juges qui ont alloué une provision à valoir sur le préjudice corporel de l'enfant de 200 000 frs qu'elle complète d'une provision complémentaire de 20 000 frs à laquelle elle condamne les défendeurs, une expertise médicale étant au surplus ordonnée.

S V – L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11. 2001 (00-14248) (réf 26 27 104)

§ 1 – Les faits

Le Dr Y... médecin gynécologue a suivi la grossesse de Mme X... ; il ne lui a pas communiqué les résultats d'un dosage de bêta HCG ; ces résultats corroborés par ceux de l'examen échographique révélant la discordance entre un diamètre bipariétal important et un fémur trop court étaient alarmants ; ils justifiaient la consultation d'un spécialiste en génétique et en échographie.

L'enfant, Lionel, est né le 27.1.1995 atteint de la trisomie 21.

§ 2 - La procédure

- Mme X... agissant en son nom personnel et en qualité de représentante légale de l'enfant mineur Lionel a engagé une action en justice ; ainsi, elle a demandé la réparation des préjudices subis par l'enfant du fait de son handicap.

- Par un arrêt en date du 19.1.2000 la Cour d'appel de Rennes a accueilli sa demande et condamné le Dr Y... à indemniser l'enfant de sa perte de chance.

- Un pourvoi principal a été introduit par Mme X... et un pourvoi incident par le Dr Y... Nous sommes essentiellement dans le cadre de la réunion des conditions de la responsabilité civile (1382 1383 c civ.).

1) - Le Dr Y... a formé un **pourvoi incident** fondé sur un moyen unique pris en ses deux branches.

a) - Il a visé les dispositions de l'article 1383 du c civ. relatif à la responsabilité quasi-délictuelle; ce texte rattache la responsabilité civile à la faute, il est relatif au quasi-délit civil c'est-à-dire au fait illicite dommageable commis sans intention de nuire (Précis Dalloz Les obligations T 2 N° 647).

La première branche du moyen est relative à la causalité : la Cour d'appel aurait privé sa décision de base légale au regard de l'article 1383 c civ. Ce cas suppose que la règle légale applicable impliquait la réunion de plusieurs éléments constitutifs et que la décision attaquée a fait application de cette règle sans s'assurer que tous les éléments étaient réunis. En ne caractérisant pas le lien de causalité entre le défaut d'information et la trisomie 21 la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1383 c civ. Les motifs seraient insuffisants ce qui ne permettrait pas à la Cour de cassation d'exercer son contrôle.

La deuxième branche du moyen repose sur le préjudice ; il ne peut être indemnisé le préjudice de naissance. Il y aurait violation de la loi (article 1383 c civ).

b) - L'Assemblée plénière rend, sur ce pourvoi, sa décision dans les termes suivants : « Mais attendu que l'arrêt relève que le médecin n'avait pas communiqué à la patiente les résultats d'un dosage de bêta HCG qu'il lui avait proposé à seize semaines d'aménorrhée, alors que ces résultats corroborés par des examens échographiques révélant la discordance entre un diamètre bipariétal important et un fémur trop court étaient alarmants et justifiaient une consultation spécialisée en génétique et en échographie ; qu'en l'état de ces constatations, et dès lors qu'il n'avait pas été contesté par M. Y... que les conditions médicales d'une interruption de grossesse pour motif thérapeutique auraient été réunies, la cour d'appel a pu retenir que la faute ainsi commise, qui avait fait perdre à Mme X la possibilité de recourir à une amniocentèse et à une telle interruption de grossesse, était en relation directe avec le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap ; ».

b /1) - Le contexte de la décision. Nous retrouvons dans cet arrêt les conditions à l'action en justice de l'enfant : la mauvaise exécution du contrat (la faute et le dommage) qui fait subir un préjudice ; l'enfant peut demander la réparation, l'action en justice lui est ouverte, il peut faire une demande sur le fondement de la responsabilité délictuelle ; et c'est dans ce dernier cadre, celui de la responsabilité délictuelle contre le contractant fautif qu'elle rend sa décision : sur la faute, le lien de causalité, précisant le préjudice indemnisable ; dès lors elle répond au pourvoi.

b /2) - Le lien avec l'arrêt Perruche.

Cette décision précisait : « 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 ; ».

Il en résultait dans le cadre de la responsabilité délictuelle une relation de causalité entre le préjudice résultant du handicap de l'enfant et les fautes retenues ; ces dernières étaient spécifiques : elles étaient les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X...qui avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap.

Le présent arrêt de l'Assemblée plénière consacre la faute du praticien en se référant à l'arrêt de la Cour d'appel:

« Mais attendu que l'arrêt relève que le médecin n'avait pas communiqué à la patiente les résultats d'un dosage de bêta HCG qu'il lui avait proposé à seize semaines d'aménorrhée, alors que ces résultats corroborés par des examens échographiques révélant la discordance entre un diamètre bipariétal important et un fémur trop court étaient alarmants et justifiaient une consultation spécialisée en génétique et en échographie ; »

Il précise les conséquences de cette faute : « qu'en l'état de ces constatations, ... la cour d'appel a pu retenir que la faute ainsi commise, qui avait fait perdre à Mme X la possibilité de recourir à une amniocentèse et à une telle interruption de grossesse,... » ; la faute a fait perdre à la femme la possibilité de recourir à une interruption de grossesse pour motif thérapeutique. Elle a fait précéder cette affirmation d'une précédente relative aux conditions médicales de l'interruption thérapeutique de grossesse : elles sont réunies ; la preuve résulte de l'absence de contestation du praticien. On pourrait ajouter : l'enfant est né atteint d'un handicap. Elle poursuit sur le lien de causalité (et le préjudice): « la cour d'appel a pu retenir que la faute ainsi commise, qui avait fait perdre à Mme X la possibilité de recourir à une amniocentèse et à une telle interruption de grossesse, était en relation directe avec le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap ; ». La faute, qu'elle consacre, qui a fait perdre à la femme la possibilité de recourir à une interruption de grossesse pour motif thérapeutique, une telle faute avec cette incidence, ce dommage et parce qu'elle a eu cette conséquence, (à la suite de laquelle pourrait rajouter l'enfant est né handicapé), elle est, par voie de conséquence, en relation directe avec le préjudice de l'enfant, préjudice qu'elle détermine : le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap.

Son arrêt est une confirmation de l'arrêt Perruche en sa partie relative à la responsabilité délictuelle ; plus précisément il est une interprétation de cet arrêt Perruche appliqué au cas de l'interruption thérapeutique de grossesse et de l'absence de choix préalablement exprimé par la mère. Le préjudice était causé par les fautes retenues ; la faute est en relation directe avec le préjudice de l'enfant.

L'arrêt Perruche est confirmé : quant au lien de causalité entre la faute et le préjudice ; la faute délictuelle est la faute contractuelle ; le dommage reçoit une dénomination spécifique, propre au cas de l'espèce : il est la perte de la femme de la possibilité de recourir à une interruption de grossesse pour motif thérapeutique ; mais la réunion des conditions médicales demeure nécessaire ; la preuve résulte de l'absence de contestation du praticien ; l'arrêt Perruche dans sa détermination du préjudice est étendu au cas où le choix de la mère n'a pas été préalablement exprimé, semble-t-il.

b /3) - La réponse au pourvoi. Elle répond ainsi au moyen du pourvoi pris en ses deux branches, la première sur la causalité, la seconde sur le préjudice.

Le moyen ne peut être accueilli en sa première branche. La Cour d'appel a fait application de la règle légale (1383 c civ.), tous les éléments en étaient réunis, il est caractérisé le lien de causalité entre la faute et le dommage dont s'induit le préjudice indemnisable tel que retenu : le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap, et non la trisomie 21 ; une faute avec de telles incidences est en relation directe avec le préjudice.

2) – Le pourvoi principal : la constitution du préjudice et sa réparation intégrale.

a) - La Cour d'appel de Rennes énonçait que la perte de chance subie par la faute du médecin ne peut entraîner la réparation intégrale du dommage causé à l'enfant lui-même.

Le préjudice de l'enfant était une perte de chance.

b) - L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation est, comme dans l'affaire Perruche, rendu dans le cadre de ce pourvoi principal, au visa des articles 1165 et 1382 c civ. C'est une confirmation de la jurisprudence Perruche. Le pourvoi visait l'article 1382 c civ.

c) – Dans l'arrêt Perruche et les arrêts postérieurs de l'Assemblée plénière, le préjudice de l'enfant était le préjudice résultant de son handicap que le choix de la mère d'interrompre sa grossesse ait été ou non exprimé antérieurement. Il n'était pas le préjudice de naissance car il n'y a pas d'intérêt légitime à en demander la réparation, on ne peut se plaindre d'un préjudice dû à la seule naissance d'un être humain (Civ. 1^{ère} 25.6.1991 Bull Civ. 1991 I N° 213 p140); il ne peut l'être quand l'enfant est handicapé : c'est l'arrêt Perruche.

Mais en quoi consiste : le préjudice résultant de son handicap ? Le rapport de la mère au regard de l'interruption de grossesse peut-il avoir une influence sur sa consistance ? L'empêchement de choix par le défaut d'information peut-il ramener la ramener à une perte de chance ?

Le litige est cadré dans les conditions que doit présenter le dommage (Précis Dalloz les obligations N°605): il doit être certain, il peut être actuel ou futur, mais non éventuel. L'enseignement apporté par cette décision concerne le caractère du préjudice : le préjudice de l'enfant résultant de son handicap est un préjudice certain, il ne présente pas de caractère éventuel, il n'est pas une perte de chance, il est le handicap : « mais attendu qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que le préjudice de l'enfant n'est pas constitué par une perte de chance mais par son handicap... ».

Cette précision ainsi apportée confirme les deux arrêts de l'Assemblée plénière du 13.7.2001 (pourvoi 97.17359, pourvoi 97.19282, réf 24).

Ramener la constitution du préjudice à une perte de chance de subir le handicap ou ne pas vivre (réf thèse 27) conduit à considérer que le préjudice de l'enfant est un préjudice de naissance, préjudice qui n'est pas juridiquement indemnisable.

Il y a une prise en compte que la mère aurait pu faire ce choix si elle avait été informée, enfin un souci d'équité envers les enfants.

Il est important de souligner la façon dont l'Assemblée plénière s'est saisie de la question du préjudice, même si cela nous oblige à anticiper sur le paragraphe suivant consacré à la réparation :

Elle énonce en tête de l'arrêt, en faisant ainsi un arrêt de principe (thèse réf 96), le principe de la réparation intégrale : « attendu que la réparation du préjudice doit être intégrale ».

L'existence et l'étendue du préjudice relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, pour cette existence ils ne sont pas tenus d'employer une formule sacramentelle. La cour de cassation a posé le principe qu'une Cour d'appel « constate l'existence du préjudice par l'évaluation qu'elle en fait » (Civ. 2 8.7.1987 Bull. Civ. II N° 150). L'Assemblée plénière a déterminé le préjudice dans le cadre du pourvoi incident, elle détermine sa constitution dans le cadre du pourvoi principal en rejetant la perte de chance pour retenir le handicap et ce par le biais du contrôle de l'application du principe de réparation intégrale du préjudice, c'est par le biais du principe de la réparation intégrale qu'elle a énoncé en tête de son arrêt qu'elle va déterminer la consistance du préjudice préalablement déterminé dont l'existence et l'étendue relèvent habituellement de l'appréciation souveraine des juges du fond. La Cour d'appel lui

en a donné l'occasion en énonçant que la perte de chance ne peut entraîner la réparation intégrale du dommage causé à l'enfant mais seulement partie de celui-ci à hauteur de 50%. C'est ce principe dont l'application est soumise à son contrôle qui lui permet d'avoir un regard sur la constitution du préjudice. La Cour d'appel n'a pas appliqué le principe de la réparation intégrale au préjudice mais seulement d'une partie de celui-ci à hauteur précise-t-elle de 50%. Elle a ainsi violé ce principe en retenant une indemnisation d'une partie de ce préjudice alors que la réparation du préjudice doit être intégrale ; elle a fait une mauvaise application des règles applicables à la réparation, la réparation du préjudice doit être intégrale, c'est sous le contrôle de la cour de cassation, ce qui a obligé cette dernière à rentrer dans la constitution du préjudice tel que fixé par la Cour d'appel, il n'est pas une perte de chance, il est le handicap et il doit être réparé intégralement. La fixation par la Cour d'appel du quantum de la réparation (50%) a donné un droit de regard sur la constitution du préjudice.

d) - la réparation intégrale.

Dans la mesure où le préjudice de l'enfant est constitué par son handicap l'indemnisation doit être intégrale notamment l'assistance de tierces personnes à domicile pour les gestes de la vie quotidienne qui ne saurait être réduite en cas d'assistance familiale.

Cette décision est la reprise d'une jurisprudence antérieure ainsi l'arrêt de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de Cassation du 16.11.1994 « att que le montant d'une indemnité allouée au titre de l'assistance d'une tierce personne ne saurait être réduit en cas d'assistance d'un membre de la famille » (réf 105).

Le juge confirme la jurisprudence antérieure qui assoit sa décision.

§ 3 - Les informations recueillies

Le visa des articles 1165 et 1382 c civ.

L'Assemblée plénière vise les articles 1165 et 1382 c civ. La bonne règle de droit applicable au litige est énoncée.

L'arrêt Perruche est confirmé.

L'action en justice de l'enfant, sa demande en réparation du préjudice résultant de son handicap repose, dans le cas où la mère n'aurait pas exprimé préalablement son choix d'interrompre sa grossesse, sur les articles 1165 et 1382 c civ.

C'est dans ce cadre légal, ainsi circonscrit, que l'Assemblée plénière examine la demande de l'enfant, la faute, le lien de causalité, qu'elle détermine le préjudice indemnisable marquant son caractère ainsi que le dommage avec ses éléments constitutifs, qu'elle applique le principe de la réparation intégrale.

L'action en justice de l'enfant

La jurisprudence relative à la responsabilité des contractants à l'égard des tiers est confirmée. Et, l'enfant peut agir en justice et demander la réparation de son préjudice même si la mère n'a pas préalablement exprimé son choix (il aurait pu ne pas naître atteint d'un handicap, pourrait-on dire).

Son autonomie est renforcée.

L'égalité entre les victimes est assurée.

La faute

La faute délictuelle est la faute contractuelle ; c'est une application de la jurisprudence (Com. 16.1.1973) : un même fait peut être au regard des tiers étrangers au contrat une faute

délictuelle, en l'espèce c'est, notamment le défaut de communication des résultats de l'analyse; c'est une confirmation, aussi, de la jurisprudence Perruche.

Le dommage de la mère

- Il est indissociable de l'interruption volontaire de grossesse comme dans l'arrêt Perruche et les trois décisions postérieures de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 13.7.2001 (réf 24).

- Sa dénomination. Il est : la perte de la possibilité de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse. Il est une perte, réelle.

Perte de la possibilité accordée à la femme par le législateur d'interrompre sa grossesse.

Il n'est pas une perte de chance.

Dès lors le praticien doit délivrer une information mettant en mesure d'offrir à la femme la possibilité qui lui est offerte par le législateur .

- Ses éléments constitutifs. Il exige, ce dommage, dans le cadre de sa constitution, la réunion des conditions de l'interruption de grossesse dont les conditions médicales ; c'est une confirmation des deux arrêts de l'Assemblée plénière du 13.7.2001 (pourvoi 97.17359, pourvoi 97.19282, réf 24)

- Sa preuve. Il est important de noter que la preuve en résulte de l'absence de contestation du praticien ; auparavant elle était puisée dans les constatations de l'arrêt d'appel, puis elle en était déduite, maintenant elle résulte simplement de l'absence de contestation du praticien.

- Son rôle. L'Assemblée plénière détermine le dommage ce qui n'est pas sans incidence compte tenu du rôle important qu'il joue. Il est impliqué dans le cadre de l'ouverture de l'action en justice ; il participe de la mauvaise exécution du contrat (faute et dommage) ; il fonde la demande en justice de l'enfant ; mais son rôle s'étend aussi dans le cadre du lien de causalité entre la faute et le préjudice : dans la mesure où le préjudice s'induit du dommage causé par la faute ; enfin il est impliqué dans le préjudice comme nous le constaterons dans le paragraphe suivant ; du dommage s'induit le préjudice indemnisable.

Le préjudice de l'enfant

L'Assemblée plénière le détermine ; le pourvoi évoquait la trisomie 21 ; elle considère qu'il est le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap ; c'est une application de l'arrêt Perruche au cas de l'interruption thérapeutique de grossesse. Nous pensons même que c'est une interprétation de cet arrêt appliqué au cas d'un choix de la mère non préalablement exprimé. Alors il apparaît comme une confirmation des deux arrêts de l'Assemblée plénière du 13.7.2001 (réf 24, pourvoi 97.17359, pourvoi 97.19282). Il n'est pas le préjudice de naissance. Il s'induit du dommage. Quant à sa consistance, même si le choix de la femme n'est pas préalablement déterminé, même si l'enfant aurait pu ne pas naître atteint d'un handicap, son caractère n'est pas celui d'une perte de chance, il n'est pas éventuel, il est certain ; les conséquences liées à la perte de chance ne joueront pas (elle ramène à la naissance, préjudice qui n'est pas juridiquement réparable).

Le préjudice réel, existant est seul pris en compte.

L'identité de traitement entre les victimes est assurée comme l'autonomie des enfants.

On rappellera que c'est par le principe de la réparation intégrale dont l'application est soumise au contrôle de la Cour de cassation que l'Assemblée plénière va exercer un droit de

regard sur la constitution du préjudice alors que l'existence et l'étendue du préjudice relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Le lien de causalité

Le préjudice est le fait de la mauvaise exécution du contrat.

La faute avec une telle incidence est en relation directe avec le préjudice de l'enfant qui s'induit du dommage. L'arrêt Perruche est confirmé.

Ou encore, le lien de causalité entre la faute et le dommage dont s'induit le préjudice indemnisable tel que retenu, le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap, est caractérisé.

La réparation du préjudice est intégrale.

« Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que le préjudice de l'enfant n'est pas constitué par une perte de chance mais par son handicap, d'autre part, que le montant de l'indemnité due au titre de l'assistance de tierces personnes à domicile pour les gestes de la vie quotidienne ne saurait être réduit au cas d'assistance familiale, la cour d'appel a violé les textes susvisés » précise l'arrêt de l'Assemblée plénière du 28.11.2001. [Voir sur la question de l'évaluation du préjudice faute de pouvoir se référer à un état corporel antérieur que l'erreur fautive du praticien aurait détérioré ? (réf 107)].

Sous- chapitre 2 – La jurisprudence postérieure à l’arrêt dit Perruche dans le cadre de l’action de l’enfant handicapé. Etude des informations recueillies.

« En ce sens il (arrêt de la l’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17.11.2000) nous a fait encore un peu plus entrer dans cette ère du vide ontologique et du nihilisme métaphysique, ... » Pr. D Folscheid.

L’arrêt dit Perruche le 17.11.2000 visant les dispositions des articles 1165 et 1382 c civ. a fixé les conditions préalables à l’action en justice de l’enfant et déterminé les conditions de la responsabilité délictuelle dont le préjudice indemnisable.

Quelles sont les informations livrées par la jurisprudence intervenue après l’arrêt Perruche dans le cadre de l’action de l’enfant ?

SI – Décisions de justice et informations générales

Nous poursuivons l’exposé permettant d’établir le contexte général dans lequel se situe notre étude, la situation des parties. Par conséquent nous en reprenons sa division. Non seulement nous poursuivons notre information mais une analyse comparative devient possible.

§ 1 - Données temporelles

La jurisprudence étudiée concerne des faits survenus successivement en **1988/1989** (réf 24 pourvoi 97- 17359), **1989/1990** (réf 24 pourvoi 98- 19190), **1991** (réf 121), **1991/1992** (réf 24 pourvoi 97- 19282), **1994** (réf 26).

Ils sont survenus, à l’exception de l’affaire réf 62, après ceux évoqués dans le chapitre 2 qui est relatif à la jurisprudence antérieure à l’arrêt dit Perruche.

Ils ont bénéficié de la jurisprudence Perruche.

Au regard de la date des faits les **décisions de justice** ont été rendues :

- faits survenus en 1988/1989 - arrêt de la Cour d’appel de Versailles 12.6.1997, arrêt de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 13.7.2001
- faits survenus en 1989/1990 - arrêt de la Cour d’appel d’Aix en Provence du 9.4.1998, arrêt de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 13.7.2001
- faits survenus en 1991 - jugement du Tribunal de grande instance de Bordeaux du 25.2.1997, arrêt de la Cour d’appel de Bordeaux du 18.9.2001
- faits survenus en 1991/1992 - arrêt de la Cour d’appel de Metz du 6.3.1997, arrêt de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 13.7.2001
- faits survenus en 1994- arrêt de la Cour d’appel de Rennes du 19.1.2000, arrêt de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11.2001

Le temps de la procédure demeure long.

Aucune des affaires étudiées ne se place dans le cadre du diagnostic prénatal orienté de la 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, N° 94-654 du 29.7.1994 en raison de la date de ses décrets d’application et des arrêts :

- décret N° 95-559 du 6.5.1995, il a fixé notamment les analyses de cytogénétiques et de biologie mentionnées au 2^{ème} alinéa de l'article L162-16, il est intervenu sur les autorisations, les qualifications des praticiens, les conditions de l'autorisation des établissements ou laboratoires, la consultation médicale préliminaire, l'évaluation des activités.
- arrêté du 23 janvier 1997, il a modifié l'arrêté du 3.4.1985 fixant la nomenclature des actes de biologie médicale.
- arrêté du 27.5.1997, il a fixé les conditions particulières d'évaluation des réactifs de dosage des marqueurs sériques prédictifs de la trisomie 21.
- décret du 28.5.1997 N° 97-579, il est intervenu dans le cadre de la consultation médicale préalable, précisant notamment les conditions du recueil du consentement écrit de la femme enceinte complété de l'arrêté du 30.9.1997, de l'attestation médicale
- décret du 28.5.1997 N°97-578, il a précisé les missions, l'agrément, le fonctionnement (il a été dans ce cadre complété, modifié par le décret du 3.5.2002 n° 2002 – 778), et la composition de l'équipe médicale du centre.

§ 2 - Données sur la pratique médicale

A – Les actes de dépistage à l'occasion desquels une faute a été commise

Ils se répartissent en trois grandes catégories qui visent respectivement au dépistage de malformations (réf 24), de la trisomie 21 (réf 27), surveillance de la grossesse (121). Le dépistage de la rubéole n'est plus concerné comme il l'était dans la précédente période (Chapitre 2 - La jurisprudence antérieure à l'arrêt dit Perruche. Etude des informations recueillies).

1) – en ce qui concerne la surveillance de la grossesse

- les conséquences à tirer des échographies (réf 121)

2) - en ce qui concerne la T 21 :

- le dosage quantitatif de bêta HCG plasmatique pour le dépistage de la trisomie 21 et les examens échographiques (réf 27)

3) - en ce qui concerne les malformations :

- l'échographie, pratique et interprétation (réf 24 deux premiers arrêts et probablement troisième arrêt avec dans ce dernier cas un contexte de malformation congénitale)

Ils concernent la surveillance médicale obligatoire de la grossesse ou celle qui s'avère nécessaire.

B – Les fautes commises

1) le moment auquel elles ont été commises :

a) en ce qui concerne la surveillance de la grossesse : réf 121 lors de celle-ci : « cet oligoamnios sévère constaté à plusieurs reprises durant la grossesse de Mme Z...justifiait l'interruption de grossesse avec l'accord des parents, que le Docteur X...ne s'est pas entouré

d'avis techniques susceptibles de l'aider dans ce cas difficile, qu'au surplus elle n'a pas tenu informé les parents des risques encourus par l'enfant..."

b) en ce qui concerne le dosage quantitatif de bêta HCG plasmatique pour le dépistage de la trisomie 21 : réf 27 au moment des résultats qui corroborés par des examens échographiques révélant la discordance entre un diamètre bipariétal important et un fémur trop court, étaient alarmants.

c) en ce qui concerne les malformations : réf 24 lors de la pratique et de l'interprétation des échographies avec une réserve concernant le dernier arrêt du 13.7.2001 réf 24 qui concerne une sous estimation du précédent malformatif, un défaut de soins à l'étude morphologique du fœtus.

Il semble que le moment des résultats des analyses, comme celui de la pratique et de l'interprétation des échographies demeure une constante toujours en cause (voir chapitre 2 - La jurisprudence antérieure à l'arrêt dit Perruche. Etude des informations recueillies).

2) leurs conséquences :

Elles entraînent une absence de dépistage (réf 24 deux premiers arrêts et 27), une erreur de diagnostic (réf 24 dernier arrêt et 121).

Ce n'est pas l'absence de dépistage ou l'erreur de diagnostic qui est sanctionnée, mais la carence du praticien qui en est à l'origine au seul regard des obligations de soins et d'information.

C – Les praticiens en cause

Ce sont :

- trois médecins gynécologues consultés pendant le cours de la grossesse (réf 24 pourvoi 97-17359 et pourvoi 97-19282)
- deux médecins gynécologues chargés du suivi de la grossesse (réf 24 pourvoi 98-19190 et réf 27)
- un gynécologue qui a contrôlé la grossesse (réf 121).

L'activité du gynécologue est particulièrement en cause dans les affaires étudiées dans le cadre de la jurisprudence postérieure à l'arrêt Perruche relative à l'action de l'enfant ; elle n'était pas la seule visée dans le chapitre relatif à la jurisprudence antérieure à l'arrêt dit Perruche (Chapitre 2).

En conclusion sur les informations générales

L'étude de la jurisprudence continue de nous renseigner sur les pratiques judiciaire et médicale :

- Pour la première, sur le temps de la procédure mais aussi sur les faits qui ont pu bénéficier de la jurisprudence Perruche, créant ainsi entre les victimes une inégalité.
- Pour la deuxième, sur les actes de dépistage en cause et le moment de la faute bien qu'il nous semble téméraire de pouvoir en tirer des conclusions exploitables compte du nombre de décisions qui ne sont pas publiées notamment celles des tribunaux de grande instance et des cours d'appel.

Dans les affaires étudiées nous pouvons considérer que :

- le dépistage de la rubéole n'est pas concerné,
- le moment des résultats des analyses, comme celui de la pratique et de l'interprétation des échographies appellent la vigilance des praticiens.
- enfin, l'activité médicale en cause se cantonne à celle des gynécologues alors que préalablement elle était plus diversifiée.

S II – La gestion du cas par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation

Ce sont sur les informations principales livrées par cette jurisprudence que nous entendons nous attarder ; pour mieux les saisir il nous faut, après avoir évoqué le fondement juridique de l'action et de la demande en justice de l'enfant (§1), les replacer dans un cadre qui s'articule autour des conditions à l'action en justice de l'enfant (§2) et de la responsabilité délictuelle sur laquelle repose sa demande (§3) ; un autre paragraphe soulignera l'importance du dommage (§4) ; certains aspects de la méthodologie de l'Assemblée plénière seront relevés en fin de chapitre (§5).

Par conséquent, nous devons abandonner la division respectée au chapitre 2 correspondant à la jurisprudence antérieure à l'arrêt dit Perruche et à l'étude des informations recueillies qui s'articulait autour du contrat, des obligations médicales et de la responsabilité contractuelle.

§ 1 - Le fondement juridique de l'action et de la demande en justice de l'enfant handicapé

C'est sur un même fondement juridique que repose l'ensemble de la jurisprudence soit l'arrêt Perruche et les arrêts qui lui sont postérieurs, même s'il est différemment exprimé. Il est constitué des articles 1165 et 1382 c civ.

1) - L'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans le cadre de ses trois arrêts du 13.7.2001 énonce la règle de droit applicable ; elle confirme l'arrêt Perruche ; même si l'articulation de cette règle reçoit une présentation différente afin de s'adapter aux moyens des pourvois centrés sur les conditions de la responsabilité contractuelle.

La jurisprudence de la Cour de cassation est devenue une véritable source du droit.

« l'essentiel du droit civil français spécialement le droit des contrats et de la responsabilité résulte actuellement des arrêts de la Cour de cassation »(RTDC 2002 p20 N° 25).

2) – Dans l'arrêt du 28.11.2001, elle vise en tête de l'examen du pourvoi principal les articles 1165 et 1382 c civ. L'arrêt Perruche est confirmé. Il est appliqué au cas où la mère n'a pas préalablement exprimé son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique.

§ 2 - Les conditions à l'admission de l'action en justice. La responsabilité des contractants à l'égard des tiers

1) – L'opposabilité des contrats

a) le cadre général

Il existe un contrat entre la mère et le praticien qui crée une situation juridique opposable à tous et dans ce contrat pénètre l'interruption de grossesse et son exercice. Le médecin se doit d'être diligent aux fins de pouvoir délivrer une information à la mère qui lui permette d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ou non.

L'enfant est un tiers à ce contrat.

Le contrat et la situation juridique qu'il a fait naître sont opposables aux tiers en tant que faits. Les tiers peuvent opposer aux parties la situation née du contrat.

L'enfant peut se prévaloir de la mauvaise exécution du contrat.

Et, la jurisprudence admet qu'un tiers qui subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution du contrat a une action en responsabilité délictuelle contre le contractant fautif.

b) l'application du cadre général

- Avec les trois arrêts de l'Assemblée plénière du 13.7.2001 nous demeurons toujours dans ce même cadre général, fixé par l'arrêt Perruche.

Il en est de même avec l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18.9.2001 ; sa formulation se rapproche de celle de ces trois derniers arrêts du 13.7.2001 à l'exception de la réunion des conditions médicales de l'interruption thérapeutique de grossesse, motivée des éléments de l'espèce : « l'enfant né handicapé peut également demander réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec la faute commise par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui a empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique, que les conditions médicales présentes pour la mise en œuvre de cette mesure étaient réunies. ».

Même si l'objet des pourvois concentre le litige dans le cadre de la responsabilité délictuelle du contractant fautif, il résulte de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui vise l'article 1165 c civ. que les conditions ouvrant à l'enfant la porte de l'action en justice sont réunies ; l'arrêt est rendu dans le cadre précité de la responsabilité du contractant à l'égard des tiers ; l'enfant peut agir en justice et demander la réparation de son préjudice même si la mère n'a pas préalablement exprimé son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique ; mais il va plus loin soit jusqu'à la concrétisation de la demande de l'enfant qui reçoit une provision à valoir sur son préjudice.

- Une observation s'impose sur la relation entre la patiente, l'établissement de soins, et le praticien salarié à laquelle nous conduit l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18.9.2001 (réf 121).

Il y est précisé qu'il existe un contrat de soins entre l'établissement et la patiente ; par conséquent toute faute du médecin salarié a pour effet de mettre en jeu la responsabilité de la clinique à raison d'un manquement à une obligation dont cette dernière était débitrice en vertu de son contrat de soins. La Cour d'appel juge en conséquence, que « l'inexécution de l'obligation d'information qui pesait sur le Dr X... apparaît donc établie et constitue une faute dans l'exécution du contrat formé entre la fondation B... dont elle était salariée et Mme Z...N...lors que cette faute a empêché les époux Z...d'exercer leur choix d'interrompre la

grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ils peuvent demander réparation du préjudice subi ».

Nous retrouvons, ainsi, la jurisprudence au terme de laquelle l'établissement est partie au contrat médical et engage sa responsabilité contractuelle en cas de mauvaise exécution : (Dictionnaire permanent Contrat médical N° 14 ; Civ. 1^{ère} 4.6.1991 : « le contrat de soins avait été conclu entre (le patient) et la fondation dont (le médecin) était médecin salarié » ; Civ. 1^{ère} 26.5.1999 : consacrant l'existence d'un contrat « d'hospitalisation et de soins » liant l'établissement et le patient, en vertu duquel l'établissement répond des fautes commises par « ses substitués ou ses préposés » qui ont causé un dommage au patient ; Civ. 1^{ère} 9.11.2004 qui va plus loin encore en décidant que le médecin salarié qui agit dans le cadre de la mission qui lui est impartie n'engage pas sa responsabilité personnelle à l'égard de ses patients réf 126).

- Enfin, puisque nous évoquons le contrat qui unit le médecin, l'établissement, à la patiente nous avons à préciser les apports de cette jurisprudence quant à l'obligation d'information évoquée dans deux affaires (réf 27 et 121).

Elle est évoquée dans l'arrêt de l'Assemblée plénière du 28.11.2001 pour la constitution de la faute. Outre le défaut d'information sur les résultats, les examens échographiques révélaient une discordance, le tout était alarmant et justifiait une consultation spécialisée en génétique et en échographie; il s'agissait d'une obligation d'information de la patiente, sur les résultats de l'analyse prescrite par le praticien : dosage de bêta HCG, par le médecin prescripteur ; nous la retrouvons dans le droit médical général ; elle ne présente pas de spécificité sauf dans la finalité, avec les autres éléments qui la corroborent: ce n'est pas pour un consentement éclairé du patient pour lui-même à une thérapeutique, à des investigations mais pour une information plus générale du praticien à la suite de l'ensemble des résultats, analyses, échographies et consultation spécialisée, pour exercer le choix d'interrompre ou non la grossesse, finalité déjà présente dans les précédentes affaires.

L'obligation d'information qui pesait sur le gynécologue est également évoquée dans l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18.9.2001 (réf 121). Les échographies ont révélé une absence de liquide amniotique ; le praticien n'a pas donné aux époux une information complète, il n'a jamais fait mention des possibilités de malformations ou malpositions des membres et des complications broncho-pulmonaires sévères pouvant entraîner secondairement une souffrance cérébrale par défaut d'oxygénation après la naissance. Le risque, précise la décision, était élevé. Cette absence de liquide a été constatée à plusieurs reprises. Les compétences du médecin étaient reconnues et elles ne pouvaient lui faire ignorer les conséquences. Le praticien ne s'est pas entouré d'avis techniques susceptibles de l'aider dans ce cas difficile. Le devoir d'information est la norme atteinte à la suite de la négligence, du manque de diligence du praticien. A l'époque des faits (1991) l'information sur les risques majeurs, connus et prévisibles était retenue ; les risques exceptionnels pouvaient être tus. Les risques graves devaient être indiqués. Nous retrouvons cette jurisprudence générale dans la motivation de l'arrêt : avec la notion de risque élevé relevée dans la décision, la précision qu'elle ne pouvait ignorer les conséquences avec ses compétences médicales reconnues. Des spécificités se dégagent de l'ensemble de la jurisprudence étudiée : le devoir d'information a comme destinataire : les époux ; il porte sur la forte probabilité d'affections graves sur l'enfant à naître ; il a pour finalité la décision sur l'interruption de grossesse par un choix éclairé et motivé ; ces spécificités de l'obligation d'information avaient déjà été relevées dans la jurisprudence antérieurement étudiée, elles étaient confirmées.

2) - Les éléments constitutifs de la mauvaise exécution du contrat.

Il y a par conséquent des conditions préalables à l'action en justice de l'enfant. Il en est ainsi de la mauvaise exécution du contrat.

La mauvaise exécution du contrat comporte deux éléments constitutifs : la faute (a) et le dommage (b).

Nous avons une illustration de l'enchaînement entre la faute et le dommage dans l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18.9.2001 réf 121 : « or les époux en l'absence de toute information sur ces risques (risques encourus par l'enfant en raison de l'oligoamnios sévère) ne pouvaient bien évidemment pas se prononcer sur une interruption de grossesse par un choix clair et motivé. ».

Le dommage, c'est le dommage de la mère.

a) – la faute

Nous profitons de ce développement pour, préalablement nous attarder quelques instants sur la faute ; ainsi nous continuons l'exposé des fautes dans le cadre des analyses et de l'imagerie fait dans le cadre de l'étude des informations livrées par la jurisprudence antérieure à l'arrêt Perruche.

a /1 – la faute et les analyses (réf 27)

Elle est relative à la communication des résultats du dosage de bêta HCG à la mère, résultats alarmants corroborés par des examens échographiques justifiant une consultation spécialisée en génétique et en échographie ; elle fait perdre à la mère la possibilité de recourir à une amniocentèse, et à une interruption de grossesse.

Elle est un défaut de communication des résultats des analyses ; nous l'avons déjà relevée lors de l'étude de la jurisprudence antérieure à l'arrêt Perruche (réf 62).

a /2) – la faute et l'imagerie

Elle est révélée avec l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18.9.2001 (121): le médecin ne s'est pas entouré d'avis techniques susceptibles de l'aider dans ce cas difficile d'absence d'oligoamnios révélé par les échographies, de vérification de la non- reconstitution du liquide amniotique ; une discussion entre les différents spécialistes de diagnostic prénatal, obstétriciens, échographistes, et pédiatres s'avérait indispensable. Elle n'a pas tenu informé les parents des risques encourus par l'enfant en raison de cet oligoamnios sévère.

b) le dommage

b /1) – La dénomination du dommage.

- Il est l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse. C'est ainsi que l'arrêt Perruche le dénommait ; nous étions alors dans le cas où la mère avait préalablement exprimé sa volonté d'interrompre sa grossesse.

Il est identiquement nommé dans les deux arrêts de l'Assemblée plénière correspondant à deux cas où la mère n'avait pas préalablement exprimé cette volonté (pourvois 97- 17359 et 97-19282). La femme n'ayant pas été mise en mesure d'exprimer un choix a été empêchée d'exercer son choix. Ce qui importe c'est qu'elle ait été mise en situation de choisir car on ne

peut faire abstraction qu'elle aurait pu faire choix d'interrompre sa grossesse ce d'autant que les conditions en étaient réunies.

Il est repris dans le troisième arrêt de l'Assemblée plénière (pourvoi 98- 19190) correspondant au cas de la mère qui avait marqué ainsi que son époux leur volonté en cas d'anomalie de recourir à un avortement thérapeutique. Il reçoit la même dénomination par la Cour d'appel de Bordeaux : empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique ; les circonstances sont identiques : les époux avaient fait part de leur souhait de voir cette grossesse interrompue ; mais la motivation des juges nous apporte des précisions : il est un empêchement d'exercer son choix au sens où les époux n'ont pas pu faire un choix éclairé et motivé en raison de l'absence d'information du praticien sur les risques de l'absence de liquide amniotique ; ne pas pouvoir faire un choix éclairé et motivé, c'est un empêchement de choix.

Par conséquent, que la mère ait ou non préalablement exprimé sa volonté d'interrompre sa grossesse, le dommage dans les arrêts du 13.7.2001 est identiquement : l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse. Et les juges du fond en font application (CA Bordeaux 18.9.2001 réf 121). Aucun caractère aléatoire n'est imprimé dans cette définition même si le recours à l'interruption de grossesse n'était qu'éventuel. Les conséquences attachées à la perte de chance ne joueront pas.

- Il reçoit une dénomination différente avec l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11.2001 : il est la perte de la possibilité de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse ; nous sommes dans le cas où la mère n'a pas pu préalablement exprimé son choix en raison de l'absence d'information notamment sur les résultats des analyses ; sa détermination s'affine, elle souligne l'étape décisionnelle de la femme ; elle rencontre aussi la loi qui fait de l'interruption de grossesse une possibilité accordée par le législateur à la femme ; enfin elle souligne le caractère du dommage : il n'est pas une perte de chance.

b /2) – Le dommage et l'interruption volontaire de grossesse.

- Il est lié à l'interruption volontaire de grossesse (arrêts de l'Assemblée plénière du 17.11.2000, 13.7.2001, 28.11.2001, arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18.9.2001).

- L'Assemblée plénière, dans ses quatre arrêts du 13.7.2001 et 28.11.2001, perdure par la dénomination du dommage dans sa conception que l'interruption de grossesse est une décision qui est réservée à la femme en dépit des moyens des parties à l'appui de leurs pourvois dans les trois arrêts du 13.7.2001. Nous avons noté par contre l'erreur de la Cour d'appel de Bordeaux (réf 121) qui faisait référence au choix des époux.

- Le juge est le garant de l'application de la loi sur l'interruption de grossesse, de l'information que le praticien doit délivrer pour offrir à la mère la possibilité d'interrompre sa grossesse, pour exercer son choix préalablement exprimé. A. Sériaux considère (réf 102 103) « ... *la conception que les juges se font de la liberté de recourir à une interruption de grossesse. Depuis 1975, la loi voit comme une irresponsabilité juridique, pénale et sans doute civile de la femme qui a décidé de mettre fin à sa maternité. La cour de cassation l'entend désormais en plus du droit d'obliger tous ceux qui, même par simple négligence, n'ont pas donné à la femme l'occasion d'avorter en toute légalité, à assumer sur leur propre patrimoine une part plus ou moins grande des effets néfastes du handicap* ».

b /3) – Le dommage et ses éléments constitutifs

- Le dommage de la mère implique pour son existence la réunion d'éléments constitutifs. Si nous pouvons considérer qu'ils étaient sous entendus dans l'arrêt Perruche, les trois arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 13.7.2001 (réf 24) vont précisément les déterminer : ce sont les conditions médicales de l'interruption thérapeutique de grossesse telles que prescrites par l'article L 2213-1 CSP. Le pourvoi 97.17359 qui donne lieu au premier arrêt du 13.7.2001 (réf 24) nous apporte une précision complémentaire : il s'agit de l'autorisation d'interruption thérapeutique de grossesse. Pour qu'il y ait empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, il faut qu'il y ait choix d'interrompre la grossesse et pour qu'il y ait ce choix il faut la réunion des conditions médicales de l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique : la forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité dont le caractère a été reconnu comme incurable au moment du diagnostic ; l'attestation médicale : les médecins ont uniquement à attester l'existence des conditions légales qui devrait être appréciée objectivement et ils ne sont pas investis du pouvoir de délivrer une autorisation qui leur permettrait une appréciation plus subjective encore(réf 100). Lorsque le délai de 10 semaines prévu à l'ancien article L 2212-1 CSP pour pratiquer un avortement motivé par l'état de détresse de la mère est écoulé au moment où la faute est commise (délai porté à 12 semaines par la loi du 4.7.2001) et que la mère ne peut plus que solliciter un avortement pour motif thérapeutique encore faut-il que les exigences de l'article L 2213-1CSP soient remplies.

C'est un raisonnement logique, il va de soi, pourrait-on dire ; si bien que ces trois arrêts pourraient seulement être considérés comme apportant des précisions au regard de l'arrêt Perruche. Ils ont été, néanmoins, entendus comme un frein de la jurisprudence : ainsi le titre d'un commentaire paru dans la revue Dalloz 2001 N° 29 p 2325 « Préjudice de l'enfant né handicapé : l'Assemblée plénière consacre sa jurisprudence Perruche mais subordonne l'indemnisation à de strictes conditions ».

- La Cour d'appel de Bordeaux le 18.9.2001 en fait une application illustrée des faits de l'espèce, étayée des éléments du rapport d'expertise : « il n'est pas contesté que les séquelles dont reste atteinte la petite fille sont comme l'ont retenu les experts en relation avec une pathologie liée à l'oligoamnios sévère pour laquelle une interruption de grossesse pouvait être justifiée...G...experts, ...de grande notoriété ont retenu en cas d'oligoamnios sévère et persistant un pourcentage élevé de malformations des membres et de bronchodysplasie fréquente et grave par ses éventuelles conséquences cardiaques et respiratoires. La forte probabilité d'une affection d'une particulière gravité existait bien dans le cas de l'enfant à naître de Madame Z... ».

- Nous retrouvons au détour de l'arrêt du 28.11.2001 le rappel de la nécessité de la réunion de ces éléments constitutifs au cas de l'interruption thérapeutique même si le choix n'a pas été préalablement exprimé ; la preuve en est apportée par l'Assemblée plénière : « qu'en l'état de ces constatations, et dès lors qu'il n'avait pas été contesté par M. Y...que les conditions médicales d'une interruption de grossesse pour motif thérapeutique auraient été réunies, la cour d'appel a pu retenir que la faute ainsi commise, qui avait fait perdre à Mme X la possibilité de recourir à une amniocentèse et à une telle interruption de grossesse, était en relation directe avec le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap ». Le dommage, perte de la possibilité de recourir à une interruption de grossesse pour motif thérapeutique exige la réunion des conditions médicales de ce type d'avortement.

- La preuve de ces éléments constitutifs est puisée dans les constatations de l'arrêt d'appel : (réf 24, arrêt 13.7.2001 pourvoi 97- 17359 « que, dans le cas d'une interruption pour motif thérapeutique, il doit être établi que les conditions médicales prescrites par l'article L2213-1

du code de la santé publique étaient réunies ; qu'ayant constaté qu'il n'en était pas ainsi, la cour d'appel a ,par ce seul motif , légalement justifié sa décision ; » ;
réf 24, arrêt 13.7.2001 pourvoi N° 97 -19282 « que, dans le cas d'une interruption pour motif thérapeutique, il doit être établi que les conditions médicales prescrites par l'article L2213-1 du code de la santé publique étaient réunies ; qu'ayant constaté qu'il n'en était pas ainsi, la cour d'appel a ,par ce seul motif , légalement justifié sa décision ; »,

ou déduite de ces constatations :

(réf 24, arrêt 13.7.2001 pourvoi N° 98- 19190 « que, dans le cas d'une interruption pour motif thérapeutique, il doit être établi que les conditions médicales prescrites par l'article L2213-1 du code de la santé publique étaient réunies ; qu'il résulte des constatations de la cour d'appel qu'il n'en avait pas été ainsi ; que dès lors, abstraction faite de tous autres motifs l'arrêt est légalement justifié ») ;

Elle sera puisée dans le rapport d'expertise (réf 121).

Elle sera alléguée comme nous pouvons le constater dans l'arrêt de l'Assemblée plénière du 28.11.2001 ; elle résulte de l'absence de contestation par le médecin de la réunion des conditions de l'interruption de grossesse.

3) – Le préjudice

L'enfant qui subit « un préjudice » du fait de la mauvaise exécution du contrat, a une action en responsabilité délictuelle contre le contractant fautif ; nous reviendrons dans le paragraphe suivant sur le préjudice de l'enfant. Il est le préjudice résultant de son handicap.

§ 3 - La responsabilité délictuelle

L'enfant handicapé a une action en responsabilité délictuelle à l'encontre du contractant fautif : le médecin.

Il peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap.

C'est ce que confirment les trois arrêts de l'Assemblée plénière du 13.7.2001 (réf 24) et l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18.9.2001 (réf 121).

Mais il nous faut rappeler que ce n'est pas pour autant qu'il partage la décision de sa mère d'interrompre sa grossesse qui est un fait social à son égard.

Des trois arrêts de l'Assemblée plénière nous pouvons encore puiser des informations sur les conditions de la responsabilité délictuelle. L'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux (réf 121) apparaît comme une application par l'interprétation de la jurisprudence de l'Assemblée plénière, au cas de l'interruption thérapeutique de grossesse dont le souhait a été préalablement exprimé.

L'arrêt de l'Assemblée plénière du 28.11.2001 non seulement confirme que l'enfant peut agir en justice sur le fondement de la responsabilité délictuelle, dans le cas où la mère n'aurait pas préalablement exprimé son choix d'interrompre sa grossesse, mais il concrétise cette demande qui nous apparaît sous l'angle de la faute, du lien de causalité, du dommage avec ses éléments constitutifs, du préjudice indemnisable, du caractère de ce dernier, de la réparation intégrale.

1) - Le dommage de la mère, fait objectif, fonde la demande en justice de l'enfant

- Empêchée d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, l'enfant est né atteint d'un handicap, il peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap.

Pour J. Sainte Rose dans l'affaire F.../ A... (réf 58), l'action est un substitut à un avortement qui n'a pas eu lieu.

Pour un autre auteur l'indemnisation de l'enfant marque la dénégation de sa vie.

A. Sériaux (réf 102 103) relève ce qui, à son avis, la sous tend : « *en admettant implicitement mais nécessairement qu'une injustice puisse résulter d'une vie malheureuse que seule la mort peut empêcher la cour de cassation aura contribué de manière décisive à introniser davantage chez nous l'idée profondément perverse, ... que mieux vaut ne pas vivre que vivre privé des joies de l'existence ».*

Le dommage peut véhiculer ces affirmations, mais il nous semble que sa différenciation ainsi rétablie d'avec le préjudice, soulignant son caractère objectif, puisse nous faire considérer que s'il fonde la demande de l'enfant c'est en tant qu'il conduit à un constat d'une réalité : le handicap de l'enfant et à l'application de la règle jurisprudentielle.

Les arrêts postérieurs à l'arrêt Perruche (réf 24), l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18.9.2001 n'apportent pas de modification.

Le changement d'appellation par l'Assemblée plénière le 28.11.2001 correspondant au cas où la mère n'a pas préalablement exprimé son choix n'apporte aucune modification, si ce n'est que le dommage ne présente pas le caractère d'une perte de chance, que dès lors il n'emporte aucune des conséquences de celle-ci, l'enfant peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap.

Mais elle n'affirme pas : empêchée d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ou ayant perdu la possibilité de recourir à l'interrompre sa grossesse, l'enfant est né atteint d'un handicap ou aurait pu ne pas naître atteint d'un handicap ; nous le faisons pour mieux saisir et retenir ce fondement, l'enchaînement des propositions.

Elle applique la règle : un tiers qui subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution du contrat a une action en responsabilité délictuelle contre le contractant fautif.

Elle fait reposer la responsabilité de la demande en justice sur le législateur qui a offert à la femme la possibilité d'interrompre sa grossesse et sur la mère qui a exprimé ce choix ou aurait pu l'exprimer et qui introduit avec son époux la demande sur ce fondement (ou qui se trouvent contraints de l'affirmer pour pallier à la carence de la solidarité nationale).

C'est une action qui trouve son origine dans un avortement qui n'a pas eu lieu ou bien qui aurait pu avoir lieu.

Pour l'enfant, cette situation est une réalité qui s'impose à lui. Nous retrouvons la conception du dommage : fait objectivement perceptible. Ce sont les parents qui représentent l'enfant mineur dans le cadre de la procédure.

Dommage, fait objectif, il reste néanmoins, la relation entre les parents et l'enfant : un conflit d'intérêts de l'enfant, intérêt financier pour assumer la charge matérielle de son handicap et intérêt moral, (quel regard va-t-il porter sur ses parents qui refusaient son handicap ? que penser d'une procédure fondée sur un avortement éventuel donc sur un doute de l'acceptation du handicap ? comment se construire sur un refus du handicap par ses parents ? L'intérêt financier peut-il justifier d'arguer une interruption de grossesse ou une éventuelle interruption de grossesse ? Un jugement de valeur peut-il être porté sur le comportement procédural des parents qui ont à assumer la vie durant de l'enfant la charge matérielle de son handicap ?

Sur le dommage et la violation d'un droit déterminé auquel il renvoie (l'exercice de l'interruption de grossesse) on peut lire pour une interprétation, l'article de JL 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 17.11.2000 » réf 23. Il convient de préciser que procéder par une telle affirmation : violation d'un droit déterminé renvoie à s'interroger sur l'exercice de l'interruption volontaire de grossesse : liberté ? Droit ? Possibilité ?...

2) – La demande en justice de l'enfant

- La dénomination du dommage : empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ou perte de la possibilité de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse, qui évite le caractère aléatoire auquel pourrait renvoyer le stade de la décision des parents dans le cas où le recours à l'interruption de grossesse demeure éventuel, place les enfants atteints d'un handicap sur un pied d'égalité : ils peuvent demander la réparation de leur préjudice.

3) - L'intérêt à agir

Il existe et il demeure légitime. La mauvaise exécution du contrat est un fait. Nous retrouvons la conception initiale du dommage avant qu'elle ne soit confondue avec le préjudice (Daloz Action Droit de la responsabilité. Le préjudice). L'enfant ne partage pas pour autant la décision de ses parents. Sa demande, qui n'est pas sous tendue par la perte de chance, ne renvoie pas au préjudice de naissance, qui n'est pas juridiquement indemnisable (arrêt de l'Assemblée plénière du 28.11.2001).

4) - La faute délictuelle

a) - Faute délictuelle et faute contractuelle

Elle est selon la jurisprudence évoquée dans le cadre de l'affaire Perruche la faute contractuelle (Soc. 21.3.1972 JCP 1972 II 17236, Com. 16.1.1973 Bull Civ. IV N° 28 p 22 : tout fait susceptible de constituer un manquement à une obligation existant entre deux parties liées à un contrat peut être au regard des tiers étrangers au contrat une faute quasi délictuelle). Il en est de même avec l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11.2001.

b) – Typologie des fautes

La faute dans l'exécution du contrat était une défaillance dans la pratique et l'interprétation d'échographies (1^{er} et 2^{ème} arrêt du 13.7.2001 réf 24) et un défaut de soins dans l'étude morphologique, une sous estimation des précédents malformatifs (3^{ème} arrêt du 13.7.2001 réf 24), elles n'avaient pas permis de déceler les anomalies, de délivrer l'information, empêchant la mère d'exercer son choix (exprimé dans la dernière affaire ou non exprimé dans les deux premières affaires commentées) d'interrompre sa grossesse.

Elle est constituée, dans l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18.9.2001, par le fait pour le médecin de ne pas s'être entourée d'avis techniques, de n'avoir pas tenu informé les parents des risques encourus par l'enfant.

Dans l'arrêt de l'Assemblée plénière du 28.11.2001 elle est, aux termes mêmes de cette décision, la suivante : « Mais attendu que l'arrêt relève que le médecin n'avait pas communiqué à la patiente les résultats d'un dosage de bêta HCG qu'il lui avait proposé à seize semaines d'aménorrhée, alors que ces résultats corroborés par des examens échographiques révélant la discordance entre un diamètre bipariétal important et un fémur trop court étaient alarmants et justifiaient une consultation spécialisée en génétique et en échographie ; ».

La faute implique ce dommage.

5) - Le préjudice

- Il nous a semblé, bien que l'Assemblée plénière ne statue pas sur le préjudice dans le cadre de ses trois arrêts du 13.7.2001, que nous pouvions en déduire, néanmoins, qu'il était identique que la mère ait ou non exprimé préalablement sa volonté d'interrompre sa grossesse (deux premiers arrêts du 13.7.2001 réf 24). Le visa de la règle de droit par l'Assemblée plénière autorisait cette conséquence.

L'arrêt du 28.11.2001 confirme cette position : «la cour d'appel a pu retenir que la faute ainsi commise, qui avait fait perdre à Mme X la possibilité de recourir à une amniocentèse et à une telle interruption de grossesse, était en relation directe avec le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap ; »

- L'arrêt Perruche est confirmé par le 3^{ème} arrêt de l'Assemblée plénière du 13.7.2001 (réf 24). L'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux rendu dans un cas identique à l'affaire Perruche, en ce sens que la mère avait préalablement son souhait, retient un même préjudice indemnisable : le préjudice de l'enfant résultant de son handicap pour lequel il est alloué à titre provisionnelle 220 000 frs.

- L'égalité entre les enfants est assurée.

- Il est un préjudice indemnisable. Il n'est pas le préjudice de naissance.

- Le préjudice indemnisable tel que déterminé trouve son fondement dans le dommage de la mère. Empêchée d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ou ayant perdu la possibilité de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse, que la volonté de la mère ait été ou non préalablement exprimée, l'enfant est né atteint d'un handicap, il peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap.

A Sériaux (réf 102) écrit « *l'enfant ne peut alléguer un préjudice propre imputable aux médecins que s'il transite par l'impossibilité maternelle d'avorter. Son préjudice, c'est l'obligation de vivre handicapé alors que « grâce à » l'interruption de grossesse il aurait pu en aller autrement. Il serait mort sans doute...mais n'aurait pas mené cette vie de souffrances et de besoins.* »

- Si le préjudice indemnisable de l'enfant dans le cas où la mère n'aurait pas préalablement exprimé son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique est le préjudice résultant de son handicap, ce préjudice ne présente pas le caractère d'une perte de chance ; il est certain. C'est l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11.2001 : « mais attendu qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que le préjudice de l'enfant n'est pas constitué par une perte de chance mais par son handicap... ».

6) - Le lien de causalité

Le préjudice est en relation de causalité directe avec la faute. Les 4 arrêts de l'Assemblée plénière sont unanimes à l'exprimer (Arrêt dit Perruche et les trois arrêts du 13.7.2001 réf 24). La Cour d'appel de Bordeaux l'exprime ainsi : « l'enfant né handicapé peut également demander réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de

causalité directe avec la faute commise par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère... ».

L'arrêt du 28.11.2001 apporte toute son autorité à consacrer que la faute avec une telle incidence (au regard de l'interruption de grossesse) est en relation directe avec le préjudice de l'enfant qui s'induit du dommage : « qu'en l'état de ces constatations, et dès lors qu'il n'avait pas été contesté par M. Y...que les conditions médicales d'une interruption de grossesse pour motif thérapeutique auraient été réunies, la cour d'appel a pu retenir que la faute ainsi commise, qui avait fait perdre à Mme X la possibilité de recourir à une amniocentèse et à une telle interruption de grossesse, était en relation directe avec le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap ; ».

Il est intéressant de noter que le rétablissement de la distinction par l'Assemblée plénière du dommage et du préjudice, le préjudice apparaissant comme la suite du dommage, résout le problème de la causalité, le préjudice se trouve relié à la faute.

7) – La réparation intégrale

Le principe de la réparation intégrale du préjudice est consacré par l'arrêt du 28.11.2001.

§ 4 - Le rôle du dommage

- L'Assemblée plénière rétablit la distinction entre le dommage et le préjudice, le dommage étant toute atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne, d'une activité, d'une situation, objectivement perceptible existant indépendamment de l'idée que peut s'en faire la personne qui en est victime (Daloz Action Droit de la responsabilité p174 et s).

Une fois rétablie cette distinction, elle détermine le dommage de la mère, utilisant les éléments de la procédure : l'arrêt de la Cour d'appel, le pourvoi (ainsi réf 24).

Cette détermination n'est pas sans incidence compte tenu du rôle important qu'il joue.

- Il est impliqué dans le cadre de l'ouverture de l'action en justice ; il participe de la mauvaise exécution du contrat (faute et dommage) ; il fonde la demande en justice de l'enfant ; mais son rôle s'étend aussi dans le cadre du lien de causalité entre la faute et le préjudice : dans la mesure où le préjudice s'induit du dommage causé par la faute ; enfin il est impliqué dans le préjudice comme nous le constaterons dans le paragraphe suivant ; du dommage s'induit le préjudice indemnisable.

-Mais qu'il soit appelé : empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ou perte de la possibilité de recourir à une interruption de grossesse, selon que la mère ait exprimé préalablement son intention d'interrompre sa grossesse ou non, il n'est rien changé à la possibilité ainsi conférée aux enfants atteints de handicap de demander la réparation de leur préjudice; l'action leur est également ouverte et le préjudice indemnisable est identique : le préjudice résultant de leur handicap ; les conséquences et les implications de la perte de chance ne jouent pas ; l'Assemblée plénière le 28.11.2001 dans son arrêt insistera sur la constitution de celui-ci : il est le handicap et non la perte de chance. Et sa réparation doit être intégrale.

§ 5 - La méthodologie de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation

1) - Le visa des articles 1165 et 1382 c civ.

Dans l'arrêt Perruche elle a qualifié les faits, opérant une substitution de visa (Questionnements sur l'élaboration de la jurisprudence de la Cour de cassation Olivia Sabard LPA N° 19 p12).

Dans l'arrêt du 28.11.2001 c'est dans le cadre du pourvoi principal qu'elle ajoute à l'article 1382 c civ. sur lequel repose ce pourvoi, le visa de l'article 1165 c civ. en tête de l'arrêt ; elle confirme par là même l'application de la jurisprudence Perruche au cas de la mère qui n'a pas préalablement exprimé son choix.

2) – Le recours à la jurisprudence Perruche

L'Assemblée plénière, quant aux trois arrêts du 13.7.2001 (réf 24) cadre le litige dans la jurisprudence Perruche qui renvoie aux articles 1165 et 1382 c civ. Elle énonce dans un chapeau intérieur la règle de droit applicable. L'énoncé de la règle applicable au litige ne se trouve pas au début de l'arrêt, cet énoncé on le retrouve dans le dernier paragraphe de l'arrêt qui comporte alors deux sous paragraphes: le chapeau intérieur suivi du conclusif habituel « d'où il suit... » (réf 97).

Il convient de souligner que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation était saisie d'une violation de la loi par les juges du fond (article 1147 c civ.) : ils avaient refusé l'indemnisation alors que l'enfant avait été privé des choix dont ses parents devaient disposer pour lui, ou n'avait pas bénéficié du choix de ses parents, enfin les fautes étaient la cause de la naissance et du handicap. Elle devait vérifier la fausse interprétation du texte, la solution erronée. Elle devait contrôler si les juges du fond avaient bien appliqué la loi (réf 106).

Elle vérifie dans un second temps la bonne application de la règle qu'elle énonce en exerçant un contrôle de la motivation .

Le litige dont elle est saisie se trouve décalé de la responsabilité contractuelle et de ses conditions aux conditions préalables à l'action de l'enfant.

Le chapeau intérieur qui énonce la règle de droit n'est pas la réplique exacte de la jurisprudence Perruche car il est adapté aux moyens des pourvois : c'est la raison pour laquelle il commence par l'enfant né handicapé peut demander la réparation, on est ainsi dans le cadre du pourvoi qui concerne les conditions de la responsabilité, mais quand elle poursuit par : mais si, on est ramené aux conditions préalables à l'action en justice de l'enfant.

Dans l'arrêt Perruche il était indiqué « 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 »

Et présentement dans la première affaire ci-dessus étudiée « mais attendu que l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; que dans le cas d'une interruption pour motif thérapeutique, il doit être établi que les conditions médicales prescrites par l'article L 2213-1 CSP étaient réunies.. »

Si le litige se trouve déplacé vers les conditions préalables à l'action de l'enfant, néanmoins les parties ne sont pas lésées en ce qu'elles ont pu faire valoir leurs moyens de défense sur la réunion des conditions de l'interruption de grossesse ; tout d'abord quant au premier arrêt (réf 24) où il apparaissait nécessaire d'en apporter la preuve dans le cadre de la constitution de la perte de chance ; tel était le moyen du pourvoi : « en reconnaissant que les praticiens ont privé les parents de la possibilité d'envisager une ig thérapeutique, tout en rejetant l'action de l'enfant, car il n'est pas certain que l'ig eut été autorisée, sans rechercher si l'enfant, en raison de la faute des médecins, n'avait pas perdu la chance que cette décision fût obtenue, la cour d'appel a privé sa décision de base légale... ». Dans les deux derniers arrêts (réf 24) cette preuve était également à rapporter ; il leur fallait établir l'absence de bénéfice du choix des parents donc dans la constitution du dommage de l'enfant, un choix impliquant pour son existence la réunion des conditions de l'interruption de grossesse, puis le recours à l'avortement thérapeutique dans le cadre du lien de causalité entre les fautes et la naissance, le handicap de l'enfant.

- moyen du second arrêt : « que les fautes du médecin qui laissent croire aux parents que le développement de leur futur enfant est normal sont génératrices du dommage subi par cet enfant né handicapé au moins en ce qu'il n'a pas bénéficié du choix de ses parents quant à une éventuelle interruption de grossesse »
- moyen du dernier arrêt : en évoquant que les fautes du médecin sont la cause de la naissance et du handicap souffert par l'enfant, cela implique la preuve par les auteurs du pourvoi du recours à l'avortement et donc de la réunion de ses conditions rendant le recours admissible.

3) - Le contrôle de l'application du principe de la réparation intégrale permet à l'Assemblée plénière de se saisir de la constitution du préjudice résultant pour l'enfant de son handicap.

Nous rappelons que c'est par le biais du contrôle de l'application du principe de la réparation intégrale que l'Assemblée plénière a déterminé la constitution du préjudice de l'enfant qui n'est pas une perte de chance alors que l'existence et l'étendue du préjudice relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond (arrêt de l'Assemblée plénière du 28.11.2001). Cependant la Cour de cassation exerce parfois un contrôle dans ce domaine (ainsi elle a jugé dans une procédure de résolution de vente de fonds de commerce que la disparition du fonds constituait un préjudice, elle a ainsi cassé l'arrêt ayant retenu l'absence de preuve de celui-ci Com. 30 6 1998 N° 96-13842 JCP éd G 1999 II 10076 cité dans l'article 604 NCPC Jurisclasseur Procédure Civile N° 15 et 48).

4) - Le rôle de l'arrêt d'appel

- Les constatations de l'arrêt d'appel servent à asseoir la décision, il en est de même lorsque la Cour de cassation opère des déductions de ces constatations. N'est-ce pas dans ce dernier cas fermer une possibilité de faire juger que les conditions légales de l'interruption thérapeutique étaient réunies ? Mais les époux ès qualité ne devaient-ils pas apporter la preuve de leurs allégations et de ce qu'elles impliquaient ?

P. Waquet (LPA 25.1.2007 p 47 rapport de synthèse) s'exprime ainsi : la Cour de cassation prononce de plus en plus de cassation sans renvoi avec jugement du fond dans des conditions douteuses car la discussion du pourvoi ne porte pas sur les éléments de fait et les parties ne sont pas invitées à s'expliquer sur le sujet.

- En tout état de cause, la conservation de motifs de la décision attaquée est une technique habituelle employée par la Cour de cassation dans le cadre des arrêts de rejet

En conclusion sur la jurisprudence postérieure à l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17.11.2000

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans le contexte d'incertitude, d'incohérence, d'opposition de la jurisprudence, le 17.11.2000, a pris le parti d'apporter une réponse au cas de l'enfant atteint d'un handicap plutôt que de laisser au législateur le soin de légiférer.

En dépit des vives critiques dont elle a été le sujet, elle a confirmé sa position ; l'arrêt dit Perruche, confirmé, a été même étendu au cas où la mère n'avait pas préalablement exprimé son choix et développé en certaines de ses dispositions.

Cette jurisprudence s'appliquait aux faits commis avant son élaboration notamment ceux pour lesquels une décision de justice irrévocable n'était pas intervenue.

Dès lors, l'action en justice de l'enfant, reposant sur la mauvaise exécution du contrat qui lui a causé un préjudice, lui ouvrant les portes de la demande en justice sur le fondement de la responsabilité délictuelle, lui est propre. Elle est détachée de celle de ses parents.

La pleine autonomie de l'enfant handicapé est ainsi consacrée. Elle apparaît comme l'une des modalités de sa dignité.

Tiers au regard du contrat, il ne partage pas pour autant le choix de sa mère quant à l'interruption de grossesse qui demeure à son égard : un fait social, une réalité qui s'impose à lui. Son action, comme sa demande ne reposent pas sur l'interruption de grossesse véhiculant une appréciation de la décision de sa mère de mener sa grossesse à terme ou non, un droit de naître ou de ne pas naître, un droit de vivre ou de ne pas vivre, une appréciation des qualités de sa vie et qu'il partagerait. Mais sur une réalité qui s'impose à lui comme un fait social.

Pour certains auteurs, l'action est un substitut à un avortement qui n'a pas eu lieu (réf 58), elle marque la dénégation de la vie de l'enfant et elle contribue à introniser que mieux vaut ne pas vivre que vivre privé des joies de l'existence (réf 102 et 103).

Il subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution du contrat.

Son préjudice est déterminé avec soin par l'Assemblée plénière : il est le préjudice résultant de son handicap ; il n'est plus l'affection dont il est atteint qui posait des problèmes de causalité ; il n'est pas une perte de chance qui renvoyait au préjudice de naissance ; il est indemnisable.

L'égalité entre les victimes est assurée par une même détermination du préjudice que la mère ait ou non préalablement exprimé son choix d'interrompre sa grossesse.

L'autonomie de l'enfant lui est d'autant plus conférée qu'il est le bénéficiaire de l'indemnisation de son préjudice. Il est ainsi, protégé des aléas de la vie, de celle de ses parents.

Si le dommage de la mère lié à l'interruption de grossesse, construction jurisprudentielle judicieuse, joue un rôle important dans le cadre de l'action de l'enfant handicapé et dans son intérêt, il renvoie à la responsabilité du législateur qui a accordé à la femme cette possibilité et à celle de la mère, qu'elle ait exprimé préalablement ou non son choix, dès lors que la demande en justice tendant à la réparation du préjudice de l'enfant est diligentée ; le juge est le garant de l'application de la loi sur l'interruption volontaire grossesse et de l'exercice par la mère de son choix ou de la possibilité qu'il lui est accordée; il est rétabli dans sa distinction d'avec le préjudice et son caractère objectif est réaffirmé ; néanmoins en ce qu'il sous tend l'action et la demande de l'enfant il pose le problème de la construction de ce dernier au regard d'une telle affirmation ou même de son éventualité.

Le juge marque la sanction du comportement fautif du praticien qui doit en réparer les conséquences, celles afférentes à l'empêchement de la femme d'exercer son recours à l'interruption de grossesse ou à la perte de la possibilité d'exercer son choix, et au préjudice

résultant pour l'enfant de son handicap. La question de ce que comporte le dommage direct auquel s'applique la réparation est posée.

Il appelle sa vigilance pour l'avenir notamment dans le cadre de l'obligation d'information dont les spécificités préalablement dégagées se voient confirmées.

Il inquiète les compagnies d'assurance en ce qui concerne le coût représenté par la prise en charge du préjudice résultant du handicap de l'enfant, sa vie durant, pour tous les faits qui notamment n'ont pas donné lieu à une décision de justice irrévocable et pour ceux à venir.

Que penser de la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ? De son contenu ? De sa méthode ? De l'orientation qui a présidé à ses choix ? De sa qualité au regard du pouvoir législatif ?

Chapitre 2 – LA JURISPRUDENCE POSTERIEURE A L'ARRET DIT PERRUCHE ET L'ACTION DES PARENTS DE L'ENFANT HANDICAPE

L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17.10. 2000 ne concernait que l'action en justice de l'enfant tendant à la réparation du préjudice résultant de son handicap ; il contenait quelques indications sur la nature de la relation existant entre la femme et le praticien ainsi que sur le dommage de la mère ; les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 13.7.2001 le complétaient quant aux éléments participant de la consistance du dommage.

Néanmoins il demeurait une question : quelle suite allait être apportée à la demande en justice des parents de l'enfant handicapé tendant à la réparation du préjudice qu'ils subissaient ?

Les décisions préalablement rendues dans ce cadre divergeaient sur le fondement juridique (réf 61) sur l'indemnisation du préjudice matériel (réf 60 61), la seule constante résidait en ce qu'elles s'accordaient sur le fait que l'état de l'enfant était le fait de la nature.

La Cour d'appel de Bordeaux a rendu une première décision le 18.9.2001 (réf 121) (S I) ; mais c'est l'arrêt de l'Assemblée plénière du 28.11.2001 (réf 25) qui a répondu à cette question (S II). Il était suivi de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29.3.2002 (réf 20) que nous avons retenu en ce qu'il présente l'intérêt d'être consacré notamment aux différents postes de préjudice des parents ; il illustre concrètement l'application qui pouvait être faite de la décision de la juridiction suprême (S III).

Dès lors, il nous est apparu nécessaire de présenter dans une première partie l'étude de ces décisions (Sous-chapitre 1) et dans une seconde celle des informations qu'elles nous délivraient (Sous- chapitre 2).

Sous- chapitre 1 – Exposé de la jurisprudence postérieure à l'arrêt dit Perruche dans le cadre de l'action des parents de l'enfant handicapé

S I – L'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18.9.2001 (réf 121)

L'Assemblée plénière n'avait pas encore rendu d'arrêt concernant l'action en justice et la demande des parents. Quelle décision allait être prise par la Cour d'appel de Bordeaux ?

Nous ne reviendrons sur les faits et la procédure qui ont été exposés dans le chapitre 1 sous-partie III mais sur les points fondamentaux de l'arrêt.

La Cour d'appel de Bordeaux retient **la faute** du gynécologue : elle ne s'est pas entourée d'avis techniques, elle n'a pas informé les parents des risques encourus par l'enfant ; elle encadre ces fautes de circonstances particulières : la recherche de la compétence médicale du praticien : elle est reconnue et elle ne pouvait méconnaître les conséquences d'une insuffisance de liquide amniotique.

Il résulte de cet arrêt qu'il existe un **contrat de soins entre l'établissement et la patiente** ; toute faute du médecin salarié a pour effet de mettre en jeu la responsabilité de la clinique à raison d'un manquement à une obligation dont cette dernière était débitrice en vertu de son **contrat de soins**. Elle juge en conséquence, que « l'inexécution de l'obligation d'information qui pesait sur le Dr X... apparaît donc établie et constitue une faute dans l'exécution du contrat

formé entre la fondation B... dont elle était salariée et Mme Z...N... lors que cette faute a empêché les époux Z... d'exercer leur choix d'interrompre la grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ils peuvent demander réparation du préjudice subi ». Nous retrouvons la jurisprudence au terme de laquelle l'établissement est partie au contrat médical et engage sa responsabilité contractuelle en cas de mauvaise exécution

Le dommage il est l'empêchement des époux d'exercer leur choix d'interrompre la grossesse : « l'inexécution de l'obligation d'information qui pesait sur le Dr X apparaît donc établie et constitue une faute dans l'exécution du contrat formé avec la fondation Bagatelle dont elle était salariée et mme Z... N... lors que cette faute a empêché les époux d'exercer leur choix d'interrompre la grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ils peuvent demander la réparation du préjudice subi ».

Il est identique à l'arrêt Perruche pour un même cas où les parents avaient exprimé préalablement leur choix d'interrompre la grossesse sauf qu'il s'agissait non d'une interruption pour cause de détresse mais une interruption de grossesse pour motif thérapeutique.

Il contient dans sa dénomination une erreur en ce qu'il est l'empêchement de choix des époux alors que la décision relève de la seule femme.

Il correspond à un cas particulier : les époux n'ont pu se prononcer sur une interruption de grossesse par un choix éclairé et motivé, cette situation les fait rentrer dans le cadre de l'empêchement de choix ; ne pas pouvoir exprimer un choix qui soit un choix éclairé et motivé équivaut à un empêchement de choix.

Mais, il n'est pas spécifiquement précisé la nécessité de la réunion des conditions de l'interruption de grossesse pour sa constitution.

Le dommage joue un rôle important dans le cadre de l'action et de la demande en justice des époux : « l'inexécution de l'obligation d'information qui pesait sur le Dr X apparaît donc établie et constitue une faute dans l'exécution du contrat formé avec la fondation B... dont elle était salariée et Mme Z... N... lors que cette faute a empêché les époux d'exercer leur choix d'interrompre la grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ils peuvent demander la réparation du préjudice subi ».

Il faut pour agir en justice pouvoir invoquer l'atteinte portée à un droit subjectif.

Le fondement de l'action en justice n'est pas à proprement dire, un droit subjectif, un droit même ; on n'est plus dans l'atteinte portée à un droit mais dans une zone plus indéfinie : celle des « libertés ? » en tout cas de la possibilité accordée à la femme d'interrompre sa grossesse ; il est la possibilité accordée par le législateur à la femme d'interrompre sa grossesse.

L'action en justice sanctionne l'atteinte qui y est ainsi portée.

Les époux peuvent agir en justice.

Il y a un intérêt lésé.

Les conditions de l'ouverture de l'action en justice sont réunies.

Les parents peuvent demandeur la réparation de leur préjudice dont la Cour d'appel énumère les postes : le préjudice moral des époux et le préjudice corporel de Mme Z... pour lesquels il est accordé une provision. Le préjudice n'est pas une perte de chance.

La Cour d'appel de Bordeaux, après l'arrêt Perruche, étend le bénéfice de l'action en justice au cas des parents de l'enfant atteint d'un handicap lesquels peuvent demander la réparation du préjudice, préjudice moral et préjudice corporel (de la mère pour ce dernier).

Mais cette décision était encore imprécise notamment quant au préjudice indemnisable.

S II – L’arrêt de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11.2001 (pourvoi N° 00-11.197 réf 25

L’arrêt du 28.11.2001 apportait-il des modifications substantielles à la responsabilité contractuelle du praticien envers la femme ?

Etait-il le fruit d’une jurisprudence cohérente, évolutive au regard des décisions antérieures et des arrêts de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation ?

Etait-il cohérent avec les décisions de l’Assemblée plénière propres au cas de l’action de l’enfant handicapé ?

§ 1 – Les faits

Mme Y... est médecin gynécologue.

Mme X... avait signalé à Mme Y... à l’occasion de sa seconde grossesse que son 1^{er} enfant, victime d’une toxémie gravidique, était atteint de problèmes psychomoteurs, qu’elle avait été accouchée par césarienne et que l’une de ses belles-sœurs était trisomique, ce qui avait conduit le médecin à prescrire un examen de dépistage du risque accru de trisomie 21 que l’intervention d’une fausse couche n’avait pas permis d’exécuter.

Mme Y... était chargée de la surveillance de sa 3^{ème} grossesse ; elle ne propose pas un test permettant de dépister la trisomie 21, elle ne fait pas pratiquer l’amniocentèse demandée par la patiente.

A la date des faits nous sommes dans le cadre du diagnostic prénatal orienté tel que réglementé depuis la loi du 29.7.1994 (réf 104 à 104 ter pour les tests, 106 pour la proposition, 106 bis à quater sur les inégalités dans l’accès au diagnostic prénatal, réf 104 et 105).

L’enfant naît le 25.4.1997, il est atteint de la trisomie 21.

§ 1 – La procédure

- Les époux assignent devant le Tribunal de grande instance de Clermont- Ferrand le Dr Y..., ils lui reprochent l’absence de prescription de l’amniocentèse que Mme X... lui demandait, ils sollicitent l’indemnisation de leurs préjudices matériel (résultant des soins particuliers que requiert leur enfant trisomique) et moral.

Le jugement est rendu le 3.2.1999 :

- le praticien a commis une faute en manquant à son devoir d’information,
- il est condamné à verser à chacun d’eux une somme de 500 000 frs pour indemniser un préjudice constitué par l’impossibilité de prendre une décision éclairée de mettre ou non un terme à la grossesse,
- les époux sont déboutés de leur demande d’indemnisation de leur préjudice matériel.

- La Cour d’Appel de Riom le 16.12.1999 déboute les époux de leur demande tendant à la réparation de leur préjudice matériel et condamne le Dr Y... à payer à chacun d’eux une somme en réparation de leur préjudice moral (réf 108)

- Les époux et le médecin se pourvoient en cassation.

1) - Le pourvoi incident du praticien

Il est examiné en premier par l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation.

Il repose sur les dispositions de l'article 1147 c civ. situé dans la section IV – Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation – au terme duquel « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation... toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. ». Le moyen unique, la privation de base légale (elle implique que l'une des conditions d'application du texte de fond n'a pas été suffisamment caractérisée), est divisé en deux branches dont l'une concerne la faute (a) et l'autre le lien de causalité entre la faute et le préjudice (b).

a) - la faute

Nous sommes en 1996/1997.

Le dépistage de la trisomie 21 n'est pas obligatoire, mais le praticien a l'obligation de le proposer dans certains cas; le praticien est tenu de conseiller un test ou une amniocentèse lorsqu'il existe des risques que le fœtus soit atteint d'aberration chromosomique (réf 106).

La faute relevée par la Cour d'appel est-elle suffisamment caractérisée ?

Pour le praticien elle n'est pas suffisamment caractérisée au regard de la notion de patiente à risques (qui pénètre dans le champ du pourvoi en cassation) appréciée au regard des seules grossesses antérieures qui n'en faisaient pas une patiente à risques. En n'expliquant pas en quoi, les difficultés survenues lors des deux précédentes grossesses qui n'avaient aucun lien avec une aberration chromosomique, étaient de nature à permettre de considérer que Mme X... était une patiente à risques la Cour n'a pas suffisamment caractérisée la faute

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation ne peut reprendre les éléments de fait du dossier (réf 107) ; elle exerce un contrôle de la motivation; elle justifie la caractérisation de la faute en relevant les motifs de l'arrêt d'appel; « mais attendu que les juges après avoir relevé que Mme X... avait signalé à Mme Y... à l'occasion de sa précédente grossesse que son premier enfant, victime d'une toxémie gravidique avait été accouché par césarienne et était atteint de problèmes psychomoteurs, et que l'une de ses belles-sœurs était trisomique, ce qui avait conduit le médecin à prescrire un examen de dépistage du risque accru de trisomie 21... énoncent qu'en omettant de prescrire à nouveau ce test ou de faire pratiquer l'amniocentèse que demandait « cette patiente à risques », Mme Y... l'a privée d'une information qui lui aurait permis, soit de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse, soit de se préparer avec son mari à l'accueil d'un second enfant handicapé ; attendu qu'en l'état de ces motifs, la cour d'appel, ... a pu retenir ... la négligence du médecin ... ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ; ».

En relevant les signalements antérieurs faits par la patiente qu'elle reprend en puisant dans l'arrêt de la Cour d'appel (grossesses antérieures, cas de sa belle-sœur), la prescription d'un examen de dépistage, dans un cadre de demande de la patiente, il y a bien négligence du praticien qui l'a conduite à omettre de prescrire à nouveau ce test.

La faute en l'espèce n'est pas le défaut de proposition de ce dépistage.

Avec l'emploi du verbe « omettre » de prescrire on n'est pas dans la liberté thérapeutique du médecin consacrée par la jurisprudence ; le médecin est seul juge de l'indication d'un acte de diagnostic ou de soins (Cass. Crim. 24.10.1973 JCP éd G 1973 IV N°395) ; il décide librement du choix du traitement ou de la méthode d'intervention ; il est libre de la prescription médicamenteuse. Le choix devient fautif s'il résulte d'une mauvaise évaluation des risques encourus (CA Paris 1^{ère} chambre B 10.3.1983 D1984 IR p 457 choix du mode d'accouchement).

Elle est l'omission de prescrire ce test ou de faire pratiquer l'amniocentèse que demandait cette patiente à risques. Omettre : c'est oublier ou négliger de faire... La patiente demandait cet examen de dépistage, le dépistage était déjà au cœur même de la relation médicale entre le médecin et Mme X..., elle en était d'accord puisqu'elle en faisait la demande. C'est pourquoi on passe directement à l'omission de prescription.

L'obligation essentielle du médecin est de donner des soins qui doivent être consciencieux, attentifs, et conformes aux données acquises de la science au terme de la jurisprudence et du code de déontologie médicale (- la jurisprudence Mercier Civ. 20.5.1936 - art 34 CDM décret 28.6.1979 soins consciencieux et dévoués- soins attentifs et diligents aff Perruche réf 15 application de l'obligation de soins à l'occasion du diagnostic prénatal- article 32 CDM décret 6.9.1995 soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science).

Le juge confirme sa jurisprudence sur l'obligation de soins étendue à la prescription de l'acte de dépistage prénatal.

b) - le lien de causalité entre la faute et le préjudice

- Aux termes du pourvoi, les juges du fond n'ont pas caractérisé l'existence du lien de causalité entre l'omission de faire pratiquer les examens et la perte de chance. La Cour d'appel aurait du rechercher si les époux n'avaient pas renoncé par avance à faire pratiquer une interruption de grossesse quand bien même l'enfant aurait été atteint de la trisomie 21 ; dans cette dernière hypothèse le préjudice ne serait ni un empêchement d'interruption de grossesse ni une perte de chance.

- La question du rapport de cause à effet est de nature à être soumise à la censure de la haute juridiction étant une notion de droit (thèse réf 111).

- L'Assemblée plénière opère un contrôle de la motivation ; se référant aux énonciations des juges soit aux motifs de la Cour d'appel de Riom, elle considère « qu'en omettant de prescrire à nouveau ce test ou de faire pratiquer l'amniocentèse que demandait cette patiente à risques Mme Y... l'a privée d'une information qui lui aurait permis soit de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse soit de se préparer avec son mari à l'accueil d'un second enfant handicapé ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs, la cour d'appel, sans être tenue de faire une recherche qui ne lui était pas demandée, a pu retenir tant la négligence du médecin que le lien de causalité entre cette faute et le préjudice moral des parents de l'enfant handicapé ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ; ».

Elle rétablit le dommage, il est la perte d'une possibilité alternative (recourir à une interruption thérapeutique de grossesse ou se préparer avec son mari à l'accueil d'un second enfant handicapé). Il est la lésion subie. Il est l'atteinte objectivement perceptible.

Il n'est ni empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, ni une perte de chance.

Il se différencie de toutes premières décisions rendues dans le cadre de notre étude où il était lié à l'interruption de grossesse (perte de l'option légale réf 60, perte de chance de pratiquer

une interruption de grossesse réf 61, perte de la possibilité de demander une interruption de grossesse réf 64 ; ou bien à l'accueil de l'enfant (impréparation à la naissance réf 61 ter). Il apparaît comme un dommage certain comprenant néanmoins deux cas possibles ; le dommage est certain même si la décision des parents est empreinte de doute quant à leur choix définitif.

Il se différencie des précédentes décisions de l'Assemblée plénière : où il apparaissait sous la dénomination d'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse. Il y est souligné la possibilité qu'un tel choix s'oriente vers l'accueil de l'enfant. L'accueil de l'enfant handicapé prend la place qui est la sienne alors que nous nous rappelons que le jugement du Tribunal de grande instance de Perpignan du 12.4.1994 réservait une indemnisation significative puisque d'un moindre montant aux époux au titre de l'impréparation à l'accueil de l'enfant handicapé. Une telle détermination évite de retenir que la vie handicapée est évitable par la mort, elle peut entraîner un préjudice en ce que les époux n'y ont pas été préparés ; on déplore de n'avoir pu se préparer à la vie (réf 111).

Cette détermination du dommage inclut la plainte initiale des parents d'avoir été privés d'une information susceptible de les aider à se déterminer relativement à la poursuite de la grossesse, tout en reconnaissant ne pas être sûrs de leur choix s'ils avaient connu le risque de T 21 (réf 109 conclusions de l'Avocat général).

Il est le dommage de la mère.

Cependant, le père est inclus dans ce dommage, précisément au stade de l'impréparation à l'accueil de l'enfant handicapé.

Dès lors, sa qualité de partie à la procédure qui demande la réparation de son préjudice moral est justifiée. Par contre la mère demeure seule concernée par le recours à l'interruption de grossesse : « Mme Y...l'a privée d'une information qui lui aurait permis soit de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse... ».

Et, chacun des époux sera bénéficiaire de l'indemnisation de ce préjudice.

Le préjudice moral des parents est l'effet, la suite du dommage tel que déterminé. Comme dans la jurisprudence relative à l'obligation d'information, à sa sanction et à l'indemnisation du préjudice qui en découle notamment moral, en général, il est admis par les juges dans le cas d'espèce un préjudice moral consécutif au défaut d'information, spécifique.

Dès lors la Cour d'appel a pu retenir le lien de causalité entre la faute (la négligence du gynécologue) et le préjudice moral des parents.

En d'autres termes, l'omission de prescrire le test ou de faire pratiquer l'amniocentèse est la cause de la perte pour la mère d'une possibilité entre deux alternatives dont s'ensuit le préjudice moral des parents. Dès lors il y a un lien de causalité entre la faute et le préjudice moral des parents.

Nous remarquons de nouveau le rôle du dommage : son rétablissement sert à la relation de cause à effet entre la faute et le préjudice. La faute a causé la perte pour la mère de la possibilité entre deux alternatives ; le préjudice moral des parents effet du dommage est dès lors en relation de causalité avec la faute.

Les conditions d'application de l'article 1147 c civ. parmi lesquelles figure le lien de causalité entre la faute et le préjudice sont en l'espèce suffisamment caractérisées par les énonciations de l'arrêt de la Cour d'appel.

La demande en justice des parents demeure fondée sur les dispositions de l'article 1147 c civ.

2) - Le pourvoi principal des époux

- Les époux ont demandé devant les juges de première instance la réparation du préjudice matériel résultant des soins particuliers que requiert leur enfant trisomique.

- La Cour d'appel de Riom rend son arrêt le 16.12.1999 dans un contexte jurisprudentiel où seul le Tribunal de grande instance de Montpellier (réf 61) avait fait droit à une telle demande : les deux époux étaient recevables en leur action en raison de « l'existence d'une volonté commune d'assurer le devenir du fœtus », et tenant compte de la charge du coût du handicap, il leur était alloué une rente mensuelle de 7500 frs au titre des coûts supplémentaires d'éducation, de l'aide permanente d'une tierce personne, des frais médicaux. La Cour d'appel de Paris le 17.2.1989 (réf 60) avait refusé la réparation du préjudice matériel de la mère lié à l'état de l'enfant, pour le motif suivant « la mère ne saurait réclamer au médecin dont la faute n'a aucun lien de causalité avec l'état de l'enfant la réparation d'un préjudice matériel ». La faute n'a pas causé l'état de l'enfant, toute demande en réparation du préjudice matériel lié à cet état doit être rejetée.

Elle déboute les époux de leur demande :

- les difficultés matérielles des parents sont liées à l'anomalie génétique de l'enfant qui n'est pas en relation de causalité avec la faute.
- le dommage soit l'impossibilité de n'avoir pas pu faire un choix éclairé, retenu par le jugement initial, n'est pas distinct de la perte de chance d'éviter de subvenir au besoin d'un enfant atteint d'un handicap. Ils ont été indemnisés au titre de l'impossibilité de n'avoir pas pu faire un choix éclairé ; cette indemnisation comprend la perte de chance.
- la cour d'appel ramène le préjudice indemnisable au préjudice moral évalué à la somme de 200 000 frs.

- L'arrêt Perruche est rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 17.11.2000.

- Les époux réintroduisent dans le cadre de leur pourvoi le dommage soit la privation de la faculté de recourir à un avortement thérapeutique :

- la cour a violé l'article 1147 c civ. : l'inexécution de l'obligation entraîne des dommages et intérêts

-le médecin s'est abstenu de pratiquer un test, ce test les aurait informés de l'anomalie génétique

- le médecin les a privés de la faculté de recourir à un avortement thérapeutique

- la faute est en relation directe avec ce dommage

- de ce dommage découle le préjudice matériel qu'ils invoquent : le préjudice matériel lié aux soins particuliers que requiert l'entretien de l'enfant handicapé, qui est un préjudice indemnisable en relation directe avec la faute.

- L'Assemblée plénière de la Cour de cassation rend son arrêt le 28.11.2001.

En tête de celui-ci le visa du texte applicable à la solution du litige : 1147 c civ. qui a été méconnu par la décision attaquée. La décision attaquée n'a pas fait une bonne application de la règle applicable au litige.

Un paragraphe reprend la partie de la décision des juges du fond critiquée par le pourvoi et qui va être censurée dans ce qu'elle a décidé et dans les motifs qu'elle a retenus : « attendu que pour débouter les époux X...de leur demande de réparation du préjudice matériel résultant des soins particuliers que requiert leur enfant trisomique, les juges énoncent que l'anomalie génétique dont l'enfant est porteur étant indépendante de la faute médicale imputable au médecin, ses parents ne peuvent obtenir réparation du préjudice matériel résultant pour eux de son handicap ; ».

L'Assemblée plénière tirant les conséquences de la contradiction entre les motifs de la décision attaquée et la règle de droit applicable énoncée en tête de l'arrêt, rend sa décision en ces termes : « attendu cependant que dès lors d'une part que la faute commise par le médecin dans l'exécution du formé avec Mme X avait empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique et d'autre part qu'il n'était pas contesté que les conditions médicales d'une telle interruption de grossesse étaient réunies les parents pouvaient demander la réparation du préjudice matériel résultant pour eux du handicap en relation de causalité directe avec la faute retenue ».

- Dans le cadre contractuel ainsi déterminé le gynécologue a commis une faute : elle a omis de prescrire à nouveau ce test ou de faire pratiquer l'amniocentèse que demandait la patiente ; elle l'a ainsi, privée d'une information qui l'a empêchée d'exercer son choix.

- Tout d'abord il est rappelé l'obligation contractuelle d'information du praticien qui doit permettre à la femme d'exercer son choix d'interrompre ou non sa grossesse. Elle doit avoir été mise en mesure d'effectuer ce choix.

Le juge est le garant de l'application de la loi sur l'interruption de grossesse.

- L'Assemblée plénière détermine le dommage propre à la demande en justice des époux qui tend à la réparation de leur préjudice matériel résultant pour eux du handicap.

Elle n'exerce un contrôle des décisions du juge du fond que sur les règles de droit ; la bonne application de la règle de droit implique un certain contrôle sur la motivation de fait, mais elle ne peut remettre en cause les faits tels qu'ils ont été constatés par les juges du fond.

Présentement l'Assemblée plénière relève dans l'arrêt de la Cour d'appel les éléments de fait qui lui permettent de considérer le dommage.

Il est : l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique dont les conditions sont réunies. Nous retrouvons la détermination du dommage des arrêts de l'Assemblée plénière du 13.7.2001 réf 24 appliquée au cas de la demande en justice des parents. Elle marque son attachement au maintien, à la continuité, à l'extension de sa jurisprudence.

C'est un dommage certain.

Même si la décision de la mère n'était pas fixée comme nous l'avons observé dans le cadre de l'étude du pourvoi incident, il ne présente pas le caractère d'une perte de chance ; en effet celle-ci aurait renvoyé au préjudice de naissance, préjudice qui n'est pas juridiquement réparable, rendant impossible la demande en justice des parents : l'intérêt n'aurait pas été légitime.

L'égalité entre les victimes, parents de l'enfant handicapé est assurée.

Il n'est pas comme dans le cadre du pourvoi incident la perte de la possibilité entre deux alternatives : soit recourir à une interruption de grossesse soit accueillir l'enfant handicapé. Ce dommage est déterminé avec précision, il doit permettre la demande en justice des parents qui

à un objet spécifique : seul le dommage ayant un lien avec l'interruption de grossesse est ainsi retenu. On ne peut faire abstraction qu'elle aurait pu choisir l'interruption de grossesse ce d'autant que les conditions médicales en étaient réunies.

Le dommage nécessite pour son existence la réunion des conditions de l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique ; c'est l'application de la jurisprudence de l'Assemblée plénière (réf 24) au cas de la demande en justice des parents. La preuve de la réunion des conditions médicales de l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique résulte de l'absence de contestation : «... il n'était pas contesté que les conditions médicales d'une telle interruption de grossesse étaient réunies,... ». La preuve au fur et à mesure des décisions s'allège (réf 24). L'Assemblée plénière tient pour acquis l'avis des médecins auquel se réfère l'article L 2213-1 CSP. On peut craindre les conséquences qui peuvent être déduites de cette disposition quant aux enfants trisomiques.

- Ce dommage fonde la demande en réparation du préjudice matériel des époux résultant pour eux du handicap de leur enfant.

Dans la mesure où la faute a empêché la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique, dont les conditions sont réunies, les parents peuvent demander en justice la réparation de leur préjudice matériel résultant du handicap.

C'est un même dommage qui fonde la demande des parents et de l'enfant.

Ils le peuvent tous deux dès lors que les fautes avaient empêché la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse.

En d'autres termes, si la mère n'avait pas été empêchée d'exercer son choix, elle aurait pu avorter, l'enfant aurait pu ne pas naître atteint d'un handicap, l'enfant est né atteint d'un handicap, ils subissent un préjudice matériel, ils peuvent en demander la réparation.

- Les deux parents sont les bénéficiaires même si le dommage est le dommage de la mère. Nous retrouvons la jurisprudence antérieure (réf 61).

- Le fondement juridique sur lequel repose la demande en justice : les dispositions de l'article 1147 c civ.

L'Assemblée plénière en justifie répondant ainsi au pourvoi : « les parents pouvaient demander la réparation du préjudice matériel résultant pour eux du handicap en relation de causalité directe avec la faute retenue ».

La faute a empêché la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, elle n'a pas causé l'anomalie génétique.

La faute est la cause du dommage, du dommage s'induit le préjudice, le préjudice est en relation de causalité directe avec la faute retenue. Un courant jurisprudentiel s'opposait à l'action des parents en réparation de leur préjudice matériel résultant du handicap de leur enfant pour un défaut de causalité entre la faute médicale et l'état de l'enfant. L'état de l'enfant était la conséquence de l'infection, de l'anomalie génétique... C'est dans ce cadre que s'inscrit l'arrêt de la CA de Riom du 16.12.1999 : « l'anomalie génétique dont l'enfant est porteur étant indépendante de la faute médicale imputable au médecin, ses parents ne peuvent obtenir réparation du préjudice matériel résultant pour eux de son handicap ». L'Assemblée plénière rétablit le dommage, il y a un lien de causalité entre la faute et le dommage dont s'induit le préjudice indemnisable.

- Le préjudice indemnisable, suite du dommage est déterminé : il est le préjudice matériel résultant pour les parents du handicap ; il n'est pas le préjudice de naissance, ni une perte de chance.

Que le choix ait été exprimé ou non antérieurement, le préjudice indemnisable demeure le préjudice résultant du handicap. Ce qui assure une égalité de traitement dans toutes les hypothèses où la probabilité était grande qu'informée la mère aurait recouru à l'interruption de grossesse, mais que l'information n'ayant pas été délivrée, elle n'a pu l'envisager.

L'arrêt de l'Assemblée plénière se détache de la jurisprudence relative à la sanction du défaut d'information du droit médical général ; ce n'est pas l'entier dommage, ou la perte de chance qui est retenu ; ils conduiraient au préjudice de naissance, préjudice qui n'est pas juridiquement indemnisable ou ils heurteraient les principes en sous-entendant que la naissance handicapée est un préjudice ; par conséquent le préjudice retenu par l'Assemblée plénière, qui sera indemnisé, ne correspond pas au préjudice consécutif à l'atteinte de l'obligation d'information dans le droit médical général.

Si l'enfant peut agir en justice et demander la réparation du préjudice résultant de son handicap que la mère ait ou non préalablement exprimé son choix d'interrompre sa grossesse, les parents de l'enfant atteint d'un handicap peuvent demander la réparation du préjudice matériel résultant pour eux du handicap quand bien même le choix de la mère n'était pas fixé. L'Assemblée plénière mettait fin aux hésitations jurisprudentielles (réf 60 61 62 64). Mais, si dans le cadre de l'arrêt Perruche l'Assemblée plénière ouvrait à l'enfant les portes de l'action en justice en fixant les conditions préalables à cette action, l'enfant disposait alors de la responsabilité délictuelle contre le contractant fautif et dans ce cadre elle déterminait le préjudice indemnisable ; présentement les parents disposaient d'une action en responsabilité contractuelle, mais il convenait d'asseoir l'action sur la sanction d'un droit ou d'une possibilité, permettant de parvenir au résultat escompté. Dans les deux cas la possibilité offerte par le législateur à la femme d'interrompre sa grossesse et le choix de la mère, ont joué un rôle essentiel.

S III– L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29.3.2002 réf 20

Comme nous nous livrons à l'étude chronologique de la jurisprudence, l'affaire Perruche revient avec cette décision relative à l'indemnisation du préjudice des parents de l'enfant handicapé qui n'est pas soumise, par voie de conséquence, aux dispositions de la loi du 4.3.2002.

Le jugement du Tribunal de grande instance d'Evry du 13.1.1992 avait ordonné une expertise pour examiner Mme P... afin de rechercher si elle présentait ou avait présenté une pathologie découlant directement de l'état de l'enfant N.

La Cour d'appel de Paris le 17.12.1993 (réf 15) considérant que des fautes contractuelles ayant été commises tant par le laboratoire que par le médecin généraliste, ils étaient responsables in solidum ainsi que leurs assureurs des conséquences dommageables causées par leurs fautes respectives. La mesure d'expertise devait être confirmée.

Le **jugement du Tribunal de grande instance d'Evry du 19.6.1995** avait notamment :

- déclaré recevable toutes les demandes des époux P... pour eux-mêmes,

- réservé les droits de époux en ce qui concerne la réparation de leur préjudice matériel consécutif au handicap de leur fils,
- ordonné une expertise pour examiner Mme P,
- sursis à statuer sur la demande de Mme P de réparation de son préjudice physique, psychique, et matériel
- et condamné in solidum le Dr P, la MACSF, le laboratoire et la mutuelle à verser à chacun des époux la somme de 300 000frs en réparation de leur préjudice moral.

Le **jugement du TGI d'Evry du 9.6.1997** avait notamment :

- déclaré recevable la demande relative au préjudice économique,
- évalué le préjudice de Mme P... directement lié aux fautes du Dr P et du laboratoire au titre de l'ITT dont la durée a été fixée à 15 mois à la somme de 67 500 frs à laquelle les mêmes ont été condamnés in solidum
- réservé le préjudice matériel de Mme P... lié à l'état de santé de N... et son préjudice économique autre que celui résultant de la période de l'ITT.

Appel avait été interjeté à l'encontre de ces deux décisions.

L'action en justice et la demande de l'enfant en réparation de son préjudice avait fait l'objet d'une procédure devant la Cour de cassation (26.3.1996), puis devant la Cour d'appel d'Orléans (5.2.1999), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (17.11.2000) rendant une décision définitive concernant l'action en justice de l'enfant et sa demande en réparation du préjudice résultant de son handicap. L'affaire était renvoyée, dès lors, devant la Cour d'appel de Paris.

La **CPAM** s'était désistée de ses demandes au cours de la procédure pendante devant la Cour d'appel de Paris (2002).

La procédure d'appel

L'affaire revenait donc sur les appels des deux jugements du tribunal de grande instance d'Evry des 19.6.1995 et 9.6.1997 :

- « tous sollicitent l'infirmité du jugement en ce que Mr P... et Mme C P... se sont vus accorder des dommages et intérêts au titre du préjudice moral, alors qu'il n'existe aucun lien de causalité entre les demandes en réparation et les fautes retenues à l'encontre du médecin et du laboratoire et que d'autre part le droit d'avorter est un droit personnel et propre à la mère que pour cette dernière il convient de réduire à de plus justes proportions l'indemnisation de son préjudice moral, indemnisation qui ne peut avoir comme fondement qu'une perte de chance... »

« ils sollicitent l'irrecevabilité de la demande de Mr et Mme P... en ce qu'elle tend à voir réserver leurs droits quant à la réparation du préjudice matériel consécutif au handicap de l'enfant en l'absence de preuve de l'existence d'un tel préjudice ».

- Par un **appel incident** les conjoints P... demandent l'augmentation de l'indemnité au titre de leur préjudice moral, la confirmation du jugement concernant la réserve de leurs droits s'agissant de leur préjudice matériel consécutif au handicap, du préjudice matériel de Mme P... lié à l'état de santé de l'enfant, le préjudice économique autre que celui résultant de la période d'ITT.

La Cour d'appel rend son arrêt le 29.3.2002

- tout d'abord sur la recevabilité :

En déterminant un même fondement aux demandes en justice des époux, qu'elle rattache à la naissance de l'enfant atteint d'un handicap, et auquel elle attribue un même objet, elle répond à la question de la recevabilité posée : les demandes ayant donné lieu aux jugements des 19.6.1995 et 9.6.1997 ont pour fondement la réparation du préjudice envisagé sous différents postes liés à la naissance d'un enfant atteint d'un handicap gravissime.

C'est au regard des points sur lesquels il a été définitivement statué par les différentes décisions intervenues qu'elle examine ces demandes en justice pour statuer sur leur recevabilité :

- la première demande des consorts P...a donné lieu à un arrêt de la cour d'appel du 17.12.1993 définitif en ce qu'il a jugé les défendeurs responsables des conséquences dommageables causées par leurs fautes respectives
- le lien de causalité entre la faute et le préjudice a été lui aussi irrévocablement établi par les arrêts du 17.12.1993, du 26.3.1996, du 17.11.2000

Par conséquent, dans la mesure où des décisions définitives sont intervenues sur le fond, même si elles ont concerné l'action de l'enfant admettant la réparation de son préjudice, les demandes des époux étant rattachées à la naissance de l'enfant atteint d'un handicap (elles ont un point commun avec la demande de l'enfant sur laquelle il est définitivement statué), ayant pour seul objet la réparation de leur préjudice sont recevables : « la recevabilité des présentes demandes ne peut plus être contestée au regard du principe de la réparation intégrale ».

Par conséquent, il convient de retenir que :

- le préjudice est à envisager sous différents postes mais qui sont tous liés à la naissance d'un enfant atteint d'un handicap gravissime
- le principe de la réparation intégrale doit être appliqué

- le préjudice moral des parents

Les deux parents subissent un préjudice du fait de la souffrance de leur enfant qui devient la leur.

Leur préjudice est lié à la naissance de l'enfant atteint d'un handicap ; la cohérence de la décision est assurée avec ce qui avait été préalablement précisé dans le cadre du fondement des demandes en justice.

Il est constitué par le fait de vivre auprès d'un enfant lourdement handicapé, précise-t-elle. Elle ajoute « l'existence même du préjudice moral est indépendante d'une atteinte alléguée à la liberté de faire pratiquer une interruption de grossesse ; ».

Le jugement qui leur avait alloué à chacun d'eux 30 000frs est confirmé.

- le préjudice économique de la mère

La mission de l'expert désigné par le Tribunal en 1995 était de rechercher les conséquences psychopathologiques, physiques, et matérielles de l'état de l'enfant sur sa mère.

Mme P... demandait une réparation de son préjudice résultant de la durée de son ITT laquelle découlait de l'état de santé de son fils.

Il était évalué à la somme de 67500 frs, pour une durée d'ITT fixée à 15 mois, somme à laquelle le tribunal condamnait les défendeurs.

La Cour d'appel dans son arrêt du 29.3.2002 précise que :

- les juges se sont livrés à une exacte appréciation des faits de la cause et à une juste application des règles de droit s'y rapportant
- elle adopte les motifs de cette décision.

Le jugement est confirmé sur le préjudice économique.
Nous retrouvons la réparation du préjudice lié à la naissance d'un enfant atteint d'un handicap.

- Les droits relatifs au **préjudice matériel des époux** sont réservés, puisque cette réserve est de droit.

Sous- chapitre 2 – La jurisprudence postérieure à l’arrêt dit Perruche dans le cadre de l’action des parents de l’enfant handicapé. Etude des informations recueillies

« La décision que vous allez rendre ...ne sera pas sans incidence...sur la conception de l’homme que le droit renvoie à la société. » Jerry Sainte-Rose

Si l’arrêt de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11.2001 nous permet de compléter nos données générales par les informations qu’il nous livre (S I), les décisions étudiées retiennent notre attention particulièrement par les indications qu’elles nous fournissent, propres à la demande en justice des parents de l’enfant handicapé (S II).

S I – Décisions de justice et informations générales

Nous ne retenons pas les informations résultant des arrêts de la Cour d’appel de Bordeaux du 18.9.2001 et de la Cour d’appel de Paris du 29.3.2002 (réf 20) car elles ont déjà exploitées dans le cadre de l’action en justice de l’enfant.

Dès lors l’étude est limitée à celles résultant de l’affaire ayant donné lieu à l’arrêt de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11.2001 (réf 25).

Elles viennent néanmoins compléter l’ensemble des données recueillies et elles permettent, certes dans une modeste proportion, de poursuivre l’étude comparative.

§ 1 - Données temporelles

La jurisprudence étudiée concerne des faits survenus successivement en 1996/1997 (réf 25).

Au regard de la date des faits les **décisions de justice** ont été rendues le 3.2.1999 par le Tribunal de grande instance de Clermont- Ferrand, le 16.9.1999 par la Cour d’appel de Riom et le 28.11.2001 par l’Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Le temps de la procédure est beaucoup plus court que pour les précédentes décisions.

Nous sommes dans le cadre du diagnostic prénatal orienté tel que réglementé depuis la loi du 29.7.1994 quant à l’affaire ayant donné lieu à l’arrêt de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11.2001 (réf 25).

§ 2 - Données sur la pratique médicale

A – Les actes de dépistage à l’occasion desquels une faute a été commise

Ils appartiennent à la catégorie des actes qui visent à dépister la trisomie (test et amniocentèse) réf 25.

B – Les fautes commises

1) le moment auquel elles ont été commises

Les antécédents médicaux de la patiente avaient été signalés quelques mois auparavant ; nous supposons que l'omission de faire procéder aux examens est survenue en cours de grossesse (réf 25).

2) les conséquences

Elle a entraîné une absence de dépistage (réf 25).

C – Les praticiens en cause

Il s'agit d'un médecin gynécologue (réf 25).

En conclusion sur les informations générales

Bien que là encore nous ne puissions procéder à une interprétation de données quantitativement faibles qui permettraient d'en tirer des conséquences exploitables, nous remarquons que :

- Les parties ont bénéficié de la jurisprudence Perruche ; le problème de l'inégalité entre les victimes, parents de l'enfant atteint d'un handicap, se pose comme dans le cas de l'action de l'enfant handicapé.
- L'activité médicale en cause demeure celle du gynécologue
- Le dépistage de la trisomie 21 est en cause dans chacune des parties de l'étude se situant pourtant à des périodes différentes.

S II – La gestion du cas des parents de l'enfant handicapé par le juge

Il nous reprendre la division préalablement observée, puisque la demande en justice des parents continue de se placer dans le cadre de la responsabilité contractuelle.

§ 1 – La relation entre le médecin et le patient : le contrat

Le contrat demeure le cadre de la relation entre le praticien et la femme enceinte (réf 25) : « Attendu cependant que dès lors d'une part que la faute commise par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec Mme X... ».

Nous rappelons seulement pour information l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18.9.2001 (réf 121) : le médecin gynécologue était salarié de l'établissement, le contrat liait la patiente à la fondation, toute faute du médecin salarié mettait en jeu la responsabilité de cet établissement dans le cadre des obligations qui étaient les siennes.

§ 2 – Les obligations médicales

Seules les obligations médicales dégagées de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 28.11.2001 (réf 25) sont présentées puisque celles émanant de l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux ont été insérées dans l'étude des informations tirées de la jurisprudence postérieure à l'arrêt dit Perruche dans le cadre de l'action de l'enfant handicapé. Celles émanant de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29.3.2002 ont été quant à elles exposées dans le cadre de l'étude des informations livrées par la jurisprudence antérieure à l'arrêt Perruche.

A - L'obligation de soins : l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11.2001 (réf 25)

Le dépistage de la trisomie 21 n'est pas obligatoire, mais le praticien doit le proposer dans certains cas; le praticien est tenu de conseiller un test ou une amniocentèse lorsqu'il existe des risques que le fœtus soit atteint d'aberration chromosomique (réf 106).

Dans l'affaire précitée la faute n'est pas le défaut de proposition du dépistage de la trisomie 21, elle est directement l'omission de le prescrire compte tenu de l'accord préalable de la patiente qui demandait une amniocentèse.

Elle s'inscrit dans le cadre de l'obligation de donner des soins consciencieux, attentifs, et conformes aux données acquises de la science issue de la jurisprudence, reprise dans le Code de déontologie médicale.

Il convient de souligner les trois éléments qui prenaient toute leur importance dans l'établissement de la faute :

- la belle-sœur de Mme X...était atteinte d'un cas de trisomie 21 particulier d'après le dossier médical (réf 109) : à savoir une trisomie par translocation, signe d'une anomalie chromosomique parentale ; cette forme de trisomie est parfois transmissible ; l'un des parents « normal » est porteur d'une translocation équilibrée et court le risque d'avoir un enfant trisomique.
- cette anomalie était mentionnée dans le dossier médical de Mme X... à l'occasion de sa seconde grossesse.
- le praticien lors de la seconde grossesse compte tenu de la situation de Mme X... avait prescrit un dépistage de la trisomie, dès lors il était mal compris qu'elle s'en soit abstenue au cours de la 3^{ème} grossesse.

La jurisprudence sur l'obligation de soins du praticien avait été préalablement appliquée dans l'affaire Perruche par la Cour d'appel de Paris le 17.12.1993 (réf 15). La Cour avait en effet reconnu que le médecin qui, lors de résultats contradictoires d'analyses de la rubéole avait limité son intervention et son information personnelle, qui aurait du procéder à des investigations complémentaires, faire preuve de davantage d'esprit critique et demander les avis de spécialistes, n'avait pas donné tous les soins attentifs et diligents que la patiente était en droit d'attendre.

Cette jurisprudence était confirmée.

La surveillance de la grossesse requiert comme la maladie des soins consciencieux attentifs, conformes aux données acquises de la science.

B - L'obligation d'information : l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11.2001 (réf 25)

La faute du praticien qui a ainsi omis de prescrire le test ou de faire pratiquer l'amniocentèse ne satisfait pas à l'obligation de soins ce qui le conduit à priver la femme d'une information qui lui aurait permis soit de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse soit de se préparer avec son mari à l'accueil de l'enfant handicapé ; elle est empêchée d'exercer son choix.

La spécificité de l'obligation d'information dégagée dès les premières décisions de justice rendues dans le cadre de notre étude est confirmée : il s'agit d'informer la patiente de la forte probabilité d'affections graves portant sur l'enfant à naître aux fins d'éclairer son choix qui présentement est alternatif.

§ 3 – La responsabilité civile du praticien à l'occasion du diagnostic prénatal

La demande en justice des époux.

La demande en justice des deux parents s'inscrit dans le cadre de la responsabilité contractuelle (réf 25).

Elle repose sur le fondement des dispositions de l'article 1147 c civ. (réf 25). L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11.2001 est rendu au visa de l'article 1147 c civ.

L'époux est associé à la demande en justice. Le dommage concerne le père de l'enfant en ce qu'il est perte de la possibilité de se préparer à l'accueil d'un second enfant handicapé (pouvoi incident réf 25). Et, on peut considérer que l'Assemblée plénière dans le cadre du préjudice matériel (pouvoi principal réf 25) prend en considération une réalité : la participation du père à la décision d'interruption de grossesse, au choix ; nous nous rappelons alors la motivation du jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 15.12.1989 réf 61 : « la décision de pratiquer une IVG appartient en premier lieu à la mère, à qui peut être associé le père de l'enfant s'il ressort des éléments de l'espèce l'existence d'une volonté commune d'assurer le devenir du fœtus ; ».

A – La faute du praticien et les analyses

Nous n'examinerons que l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11.2001 (réf 25) puisque les deux arrêts de la Cour d'appel de Bordeaux et de Paris ont été préalablement exposés.

La faute du gynécologue est une omission de prescrire un test ou une amniocentèse visant au dépistage de la trisomie 21 ; nous avons remarqué que l'établissement de cette faute était circonstancié (comme il l'est dans l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 18.9.2001 des compétences reconnues du médecin) des grossesses antérieures de la patiente, du cas de sa belle-sœur, de la demande d'amniocentèse de la patiente elle-même ; le médecin a enfreint son devoir de proposer ce dépistage lorsqu'il existe des risques ; nous retrouvons l'atteinte portée à l'obligation de soins dégagée par la jurisprudence, déjà appliquée dans le cadre de l'affaire Perruche donc dans le cadre de notre étude confirmant que cette obligation concerne non seulement la maladie mais aussi le dépistage prénatal ; elle conduit à la violation de

l'obligation d'information par le praticien afin de mettre en mesure la femme d'exercer un choix, obligation d'information propre au diagnostic prénatal.

B – Le dommage de la mère

a) - la lésion objective

Si pour la jurisprudence, en général, il importe peu, que le dommage soit ou non nommé, constaté de façon sacramentelle, il doit seulement présenter les caractères dégagés par celle-ci (dommage certain – dommage direct – intérêt légitime) ; présentement cette dénomination revêt une importance toute particulière (réf 25). Nous relevons que selon l'objet de la demande, selon qu'il est relatif au préjudice moral ou matériel il est nommé différemment : perte de la mère d'une possibilité entre deux alternatives dans le premier cas, empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse dans le second cas.

Seul le dommage empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse dont les conditions sont réunies permet aux époux de demander la réparation de leur préjudice matériel. C'est ce dommage qui fonde la demande. Que le choix ait été ou non exprimé antérieurement, cet empêchement, dommage certain, permet la demande en réparation du préjudice. Elle n'était pas possible dès lors qu'elle sous entendait que le médecin avait causé l'anomalie génétique.

Quand bien même le choix de la mère n'était pas préalablement exprimé faute d'information, il ne revêt pas le caractère d'une perte de chance : il est alors perte de la possibilité entre deux alternatives ou encore empêchement de choix (réf 25) ; les problèmes consécutifs à la perte de chance ne se posent pas. L'égalité entre les parents de l'enfant handicapé est assurée : tout en reconnaissant ne pas être sûrs de leurs choix s'ils avaient connus le risque, ils peuvent demander la réparation de leur préjudice moral, de leur préjudice matériel résultant pour eux du handicap de leur enfant (réf 25). Leur égalité se prolonge jusqu'à dans la détermination du préjudice indemnisable.

Le fait d'insérer dans sa dénomination l'impréparation à l'accueil dénote, à notre avis, une volonté de consacrer toute son importance à cet accueil ; la demande en justice n'apparaît pas alors uniquement comme un substitut à un avortement qui n'a pas eu lieu.

Le dommage empêchement de choix d'interrompre la grossesse peut revêtir un aspect particulier, l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux en offre une illustration : ne pas pouvoir exprimer un choix éclairé et motivé constitue un empêchement de choix.

Le dommage est la lésion objectivement perceptible : l'atteinte portée à la possibilité pour la mère, consacrée par le législateur, de choisir ou non d'interrompre sa grossesse.

Il est le dommage de la mère, même dans l'hypothèse où l'accueil de l'enfant handicapé résulte d'une décision des deux époux ; l'accent est mis sur le fait que la décision d'avortement est réservée à la femme.

Pour sa constitution lorsqu'il empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse il requiert la réunion des conditions de l'interruption de grossesse concernée (réf 25). La Cour d'appel de Bordeaux dans sa décision antérieure à l'arrêt de l'Assemblée plénière du 28.11.2001 ne l'avait pas précisé ; l'arrêt de l'Assemblée plénière met ainsi un

terme au doute qui aurait pu être instauré par cette décision de la Cour d'appel. Nous notons une évolution de la jurisprudence quant aux modalités de la preuve : si l'Assemblée plénière la puisait dans les constatations de l'arrêt d'appel, puis la déduisait de ces constatations, désormais l'absence de contestation suffit à l'établir (réf 24 et 25). Nous avons souligné notre inquiétude au regard de l'autorisation médicale dans le cas de trisomie 21.

Ce pouvoir de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de déterminer le dommage n'est pas sans conséquence : les deux parents peuvent demander la réparation du préjudice matériel et moral.

Le dommage fonde la demande en justice des parents.

Il intervient dans l'établissement du lien de causalité dans le cadre de la responsabilité contractuelle.

Le préjudice indemnisable est puisé dans le dommage dont il est la suite, l'effet.(Réf 25)

b)- le préjudice

La mère est la seule bénéficiaire de l'information.

Le dommage consécutif au défaut d'information est celui de la mère, ce d'autant que la décision d'interruption de grossesse est une décision réservée à la femme mais le père est également concerné dans le cadre de l'accueil de l'enfant handicapé (réf 25).

Le préjudice moral, suite de ce dommage est le préjudice des deux parents qui peuvent ensemble demander en justice sa réparation. Il en est de même du préjudice matériel. (Réf 25). La Cour d'appel de Bordeaux préalablement l'avait ainsi considéré pour le préjudice moral, allouant à chacun des époux une provision complémentaire (réf 121). Par contre certains postes de préjudice peuvent être limités à un seul parent, il en est ainsi du préjudice économique de la mère lié à son incapacité temporaire de travail consécutive découlant de l'état de l'enfant (réf 20) et de son préjudice corporel (réf 121).

Le préjudice indemnisable n'est pas une perte de chance ; il est dans le cas du préjudice matériel identiquement : le préjudice matériel résultant pour les parents du handicap (réf 25). Il n'est pas établi de discrimination entre ces derniers que la mère ait pu ou non exprimer préalablement son choix.

Le préjudice économique de la mère lié à la durée de l'ITT qu'elle a subie, découlant de l'état de son enfant, est un préjudice indemnisable aux termes de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29.3.2002 (réf 20). C'est un exemple de poste de préjudice qui rentre dans le cadre « du préjudice matériel résultant pour eux (parents) du handicap » ainsi fixé par l'Assemblée plénière le 28.11.2001 réf 25 ;

Les précédentes décisions étudiées rendues antérieurement à l'arrêt Perruche faisaient apparaître un préjudice moral des parents qui se rattachait au handicap de l'enfant ; ainsi, il était retenu :

- leurs souffrances du fait de la vue quotidienne du handicap de l'enfant
- leur obligation de supporter la moindre autonomie de l'enfant
- leur souffrance morale résultant du grave handicap de l'enfant

L'arrêt de l'Assemblée plénière du 28.11.2001 réf 25 semble exprimer un détachement du préjudice moral des parents au regard du handicap, pour constituer un préjudice moral qui leur est propre conséquence du dommage. Les parents n'auraient plus à se prévaloir : de la vue

quotidienne du handicap, de la moindre autonomie intellectuelle, morale de l'enfant ; le handicap n'est pas un préjudice pour les parents.

Le dommage étant empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ou perte de la possibilité entre deux alternatives (ivg ou accueil de l'enfant) le préjudice moral consécutif des parents puisé dans ce dommage peut être indépendant comme le précise la Cour d'appel de Paris le 29.3.2002 d'une atteinte alléguée à la liberté de faire pratiquer une interruption volontaire de grossesse : « l'existence même du préjudice moral est indépendante d'une atteinte alléguée à la liberté de faire pratiquer une interruption volontaire de grossesse ». Cette dernière décision présente l'inconvénient de le relier alors au fait de vivre auprès d'un enfant lourdement handicapé du fait de sa surdité, de sa rétinopathie, de sa cardiopathie. Si l'arrêt de la Cour d'appel ouvre les postes possibles dont les parties peuvent demander réparation sous le couvert du préjudice moral, il nous apparaît regrettable en ce qu'il ramène le débat sur le handicap, préjudice pour les parents de l'enfant.

Le préjudice moral des parents suite du dommage soulève à lui seul, au regard de l'enfant handicapé, un ensemble de questions mettant les parents en position d'être jugés au regard de l'interruption de grossesse, du handicap de leur enfant.

C- Le lien de causalité

Il est intéressant de relever l'influence du dommage dans le cadre de l'établissement du lien de causalité (réf 25) ; l'Assemblée plénière en rétablissant la distinction du dommage et de préjudice résout le problème de la causalité ; le dommage est la lésion objective et le préjudice en est la suite, l'effet ; ainsi, dans la mesure où la faute a empêché l'exercice du choix, dommage dont s'induit le préjudice, il y a, dès lors une relation de causalité entre la faute et le préjudice.

En conclusion,

La règle jurisprudentielle sur la responsabilité des contractants à l'égard des tiers a ouvert les portes de l'action en justice à l'enfant handicapé auquel l'autonomie est assurée. La faute et le dommage (l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, dommage de la mère, que la mère ait exercé ou non préalablement son choix), fait social au regard de l'enfant tiers au contrat, permet la demande de l'enfant, contre le praticien fautif, en réparation du préjudice résultant de son handicap (que le choix ait été ou non préalablement exprimé), sur le fondement de la responsabilité délictuelle; sa dignité est confortée ; l'égalité entre les victimes est assurée. Le dommage fonde la demande de l'enfant ; la faute délictuelle est la faute contractuelle; du dommage s'induit le préjudice dès lors causé par les fautes retenues.

La faute qui a empêché la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, dommage de la mère, permet dans le cadre de la responsabilité contractuelle, la demande des parents en réparation du préjudice matériel résultant pour eux du handicap quand ce choix n'était pas fixé. Le dommage fonde la demande. Du dommage s'induit le préjudice indemnisable identiquement dénommé, en relation de causalité directe avec la faute retenue. Mais la faute qui prive la mère d'une information qui lui aurait permis d'exercer un choix alternatif (interruption de grossesse ou accueil de l'enfant) dans le cadre de la responsabilité contractuelle, caractérise le lien de causalité entre la faute et le préjudice moral des époux qui

n'est pas une perte de chance. Préjudice moral des parents du fait de la souffrance de leur enfant, préjudice économique de la mère découlant de l'état de l'enfant constituent des postes du préjudice indemnisable.

Le juge, ainsi, renvoie à la possibilité accordée par le législateur à la femme d'interrompre sa grossesse, à la mise en oeuvre par le praticien de tous les moyens pour lui permettre d'assurer ce choix, au choix de la mère, soit à la responsabilité de chacun d'eux au regard de l'interruption volontaire de grossesse.

Il est le garant de l'application de la loi et du choix de la mère sanctionnant les atteintes qui y sont portées.

SOUS- PARTIE IV : LA SYNTHÈSE DE LA JURISPRUDENCE

Chapitre unique – LA CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE

« quand l'habitude sera prise d'éliminer les monstres, de moindres tares feront figure de monstruosités. De la suppression de l'horrible à celle de l'indésirable, il n'y a qu'un pas... Cette société nettoyée, assainie, cette société sans déchets, sans bavures, où les normaux et les forts bénéficieraient de toutes les ressources qu'absorbent jusqu'ici les anormaux et les faibles, cette société renouerait avec Sparte et ravirait les disciples de Nietzsche, je ne suis pas sûre qu'elle mériterait encore d'être appelée une société humaine »
Jean Rostand (réf 90).

Aucune disposition législative ou réglementaire régissait la nature de la relation entre la patiente et le professionnel de santé lors de l'exercice d'une activité de dépistage prénatal ou à son occasion, spécifiait les obligations des parties, déterminait le fondement et le régime de la responsabilité civile du médecin, ses conséquences: la réparation du préjudice.

Le juge en présence d'une part du droit pour toute personne physique d'agir en justice, droit fondamental, et d'autre part de l'obligation qui lui est faite de statuer malgré le silence, l'obscurité, l'insuffisance de la loi, sous peine de déni de justice en application des dispositions de l'article 4 du code civil, aux fins de remplir sa mission, a comblé le vide législatif qui existait ; comportement sur lequel nous n'entendons, à ce stade de l'exposé porter aucun jugement.

Regrouper l'ensemble des décisions de justice étudiées, entre elles, selon leur contenu et les rapprocher lorsqu'elles ont trait à la même question selon la division suivante : le contrat – les obligations professionnelles – la responsabilité contractuelle et délictuelle, devait nous permettre d'établir le cadre juridique du dépistage prénatal et de la responsabilité y afférente avec ses conséquences, de prendre la mesure de son évolution et de qualifier l'intervention de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Ses arrêts étaient-ils le fruit du processus judiciaire ? Représentaient-ils, au contraire, un droit en rupture ?

Ces questions auxquelles il nous importait de tenter d'apporter une réponse n'étaient pas sans incidence sur la problématique qui se dégageait.

§ I - La relation entre le praticien et les époux

Aucune disposition législative ou réglementaire régissait la nature de la relation entre la patiente et le professionnel de santé lors de l'exercice d'une activité de dépistage prénatal ou à son occasion ; dès lors le juge allait-il étendre le bénéfice de la jurisprudence sur la nature contractuelle de la relation médicale à la patiente : femme enceinte ? (§1). A son mari dont nous pouvions comprendre qu'il prenait part au choix d'interrompre la grossesse ? (§2).

§ 1 - La relation entre le praticien ou l'établissement de soins et la femme enceinte

Quelle est la nature de la relation qui unit le praticien à la femme enceinte lors du diagnostic prénatal ? (A). Qu'en est-il lorsque le médecin est le salarié d'un établissement ? (B).

A – La relation entre le praticien et la femme enceinte

1 – L’arrêt dit « Mercier »

Depuis l’arrêt dit « Mercier » de la Cour de Cassation du 20 mai 1936 il était admis qu’ « il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat, comportant pour le praticien l’engagement, sinon, évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner les soins, non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ».

L’obligation née du contrat médical n’était, en principe comprise que comme une obligation de moyens.

Convenait-il d’appliquer ces principes issus de la jurisprudence au cadre de notre étude, spécifique, s’agissant de détecter in utero chez l’embryon ou le fœtus une affection ou une anomalie génétique?

2 – Les hésitations de la jurisprudence

- Dans un premier temps, chronologiquement celui des premières décisions rendues, quelques hésitations jurisprudentielles ont vu le jour :

Des époux saisissaient le Tribunal de grande instance de Montpellier d’une demande en justice reposant sur un fondement quasi-délictuel (TGI Montpellier 15.12.1989 réf 61) ; dès lors la faute retenue était de nature quasi délictuelle, le praticien était investi d’une obligation de moyens qui l’obligeait dans le cadre de l’acte médical qu’il accomplissait à faire bénéficier le patient de l’ensemble des connaissances dont l’homme de l’art est normalement investi eu égard à l’état d’avancement de la science médicale au moment où il agit, précisait le jugement : « ...le Pr E a présumé du degré de confiance à accorder à son examen et n’a pas procédé à tout examen supplémentaire qui lui aurait permis d’augmenter ses données exploitables ; cela suffit à caractériser dans un strict cadre quasi-délictuel un manquement à son obligation de moyens » .

- Par contre, nous ignorons le fondement des décisions suivantes : Paris 17.2.1989(réf 60) et TGI Perpignan 12.4.1994(réf 61 ter) car nous ne disposons : pour la première, que d’extraits de la décision et pour la seconde, que d’un commentaire étayé de quelques passages de cette décision.

3 – La dissipation des hésitations de la jurisprudence

Les hésitations jurisprudentielles se sont dissipées. Les décisions de justice rendues sur la faute des praticiens au regard de leur obligation d’information parce que soit elle est rendue au visa de l’article 1147 c civ. (Civ. 1ère 16.7.1991 réf 10 : « vu l’article 1147 du code civil, ...Mmes Z et W (gynécologue) n’ont pas rempli l’obligation de renseignement dont elles étaient tenues à l’égard de leur patiente... ») soit elles mentionnent en tête des arrêts l’obligation contractuelle d’information du médecin envers son patient (CA Versailles 8.7.1993 réf 62 : : « considérant que dans le cadre de son obligation contractuelle, le médecin a un devoir d’information envers son patient [...] il est donc établi que le Dr R... (gynécologue- obstétricien) a manqué à ses obligations d’information et de suivi de sa patiente... ») ainsi que celle de soins (CA Paris 17.12.1993 réf 15) permettent de considérer qu’il existe un contrat entre le praticien et la femme enceinte lors du diagnostic prénatal.

Il en est de même des arrêts des cours d'appel pour lesquels nous ne disposons que des abstracts car ces derniers mentionnent la responsabilité contractuelle du praticien ; ces arrêts statuent sur la faute du gynécologue dans le cadre de son obligation d'information de nature à engager sa responsabilité (CA Aix en Provence 13.4.1995 réf 63), sur la faute du radiologue outre le dommage et la provision à valoir sur les préjudices de l'enfant et de ses parents (CA Rennes 9.12.1998 réf 64).

4 – Une jurisprudence constante

Les juges ne se départiront pas de leur jurisprudence.

- L'Assemblée plénière de la Cour de cassation par trois arrêts en date du 13.7.2001 (réf 24) rendus sur la demande en réparation du préjudice de l'enfant et la nécessaire réunion des conditions de l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique indiquent « des fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse... ».

- A la veille même de la loi du 4 mars 2002 N° 2002-303, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 28.11.2001 (réf 25) rend son arrêt sur la faute (la négligence du médecin) à la suite d'un pourvoi formé sur le fondement de l'article 1147 c civ. (article au terme duquel « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part »); de cet article il résulte au terme de la jurisprudence que l'inexécution de l'obligation contractuelle engage la responsabilité de son débiteur, il y faut une faute contractuelle, l'inexécution de l'obligation se résout en dommages et intérêts):

« en l'état de ces motifs (en omettant de prescrire à nouveau ce test ou de faire pratiquer l'amniocentèse... Mme Y l'a privée d'une information qui lui aurait permis soit de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse soit de se préparer avec son mari à l'accueil d'un second enfant handicapé) la cour d'appel... a pu retenir... la négligence du médecin... ». Ce même arrêt, à propos du pourvoi principal précise : « attendu, cependant, que dès lors, d'une part, que la faute commise par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec Mme X avait empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse.... ».

Ils confirment (réf 24 et 25) l'existence d'un contrat entre le patient et le médecin, et la jurisprudence qui a situé dans le cadre de la responsabilité contractuelle l'obligation de soins pesant sur le médecin à l'égard de son client, ajoutant celle d'informer.

Le juge a appliqué la jurisprudence dite Mercier : la nature de la relation unissant le praticien à son client, le contrat, est étendue à la femme enceinte lors du diagnostic prénatal.

B – La relation entre le praticien, l'établissement de soins et la femme enceinte

La Cour d'appel de Bordeaux le 18.9.2001 (réf 121) précise qu'il existe un contrat de soins entre l'établissement et la patiente; toute faute du médecin salarié a pour effet de mettre en jeu la responsabilité de la clinique à raison d'un manquement à une obligation dont cette dernière était débitrice en vertu de son contrat de soins. Elle juge en conséquence, que « l'inexécution de l'obligation d'information qui pesait sur le Dr X... apparaît donc établie et constitue une faute dans l'exécution du contrat formé entre la fondation B... dont elle était salariée et Mme

Z...lors que cette faute a empêché les époux Z...d'exercer leur choix d'interrompre la grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ils peuvent demander réparation du préjudice subi ».

Nous retrouvons la jurisprudence au terme de laquelle l'établissement est partie au contrat médical et engage sa responsabilité contractuelle en cas de mauvaise exécution : (Dictionnaire permanent Contrat médical N° 14 ; Civ. 1^{ère} 4.6.1991 : « le contrat de soins avait été conclu entre (le patient) et la fondation dont (le médecin) était médecin salarié » ; Civ. 1^{ère} 26.5.1999 : consacrant l'existence d'un contrat « d'hospitalisation et de soins » liant l'établissement et le patient, en vertu duquel l'établissement répond des fautes commises par « ses substitués ou ses préposés » qui ont causé un dommage à ce patient ; la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation le 9.11.2004 ira plus loin encore en décidant que le médecin salarié qui agit dans le cadre de la mission qui lui est impartie n'engage pas sa responsabilité personnelle à l'égard de ses patients réf 126).

En conclusion

La relation entre le praticien ou l'établissement de soins et la femme enceinte, lors d'un acte de diagnostic prénatal est de nature contractuelle.

La nature de cette relation couvre le champ médical en y ajoutant le diagnostic prénatal à la suite d'un examen de dépistage d'une maladie, d'une anomalie, d'une malformation affectant le fœtus.

La médecine de dépistage ne relève pas de la médecine prédictive : elle consiste à procéder à des examens de manière à déterminer si des personnes ne développent pas, sans qu'il y ait encore des signes cliniques, une pathologie frappant plus particulièrement la catégorie à laquelle elles appartiennent ou leur famille. La médecine de dépistage est destinée à rechercher si une maladie bien que sans signe clinique est déjà installée dans l'organisme ; ainsi le dépistage génétique de la trisomie 21 chez le fœtus ne relève pas de la médecine prédictive puisque si un tel test est positif cela signifie que l'anomalie existe déjà (réf 79).

§ 2 - La relation entre le praticien et l'époux de la femme enceinte

On doit à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation d'avoir clarifié la situation du père dans le cadre de la relation médicale.

A – Les contradictions de la jurisprudence

1 – Des décisions incertaines voire contradictoire quant au destinataire de l'obligation du praticien

Jusqu'à l'arrêt Perruche, on pouvait s'interroger sur la nature de la relation existant entre le praticien et l'époux de la femme enceinte. En effet la jurisprudence était incertaine voire contradictoire quant au destinataire de l'obligation contractuelle du médecin : la patiente ou les époux ? Dans la mesure où une obligation d'information du praticien envers les époux était retenue par les juges, pouvait-t-on affirmer qu'ils étaient, par conséquent, liés par un contrat ?

- La Cour de Cassation le 16.7.1991 (réf 10), dans la même décision, faisait état, à la fois, d'une obligation d'information des époux des risques que présentait l'état de grossesse de l'épouse et d'une obligation de renseignement des médecin généraliste et gynécologue à l'égard de leur patiente.
- De même, la Cour d'Appel de Versailles le 8.7.1993 (réf 62) précisait dans son arrêt que le médecin gynécologue avait manqué à ses obligations d'information et de suivi de sa patiente mais aussi que le biologiste s'était abstenu d'informer les époux R... des risques révélés par les examens et de la nécessité de faire pratiquer une amniocentèse : « en s'abstenant d'informer les époux R...des risques non négligeables révélés par les examens réalisés par ses soins ainsi que de la nécessité de faire pratiquer [...] l'amniocentèse qu'elle conseillait le Dr G... a également commis un manquement à son devoir de renseignements,... ».
- La Cour d'Appel de Paris le 17.12.1993 (réf 15) rendait sa décision en indiquant que le praticien n'avait pas donné à Mme P... tous les soins attentifs et diligents qu'elle était en droit d'attendre et n'avait pas rempli son devoir d'information et de conseil devant permettre à sa patiente de prendre une décision éclairée.
- La Cour d'Appel d'Aix en Provence le 13.4.1995 (réf 63) au terme du résumé que nous possédons fait état d'une absence d'information des parents par le gynécologue qui a réalisé et interprété les échographies.
- ou de façon plus générale le résumé de l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 9.12.1998 (réf 64) porte l'indication d'une « obligation du radiologue envers l'enfant et ses parents non sérieusement contestable ».

2 – Une constante jurisprudentielle : la participation du père à la décision d'interruption de grossesse

Cependant, avec constance, les juges retenaient la participation du père à la décision d'interruption de grossesse :

- La Cour de Cassation le 16.7.1991 (réf 10) précisait dans son arrêt : « ...et qui aurait permis aux époux de prendre une décision éclairée quant à la possibilité de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse... » ;
- La Cour d'Appel de Versailles le 8.7.1993 (réf 62) faisait état de ce que les résultats étaient susceptibles d'amener les époux à opter pour une interruption de grossesse, les fautes ont privé les époux de prendre une décision quant à la possibilité de recourir à l'interruption de grossesse
- La Cour d'Appel de Paris le 17.12.1993 (réf 15) faisait mention d'une décision de la femme avec son mari
- Le résumé de l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes le 9.12.1998 (réf 64) précisait que les parents auraient eu recours à une interruption thérapeutique de grossesse, qu'il y avait une perte pour les parents de la possibilité de demander une interruption de grossesse.

B – L'Assemblée plénière de la Cour de cassation assure la cohérence de la jurisprudence

Le 17.11.2000 l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation rend en ces termes sa décision : « 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 ; » (réf 94).

La Cour de Cassation, en assemblée plénière, continue d'affirmer dans ses décisions

- l'existence d'un contrat formé avec la mère : (réf 24 : les trois arrêts du 13.7.2001; l'arrêt du 28.11.2001 réf 25 : « attendu, cependant, que dès lors, d'une part, que la faute commise par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec Mme X... avait empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse.... »).
- l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse : (les trois arrêts du 13.7.2001 réf 24 ; l'arrêt du 28.11.2001 réf 25 ; l'arrêt du 28.11.2001 réf 26).
- et précise quant au destinataire de l'information qu'elle est la mère (ainsi dans le cas de la privation de la mère d'une information l'arrêt du 28.11.2001 réf 25).

Les magistrats de la Cour de Cassation réunie en assemblée plénière, ont mis fin au désordre jurisprudentiel quant :

- au destinataire de l'obligation d'information,
 - au titulaire du choix d'interruption de grossesse,
- Soit la mère.

Ils ont en outre préalablement affirmé l'existence d'un contrat formé avec la mère.

Nous pouvons en conclure que le contrat unit uniquement la mère et le praticien.

S II - Les obligations des professionnels et établissements de santé

Il résulte de l'étude de la jurisprudence que les deux obligations principales auxquelles le juge fait référence : sont les obligations d'information et de soins.

Nous allons les examiner successivement au travers des décisions de justice rendues dans le cadre de notre étude.

§ 1 – L'obligation d'information

Il convient de préciser que c'est la négligence du praticien entraînant une erreur ou une absence de diagnostic qui porte atteinte à l'obligation d'information du praticien pour permettre à la femme d'exercer son choix qui est sanctionnée.

Comme le précise l'Assemblée plénière dans son arrêt du 28.11.2001 (réf 25) : « « en omettant de prescrire à nouveau ce test ou de faire pratiquer l'amniocentèse que demandait cette « patiente à risques », Mme Y... l'a privée d'une information qui lui aurait permis, soit de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse, soit de se préparer avec son mari à l'accueil d'un second enfant handicapé ; ».

L'erreur ou l'absence de diagnostic n'est pas retenue et sanctionnée en elle-même.

C'est en ce que la négligence entraînant une erreur ou absence de diagnostic atteint l'obligation d'information du praticien qui permet à la mère d'exercer son choix, qu'elle est sanctionnée.

Les juges sont à l'origine d'un devoir d'information spécifique au cadre de l'étude : auteur (biologiste, spécialiste), destinataire (du patient à la mère, aux époux), objet (de l'état de santé, du traitement, des soins, de l'opération, des examens, et risques pour un consentement éclairé à l'acte, à l'état de santé de l'enfant à naître pour une interruption de grossesse),

finalité (de la décision éclairée à l'acte médical du patient, à la décision relative à l'interruption de grossesse).

Le juge renvoie le praticien à une obligation d'information qu'il détermine et qui va régir, cadrer l'activité des professionnels lors du diagnostic prénatal.

A – L'auteur de l'information

1 – Dans le droit médical général

La jurisprudence soulignait l'indépendance du médecin mais aussi le travail d'équipe médicale, dans l'intérêt du malade.

De ce fait elle avait dégagé des obligations particulières, propres au médecin prescripteur de l'examen : il devait informer le patient des risques de l'examen et des résultats des analyses, de l'examen ; dans la relation médecin prescripteur et médecin spécialiste, médecin qui procède à l'acte médical, réalise la prescription, les magistrats avaient estimé que le médecin spécialiste avait un droit de contrôle sur la prescription de son confrère, une obligation d'informer le malade des risques de l'intervention.

2 – Dans le cadre de notre étude

L'obligation d'information repose sur le praticien qui en présence des résultats des examens doit prescrire des examens complémentaires ou effectuer des diligences particulières pour établir son diagnostic (réf 60 62 10 15). Mais nous avons trouvé des particularités dans deux décisions de justice où les magistrats de la Cour d'appel vont faire peser l'obligation d'information sur les médecins spécialistes :

a) - l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8.7.1993 (réf 62)

Il met à la charge du médecin biologiste qui a réalisé les examens une obligation d'informer directement les époux des risques non négligeables révélés par les examens réalisés par ses soins et de la nécessité de faire pratiquer l'amniocentèse. L'usage invoqué à la défense de ses intérêts, selon lequel le biologiste se contente d'adresser au médecin traitant le résultat n'est pas retenu pour le dispenser de toute information vis à vis du patient en droit d'être éclairé sur les risques encourus du fait de son état de santé. Dans le cadre de notre étude le biologiste voit le champ de ses obligations s'ouvrir et englober l'obligation d'information.

b) – l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix- en- Provence du 13.4.1994 (réf 63)

Il retient à la charge du spécialiste auquel était adressé par l'obstétricien une demande d'échographie, et qui, disposant d'un matériel performant, a réalisé les actes et procédé « au caractère particulier » de l'interprétation de ces images, une erreur d'interprétation d'échographie, une absence de signalement de l'anomalie, une affirmation de vision erronée, et à sa charge une obligation d'informer les parents. Aucune faute n'est relevée à l'encontre de l'obstétricien qui a prodigué des soins conformes aux données actuelles de la science.

B – Le destinataire de l'information

1 – Dans le droit médical général

Il est le patient.

2 – Dans le cadre de notre étude

a) - La jurisprudence est fluctuante, incertaine

Le destinataire de l'information concernant l'affection de l'enfant, l'anomalie génétique de l'enfant pour la Cour d'appel de Paris est la mère (CA Paris 17.2.1989 réf 60 ; CA Paris 17.12.1993 réf 15) ainsi que pour l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 28.11.2001 (réf 25) ; mais pour la Cour d'appel de Versailles dans la même décision, c'est la patiente pour le gynécologue et les époux pour le biologiste (réf 62).

Pour la Cour de cassation concernant les risques de l'état de grossesse (Civ.1^{ère} 16.7.1991 réf 10), la Cour d'appel d'Aix en Provence concernant la malformation de l'enfant (13.4.1994 réf 63), le Tribunal de grande instance de Perpignan concernant la malformation de l'enfant (12.4.1994 réf 61 ter), la Cour d'appel de Bordeaux concernant les risques encourus par l'enfant (18.9.2001 réf 121), ce sont les époux ou les parents.

b) - L'obligation d'information et l'époux de la femme enceinte.

Nous pouvons considérer compte tenu de l'autorité qui s'attache aux décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation étant précisé que son arrêt du 28.11.2001 (réf 25) est rendu dans le cadre des dispositions de l'article 1147 c.civ. que l'obligation contractuelle d'information du praticien demeure une obligation envers la patiente.

C - Le sujet de l'information

1 – Dans le droit médical général

L'information était destinée à la connaissance par le patient de son état de santé, du pronostic, des risques de l'examen, du traitement, des choix des méthodes curatives, de la nature, des conséquences et risques de l'opération. Connaissance pour lui-même mais aussi pour pouvoir prendre une décision le concernant. Il était au cœur de cette information.

2 – Dans le cadre de notre étude

Il est :

- la mère pour les risques que fait courir l'état de grossesse (Civ.1^{ère} 16.7.1991 réf 10).

Mais aussi

- l'enfant à naître : pour la forte probabilité qu'il soit porteur d'affections graves relevant de l'avortement thérapeutique (CA Paris 17.2.1989 réf 60), d'anomalie génétique (CA Versailles 8.7.1993 réf 62), de malformations (TGI Perpignan 12.4.1994 réf 61 ter, CA Aix en Provence 13.4.1995 réf 63) ; pour la gravité des risques encourus et leur caractère irréversible pour l'enfant...(CA Paris 17.12.1993 réf 15), pour les risques qu'il encourt (CA de Bordeaux 18.9.2001 réf 121); pour l'aberration chromosomique de l'enfant à naître (Cass. Ass plén.28.11.2001 réf 25).

Mais même lorsqu'il s'agit de la mère, c'est l'état de santé de l'enfant à naître qui est au cœur des préoccupations.

D – L’objet de l’information

1 – Dans le droit médical général

L’information portait sur l’état de santé du patient, le pronostic, les risques de l’examen, le traitement, les choix des méthodes curatives, la nature, les conséquences et risques de l’opération. Elle s’appliquait aux analyses, examen, diagnostic, pronostic, traitement, opération.

2 – Dans le cadre de notre étude

Elle ne porte que sur l’état de l’enfant, ainsi :

- la forte probabilité que l’enfant à naître soit porteur d’affections graves relevant de l’avortement thérapeutique (Paris 17.2.1989 réf 60),
- les risques que présentait l’état de grossesse et qui aurait permis aux époux de prendre une décision éclairée quant à la possibilité de recourir à une interruption de grossesse thérapeutique (Civ.1^{ère} 16.7.1991 réf 10),
- les risques non négligeables révélés par les examens (Versailles 8.7.1993 réf 62),
- la gravité des risques encourus et leur caractère irréversible pour l’enfant (CA Paris 17.12.1993 réf 15)
- le signalement de malformations (TGI Perpignan 12.4.1994 réf 61 ter), d’anomalies du fœtus (CA Aix-en-Provence 13.4.1995 réf 63),
- l’affection grave et incurable (réf 64),
- les risques encourus par l’enfant (CA de Bordeaux 18.9.2001 réf 121).

Ainsi si l’information, en général, jusqu’en 1997 au terme de la jurisprudence de la Cour de Cassation harmonisée avec celle du Conseil d’Etat, devait porter sur les risques majeurs, connus et prévisibles, les risques exceptionnels (Civ. 9.5.1983 ; quantification du risque exceptionnel : arrêt du 6.3.1979 ; Civ. 4.5.1985) ou imprévisibles pouvaient être tus ; quand l’intervention était facultative: l’information devait porter sur tous les risques (ainsi, l’arrêt de la Cour d’appel de Paris du 17.11 1983 : information sur les risques fréquents et graves, opération ne présentant pas un intérêt majeur et l’arrêt de la Cour de cassation du 11.2.1986 : obligation d’information du grave risque de fréquence de réalisation élevée).

Les critères applicables aux risques se rapprochent des conditions de l’interruption de grossesse et notamment de l’interruption de grossesse pour motif thérapeutique dans la mesure où l’information a pour finalité une décision éclairée sur l’interruption de grossesse ou une éventuelle interruption de grossesse, mais pas seulement peut-être, quand il y a impréparation à la naissance de l’enfant malformé.

E - La finalité de l’information

1 – Dans le droit médical général

L’information était destinée à éclairer le choix du patient pour un consentement ou un refus éclairé à une thérapeutique, à des investigations, à une intervention, proposées.

2 – Dans le cadre de notre étude

Elle est destinée, dans notre cadre d'étude, à éclairer le choix des époux alors même que la décision n'appartient qu'à la femme (réf 61 10 62 121 sauf 60 15 et les décisions ultérieures de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation) :

- prendre une décision sur l'interruption de grossesse (Paris 17.2.1989 réf 60 ; Civ.1^{ère} 16.7.1991 réf 10 ; réf 61 ; CA Versailles 8.7.1993 réf 62 ; CA Paris 17.12.1993 réf 15 ; réf 64 ; réf 121 CA Bordeaux 18.9.2001).
- mais aussi, plus rarement, à ce que les époux se préparent dans les meilleures conditions à la naissance de leur malformé (TGI Perpignan 12.4.1994 réf 61 ter)
- ou bien au choix alternatif : interruption thérapeutique de grossesse ou préparation avec l'époux à l'accueil d'un second enfant handicapé (réf 25).

On passe de l'information pour le choix du patient dans son intérêt à une obligation d'information pour le choix des parents ou de la mère pour un « tiers » : l'enfant à naître atteint d'une affection (réf 60 61 10 62 15 121).

F – La sanction du défaut d'information

1 - Les décisions de justice avant l'arrêt dit Perruche

a) – la difficile application au cadre de l'étude de la sanction du défaut d'information du droit médical général.

Les décisions de justice (réf 60 10 et 11 62 15 61 ter) suivaient le schéma suivant : la négligence ou le manque de diligence du praticien entraînait une erreur ou une absence de diagnostic qui n'avait pas permis l'information de la mère ou des parents, ladite information ayant une incidence sur l'interruption de grossesse. Elle avait pour conséquence la responsabilité du praticien. Le juge a appliqué au cadre de notre étude la sanction du défaut d'information du droit médical en général. La réparation du préjudice se calquait sur celle du préjudice consécutif au défaut d'information en général qui était l'entier dommage (Paris 17.11.1983, Civ. 11.2.1986) puis la perte de chance (Civ.7.2.1990 intervention pas indispensable).

Il résulte de la jurisprudence relative au défaut d'information en droit médical général que le dommage, la lésion subie qui s'apprécie au siège de cette lésion est l'atteinte à l'intégrité physique, l'atteinte à l'intégrité de la personne, le dommage est objectivement perceptible. La jurisprudence répare l'entier dommage ce qui renvoyait à l'atteinte à l'intégrité physique et à réparer le préjudice conséquence de la lésion, ainsi le préjudice patrimonial (ex : perte de salaires) le préjudice extra patrimonial (ex : souffrances morales) soit les conséquences découlant du dommage à l'égard cette fois de la victime de celui-ci (différence avec le dommage objectivement perceptible).

La jurisprudence a ensuite retenu la perte de chance d'échapper au risque qui s'est réalisé. C'est-à-dire que le préjudice conséquence du dommage à l'égard de la victime qui peut être patrimonial ou extra patrimonial devait être en tout état de cause : direct, certain, actuel. Etre dans le cadre de l'exigence du préjudice certain, direct, ramène ainsi au préjudice : perte de chance ; la perte de chance d'échapper au risque qui s'est réalisé, est à rattacher aux caractères du préjudice, elle ne modifie pas la définition du dommage retenue mais le seul préjudice indemnisable retenu. La perte de chance est un préjudice distinct des atteintes corporelles. L'aléa est à prendre en considération.

Mais son application qui impliquait l'indemnisation du préjudice lié au handicap se heurtait au problème du lien de causalité entre la faute et le dommage ; c'est la raison pour laquelle la décision de Paris du 17.2.1989 réf 60 considérait que : la mère ne saurait réclamer au médecin dont la faute n'a aucun lien de causalité avec l'état de l'enfant la réparation d'un préjudice matériel ; ou la CA de Versailles le 8.7.1993 réf 62 : en revanche, l'aberration chromosomique dont souffre le jeune Jayson est inhérente à sa personne et ne résulte pas des négligences reprochées aux appelants, à défaut de causalité entre le dommage et les fautes il n'y a pas lieu d'octroyer aux intimés en qualité d'administrateurs légaux de leur fils des dommages et intérêts pour le préjudice subi par ce dernier du fait de son état.

Le dommage devenait le handicap. Le préjudice effet ou suite du dommage était le préjudice moral de la mère du fait de la vue quotidienne du handicap, le préjudice matériel lié à l'état de l'enfant. Réparer l'entier dommage devait conduire à réparer notamment le préjudice matériel lié à l'état de l'enfant. La causalité s'opposait à la réparation de ce dernier préjudice.

Que le juge considère que le dommage consécutif au défaut d'information, soit le handicap dans le premier cas, ou la naissance de l'enfant atteint d'un handicap, dans ce second cas il se heurtait au problème du caractère non indemnisable du préjudice de naissance, CA Versailles 8.7.1993 réf 62 et CA Bordeaux 26.1.1995 réf 11.

b) – des exemples jurisprudentiels de cette difficile application

b/1) – Paris 17.2.1989 réf 60 ou la prévalence du lien de causalité.

La jurisprudence alors applicable d'une manière générale au défaut d'information lors de cette décision était la suivante : la Cour de Cassation le 11.2.1986 dans le cas où l'intervention n'était pas indispensable, retenait la responsabilité du praticien pour l'intégralité du préjudice subi; cela impliquait une réparation de l'entier dommage (= atteinte à l'intégrité de la personne) et donc l'indemnisation de l'entier préjudice, conséquence de la lésion : préjudice patrimonial (ainsi perte de salaires) et extra patrimonial(ainsi souffrances morales).

Les juges dans le cadre de notre étude limiteront l'indemnisation : en effet le jugement du 17.2.1989 n'indemniser pas l'intégralité du préjudice subi consécutif au dommage soit le handicap et par conséquent le préjudice matériel lié à l'état de l'enfant né avec un taux d'incapacité permanente de 80% car la faute du médecin n'avait aucun lien de causalité avec l'état de l'enfant ; par contre il indemniser le préjudice moral de la victime directe du défaut d'information : la mère, le dommage est le handicap, elle retient les souffrances qu'elle subit du fait de la vue quotidienne du handicap, néanmoins il le limitera à une partie seulement des souffrances subies du fait de la vue quotidienne du handicap (la faute du praticien n'a pas causé l'état de l'enfant, donc il ne peut pas indemniser les effets du handicap sur la mère).

Le dommage appliqué au cadre de notre étude, est le handicap. Le préjudice effet ou suite du dommage était le préjudice moral de la mère du fait de la vue quotidienne du handicap ; mais, la causalité s'opposait à la réparation de préjudice matériel lié à l'état de l'enfant.

Les juges ont adapté la jurisprudence applicable à la sanction du défaut d'information en raison des circonstances propres au cadre de l'étude mettant en jeu les règles sur le lien de causalité entre la faute et l'état de l'enfant.

b/2) – la Cour d'appel de Versailles le 8.7.1993 (réf 62) ou le caractère juridiquement non indemnisable du préjudice de naissance auquel conduit la perte de chance et le lien de causalité

La jurisprudence générale en application d'un arrêt de la Cour de cassation du 7.2.1990 avait évolué, au cas où l'intervention n'était pas indispensable, ramenant le préjudice indemnisable à une perte de chance, préjudice distinct des atteintes corporelles.

La Cour d'appel de Versailles le 8.7.1993 retiendra au profit des parents également une perte de chance adaptée aux faits de l'espèce: la perte de chance d'éviter de mettre au monde un enfant trisomique.

Mais le préjudice moral ramène à l'interruption de grossesse, qu'elle indemnise à hauteur de 250 000 frs au profit de chacun des parents, l'indemnisation ne se ramène pas à l'indemnisation d'une seule perte de chance dans les faits mais à l'indemnisation liée aux entiers effets du handicap.

Les juges n'allouent pas de dommages et intérêts pour le préjudice subi par l'enfant du fait de son état : l'aberration chromosomique est inhérente à sa personne et ne résulte pas des négligences reprochées et surtout ne saurait être considéré comme une perte de chance le fait d'avoir été mis au monde plutôt que d'avoir fait l'objet d'une interruption de grossesse. La perte de chance d'avoir été mis au monde plutôt que d'avoir fait l'objet d'une interruption de grossesse n'est pas un préjudice indemnisable car le préjudice de naissance n'est pas indemnisable.

L'application de la jurisprudence du droit médical général dans la réparation du préjudice consécutif au défaut d'information correspondant à l'entier dommage ou à la perte de chance d'échapper au risque qui s'est réalisé se heurtait, dans le cadre de notre étude, au problème du lien de causalité entre la faute et le handicap : la faute du praticien n'a pas causé l'état de l'enfant ou du caractère non indemnisable du préjudice de naissance.

Quant au préjudice moral du patient il était indemnisé dans la jurisprudence relative au défaut d'information en général, jusqu'en 2007 date à partir de laquelle la cour de cassation va rompre avec cette jurisprudence réf 113 114 115 116 117. Il sera certes indemnisé dans le cadre de notre étude mais pas toujours dans le respect du caractère du préjudice retenu (réf 60 62).

2 – Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation : le dommage consécutif au défaut d'information devient l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse.

L'Assemblée plénière revenait sur l'application de la jurisprudence du droit médical général, sa détermination du dommage consécutif au défaut d'information (entier dommage puis perte de chance) et le préjudice, suite du dommage (préjudice corporel ou préjudice prenant en compte la part d'aléa appliquée au préjudice corporel retenu) ; l'application de cette jurisprudence au cadre de l'étude posait des difficultés ; elle conduisait au handicap ou à la naissance ce qui entraînait des problèmes liés à la causalité et au caractère juridiquement non indemnisable du préjudice de naissance. La jurisprudence faisant des applications peu respectueuses des principes quant au préjudice moral.

Elle revient sur une distinction bien établie du dommage et du préjudice qu'elle rétablit ; elle détermine le dommage, un dommage spécifique, consécutif au défaut d'information dans le cadre du diagnostic prénatal. Ainsi elle se détache du droit médical général relatif à la sanction du défaut d'information.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation détermine donc ce dommage consécutif au défaut d'information : il est l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, la perte de la possibilité de recourir soit à l'interruption de grossesse soit de se préparer avec son mari à l'accueil d'un second enfant handicapé ; ce dommage lorsqu'il est lié à l'interruption de grossesse exige la réunion des conditions de l'interruption de grossesse concernée.

Désormais la négligence du praticien entraînant une erreur ou une absence de diagnostic prénatal aboutit à un défaut d'information empêchant la mère d'exercer son choix

d'interrompre sa grossesse ou lui faisant perdre la possibilité de recourir soit à l'interruption de grossesse soit de se préparer avec son mari à l'accueil d'un second enfant handicapé. La mère, empêchée d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse dont les conditions sont réunies:

- les époux peuvent demander sur le fondement de la responsabilité contractuelle la réparation du préjudice résultant pour eux du handicap.

- l'enfant atteint d'un handicap, en application de la jurisprudence sur la responsabilité des contractants à l'égard des tiers, se voit ouvrir les portes de l'action en justice : il a une action en responsabilité délictuelle contre le contractant fautif, le médecin ; il peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap.

Le préjudice indemnisable est puisé dans le dommage, il n'est pas une perte de chance. Il en est l'effet, la conséquence.

La sanction du défaut d'information ayant empêché la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse conduit à la réparation du préjudice des parents résultant pour eux du handicap et du préjudice de l'enfant résultant de son handicap.

Le préjudice moral des époux peut être la conséquence du dommage perte de la possibilité pour la mère entre deux alternatives ou du dommage empêchement de choix. La Cour d'appel de Paris le 29.3.2002 en fait une application, dans ce dernier cas, dans le cadre de sa décision consacrée aux différents postes de préjudice : elle retient le préjudice moral des époux constitué par le fait de vivre auprès d'un enfant lourdement handicapé (réf 20).

§ 2 – L'obligation de soins

L'obligation de soins est appliquée au cadre de notre étude : ainsi l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de Cassation du 28 novembre 2001 (réf 25) qui sanctionne la négligence du praticien qui a omis de prescrire un test de dépistage de la trisomie 21 ou de faire pratiquer une amniocentèse, en ne tenant pas compte, de la situation de la patiente inscrite dans son dossier médical, de sa précédente prescription, dans le cadre d'une demande d'amniocentèse de la femme, renvoie à l'obligation de soins de la jurisprudence et du code de déontologie médicale. Cette obligation aurait dû conduire le médecin gynécologue à prescrire ce dépistage.

Elle est avec l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8.7.1993 (réf 62) une obligation d'assurer les soins nécessités par la grossesse (Versailles 8 juil.1993 réf 62).

Et aux soins « consciencieux, attentifs » issus de l'arrêt Mercier de la Cour de cassation du 20.5.1936, « dévoués » du code de déontologie médicale (article 34 du décret du 28 juin 1979 N° 79-506, article 32 dans sa rédaction issue du décret du 6 septembre 1995 N° 95-1000) s'ajoute l'adjectif diligents avec l'arrêt de la Cour d'appel de Paris 17.12.1993 (réf 15).

S III – L'action en justice des parents de l'enfant handicapé et la responsabilité contractuelle

Le principe de la responsabilité médicale n'avait pas été posé par la loi, mais par la jurisprudence.

Le client reprochant au médecin une erreur de diagnostic devait primitivement fonder son action en responsabilité sur l'article 1382 c civ.

La nature contractuelle de l'action en responsabilité résultait de l'arrêt Mercier de la Cour de Cassation du 20 mai 1936 qui faisait peser sur le praticien une obligation contractuelle de moyens : l'obligation de soins. A cette obligation, les juges ont ajouté celle d'informer le patient des risques de l'opération ou du traitement conseillé (Civ., 1^{ère}, 29 mai 1951).

La violation des obligations contractuelles de soins, d'information, était sanctionnée par une responsabilité de même nature: la responsabilité contractuelle.

Le patient devait démontrer l'existence d'une faute du médecin, d'un dommage, du lien de causalité entre la faute et le dommage.

Qu'en était-il pour les praticiens lors d'une erreur ou d'une absence de diagnostic prénatal ?
Aucun texte, législatif ou réglementaire, déterminait, régissait la responsabilité médicale.
Sur la base jurisprudentielle précitée, les juges, au fil du temps, ont établi la nature et construit le régime de la responsabilité civile, établissant les fautes, allant jusqu'à préciser le comportement qui aurait dû être, déterminant le dommage, fixant ses conditions, choisissant le système de causalité applicable.

C'est à ce cadre et à son évolution que nous allons consacrer les développements suivants.

§ 1 – La nature de la responsabilité médicale du praticien

Par une responsabilité de quelle nature était sanctionnée l'obligation de soins, d'information du praticien envers la femme enceinte ?

Sur quel fondement juridique reposait la demande en justice des deux époux ?

A – La nature contractuelle de la responsabilité médicale

Il résulte des décisions de justice rendues (à l'exception du jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 17.12.1989, réf 61, reposant sur la responsabilité quasi délictuelle) que la responsabilité du praticien dans le cadre de notre étude est de nature contractuelle.

Ainsi cela résulte, à titre d'exemples des trois décisions suivantes :

- l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation du 16.7.1991 (réf 10) est rendu en ces termes après avoir visé l'article 1147 c civ. « attendu que pour écarter la responsabilité de Mmes Z... et W... ; qu'en statuant ainsi, alors qu'en ne procédant pas aux examens qui leur auraient permis d'informer les époux Y... des risques que présentait l'état de grossesse de l'épouse, Mmes Z... et W... n'ont pas rempli l'obligation de renseignements dont elles étaient tenues à l'égard de leur patiente et qui aurait permis aux époux Y... de prendre une décision éclairée quant à la possibilité de recourir à une interruption de grossesse thérapeutique, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

- l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8.7.1993 (réf 62), sur la responsabilité du praticien dans la réalisation du dommage subi par les époux et sur la réparation de leur préjudice moral, après avoir visé en tête de la décision dans le cadre de l'obligation contractuelle le devoir d'information du médecin, considère : « ...il est donc établi que le Dr R a manqué à ses obligations d'information et de suivi de sa patiente de sorte que c'est à juste titre que le tribunal a retenu sa responsabilité dans la réalisation du dommage subi par les époux R... ».

Considérant en second lieu ... qu'en s'abstenant d'informer les époux R ... le Dr G... a également commis un manquement à son devoir de renseignements... qu'il s'ensuit qu'il a également concouru au dommage subi par les époux...

Considérant qu'en raison des fautes susvisées... ceux-ci sont bien fondés à réclamer réparation pour la chance qu'ils ont ainsi perdue d'éviter de mettre au monde un enfant trisomique... ; il convient de condamner in solidum le Dr R... le Dr G... et l'H... à leur verser respectivement une somme de 250 000frs à titre de dommages et intérêts en réparation de leur préjudice personnel ; ».

- l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17.12.1993 (réf 15) après avoir visé en tête de la décision dans le cadre de son obligation contractuelle de moyens le devoir d'information et de conseil du médecin en conclut : « il s'ensuit que le Dr P... n'a pas donné à Mme P... tous les soins attentifs et diligents que celle-ci était en droit d'attendre et n'a pas rempli son devoir d'information et de conseil devant permettre à sa patiente de prendre une décision éclairée... Considérant que le Dr P... et son assureur doivent être déclarés responsables in solidum des conséquences dommageables en relation causale avec leurs fautes... ».

Nous ne disposons pas, par contre, des éléments permettant de déterminer assurément la nature de la responsabilité servant de fondement aux deux décisions suivantes : Paris 17.2.1989 réf 60 pour laquelle nous ne disposons que d'un extrait, TGI Perpignan 12.4.1994 réf 61 ter pour lequel nous n'avons qu'un commentaire. Ceci n'invalide pas pour autant la nature contractuelle de la responsabilité retenue.

Depuis l'arrêt Perruche, la jurisprudence n'a pas changé, la responsabilité du praticien demeure contractuelle. Ainsi :

- la Cour d'appel de Bordeaux le 18.9.2001 (réf 121) retient une faute dans l'exécution du contrat qui a empêché les époux d'exercer leur choix, elle confirme le jugement qui a retenu la responsabilité du dommage des époux, elle la condamne à verser une provision complémentaire aux époux à valoir sur leur préjudice moral.

- l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 28.11.2001 (réf 25) quant à l'action des époux en réparation de leurs préjudices moral et matériel, objet d'un pourvoi reposant sur l'article 1147 c civ., rend son arrêt considérant d'une part que la cour d'appel a pu retenir la négligence, le lien de causalité entre la faute et le préjudice moral, d'autre part et toujours au visa de l'article 1147 c civ. que les parents pouvaient demander la réparation du préjudice matériel résultant pour eux du handicap.

B – Le père de l'enfant handicapé

On peut s'interroger sur le fait que dans les décisions de justice, rendues dans le cadre de la responsabilité contractuelle, le père, bien qu'il ne soit pas partie au contrat médical, apparaisse, aux cotés de la mère, comme « partie » ; les raisons trouvées dans les jugements ou arrêts comme explications possibles ont été dans un premier temps diverses, plus ou moins justes mais relativement constantes, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation tout en maintenant cette position les a plus justement recadrées.

1 - Ainsi, avant l'arrêt Perruche :

a) - La présence du père en tant que partie pouvait se justifier dans le jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 15.12.1989 (réf 61), car il était rendu dans le cadre de la

responsabilité quasi délictuelle; nous avons trouvé comme éléments pouvant justifier cette qualité diverses considérations :

Ils étaient décidés à pratiquer une interruption de grossesse

Il est victime directe : « la décision de pratiquer une interruption volontaire de grossesse appartient en premier lieu à la mère à qui peut être associé le père de l'enfant s'il ressort des éléments de l'espèce l'existence d'une volonté commune d'assurer le devenir du fœtus »

Le dommage, perte de chance de pratiquer une interruption de grossesse est un dommage des deux parents

Les parents de l'enfant supportent un préjudice moral, l'obligation de supporter la moindre autonomie de l'enfant, et matériel, les coûts supplémentaires de l'éducation d'un enfant handicapé.

b) - L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 16.7.1991 (réf 10), dans le cadre de la responsabilité contractuelle indique :

L'obligation d'information a comme destinataire les époux

Les époux prennent une décision éclairée quant à la possibilité de recourir à une interruption de grossesse.

c) - Par contre, dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8.7.1993 (réf 62) rendu dans le cadre de la responsabilité contractuelle, les raisons trouvées dans la décision peuvent être les suivantes:

Les résultats étaient susceptibles d'amener les époux une fois éclairés sur la possibilité d'une telle anomalie génétique à opter pour une interruption de grossesse.

Le dommage est subi par les époux : il est la perte de chance d'avoir le choix de ne pas mettre au monde un enfant anormal.

Le destinataire de l'obligation d'information du biologiste : ce sont les époux.

Ils subissent un préjudice personnel : la souffrance morale résultant du grave handicap de leur enfant.

d) - La Cour d'appel de Paris le 17.12.1993 (réf 15), dans le cadre de la responsabilité contractuelle affirme, quant à elle, que la décision relative à l'interruption de grossesse est une décision des deux époux.

e) - La Cour d'appel d'Aix en Provence, toujours dans le cadre de la responsabilité contractuelle, le 13.4.1995 (réf 63), indique comme destinataire de l'obligation d'information : les parents.

f) - Enfin la Cour d'appel de Rennes le 9.12.1998 (réf 64), également dans le cadre de la responsabilité contractuelle, précise que les parents auraient eu recours à une interruption thérapeutique de grossesse.

Par conséquent, nous avons relevé dans les décisions rendues diverses raisons pouvant justifier la qualité de partie du père dans la procédure :

soit, elles étaient constantes :

- à savoir : il intervient dans la prise de décision d'interrompre ou non la grossesse ; alors qu'au terme de la loi cette décision est réservée à la femme.

soit elles apparaissaient de façon plus ou moins constante :

- en tant que destinataire de l'obligation d'information (réf 10 62 63),
- comme victime de préjudices moral et matériel (réf 61), de préjudice seulement moral réf 62,

- auquel cas le dommage est alors le dommage des deux parents (réf 61 et 62).

2 – Depuis l’arrêt « Perruche »

a) - Dans l’arrêt de la Cour d’appel de Bordeaux du 18.9.2001 (réf 121), arrêt postérieur à l’arrêt Perruche, nous avons trouvé les mêmes raisons que celles trouvées dans les précédentes décisions : ainsi les parents sont destinataires de l’obligation d’information, ils se prononcent également sur l’interruption de grossesse par un choix clair et motivé, le dommage empêchement de choix d’ig est le dommage des époux, enfin ils peuvent demander réparation de leur préjudice moral pour lequel ils perçoivent une provision complémentaire.

b) - L’Assemblée plénière de la Cour de cassation le 28.11.2001 (réf 25) va opérer un juste rétablissement : on ne s’attardera pas en effet aux décisions où les époux agissent en qualité de représentants légaux de leur enfant mineur soit réf 24 et 26 mais à celle où ils agissent à titre personnel.

Le père demeure une partie dans la procédure.

Mais le dommage, empêchement de choix d’interrompre la grossesse est le dommage de la mère, l’interruption de grossesse est une décision, au terme de la loi, effectivement, de la femme.

Le dommage, empêchement de choix alternatifs soit d’interruption de grossesse soit d’accueil, associe dans sa seconde partie le père : par la préparation à l’accueil de l’enfant handicapé, cette dernière est celle des parents.

Les époux subissent tous deux un préjudice : moral résultant de l’empêchement de choix alternatifs et matériel résultant du seul empêchement de choix d’interruption de grossesse.

Si l’Assemblée plénière de la Cour de cassation a considéré avec plus de justesse que l’empêchement de choix d’interruption de grossesse est le dommage de la mère, ramenant la décision d’interruption de grossesse à une décision de la femme conformément à la loi, elle réduit, semble-t-il, la justification de la présence de l’époux comme partie dans la procédure, à son association à la préparation à l’accueil de l’enfant handicapé et donc à une prise en considération de ce que les deux parents subissent identiquement un préjudice moral et matériel.

Néanmoins même si l’époux n’est pas une partie au contrat médical, la décision demeure fondée sur la responsabilité contractuelle.

c) - La Cour d’appel de Paris le 24.3.2002 (réf 20) poursuivra ce raisonnement et ajoutera une pierre à l’édifice : le préjudice est envisagé sous différents postes liés à la naissance d’un enfant atteint d’un handicap gravissime. Voilà ce qu’ont en commun les différents postes de préjudice, ils sont liés à la naissance d’un enfant atteint d’un handicap gravissime.

Le père est partie dans la procédure, cadrée par la responsabilité contractuelle, même s’il n’est pas partie au contrat avec le praticien, même s’il n’est plus destinataire de l’obligation d’information, et ce à juste titre pour ces deux dernières considérations, car il subit, comme la mère un préjudice qui se décline sous différents postes, lesquels sont tous liés à la naissance d’un enfant atteint d’un handicap gravissime.

Telles sont les raisons qui nous semblent résulter, in fine, de la jurisprudence, pour justifier de la qualité de partie du père dans les décisions.

§ 2 - La faute contractuelle du praticien

Nous allons examiner dans le cadre précis de notre étude : son caractère, sa typologie, son établissement par le juge.

A – Obligation de moyens du médecin et caractère de la faute

1 – Dans le droit médical en général, le médecin est tenu non pas à une obligation de résultat mais seulement à une obligation de moyens : il doit tout mettre en œuvre pour tenter de parvenir au résultat ; la non-obtention des résultats espérés ne suffit pas à engager sa responsabilité.

Par ailleurs, il y a eu une tendance jurisprudentielle ancienne et persistante à se référer à la faute lourde ; mais depuis l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 20.5.1936 dit Mercier on ne peut plus exiger une faute lourde pour engager la responsabilité du praticien.

Ultérieurement la Cour de cassation rappellera que « toute faute du médecin engage sa responsabilité » (Civ. 30.10.1963 D 1964, 81), mais il est nécessaire de relever une faute qui lui soit personnelle. La faute simple suffit pour engager la responsabilité ; aucun caractère de gravité particulière n'est exigé.

2 – Dans le cadre de notre étude, le jugement du Tribunal grande instance de Montpellier du 15.12.1989 (réf 61) même s'il repose sur la responsabilité quasi délictuelle fait une application intéressante de l'obligation du praticien qui n'est pas de résultat, qu'il exprime et détaille, nous permettant ainsi, de prendre conscience de la démarche du juge à suivre dans l'établissement de la faute : « en l'espèce, il est donc certain que le CTS ne pouvait être tenu à délivrer un résultat de caryotype conforme à la réalité observée sur l'enfant arrivé à terme et né, puisqu' aussi bien il existe une probabilité d'erreur fût-elle infime lorsque s'agissant d'un enfant de sexe féminin, les cellules cultivées sont d'origine maternelle et non fœtale- le caractère incontestablement erroné en l'espèce du résultat du caryotype ne peut donc pas en soi être constitutif d'une faute sauf à exiger du CTS une obligation de résultat ; - ...il appartient au tribunal, à partir des éléments versés au dossier, de se pencher in concreto sur le processus de l'examen litigieux pour déterminer si le seul aléa... est à l'origine du résultat erroné, ou si au contraire le CTS n'a pas procédé à toutes les opérations rendues nécessaires par les caractéristiques propres aux cultures des cellules du liquide amniotique cultivées dans le laboratoire au jour de l'examen, ... ».

Quant au caractère de la faute l'attachement du juge à sa motivation pour en établir la preuve, généralement encadrée de diverses circonstances « aggravantes » telles que le matériel performant, la spécialisation du médecin, sa compétence reconnue.... comme nous l'exposerons ultérieurement, confèrerait quasiment à celle-ci un caractère de faute lourde ; dès lors nous comprenons que l'article 1^{er} de la loi du 4.3.2002 repose sur une « faute caractérisée ».

B – La typologie des fautes

- Il n'y a pas lieu de faire une distinction entre les décisions rendues avant ou après l'arrêt Perruche : en effet, les fautes sont d'une infinie diversité, elles suivent l'évolution des techniques et nous n'avons pas noté de modifications dans l'acte de les juger ; elles relèvent la plupart du temps (à l'exception d'une seule décision réf 25) de la fonction des juges du fond.

- Les fautes retenues sont d'une infinie diversité ; chaque comportement est un fait d'espèce qui s'inscrit dans un contexte spécifique ; il règne une grande incertitude pour le praticien dont la norme de conduite peut ne pas être fixée avant d'être sanctionnée ; c'est le risque d'une responsabilité jurisprudentielle fondée sur la faute ; c'est le propre aussi de la jurisprudence et de son évolution.

- Néanmoins l'étude générale des décisions de justice permet de dégager les activités principalement concernées : les analyses et l'imagerie (échographie –IRM) et dans l'activité : le comportement précisément en cause.

Ainsi :

a) - Les fautes dans le cadre des analyses, au terme des décisions sont les suivantes :

- Paris 17.2.1989 (réf 60) : la non prescription d'un deuxième test au vu des résultats d'une sérologie de la rubéole

- TGI Montpellier 15.12.1989 (réf 61) : d'avoir présumé du degré de confiance à accorder à son examen (caryotype), alors que la culture était médiocre et que seules 6 cellules avaient pu être examinées dans un seul clone et n'avoir pas procédé à tout examen complémentaire.

- Civ. 1^{ère} 16.7.1991 (réf 10) : le défaut de prescription d'un deuxième examen après avoir eu connaissance d'un taux d'anticorps anti-rubéole.

- CA Versailles 8.7.1993 (réf 62) : l'omission de prise de renseignement sur les résultats du dosage plasmatique de bêta HCG et malgré les résultats alertant de l'échographie, l'absence de prescription d'examen complémentaire ; le défaut d'information par la biologiste sur les risques révélés par les examens réalisés par ses soins et la nécessité de pratiquer une amniocentèse qu'elle conseillait.

- CA Paris 17.12.1993 (réf 15) : l'absence de diligences utiles du médecin qui, connaissant la situation de sa patiente, a été informé des résultats contradictoires du test (contact avec le laboratoire autre que téléphonique, investigations complémentaires, demande d'avis de spécialistes...).

- Cass. Ass. plén. 28.11.2001 (réf 26) : le défaut de communication par le médecin des résultats d'un dosage de bêta HCG à sa patiente alors que corroborés par des examens échographiques (révélant une discordance entre un diamètre bipariétal important et un fémur trop court) ils étaient alarmants et justifiaient une consultation spécialisée.

- Cass. Ass. plén. 28.11.2001 (réf 25) : l'omission de prescrire le test de dépistage de la trisomie 21 ou de faire pratiquer l'amniocentèse que demandait la patiente à risques (conditions de la première grossesse, état de santé du premier enfant, trisomie de la belle-sœur, prescription du test lors de la seconde grossesse non réalisé en raison d'une fausse couche).

Il s'en dégage des normes de conduite, le juge allant parfois jusqu'à déterminer précisément les diligences qui auraient dû être accomplies :

- réf 15 : « Considérant qu'eu égard à cette situation, à la gravité des risques encourus et de leur caractère irréversible pour l'enfant, le Dr P... 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 devait de ce fait procéder à des investigations complémentaires pour arrêter un diagnostic sérieux et permettre à Mme P... d'être pleinement informée; qu'il lui appartenait ... de faire preuve de davantage d'esprit critique et de demander l'avis d'un infectiologue ou d'un gynécologue spécialisé... »

- réf 62 : « il se devait de s'enquérir le plus rapidement possible des résultats...une interruption de grossesse qu'il aurait été souhaitable de pratiquer le plus rapidement possible...malgré les conclusions du Dr T...celui-ci n'a pratiqué aucun examen complémentaire et notamment l'amniocentèse qui eût pourtant permis de déceler même tardivement l'anomale génétique ... ».
- réf 26 : « ces résultats corroborés par des examens échographiques..., étaient alarmants et justifiaient une consultation spécialisée en génétique et en échographie ; ».

b)- Dans le cadre de l'imagerie, elles sont :

- TGI Perpignan 12.4.1994 (réf 61 ter) : un défaut d'attention porté à l'absence de vision de la main gauche de l'enfant qui aurait du entraîner un examen plus approfondi ou une demande de contrôle quelques jours plus tard.
- CA Aix en Provence 13.4.1995 (réf 63) : en possession d'un matériel performant, un défaut de signalement ou de décèlement d'une anomalie de la mesure du fémur, un défaut d'attention au décalage des mesures par rapport à la moyenne, du gynécologue qui a réalisé et interprété des échographies et une déclaration erronée de vision des 4 membres
- CA Rennes 9.12.1998 (réf 64) : une insuffisance de documentation des échographies (coupes coronales absentes, le cerveau n'a pas été exploré dans les trois plans de l'espace, le diamètre orbitaire n'a pas été évalué) et des erreurs d'interprétation de l'IRM.
- CA Bordeaux 18.9.2001 (réf 121) : l'absence de recours à des avis techniques susceptibles d'aider le praticien en présence d'un cas difficile notamment un dédoublement des parties molles de la région nucale, une absence d'anomalie du caryotype, un retard de croissance, une oligoamnios sévère confinant à une absence totale de liquide certaines semaines constatée à plusieurs reprises par les échographies.

Il s'induit de ces décisions des juges des normes de conduite comme dans le cas des fautes lors des analyses :

- l'examen échographique doit être suffisant, la moindre anomalie doit conduire à l'approfondir
- l'interprétation des échographies et IRM doit être faite avec attention comme les déclarations insérées dans les compte rendus
- le praticien doit s'entourer d'avis techniques dans les cas difficiles.

Mais il arrive également, directement au juge ou à l'expert de déterminer la conduite qui aurait du être tenue:

- TGI Perpignan 12.4.1994 (réf 61 ter) : « cette image aurait dû attirer l'œil de l'échographiste qui aurait dû pousser plus à fond l'examen ou demander un contrôle quelques jours plus tard ».
- CA Rennes 9.12.1998 (réf 64) : les échographies ont été insuffisamment documentées faute d'avoir renseigné l'organe exploré dans les trois plans de l'espace, les coupes coronales étant absentes. De plus le diamètre orbitaire, excellent indicateur d'une anomalie intracrânienne, n'a pas été évalué.

C – L'établissement de la faute

1 – L'utilisation de la jurisprudence

a) dans les analyses

a /1) - Pour établir la faute le juge utilise la jurisprudence générale relative tant à l'obligation de soins consciencieux et diligents (arrêt dit Mercier 20.5.1936) qu'à l'obligation d'information sur les risques (Civ. 1^{ère} 29.5.1951). Elle constitue la base de référence sur laquelle il s'appuie, à partir de laquelle il peut puiser d'autres obligations.

Par exemple, pour parvenir à la réalisation de ces obligations, le praticien doit prendre connaissance des résultats des analyses et prescrire des investigations complémentaires au moindre signe d'appel; est fautif, le comportement du médecin en possession des résultats des analyses qui ne diligente pas d'investigations en présence de signes d'appel (réf 60 10 15). Encore plus en amont, est également fautif, le gynécologue qui ne prend pas connaissance des résultats des analyses qu'il a prescrites (réf 62).

a /2) - Le juge utilise non seulement la jurisprudence générale de la responsabilité médicale pour statuer sur la faute mais également la jurisprudence générale en matière d'analyses médicales qu'il applique, adapte, étend au cadre de notre étude.

Ainsi les examens de laboratoire qui donnent lieu à des difficultés de réalisation ou d'interprétation restent soumis à l'obligation de moyens (Civ. 1^{ère} 4.1.1974 B Civ. I N° 4) ; par contre les examens de laboratoires courants ne comportant aucun aléa mettent à la charge de leur auteur une obligation de résultats : celle de fournir un résultat exact au patient (R Savatier De sanguine jus D 1954 chron. 141). Le comportement fautif du praticien est déterminé au regard de cette jurisprudence dans le cas du résultat du caryotype (réf 61) du résultat du test de rubéole (réf 15).

Le juge avait également déterminé dans une précédente décision, à la charge du professionnel une obligation d'informer le patient des résultats des analyses pratiquées (Paris 8.6.1989 D 1989 IR 210) ; devient fautif, dans le cadre de notre étude, le défaut de prise de renseignements du gynécologue sur les résultats des analyses (réf 62) ; si cette précédente décision n'est pas expressément citée par le juge, nul doute qu'elle a pu servir de base à l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles ; on retrouve appliquée la décision (Paris 8.6.1989 D 1989 IR 210) sur l'obligation d'informer le patient des résultats des analyses pratiquées dans l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11.2001 (réf 26) : « mais attendu que l'arrêt relève que le médecin n'avait pas communiqué à la patiente les résultats d'un dosage de bêta HCG qu'il lui avait proposé ..alors que ces résultats corroborés par des examens échographiques...étaient alarmants et justifiaient une consultation spécialisée en génétique et en échographie ; qu'en l'état de ces constatations ...la cour d'appel a pu retenir que la faute ainsi commise... ».

a /3) - Le juge utilise la jurisprudence générale de la responsabilité médicale pour statuer sur la faute, la jurisprudence générale en matière d'analyses médicales qu'il applique, adapte, étend au cadre de notre étude, mais il utilise comme précédent jurisprudentiel les décisions de justice également rendues dans le cadre du dépistage prénatal.

Ainsi, dans l'affaire référencée 25 : la faute n'est pas le défaut de proposition du dépistage de la T 21, elle est directement l'omission de le prescrire compte tenu de l'accord préalable de la patiente qui demandait une amniocentèse ; la Cour y ajoute les motivations retenues également par la cour d'appel soit la première grossesse, l'état de santé de son premier enfant, la trisomie de sa belle-soeur, la précédente prescription par le même praticien du test de

dépistage non réalisé en raison d'une fausse couche. C'est une confirmation de la jurisprudence sur l'obligation de soins (le praticien doit donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science) appliquée au cas de l'erreur de diagnostic dans l'affaire Perruche par la Cour d'appel de Paris le 17.12.1993 (réf 15).

b) dans les actes d'imagerie

b /1) - Pour établir la faute le juge utilise la jurisprudence générale relative tant à l'obligation de soins consciencieux et diligents (arrêt dit Mercier 20.5.1936) qu'à l'obligation d'information sur les risques (Civ. 1^{ère} 29.5.1951). Elle constitue la base de référence sur laquelle il s'appuie, à partir de laquelle il peut puiser d'autres obligations.

Par exemple, pour parvenir à la réalisation de l'obligation d'informer sur les risques encourus par l'enfant en raison de l'oligoamnios sévère, le praticien doit s'entourer d'avis techniques susceptibles de l'aider dans ce cas difficile (réf 121 CA Bordeaux 18.9.2001).

b /2) - Il est vrai que l'on retrouve dans les décisions de justice rendues dans le cadre de notre étude et précisément dans celui de l'imagerie (échographie ou IRM) des précédents jurisprudentiels issus de la responsabilité médicale lors d'actes de radiographie ; ce qui nous permet de considérer que le juge même s'il ne cite pas cette jurisprudence s'en est inspiré et l'a appliquée à l'échographie. L'insuffisance de l'examen constitue une faute tant dans le cadre de la radiographie que dans celui de l'échographie.

Ainsi la responsabilité du médecin a été retenue quand faute d'examen radiographique suffisant il a diagnostiqué une luxation de la tête humérale alors que c'est une fracture du col de l'humérus (Grenoble 4.11.1946 D 1947 79) ou bien il a confondu une fracture de l'humérus avec une luxation du coude (Civ. 1^{ère} 14.12.1965 D 1966 453).

Avec le jugement du Tribunal de grande instance de Perpignan du 12.4.1994 (réf 61 ter) la responsabilité du praticien est également retenue quand faute d'un examen échographique suffisant il ne diagnostique pas une agénésie du membre supérieur gauche; l'erreur de diagnostic conduit à un défaut d'information.

La Cour d'appel d'Aix en Provence le 13.4.1995 (réf 63) retient aussi l'insuffisance de l'examen échographique conduisant à un diagnostic erroné et à une abstention d'information des parents pour établir la responsabilité du gynécologue; s'y ajoute la déclaration erronée de vision des 4 membres.

La Cour d'appel de Rennes le 9.12.1998 (réf 64) juge que le radiologue a engagé sa responsabilité professionnelle en documentant insuffisamment les échographies, s'y ajoutent des erreurs d'interprétation de l'IRM, le diagnostic n'a par conséquent pas été correctement posé.

Cependant si l'insuffisance de l'examen radiographique entraîne une erreur de diagnostic, l'incidence porte sur l'obligation de soins alors que l'insuffisance de l'examen échographique entraînant une erreur ou une absence de diagnostic porte sur l'obligation d'information (réf 61 ter et 63).

Une jurisprudence antérieure rendue dans le cadre de la radiographie retient le radiologue dans les liens de la responsabilité lorsqu'il donne d'une radiographie une interprétation manifestement inexacte alors que sa formation spéciale aurait dû le garder d'une telle interprétation (Montpellier 29.5.1934 DH 1934 453 ; Civ. 3.4.1939 DH 1939 337).

On retrouve cette jurisprudence appliquée avec l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence (réf 63) si l'on considère que la responsabilité professionnelle est retenue pour avoir mal interprété les échographies, la performance du matériel se substituant également à la spécialisation du radiologue.

b /3 - Mais on retrouve aussi, ainsi dans l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 18.9.2001, la jurisprudence antérieure et les obligations inscrites dans le code de déontologie : la grossesse a fait l'objet d'un suivi au cours de l'année 1991, l'enfant est né cette même année ; la jurisprudence retenait la négligence grave du médecin généraliste qui lorsque les circonstances l'exigent tarde à faire appel à un spécialiste (TGI Mulhouse 9.3.1976 GP 1977 1 som. 55 réf 57) et l'article 55 CDM stipulait : « le médecin doit proposer une consultation avec un confrère dès que les circonstances l'exigent ». La Cour d'appel de Bordeaux retient le 18.9.2001 « qu'il convient de retirer de l'ensemble de ses éléments, dans le cas d'A... que dès le 1^{er} juin et jusqu'à l'accouchement en date du 25 août 1991 les échographies pratiquées régulièrement ont toujours permis de constater une absence de liquide amniotique et certaines semaines une absence totale de liquide caractérisant un oligoamnios sévère, qu'il existait un risque élevé de malformation des membres et une bronchodysplasie avec d'éventuelles mais fréquentes conséquences cardiaques et respiratoires ... que cet oligoamnios sévère constatée à plusieurs reprises durant la grossesse de Madame Z justifiait l'interruption de grossesse avec l'accord des parents, que le Dr X... ne s'est pas entouré d'avis techniques susceptibles de l'aider dans ce cas difficile, ... ».

2 – L'application de la référence « du bon père de famille » de l'obligation de moyens

La faute contractuelle est liée à une distinction selon que l'obligation est de résultat ou de moyens.

Quand l'obligation est de résultat, l'inexécution implique la faute contractuelle ; il appartient simplement au créancier de prouver : que le contrat comporte une obligation de résultat à son profit, que l'obligation n'a pas été exécutée.

Quand l'obligation est de moyens, le créancier doit prouver non seulement qu'elle n'a pas été exécutée mais aussi que par référence à un modèle de comportement le débiteur ne s'est pas conduit comme il fallait c'est-à-dire comme un bon père de famille (un homme soigneux et diligent) ; l'abstraction ne consiste pas à prendre comme point de comparaison un individu unique et abstrait mais à commencer par examiner à quelle classe, catégorie appartient le débiteur et on comparera avec un individu moyen de même classe ou catégorie ; on comprend à partir de l'exigence posée par les tribunaux l'existence de responsabilités professionnelles ; la jurisprudence demande aux notaires plus qu'on ne demanderait à un individu moyen ce qui ne suffit pas à exclure la référence au bon père de famille (Le Brun « Essai sur la prestation des fautes »).

On retrouve cette jurisprudence qui sert à déterminer la faute, appliquée au cadre de notre étude donc dans l'établissement de la faute au regard de l'obligation médicale dont il est établi qu'elle est de moyens (depuis l'arrêt Mercier) dans le jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 15.12.1989 (réf 61) relatif à des analyses (caryotype), où l'on apprécie plus sévèrement le manque de diligence de l'homme de métier que le comportement de celui qui n'exerce ce métier que par occasion ; d'ailleurs cette décision commence par l'affirmation suivante dans le paragraphe réservé à la faute : « le médecin est investi d'une obligation dite de moyens qui l'oblige dans le cadre de l'acte médical qu'il accomplit à faire bénéficier le patient de l'ensemble des connaissances dont l'homme de l'art est normalement investi, eu égard à l'état d'avancement de la science médicale au moment où il agit ».

De même dans le cadre de l'imagerie la performance du matériel accroît l'obligation à la charge du gynécologue (CA Aix en Provence 13.4.1995 réf 63 : malgré un matériel performant le praticien n'a pas décelé ou signalé une anomalie de la mesure du fémur de l'enfant qui ne correspondait pas à l'âge du fœtus).

La Cour d'appel de Bordeaux le 18.9.2001 (réf 121) considère dans l'établissement de la faute, comme « reconnues » les compétences médicales du praticien, ce caractère attribué à

ses compétences, lui rendait accessible le bon diagnostic pour informer les parents : « qu'au surplus elle n'a pas tenu informé les parents des risques encourus par l'enfant en raison de cet oligoamnios sévère alors que ses compétences médicales reconnues ne pouvaient lui faire ignorer les conséquences que l'on pouvait attendre. ».

3 – Les constantes

Il est des constantes que l'on retrouve pour l'établissement de la faute dans le cadre de notre étude.

a) dans le cadre des analyses

- l'utilisation du rapport d'expertise (réf 61 15 10) mais corroboré d'autres éléments : ainsi le courrier du praticien mis en cause révélant le problème lié à la culture de la pousse cellulaire (réf 61) ; l'aveu du défendeur (réf 15).
- la profession ou la fonction exercée : par exemple, le même praticien que la précédente grossesse (réf 25).
- les enjeux réf 15 (« considérant qu'eu égard à cette situation, à la gravité des risques encourus et de leur caractère irréversible pour l'enfant... » l'examen était un test de la rubéole ; réf 62 (« il ne pouvait légitimement se désintéresser du sort de cet examen compte tenu notamment de ses enjeux » ; l'examen était un dosage de bêta HCG) ; réf 26 : ils sont notés par la référence au caractère alarmant des résultats des analyses corroborés par les examens échographiques.

b) dans celui de l'imagerie

- l'utilisation du rapport d'expertise (réf 121), la Cour d'appel de Bordeaux étaye son argumentation pour établir la faute sur les affirmations des experts : « il résulte de l'expertise des Professeurs P... et J... dont le rapport contre lequel aucune critique médicalement fondée ne peut être retenue, peut servir de fondement à l'argumentation de la cour, qu'aucun des médecins étant intervenu dans le cadre de la grossesse et de l'accouchement de Mme Z... dont le Dr X..., n'a commis de faute médicale, G... experts ont cependant montré ... ». Plus tard elle en cite des extraits qui confortent son argumentation, ainsi sur la non visualisation des malformations lors de l'échographie : « Néanmoins les Professeurs... ont pris soin de préciser que l'absence de liquide amniotique empêchait une bonne visualisation du fœtus et qu'en ce cas le dépistage des malformations était moins fiable. »
- la spécialisation du praticien : gynécologue spécialisé dans la réalisation des échographies (réf 63), ou bien les compétences médicales reconnues du praticien (réf 121) et la performance du matériel (réf 63).
- la détectabilité de la malformation au moment des examens médicaux (réf 64).

4 – La motivation

En tout état de cause, les décisions des juges concernant la faute, qu'elles interviennent lors d'analyses ou d'actes d'imagerie, sont extrêmement motivées (réf 61 62 15 26) ; ainsi ce dernier arrêt du 28.11.2001 précise pour étayer la faute à ne pas communiquer les résultats de l'analyse qu'elle avait été proposée par le médecin et celui de la même date de l'Assemblée plénière également souligne dans le cadre de l'omission de prescrire un test de la trisomie 21, les circonstances de la précédente grossesse, l'état de santé du premier enfant, la trisomie de la belle-sœur, la précédente prescription du test lors de la deuxième grossesse par le même

praticien, la demande d'amniocentèse de la patiente ; la Cour d'appel de Rennes (réf 64) le contexte de la grossesse, la détermination de la conduite à suivre, la détectabilité de la malformation au moment des examens et celle de Bordeaux (réf 121) également.

En conclusion, si les fautes retenues sont d'une infinie diversité bien que pouvant être intégrées dans deux grandes catégories d'activité, les analyses et l'imagerie, le juge applique les grandes règles issues de la jurisprudence sur la faute dans la responsabilité médicale en général (nature de l'obligation, caractère de la faute, fautes dans le cadre de la radiologie...). Les juges du fond jouent un rôle extrêmement important dans l'établissement des normes s'appliquant aux professionnels concernés par le dépistage prénatal, magistrats aidés des experts qui fournissent les éléments propres à retenir la faute, à souligner la conduite à tenir. Leurs décisions semblent avoir été, dans le cadre de la faute, peu contestées par les praticiens. En tout état de cause, les organismes professionnels ont poursuivi leur travail d'élaboration des normes, dont le rapport du comité national technique de l'échographie de dépistage prénatal d'Avril 2005 (réf 28) nous offre un exemple précis.

§ 3 – Le dommage

A - Le rétablissement de la distinction du dommage et du préjudice et leurs déterminations

1 - Appliquer, au cadre de notre étude, la sanction du défaut d'information du droit médical général qui aboutissait à la réparation de l'entier dommage (Paris 17.11.1983, Civ. 12.2.1986), puis de la perte de chance (Civ. 7.2.1990) d'échapper au risque qui s'était finalement réalisé, conduisant à l'indemnisation du préjudice corporel de la victime et ensuite au préjudice consécutif à la perte de chance qui n'était pas l'entier préjudice corporel mais tenait compte de la part d'aléa appliquée, posait des difficultés tenant principalement à la causalité et à l'irrecevabilité de la demande.

Le dommage tel qu'il était déterminé dans les décisions de justice antérieures à l'arrêt Perruche était lié à l'interruption volontaire de grossesse ; ainsi, il était la perte de l'option légale (Paris 17 fév.1989), la perte d'une chance de pratiquer une interruption de grossesse (TGI Montpellier 15.12.1989), la perte de la possibilité de choisir de mettre ou non un terme à la grossesse (CA Versailles 8.7.1993), de demander une interruption de grossesse (CA Rennes 9.12.1998).

Les demandes de réparation du préjudice moral, matériel des parents ramenaient toutes au handicap de l'enfant : demande en réparation du préjudice moral des parents constitué d'une partie des souffrances subies du fait de la vue quotidienne du handicap de l'enfant (Paris 17.2.1989), de leur très grande souffrance morale résultant du grave handicap de leur enfant (CA Versailles 8.7.1993), du fait d'avoir à supporter la moindre autonomie morale, intellectuelle de leur enfant pour le présent et l'avenir (TGI Montpellier 15.12.1989) ; et demande en réparation du préjudice matériel de la mère (Paris 17.2.1989), des parents au titre des coûts supplémentaires d'éducation de l'enfant, de l'aide permanente d'une tierce personne, des frais médicaux (TGI Montpellier 15.12.1989).

Appliquer la réparation de l'entier dommage, revenait à indemniser le préjudice moral et matériel des parents lié au handicap de l'enfant, ce qui posait le problème de la causalité : la

faute du praticien n'avait pas causé le handicap ; nous en avons une illustration avec le jugement du tribunal de Paris du 17.2.1989.

Appliquer la réparation de la perte de chance au cadre de l'étude conduisait à l'indemnisation du préjudice de naissance qui n'était pas juridiquement indemnisable ((Civ. 1^{ère} 25.6.1991 Bull. Civ. 1 N° 213 p140).

Les décisions manquaient de cohérence ; ainsi, au dommage perte de chance ne correspondait pas un préjudice prenant en compte la part d'aléa retenue ; la Cour d'appel de Versailles le 8.7.1993 retenait la grande souffrance morale des époux résultant du grave handicap, préjudice qui demeurait lié au handicap et ne résultait plus un préjudice consécutif à la perte de chance d'avoir le choix de ne pas mettre au monde un enfant anormal ; l'incohérence pouvant résulter de la même décision qui indemnisait le préjudice moral mais rejetait le préjudice matériel : « cependant la mère ne saurait réclamer au médecin dont la faute n'a aucun lien de causalité avec l'état de l'enfant la réparation d'un préjudice matériel mais seulement l'indemnisation d'une partie des souffrances subies du fait de la vue quotidienne du handicap de son enfant. » (réf 60).

2 - En se détachant de la sanction du défaut d'information du droit médical général, en rétablissant la distinction du dommage s'entendant d'un fait (ce qui nous venait déjà de l'arrêt Perruche du 17.11.2000 avec la mauvaise exécution du contrat) soit de toute atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne, d'une situation objectivement perceptible, et du préjudice se définissant comme les conséquences découlant du dommage à l'égard de la victime de celui-ci, en déterminant le dommage (perte de la possibilité entre deux alternatives, empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, arrêt de l'Assemblée plénière du 28.11.2001 réf 25) et ses éléments constitutifs (la réunion des conditions de l'ivg, arrêt de l'Assemblée plénière du 28.11.2001 réf 25 confirmant les trois arrêts de la même juridiction du 13.7.2001), avec toutes ses implications (notamment en tant que fondement de la demande) en fixant le préjudice consécutif des parents, préjudice moral (suite du dommage perte de possibilité entre deux alternatives)(réf 25), et préjudice matériel (suite du dommage empêchement d'exercice du choix d'interruption de grossesse) soit dans ce dernier cas, précisément, le préjudice résultant pour eux du handicap(réf 25) que le choix de la mère ait été ou non préalablement exprimé l'Assemblée plénière de la Cour de cassation résolvait les difficultés posées. Le préjudice, suite du dommage était en relation de causalité directe avec la faute. Il n'était pas le préjudice de naissance. Il n'était pas un préjudice consécutif à un dommage présentant le caractère d'une perte de chance.

Et même l'égalité entre les parents de l'enfant handicapé était assurée.

La Cour d'appel de Paris le 29.3.2002 (réf 20) reliait les différents postes de préjudice à la naissance d'un enfant atteint d'un handicap gravissime (préjudice moral et matériel des époux, préjudice économique de la mère), élargissant le champ du préjudice moral, indépendant d'une atteinte alléguée à la liberté de faire pratiquer une interruption de grossesse(elle appliquait l'arrêt de l'Assemblée plénière du 28.11.2001 réf 25 : le dommage est la perte de la possibilité entre deux alternatives).

Il était rappelé le principe de la réparation intégrale du préjudice (réf 20).

B – La situation à la veille de la loi N° 2002-303 du 4.3.2002

Il nous apparaît tout d'abord important de relever les éléments qui situent le dommage au regard de l'interruption volontaire de grossesse pour constater que l'Assemblée plénière tout en statuant a recadré l'interruption de grossesse dans la loi du 17.1.1975 et son esprit, procédant à la rectification des quelques erreurs ou imprécisions des juges du fond.

1 – Le dommage et l'interruption volontaire de grossesse

a) – la possibilité accordée par le législateur à la femme d'interrompre sa grossesse

Avant comme depuis l'arrêt dit Perruche du 17.11.2000, le dommage demeure lié à l'interruption de grossesse.

Néanmoins, il ne l'est plus, comme il l'était, la perte de la possibilité offerte par le législateur d'interrompre la grossesse qui, par les décisions des juges, faisait de l'avortement un véritable droit de la femme ou des époux.

Il est ramené à un choix, offert par le législateur, aux époux (pour une application d'ailleurs, de l'empêchement de choix au cas des époux ne pouvant exprimer un choix éclairé et motivé réf 121) puis conformément à la loi, à la femme, d'interrompre la grossesse (réf 25). Le dommage est l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse et en cas de non expression préalable de ce choix, pour le préjudice moral, la perte de la possibilité « soit de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse soit de se préparer avec son mari à l'accueil d'un second enfant handicapé » (réf 25). Cette alternative place à égalité l'accueil de l'enfant handicapé et l'interruption de grossesse, elle conforte l'existence d'un choix pour la mère.

b) – la réalisation de l'interruption volontaire de grossesse

Il est l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, que le choix ait été (réf 94 20) ou non (réf 25) exprimé préalablement, pour la demande en réparation du préjudice matériel des époux.

Il est la perte de la possibilité de choix entre deux alternatives au cas où la femme ne se serait pas exprimée, et ce pour la demande en réparation du préjudice moral des parents (réf 25).

Quand il a été exprimé préalablement comme dans l'affaire Perruche, on suppose que la mère serait allée jusqu'au bout de son intention, elle n'a pas pu exercer son choix d'interrompre sa grossesse qu'elle avait préalablement exprimé.

Quand le choix ne l'a pas été : on ne peut pas ignorer que tel aurait pu être ce choix, il devient dès lors : l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse.

Dans les deux cas : choix préalablement exprimé ou non, le doute est attaché à ce qui aurait été effectivement réalisé in fine.

c) – l'atteinte, la lésion

- Quand le dommage est l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, l'atteinte est l'atteinte à : l'exercice de son choix d'interrompre sa grossesse préalablement exprimé comme dans l'affaire Perruche ; elle avait préalablement exprimé son choix d'interrompre sa grossesse pour cause de détresse, en raison de la faute elle n'a pu exercer son choix, elle en a été empêchée.

- L'atteinte est une atteinte à l'exercice de son choix d'interrompre sa grossesse en cas de choix non préalablement exprimé réf 25 car elle aurait pu exercer ce choix que l'on ne peut

méconnaître, et il fonde la demande en réparation. On se situe plus en amont que dans le précédent cas.

- Quand le dommage est la perte de la possibilité de choix entre deux alternatives pour le préjudice moral réf 25 : le dommage qui est l'atteinte, la lésion, porte sur cette possibilité de choix entre deux alternatives.

d) – le dommage de la mère et le préjudice des parents

- En cas de choix non préalablement exprimé, le dommage, perte de la possibilité de choix entre deux alternatives, est le dommage de la mère ; mais le préjudice moral est le préjudice des deux parents.

Il est l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique dont les conditions sont réunies, dommage de la mère, mais les parents peuvent demander la réparation du préjudice matériel résultant pour eux du handicap. Le préjudice matériel est le préjudice des deux parents. Dans ce dernier cas il nécessite la réunion des conditions de l'interruption de grossesse en cause pour son existence. Il est le fondement de la demande en réparation du préjudice matériel résultant pour eux du handicap (autrement dit, l'enfant aurait pu ne pas naître atteint d'un handicap. Les parents peuvent demander en application des dispositions de l'article 1147 c civ. la réparation du préjudice) (réf 25).

- En cas de choix préalablement exprimé : le dommage est l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour cause de détresse (aff Perruche réf 94 et 20) : « considérant que si la procédure initiale des consorts P...a concerné le seul préjudice subi par N P...du fait du handicap consécutif à la rubéole contractée durant sa vie intra-utérine, il y a lieu de retenir que 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 consorts P...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 P...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 été lui aussi 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 ; ».Il est le dommage de la mère. Il est le fondement de la demande en réparation du préjudice des parents lié à la naissance d'un enfant atteint d'un handicap gravissime ; ils peuvent agir en justice : le droit sanctionné par l'action est la possibilité offerte par le législateur à la mère d'interrompre sa grossesse.

e) – le dommage et ses conditions

Le dommage empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, dont les conditions sont réunies, permet la demande de l'enfant, en réparation du préjudice résultant de son handicap (arrêt dit Perruche du 17.11.2000 et réf 24).

L'empêchement des époux d'exercer leur choix d'interrompre la grossesse (réf 121), qui permet la demande en réparation du préjudice moral et corporel (réf 121), deviendra l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse dont les conditions sont réunies (réf 25) permettant la demande en réparation du préjudice matériel (réf 25)

résultant pour les parents du handicap (réf 25) ; l'empêchement de choix alternatifs conduit à un préjudice moral (réf 25).

La réunion des conditions de l'interruption de grossesse semble propre à la demande en réparation du préjudice matériel des époux résultant pour eux du handicap, renforçant ainsi le dommage : empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, fondement de la demande en réparation (réf 25).

2 – Le dommage et la demande en justice des parents

a) – le dommage, fondement de la demande en justice

Le dommage fonde la demande en réparation du préjudice.

- Le dommage fonde la demande de l'enfant en réparation du préjudice résultant de son handicap (arrêt dit Perruche du 17.11.2000).

- En cas de choix préalablement exprimé, il (l'empêchement des époux d'exercer leur choix d'interrompre la grossesse) fonde la demande en réparation des époux, ils peuvent agir en justice, il leur est alloué une provision complémentaire au titre de leur préjudice moral et au titre du préjudice corporel de la mère (réf 121).

Dans ce même cas il devient plus justement, l'empêchement « de la mère » d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour cause de détresse (aff Perruche réf 94 et 20) ; elle n'a pas pu exercer son choix d'interrompre sa grossesse lequel avait été préalablement exprimé ; l'atteinte, la lésion est une atteinte à l'exercice de son choix d'interrompre sa grossesse ; il est le fondement de la demande en réparation du préjudice des parents lié à la naissance d'un enfant atteint d'un handicap gravissime ; préjudice moral des époux du fait de vivre auprès d'un enfant lourdement handicapé et matériel, mais aussi préjudice économique de la mère ayant présenté une pathologie découlant de l'état de son fils ; ils peuvent agir en justice : l'action en justice sanctionne un droit dont on pourrait dire qu'il est celui d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse.

- En cas de choix non préalablement exprimé, le dommage empêchement de choix alternatifs conduit à l'indemnisation du préjudice moral des parents, mais seul le dommage empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse dont les conditions sont réunies (ce qui renforce le dommage dans sa constitution) fonde la demande en réparation du préjudice matériel des parents résultant pour eux du handicap ; l'expression non préalable du choix, le doute sur celui-ci, l'absence de certitude conduit néanmoins le juge à définir le dommage comme l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; il est vrai que cela correspond à la seconde branche de l'alternative du dommage, en outre elle évite le préjudice de naissance ; la volonté d'indemniser du juge comme le souci d'égalité entre les victimes transparaît ; ils peuvent agir en justice.

L'intérêt est légitime : le préjudice n'est ni la naissance, ni la naissance handicapée.

L'action en justice sanctionne un droit, il pourrait être le droit d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; mais l'Assemblée plénière de la Cour de cassation maintient l'empêchement (= ce qui rend impossible), elle a été empêchée d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; l'action sanctionne non pas le droit mais l'empêchement, elle sauvegarde l'esprit de la loi sur l'interruption de grossesse : le choix demeure rattaché à l'interruption de grossesse, le législateur a accordé à la femme une possibilité celle d'interrompre sa grossesse.

Le préjudice est le préjudice matériel résultant pour eux du handicap : l'accueil de l'enfant handicapé, seconde branche de l'alternative, ne peut la fonder, ils auraient accueilli l'enfant

atteint d'un handicap, ils ne peuvent pas demander la réparation du préjudice matériel résultant pour eux du handicap réf 25 ; présentement, l'enfant aurait pu ne pas naître atteint d'un handicap, ils peuvent demander la réparation du préjudice matériel résultant pour eux du handicap.

Le dommage épouse l'objet de la demande, il varie selon cet objet.

b) – le dommage influe sur l'objet de la demande : le préjudice

- La distinction entre le dommage (la lésion subie qui s'apprécie au siège de cette lésion) et le préjudice (la conséquence de la lésion) est rétablie.

Le dommage est un fait, c'est toute atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne, d'une activité, d'une situation objectivement perceptible existant indépendamment de l'idée que peut s'en faire la personne qui en est victime et des conséquences diverses qu'il peut avoir pour elle. Quand le dommage est l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, que le choix ait été ou non préalablement exprimé (Aff. Perruche et réf 25), l'atteinte est l'atteinte à l'exercice de son choix d'interrompre sa grossesse. Et ce n'est pas le droit d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse qui est sanctionné mais le seul empêchement d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; l'interruption de grossesse demeure dans le cadre d'un choix offert à la femme par le législateur, d'une possibilité qui lui est accordée.

Le préjudice est la conséquence de la lésion, il est l'effet ou la suite du dommage, il se définit comme les diverses conséquences découlant du dommage à l'égard de la victime.

- En cas de choix non exprimé, du dommage, empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse dont les conditions sont réunies, s'induit le préjudice matériel résultant pour les parents du handicap de leur enfant ; ce dernier est puisé dans le dommage tel que déterminé ; d'ailleurs si le dommage était la perte de la possibilité de choix alternatifs, l'alternative de l'accueil de l'enfant handicapé ne permettrait pas aux parents de demander la réparation du préjudice matériel résultant pour eux du handicap puisqu'ils auraient accepté l'enfant.

Mais ce préjudice est aussi un préjudice déterminé par le juge (réf 25): il n'est pas le préjudice de naissance (ainsi, il ne heurte pas le caractère irréparable du préjudice de naissance), il n'est pas le préjudice de naître handicapé (les principes fondamentaux ne sont pas heurtés), il n'est pas le handicap (il ne pose pas le problème du lien de causalité entre la faute et le handicap). C'est l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui a précisément déterminé le préjudice.

- En cas de choix non préalablement exprimé, il est bien pour le préjudice moral, un préjudice induit du dommage (perte de la possibilité de choix alternatifs). Dans la mesure où le préjudice s'induit du dommage, d'un dommage perte de la possibilité de choix alternatifs, interruption de grossesse ou accueil de l'enfant handicapé, le préjudice moral peut ne pas être la seule atteinte à la liberté de faire pratiquer une interruption de grossesse (réf 25 et 20).

c) - Par le dommage, l'action en justice est un substitut à un avortement qui n'a pas eu lieu, comme l'a exprimé un auteur, mais dans le cas de la demande en réparation du préjudice matériel résultant du handicap que le choix ait été ou non préalablement exprimé ; à l'exception du cas de la demande en réparation du préjudice moral en cas de choix non préalablement exprimé, la perte de la possibilité s'applique à un choix alternatif, dont l'un est relatif à l'accueil de l'enfant handicapé. L'action est alors par le dommage un substitut au

choix offert à la femme qui n'a pas pu avoir lieu (recourir à l'interruption de grossesse ou accueillir l'enfant).

C'est la raison pour laquelle les décisions de l'Assemblée plénière nous apparaissent comme garantir l'application de la loi sur l'avortement, et le choix de la mère quand il a été préalablement exprimé ou indirectement exprimé quand les époux prennent la responsabilité de faire une demande en justice tendant à la réparation de leur préjudice matériel résultant pour eux du handicap.

En conclusion sur l'action en justice des parents de l'enfant handicapé,

Si les juges du fond ont joué un rôle déterminant dans l'élaboration des normes de conduite des professionnels pratiquant le dépistage prénatal, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a non seulement déterminé la nature de la relation entre le praticien et la femme mais fait produire tous ses effets à l'obligation d'information du médecin ayant pour finalité de mettre la femme enceinte en mesure d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ou non. Elle a rétabli la distinction entre le dommage et le préjudice. Elle a déterminé avec attention le dommage qui fonde la demande en justice des parents, légitime leur intérêt à agir, permet d'établir et de caractériser le lien de causalité mais dont s'induit également le préjudice des parents. Ainsi elle a contribué à véhiculer la considération que la demande en justice des parents tendant à la réparation de leurs préjudices est un substitut à un avortement qui n'a pas eu lieu, un substitut au choix offert à la mère qui n'a pu avoir lieu, responsabilisant le législateur, auteur de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse, la mère pour le choix exprimé, les époux pour ce même choix qu'exprime l'objet de leur demande. La valeur du choix exprimé par la femme enceinte, responsable et correctement informée est soulignée. Enfin elle a déterminé le préjudice indemnisable des parents assurant l'égalité entre les victimes.

Qu'en était-il de l'action en justice de l'enfant handicapé tendant à la réparation de son préjudice ? Quelle évolution avait-elle subi ? Désormais, quelles étaient ses conditions ? De quelle action disposait-il ? Quel pouvait être l'objet de sa demande ? Quel était son préjudice indemnisable ?

S IV – L'action en justice de l'enfant handicapé

A - La relation entre le praticien et l'enfant à naître

Quelle est la nature de l'engagement ?

1) – L'absence de norme

Aucune disposition législative, réglementaire, déterminait la nature de la relation unissant l'enfant à naître et le professionnel ou l'établissement de santé.

2) –Le contrat

a) - Les premières décisions rendues ne nous ont pas permis de déterminer assurément cette relation et nous pouvions nous interroger sur la nature de la relation entre le professionnel ou l'établissement de santé et l'enfant à naître dans les affaires où il sollicitait l'indemnisation de son préjudice.

En effet, dans deux cas, nous ne possédions pas les informations suffisantes (réf 60 et 64) Et, dans quatre cas nous connaissions les fondements de la demande : quasi-délictuel (réf 61), contractuel (réf 10 62 15) mais l'action était déclarée irrecevable (: l'admission de la recevabilité de son action reviendrait à lui permettre une appréciation sur la décision initiale de ses parents de le concevoir et de mener à terme une grossesse lui ayant donné la vie réf 61) ou les époux ès qualité étaient déboutés en raison du caractère du préjudice (: le fait d'être né ne saurait être évoqué comme source de dommage par un enfant gravement handicapé à l'encontre des médecins n'ayant pas diagnostiqué la maladie... un être humain ne possède pas le droit de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre et sa naissance ou la suppression de sa vie ne peut pas être considérée comme une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques réf 11) ou du défaut de causalité (: à défaut de causalité entre le dommage et les fautes il n'y a pas lieu d'octroyer aux intimés ès qualité des dommages et intérêts pour le préjudice subi par leur fils réf 62) .

L'irrecevabilité, le rejet de la demande ne nous permettaient pas de déterminer la nature de la relation.

Enfin dans un cas nous ne disposions pas du fondement de la demande et le caractère irréparable du préjudice comme le défaut de causalité entraînaient le rejet de la demande (réf 61).

b) – Il nous est apparu que l'on pouvait considérer qu'il existait un contrat entre l'enfant à naître et le praticien.

- L'arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation du 26 mars 1996 (réf 16) dans l'affaire Perruche visait l'article 1147 c civ.

On était dans le cadre d'une erreur de résultats de test visant à la recherche d'anticorps anti-rubéole.

L'action de l'enfant né handicapé, représenté alors par son père, tendait à la réparation de son préjudice, il sollicitait une indemnité provisionnelle.

Le litige dont était saisie la juridiction était centré sur les causes des séquelles de l'enfant et le fait de devoir supporter les conséquences de la rubéole.

La Cour a précisé : « ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant... ». Les fautes des médecins sont génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole car elles ont fausement induit les parents dans la croyance que la mère était immunisée, elles ne leur n'ont pas permis, par conséquent, d'avorter alors qu'ils avaient marqué leur volonté en cas de rubéole de provoquer une interruption de grossesse. Les fautes des médecins, qui ont induit les parents dans la croyance que la mère était immunisée, qui n'ont pas permis aux parents d'avorter, permettent de considérer, que les fautes sont génératrices du dommage. La rubéole est ramenée à un simple fait dans l'enchaînement des causes du dommage. Le dommage devient un dommage réparable.

L'arrêt était rendu au visa de l'article 1147c.civ. : « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part » ; cet article est situé dans la section IV « des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation » du chapitre II « des conditions essentielles pour la validité des

conventions » du titre III « des contrats ou obligations conventionnelles en général » du Code Civil.

Nous pouvions en tirer la conséquence qu'il existait entre l'enfant à naître et le praticien un contrat qui permettait à l'enfant né atteint d'un handicap, représenté par son représentant légal, en cas d'inexécution des obligations, de se prévaloir des dispositions de l'article 1147 c civ. et de solliciter des dommages et intérêts à raison de cette inexécution. L'enfant né atteint d'un handicap représenté, pouvait agir en justice sur le fondement des dispositions de l'article 1147 civ. pour avoir été victime in utero de l'inexécution des obligations dont il demandait réparation.

Recevoir l'enfant en sa demande, n'impliquait-il pas que l'enfant se prévalant de la décision de ses parents d'interrompre la grossesse, partageait cette décision et qu'il disposait d'un droit de regard sur sa vie, son existence, la qualité de celles-ci ?

- L'étude d'un pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'Appel de Versailles du 12 juin 1997 par l'enfant handicapé, représenté par ses parents, confirmait cette possible conséquence, et l'acceptation de la nature contractuelle de cette relation dont l'exercice était assuré par un mécanisme de représentation des parents pendant la vie intra utérine (réf 24) ; elle mettait en évidence un mécanisme de représentation de l'enfant à naître pendant sa vie utérine par ses parents qui les oblige à disposer pour lui des choix d'interruption de grossesse : « que le débiteur peut être condamné au paiement de dommages- intérêts à raison de l'inexécution de l'obligation ; que la cour d'appel, qui a relevé la faute des praticiens, qui, par leur absence de diagnostic du spina- bifida, ont privé les parents de la faculté d'envisager la possibilité d'une interruption volontaire de grossesse thérapeutique et qui a cependant refusé d'indemniser le préjudice subi par l'enfant qui a, avant sa naissance, été privée des choix dont ses parents devaient disposer pour elle, a ainsi violé les articles 1137 et 1147 du code civil ; » . L'enfant, partie au contrat, avait été privé des choix (interruption de grossesse ou non) dont ses parents devaient disposer pour lui, (cela sous- entendait qu'il était dès lors, titulaire d'un droit de regard sur sa naissance, que l'avortement était préférable à la naissance handicapée), la faute l'avait privé de ces choix dont ses parents disposaient pour lui, il subissait ce dommage, il pouvait demander la réparation de ses conséquences soit l'indemnisation des conséquences de cette naissance.

c) - Les inconvénients du contrat

Nul ne doute que dans la conscience et l'exercice de l'activité rentrant dans le cadre de notre étude, l'enfant à naître ait été considéré comme un patient par le médecin auquel ce dernier se devait d'apporter parmi les obligations principales mises à sa charge, soins et suivi dans les conditions fixées par les différentes normes.

Mais une telle détermination de la nature de cette relation n'était pas satisfaisante même par le mécanisme de la représentation.

En effet les procédures conduisaient à prendre en considération l'interruption de grossesse. La décision d'interruption de grossesse durant la période contractuelle en arrivait à être partagée par l'enfant jusqu'à être prise par les parents en son nom. L'enfant disposait alors d'un droit de regard sur sa vie, son existence, les qualités de celles-ci.

3) – L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17.11.2000 (réf 94)

Si la nature de la relation existant entre l'enfant à naître et le praticien peut être l'objet d'interprétations, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en décidant que l'enfant atteint

d'un handicap peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap se réfère à l'enfant né, qui dispose du droit d'agir en justice et peut se prévaloir, en sa qualité de tiers au contrat au moment où il agit, de la jurisprudence sur la responsabilité des contractants à l'égard des tiers ; il dispose d'une action en responsabilité délictuelle. Le préjudice résultant de son handicap est le préjudice qu'il subit en tant qu'enfant né et en relation de causalité avec les fautes retenues. La mauvaise exécution du contrat soit la faute et le dommage demeurent un « fait » dont il ne fait que se prévaloir et qui s'impose à lui comme un « fait social ». L'interruption de grossesse demeure dans l'esprit de la loi sur l'avortement une décision de la mère.

Les arrêts de l'Assemblée plénière du 13.7.2001 (réf24) en apportent la confirmation en considérant la demande en justice de l'enfant né handicapé, la demande étant la concrétisation de l'action en justice.

L'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de Cassation du 28 novembre 2001 (réf 26), n'apporte aucune modification en précisant que le préjudice de l'enfant est constitué par son handicap.

B – La responsabilité du médecin envers l'enfant né handicapé

Aucune norme de cette nature établissait la nature, les conditions et conséquences de la responsabilité civile du praticien envers l'enfant atteint d'un handicap.

Les magistrats ne disposaient que de la jurisprudence qui précisait, que le client, reprochant au médecin une erreur de diagnostic ou de traitement, devait fonder son action en responsabilité dans un premier temps, sur l'article 1382 c.civ. et dans un second temps, depuis l'arrêt Mercier du 20 mai 1936, sur la responsabilité contractuelle.

Les juges saisis par les victimes, enfants handicapés, représentées par leurs parents se devaient de juger sous peine de déni de justice.

C'est dans ces conditions qu'ils ont, ainsi, été amenés à déterminer la nature et les conditions de la responsabilité civile du professionnel de santé envers l'enfant né handicapé ainsi que celles de l'indemnisation de son préjudice.

1 – Les fluctuations de la jurisprudence

a) - Les victimes, agissant par leurs représentants légaux, ont engagé leurs actions sur **des fondements différents**.

a /1) - la responsabilité quasi-délictuelle

Le Tribunal de grande instance Montpellier le 15.12.1989 (réf 61) a débouté les parents en qualité : « toute admission de la recevabilité de son action reviendrait à lui permettre une appréciation sur la décision initiale de ses parents de le concevoir et de mener à terme une grossesse lui ayant donné la vie... ; point n'est besoin d'insister... sur l'antinomie radicale entre le droit civil actuel et de telles demandes où le droit de la responsabilité pourrait infiltrer la genèse même de la vie... ».

L'action était irrecevable, l'intérêt n'était pas légitime.

a /2) - la responsabilité contractuelle

La Cour d'appel de Versailles le 8.7.1993 (réf 62) a débouté les époux R..., ès qualité, de leurs demandes d'indemnisation en raison du défaut de causalité entre les fautes et le dommage soit l'aberration chromosomique ; elle ajoutait, quant au dommage : « ne saurait être considérée comme une perte de chance le fait d'avoir été mis au monde plutôt que d'avoir fait l'objet d'une interruption de grossesse ».

Le lien de causalité qui faisait défaut et le dommage en ce qu'il était, s'opposaient à la demande d'indemnisation du préjudice de l'enfant. Le dommage doit correspondre à la violation d'un intérêt légitime.

- La Cour d'appel de Bordeaux le 26.1.1995 (réf 11) a rejeté la demande : « le fait d'être née ne saurait être invoqué comme source de dommage par une enfant gravement handicapée... en effet si un être humain dès sa conception est titulaire de droits, il ne possède pas celui de naître, de vivre ou de ne pas vivre et sa naissance ou la suppression de sa vie ne peut pas être considérée comme une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques ».

Le dommage doit correspondre à la violation d'un intérêt légitime, ce n'est pas le cas en l'espèce.

- Le 26 mars 1996 la 1^{ère} chambre civile de la Cour de Cassation rendait sa décision dans le cadre de la responsabilité contractuelle en visant l'article 1147 c.civ. Elle cassait et annulait l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17.12.1993 en ce qu'il avait dit que le préjudice de l'enfant n'était pas en relation de causalité avec les fautes commises : « 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 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, la cour d'appel a violé le texte susvisé ; ».

- La Cour d'appel de Rennes le 9.12.1998 (réf 64) accordait aux parents ès qualité d'administrateurs de leur fils, 150 000 frs de provision à valoir sur le préjudice ; cependant, nous ne disposons pas d'informations suffisantes pour en établir un commentaire.

a /3) - Par conséquent, dans le cadre de la responsabilité quasi délictuelle la demande était irrecevable; dans celui de la responsabilité contractuelle les juridictions n'admettaient pas unanimentement l'indemnisation du préjudice de l'enfant.

Une décision reposait sur des fondements que nous ignorons: le jugement du Tribunal de grande instance de Perpignan le 12.4.1994 (réf 61 ter) ; il considérait que les graves séquelles n'avaient pas pour cause l'erreur commise par l'échographiste.

b) – Les difficultés rencontrées par les juges.

Ils rencontraient de multiples difficultés pour indemniser le préjudice de l'enfant.

b /1) – Les principes fondamentaux.

Dans les espèces évoquées, derrière les raisons juridiques justifiant la non indemnisation du préjudice telles que le caractère illégitime de l'intérêt (réf 61), le défaut de causalité entre la faute et le dommage (réf 62 61 ter), le caractère du dommage (réf 62 11), se profilait des valeurs fondamentales à savoir :

- l'enfant n'a pas le droit d'être ou de ne pas être, de porter une appréciation sur la décision de ses parents de le concevoir
- il n'a pas le droit de naître ou de ne pas naître, de porter une appréciation sur la décision de ses parents de mener à terme la grossesse
- la naissance n'est pas un préjudice
- l'enfant n'a pas le droit de vivre ou de ne pas vivre
- il ne peut apprécier les qualités de sa vie

b /2) - L'utilisation de la responsabilité contractuelle posait les difficultés suivantes :

Elle supposait que la faute médicale avait causé un dommage à l'enfant, une atteinte à sa personne, qu'il pouvait dès lors demander l'indemnisation de son préjudice corporel, sur le fondement de la responsabilité contractuelle; or, quant à la causalité : d'une part, la faute médicale n'a pas causé la maladie ou les malformations dont il est atteint ; la maladie est génétique, ou les malformations proviennent de l'infection rubéolique contractée par la mère pendant la grossesse ; d'autre part la faute médicale aboutissant à un défaut d'information sur l'interruption de grossesse préalablement exprimée ou non, avait pour conséquence la naissance de l'enfant ; la faute était la cause de la naissance ; sans cette faute, il ne serait pas né ou il aurait pu ne pas naître mais le préjudice de naissance n'était pas un préjudice indemnisable, le préjudice de naissance handicapée ne l'était pas davantage ; enfin, quant au dommage : il doit correspondre à la violation d'un intérêt légitime ; s'il était la naissance : le fait d'avoir été mis au monde, chance ou malchance, ramenait au préjudice de naissance, préjudice qui n'était pas indemnisable.

Quant au droit subjectif sur lequel repose l'indemnisation du préjudice : l'enfant ne possède pas le droit de naître, de vivre ou de ne pas vivre.

c) – Les pourvois en cassation des parties

Dès lors, les parties ont introduit, par leurs pourvois formés aboutissant aux décisions rendues à partir de l'arrêt Perruche du 17.11.2000, de subtiles moyens :

- sur le lien de causalité : les fautes conjuguées des praticiens n'ont pas permis à la mère de recourir à l'interruption de grossesse ; elles ont induit la fausse certitude qu'elle était immunisée contre la rubéole et qu'elle pouvait poursuivre sa grossesse sans aucun risque pour l'enfant ; en conséquence, ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant, la rubéole étant ramenée à un simple fait ; le lien de causalité entre les fautes et le dommage était établi. (Réf 94).

- sur le dommage : la faute avait privé l'enfant des choix (interruption de grossesse ou non) dont ses parents devaient disposer pour lui (réf 24 1er arrêt pourvoi N° 97- 17359), il pouvait demander l'indemnisation de son préjudice soit les conséquences de cette naissance. Ce moyen renforçait la qualité de l'enfant comme partie au contrat disposant d'un droit de regard sur sa naissance.

Ou bien encore (réf 24 2^{ème} arrêt pourvoi N° 97-19282) l'enfant subissait un dommage en ce qu'il n'avait pas bénéficié du choix de ses parents quant à une éventuelle interruption de grossesse, les fautes du médecin étaient génératrices de ce dommage, il pouvait demander réparation soit l'indemnisation du préjudice consécutif qu'il subissait. Ce moyen pouvait sous entendre que l'avortement peut être un bénéfice pour l'enfant.

Enfin les fautes du médecin étaient la cause de la naissance et du handicap (réf 24 3^{ème} arrêt pourvoi N°98-19190). Mais ce moyen pouvait se heurter au caractère non indemnisable du préjudice de naissance.

2 – L'intervention de l'assemblée plénière de la Cour de cassation

La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle aux fins que l'enfant obtienne l'indemnisation du préjudice résultant de son handicap posait des difficultés avec ce que l'on avait pour habitude de tenir pour synonymes : le dommage, le préjudice et précisément sa détermination pour qu'il soit légitime et en relation de causalité avec la faute.

Quand bien même, le dommage consécutif à la faute contractuelle eût été : l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ou la perte de la possibilité de choix alternatifs, il aurait contribué dans le cadre de la demande en justice reposant sur le fondement de la responsabilité contractuelle et de son utilisation, à l'émergence d'un droit de regard de l'enfant sur sa naissance, sa vie, d'une appréciation de la qualité de son existence, droits et appréciations inconcevables.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation a mis fin aux incertitudes.

a) - L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17.11.2000 réf 94

En affirmant : « 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 » cet arrêt :

- d'une part recourait à l'application de la jurisprudence,
- d'autre part déterminait le dommage dont notamment s'induisait le préjudice.

D'une part donc il recourait à la jurisprudence : « 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 pour éviter la naissance d'un enfant handicapé, » c'est la mauvaise exécution du contrat, « ce dernier peut demander la réparation du préjudice », c'est l'application de la jurisprudence, il y a mauvaise exécution du contrat il peut alors demander la réparation de son préjudice parce que la jurisprudence le permet (elle précise que le tiers qui subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution du contrat a une action en responsabilité délictuelle contre le contractant fautif), donc l'enfant tiers au contrat peut agir en responsabilité délictuelle contre le praticien et demander réparation du préjudice; le juge poursuit : « la réparation du préjudice résultant de ce handicap » c'est le préjudice indemnisable, retenu et déterminé par l'Assemblée plénière, induit du dommage précédemment déterminé « et causé par les fautes retenues » c'est le rappel de la jurisprudence dans le cadre de la responsabilité délictuelle (sur l'utilisation de la faute contractuelle). Donc le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap s'il est le fait de la mauvaise exécution du contrat (erreur + dommage), sa cause ce sont les seules fautes retenues.

D'autre part, cet arrêt c'est aussi la détermination du dommage et le rôle de celui-ci dans l'action de l'enfant : « 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 pour éviter la naissance d'un enfant handicapé, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ».

b) - Par cinq décisions en date respectivement du 17 novembre 2000 (réf 94), 13 juillet 2001 (3 arrêts réf 24), 28 novembre 2001 (réf 26) elle a :

- ouvert l'action en justice à l'enfant et fixé le fondement de sa demande en réparation de son préjudice (articles 1165 et 1382 c civ. réf 94 et pour une application réf 121),
- déterminé les conditions d'application de la jurisprudence sur l'opposabilité du contrat aux parties par les tiers (le préjudice subi du fait de la mauvaise exécution du contrat)
- déterminé la mauvaise exécution du contrat (dont le dommage de la mère et ses conditions réf 21)
- fixé les règles relatives à l'action en réparation (le bénéficiaire – la norme violée – l'intérêt).
- déterminé les conditions de la responsabilité civile du praticien (article 1382 c civ : la faute – le préjudice indemnisable soit le préjudice résultant de son handicap réf 26 rappelant le principe de la réparation intégrale réf 20 – le lien de causalité entre la faute et le préjudice ; réf 94 et 26)

Les juges du fond ont parachevé cette élaboration en regroupant les postes du préjudice, postes liés à la naissance d'un enfant atteint d'un handicap gravissime (réf 20).

3 – L'action et la demande en justice de l'enfant dans le cadre de la jurisprudence de l'Assemblée plénière

a) – l'application de la jurisprudence sur la responsabilité des contractants à l'égard des tiers

a /1) – Les conditions

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a appliqué la jurisprudence qui admet qu'un tiers qui subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution du contrat a une action en responsabilité délictuelle contre le contractant fautif. Ainsi elle a ouvert à l'enfant atteint d'un handicap les portes de l'action en justice.

Elle a déterminé la mauvaise exécution du contrat : elle est l'erreur ou la négligence qui a empêché la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse (pour cause de détresse réf 94 ; pour motif thérapeutique réf 24 arrêt du 13.7.2001 pourvoi N° 98-19190) ou fait perdre à celle-ci la possibilité de recourir à une interruption de grossesse (réf 26). Dans ce dernier cas de choix non préalablement exprimé, le dommage n'est pas une perte de chance, le juge rend ainsi possible la demande de l'enfant. Le choix, qu'il soit préalablement exprimé ou non, n'a d'incidence que sur la dénomination du dommage (réf 94 et 26), le préjudice indemnisable est dans ces deux cas : le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap.

Elle a précisé les éléments constitutifs du dommage : la réunion des conditions médicales de l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique que le choix ait été ou non préalablement exprimé (réf 24 26) ; à défaut, il n'y a pas de choix d'interruption de grossesse ou de possibilité de recours à une interruption de grossesse.

Et, la preuve résulte soit de leur établissement par les parties (réf 24) soit de l'absence de contestation du praticien (réf 26).

a /2) – La mise en oeuvre

L'enfant, tiers au contrat unissant la mère et le praticien, par cette qualité même, est détaché de toute décision relative à l'interruption de grossesse qui relève du seul choix de la mère ; la mauvaise exécution du contrat constitue pour lui, une réalité qui s'impose à lui en tant que telle, un fait social.

L'autonomie souhaitée par l'Assemblée plénière est ainsi conférée à l'enfant né atteint d'un handicap.

Il peut agir en justice. Si, l'action en justice assure la sanction d'un droit, si le droit est le fondement de l'action, il y a des actions en justice sans droit subjectif. L'action en justice est alors un contentieux fondé sur la violation de l'ordre juridique objectif, de la norme. Présentement l'action en justice de l'enfant assure la sanction même pas d'un droit objectif mais d'une possibilité accordée par le législateur à la femme d'interrompre sa grossesse, de l'exercice par la mère de son choix d'interrompre sa grossesse. Ce sont les atteintes aux dispositions de la loi de 1975 sur l'avortement qui sont sanctionnées. Nous ne sommes pas dans la sanction d'un droit issu d'une obligation médicale qui aurait été contractée envers l'enfant à naître.

L'assemblée plénière a ainsi détaché l'action de tout lien avec une appréciation par l'enfant de la décision de ses parents de le concevoir, un droit de naître ou de ne pas naître, un droit de vivre ou de ne pas vivre.

Son intérêt à agir est légitime.

Il peut donc demander en justice sur le fondement de la responsabilité délictuelle la réparation de son préjudice au contractant fautif, le médecin (réf 94 et 24 1^{er} arrêt pourvoi N° 97 – 17359).

b) – la responsabilité délictuelle

N'étant pas partie au contrat, mais tiers au contrat, l'enfant ne peut agir sur le fondement de la responsabilité contractuelle mais sur celui de l'article 1382 c civ. : « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » .

b /1) – La faute

Elle n'est plus une faute délictuelle envisagée en elle-même, la violation d'une règle de portée générale, détachable du contrat. Toute faute contractuelle est délictuelle au regard des tiers étrangers au contrat, en application de la jurisprudence (réf 6).

Elle renvoie à l'erreur ou la négligence du praticien (réf 94 et 24 : « mais attendu que l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse » ; réf 26 : la cour d'appel a pu retenir que la faute ainsi commise qui avait fait perdre à Mme X... la possibilité de recourir à une amniocentèse et à une telle interruption de grossesse était en relation directe avec le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap.

A ce stade de l'exposé il nous faut apporter deux précisions :

- Tout d'abord, du fait de la mauvaise exécution du contrat (erreur et dommage) il subit un préjudice. Mais il faut que ce fait soit une faute en vertu de l'article 1382 c civ. Il n'y a, alors aucune difficulté avec le renvoi à la faute contractuelle de la jurisprudence.
- D'autre part, et par contre, si la faute est en relation de causalité avec le préjudice c'est par l'intermédiaire du dommage, ayant causé le dommage et le préjudice étant la conséquence du dommage, par voie de conséquence cette relation de causalité est établie.

b /2) – Le préjudice

Il est déterminé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation : le préjudice résultant de son handicap et ce, quelque soit le choix exprimé ou non assurant l'égalité entre les enfants, évitant le préjudice de naissance par la perte de chance. Il est le préjudice résultant de ce handicap ; il n'est pas constitué par une perte de chance mais par son handicap (Ass.plén, 28 nov.2001 N° 00-14.248).

Il doit être réparé intégralement.

Ce préjudice est l'effet du dommage : empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ou perte de la possibilité pour la mère de recourir à une interruption de grossesse. Le dommage était tel, qu'il permettait de déterminer le préjudice et de le rendre indemnisable.

Il est subi, également du fait de la mauvaise exécution du contrat qu'il est la conséquence du dommage.

b /3) – Le lien de causalité

Le dommage joue un rôle important dans l'établissement du lien de causalité, c'est l'arrêt Perruche qui nous en offre une illustration : « 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 pour éviter la naissance d'un enfant handicapé, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ».

Il est possible de considérer, dans la mesure où les fautes ont eu la conséquence énoncée, que le préjudice est en relation de causalité avec les fautes.

Et puis nous rappelons que le préjudice est différencié du dommage dont il est la suite, l'effet ; le dommage étant causé par la faute, et le préjudice étant l'effet du dommage, par voie de conséquence la relation de causalité est établie.

En conclusion

Des points importants se dégagent de cette synthèse.

Si, incontestablement, les juges du fond jouent un rôle déterminant dans l'élaboration des normes des professionnels de santé, poursuivant les constructions jurisprudentielles antérieures dans lesquelles ils puisent, ils ne sont pas parvenus à une œuvre jurisprudentielle unificatrice dans la réparation des préjudices de l'enfant né atteint d'un handicap, et de ses parents, maintenant avec vigueur pour certaines juridictions leur opposition à l'indemnisation du préjudice résultant du handicap.

Dans le cadre de sa fonction unificatrice, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a fait le choix de permettre à ces victimes de la mauvaise exécution du contrat d'obtenir la réparation du préjudice résultant pour chacune d'elles du handicap.

Ces décisions s'apparentent à une construction tant par la nouvelle qualité conférée à l'enfant né atteint d'un handicap, tiers au contrat, que par la substitution de visas opérée faisant reposer l'action et la demande en justice de l'enfant sur les dispositions des articles 1165 et 1382 c civ., que par la détermination du dommage de la mère et du préjudice indemnisable de l'enfant et de ses parents.

Néanmoins, cette construction présente un autre aspect de sa fonction, celui de garantir l'application de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse, et le choix de la mère préalablement exprimé ou indirectement suggéré par la demande en justice des époux.

Que convient-il de penser de cette construction, expression également d'une volonté d'indemnisation ?

Peut-elle s'arroger des pouvoirs identiques à ceux du législateur tout en connaissant la portée limitée de la jurisprudence ?

La prise de décision de l'Assemblée plénière et sa construction jurisprudentielle, deux aspects indissociables de « la décision » suscitent l'interrogation que nous nous proposons d'exposer dans une troisième partie.

**PARTIE 3 : LA DECISION DE L'ASSEMBLEE PLENIERE
CONSTITUE -T- ELLE UN ACTE JUSTE ?**

Les décisions de l'Assemblée plénière suscitent l'interrogation qui trouve sa concrétisation dans la notion d' « acte juste » tant il nous semble par certaines de ses composantes la rencontrer.

Il nous apparaît, dès lors nécessaire d'exposer dans un premier temps le chemin qui nous a conduit vers l'acte juste (Sous- partie I), et dans un second temps certaines de ses composantes au regard des décisions prises (Sous- partie II).

SOUS- PARTIE I : VERS L'ACTE JUSTE

Les interrogations soulevées par les décisions de l'Assemblée plénière nous conduisent spontanément à les apprécier en fonction de notre sentiment du « juste », qui nous apparaît impropre, en raison de sa subjectivité, à apporter quelques éléments de réponse ; dès lors il nous conduit à essayer d'approfondir un peu plus le concept du « juste ».

Chapitre 1 – LA DETERMINATION DE LA DISCUSSION

De l'étude réalisée il se dégage des idées forces qui s'articulent autour des rôles différents exercés par les juges.

Autant les juges du fond, dans le cadre de la faute, illustrent le caractère évolutif de la jurisprudence qui se construit au fil du temps, par étapes successives, ce qui est un trait constant de celle-ci que nul ne remettrait en cause (SI). Ainsi nous en profiterons pour, en quelques mots aborder le rôle du juge, régulateur de la profession.

Autant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans le cadre de la responsabilité civile du praticien envers les parents et l'enfant atteint d'un handicap a réalisé, en quelques mois, une construction menant à l'indemnisation de leurs préjudices, ce qui n'est pas sans nous interroger sur « l'acte juste » (SII).

SI - Les juges du fond et leur participation à l'élaboration des normes de conduite

A – L'évolution de la jurisprudence dans le cadre de la responsabilité civile et de la faute

La négligence ou l'absence de diligence à l'origine de l'erreur ou de l'absence de diagnostic a pu être retenue comme une faute par les juges du fond, dans le cadre d'une responsabilité fixée après leurs hésitations, par la Cour de Cassation en 1991, sur une relation de nature contractuelle, donc une responsabilité de même nature, une responsabilité contractuelle.

Même si les obligations n'étaient pas préalablement fixées avant d'être sanctionnées, il n'y avait là rien d'extraordinaire dans un droit de la responsabilité fondé sur la faute.

De plus, nous avons pu remarquer que les décisions rendues, dans ce cadre, s'inspiraient de préalables jurisprudentiels rendus dans des activités similaires telles que la radiologie ou bien les analyses médicales en général que l'on retrouvait donc appliqués à l'échographie, à l'IRM, par exemple, ou aux analyses propres au diagnostic prénatal.

Les juges du fond ont ainsi joué un rôle important dans la réglementation de l'activité des professionnels de santé qui pouvait s'induire des fautes ainsi retenues.

Ce même rôle a été joué par les mêmes juges au plan de l'obligation d'information puisqu'ils ont déterminé à partir d'une obligation d'information issue de la jurisprudence, préexistante, une obligation tout à fait spécifique au cadre de l'étude. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation n'étant intervenue en 2001 que pour rétablir la destinataire de cette obligation d'information soit la femme.

Mais c'est là la fonction du juge que de s'adapter aux évolutions, aux progrès scientifiques. Il y a, fait remarquer un auteur, dans l'acte de juger un constant ajustement du droit à la réalité sociale.

Ce sont donc aux juges du fond que les praticiens doivent la réglementation de leur activité au terme d'un schéma quasi invariable : l'erreur ou la négligence à l'origine de l'erreur ou de l'absence de dépistage a empêché l'information causant le dommage si elle n'est pas elle-même défaut d'information.

B – L'application de la jurisprudence : la perspective de la responsabilité et les interventions pour y faire face.

En constatant les faits de l'espèce le juge remplit une fonction créatrice. De l'ensemble des faits de la cause il ne retient que ce qu'il considère comme les plus caractéristiques pour rédiger les motifs de sa décision.

Cette constatation du fait par le juge est la condition pour qu'il puisse pénétrer dans le domaine du droit. C'est seulement par celle-ci que de fait naturel il peut devenir fait juridique.

Ce n'est qu'une fois qu'ils ont été établis par le juge que les faits constituent la condition de l'application de la loi à l'espèce considérée.

La création en conséquence des faits de l'espèce, de normes juridiques individuelles, régulatrices de la pratique du gynécologue obstétricien est incontestable. Elles déterminent pour le praticien, l'obligation qu'il a violé, elle régule sa pratique professionnelle.

Quand le juge applique la loi dans une affaire précise, s'il crée une norme juridique individuelle, régulatrice de la pratique du professionnel de santé concerné, sa publication est souvent traduite comme règle de droit pour l'ensemble de la profession concernée Ph. Malaurie (Défrenois N° 23/02 p15 16 et s) affirme que la perspective d'une responsabilité à laquelle ils risquent d'être tenus, incite le médecin et les services hospitaliers à être plus attentifs dans l'exercice de leur art. On l'a vu dit-il notamment dans le récent recul des infections nosocomiales qui en partie s'explique par l'aggravation de la responsabilité civile pesant sur les hôpitaux et les cliniques et pour une autre partie par l'enseignement de l'hygiène hospitalière : la conjonction des trois entraînant une prise de conscience du mal et la mise en place de moyens pour y faire face.

Quelles visions en ont les magistrats ?

Si nous avons pu relever au cours des entretiens avec les juges des propos tenant à souligner leur objectivité (« toute leur vie on leur apprend à avoir du recul » ce propos a été tempéré « c'est une obligation difficile de prendre du champ, c'est une gymnastique tout au long de sa vie ». Et puis « la misère humaine développe un certain sens social »), nous en avons relevé, sur la nécessité de maintenir la frontière entre la faute, l'erreur et la maladresse « tout professionnel a droit à l'erreur sans que sa responsabilité soit engagée » avec cette précision « mais la pression de l'opinion publique ne va pas dans ce sens il faut des coupables ».

D'autres nous ont révélé la conscience qu'ils avaient de leurs fonctions : « c'est la fonction directe du juge, de la responsabilité et non pas de l'interprétation de la responsabilité par le juge mais du juge directement de réguler » la pratique professionnelle.

On nous soulignera, encore, que « c'est à la suite des décisions réglementant l'information des chirurgiens qu'on a vu apparaître des documents informatifs avant les opérations ».

Questionné spécifiquement sur ce pouvoir régulateur de la pratique professionnelle en général on nous répondra « dans toute action en responsabilité il y a une fonction d'exemplarité » « d'afficher une décision qui change le comportement des autres ».

Nous avons pu constater la multiplication des interventions de la profession multipliant les recommandations :

1 – C'est en considération des préoccupations des professionnels concernés par l'échographie de dépistage ante-natal que B Kouchner, alors ministre délégué à la santé, a créé un comité national technique de l'échographie de dépistage anténatal (installé le 20.12.2001) avec pour objectif de promouvoir une politique de l'assurance qualité de l'échographie de dépistage et de développer une stratégie de l'information du public quant à l'intérêt et aux limites de cet examen (arrêté du 30.4.2002 portant création dudit comité).

Le rapport d'Avril 2005 du CNTED (réf 28) comporte un chapitre 3 intitulé « les objectifs de l'échographie fœtale ». Il propose un document de référence standardisé concernant le contenu de l'acte d'échographie fœtale et la modalité de présentation des résultats de l'examen dans ses annexes 7, 8, 9 : « éléments devant figurer dans le compte rendu de l'examen de dépistage du 1^{er}, second, 3^{ème} trimestre ». Il a travaillé, également, sur l'information des patientes réf 4 - 5. Ce comité propose de faire du DIU (formant à l'exercice de l'échographie de dépistage) un module optionnel des diplômes d'études spécialisées en gynécologie-obstétrique ou en imagerie médicale et un module complémentaire proposé aux sages femmes et aux médecins d'autres spécialités, enfin de compléter cet enseignement par une formation pratique. Il poursuit par une proposition d'organisation, de contenu, d'évaluation de la formation continue en échographie de dépistage prénatale. Un chapitre est consacré à la qualité des matériels. Il définit les modalités d'exercice de l'échographie fœtale précisant le cadre dans lequel intervient chaque modalité de l'examen.

2 – Une circulaire en date du 18.4.2002 a été adoptée, elle concerne précisément l'accompagnement des parents et l'accueil de l'enfant lors de l'annonce pré et post natale d'une maladie ou d'une malformation (réf 32).

3 – A la demande de la Société Française de Neurologie Pédiatrique, des recommandations pour la pratique clinique sur « la conduite à tenir lors de la découverte anténatale d'une ventriculomégalie cérébrale », sont élaborées sous l'égide de l'ANAES, (1 / 2004 réf 31) .

4 - A la demande du syndicat national des gynécologues et obstétriciens de France, des recommandations pour la pratique clinique sur les informations des patients et plus précisément « comment mieux informer les femmes enceintes », sont réalisées par l'ANAES en 11/2004 (réf 30) et diffusées par la HAS. Parmi celles-ci nous retrouvons ce qui est la conséquence de la jurisprudence, notamment :

-« délivrer une information orale fondée sur les données scientifiques actuelles et sur les droits et la réglementation; la compléter, si possible, avec des documents écrits fiables »

-« proposer si nécessaire une consultation supplémentaire...si le volume et /ou la nature de l'information à donner le requiert ».

-« fournir des informations écrites (à défaut, indiquer où en trouver) notamment sur la surveillance médicale de grossesse ... »

-« informer clairement la femme de son droit d'accepter ou de refuser un examen de dépistage ...après lui avoir expliqué, avant sa réalisation, l'utilité, les bénéfices escomptés et les éventuels inconvénients et conséquences de cet examen »

Dans le texte de ces recommandations, il est indiqué au paragraphe sur le dépistage des malformations « les possibilités réelles et les limites de cet examen (échographie) doivent être précisées à la femme enceinte ainsi que les informations disponibles dans le compte

rendu d'échographie », à celui sur le dépistage de la trisomie 21 « si le taux du test sérique est considéré comme élevé ... la réalisation d'un caryotype par amniocentèse ... est alors proposé à la femme ou au couple. L'intérêt de cet examen, ses modalités de réalisation et ses risques, en particulier de fausse couche, sont expliquées et discutées avec eux ».

5- Le guide du bon usage des examens d'imagerie médicale 2005 (réf 29), rédigé en concertation et avec le soutien de l'ANAES contient un paragraphe « obstétrique gynécologie » : la pratique française propose la réalisation de 3 échographies systématiques pour la grossesse normale à 12, 22, et 32 s.am .

Il est apporté des précisions concernant le dépistage précoce (11-13 s.am) : il permet de dater précisément la grossesse en mesurant la longueur cranio-caudale, de dépister précocement des anomalies ou signes d'appel de dyschromosomie et de préciser le nombre d'embryons et chorionicité.

Il est encore indiqué, qu'il n'a pas été démontré que le dépistage systématique dans une population à bas risque par une échographie au cours des 2^{ème} et 3^{ème} trimestre avait modifié la mortalité périnatale sauf en cas d'IMG ou d'une anomalie fœtale importante. Elle peut permettre néanmoins d'adapter la prise en charge pré et post-natale avec un bénéfice dans certaines malformations cardio-thoraciques.

Les ultra-sons possèdent un intérêt notoire pour l'évaluation du placenta praevia et la mise en évidence de retard de croissance intra-utérin.

Pour le suivi et la prise en charge d'une grossesse à haut risque le spécialiste peut alors s'aider de l'échographie doppler de l'artère ombilicale des artères utérines... Elle est essentielle pour guider des gestes interventionnels...

S II – Les décisions de l'Assemblée plénière : un acte juste ?

Il nous faut en effet considérer tant la prise de décision que la décision de justice elle-même tant elles sont liées entre elles.

§ 1 – Une construction jurisprudentielle par l'Assemblée plénière

Nous avons déterminé l'intervention de l'Assemblée plénière comme s'entendant d'une construction au regard des décisions des juridictions civiles intervenues avant le 17.11.2000; cependant, il nous faut étudier si nous pouvons asseoir cette détermination au regard d'un contexte un plus général : celui de la jurisprudence administrative.

A – L'absence de norme et une jurisprudence incertaine ou critiquable

Comme nous l'avons exposé, aucune disposition législative ou réglementaire ne régissait la responsabilité et la réparation du dommage dans le cadre de notre étude.

Le conseiller Sargos évoquera de façon plus générale le droit « jurisprudentiel » de la responsabilité médicale (réf 7). Telle était la base dont disposaient les magistrats.

Les décisions rendues jusqu'alors, dans le cadre de notre étude, révélaient les difficultés des juges à indemniser l'enfant atteint d'un handicap et les parents du préjudice résultant pour chacun d'eux du handicap : difficultés juridiques liées au fondement de la demande en justice, à la qualité de l'enfant, à la causalité, à la nature du dommage, mais aussi valeurs

fondamentales en cause, si bien qu'à ces problèmes s'ajoutaient leurs oppositions, voire leurs résistances.

La Cour de cassation était déjà intervenue de façon ponctuelle sur des points précis.

En raison des hésitations jurisprudentielles, elle a déterminé en 1991 la nature de la relation existant entre la femme et le praticien dans le cadre de notre étude : à savoir le contrat ; une responsabilité de nature contractuelle s'en suivait (réf 10).

Puis, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, après des errements jurisprudentiels, a précisé en 2001 le bénéficiaire de l'obligation d'information, à savoir la mère (réf 25)

De même, elle a replacé la femme au cœur de la possibilité de recourir à l'interruption de grossesse, du choix d'interruption de grossesse, de l'exercice de son choix d'interrompre sa grossesse (réf 18 24 25 26).

B - L'arrêt du Conseil d'Etat du 14.2.1997 (réf 37) et ses limites

1 - Un jugement du Tribunal administratif de Strasbourg était intervenu le 17.7.1990 (réf 22).

Il en résultait, d'une part, que l'erreur de diagnostic ne peut être à l'origine des malformations ; par suite les parents n'étaient pas fondés à demander la réparation des préjudices subis par leur enfant du fait des malformations.

D'autre part, il précisait que « la seule circonstance de la naissance d'un enfant atteint de malformations congénitales survenant après un examen à l'occasion duquel lesdites malformations n'ont pas été décelées n'est pas en elle-même génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir aux parents un droit à réparation par l'établissement hospitalier où cet examen a eu lieu.

Enfin, il limitait le préjudice indemnisable : les époux ne pourraient que solliciter l'indemnisation du préjudice d'impréparation à la naissance de l'enfant malformé : « que les époux S... auraient pu faire valoir, le cas échéant, s'ils avaient démontré une faute commise par le centre hospitalier, que l'information incomplète qui leur a été donnée ne leur a pas permis de se préparer dans de meilleures conditions à la naissance d'un enfant malformé et qu'ils ont ainsi subi un préjudice ; qu'un tel préjudice n'est cependant nullement allégué en l'espèce ; ».

2 - Si le Tribunal administratif, ne retenait qu'un préjudice possible : l'impréparation à la naissance de l'enfant malformé, dès le 14.2.1997, le Conseil d'Etat retenant une faute dans une perspective d'interruption de grossesse, condamnait un centre hospitalier à indemniser les parents des préjudices entraînés par l'infirmité de leur enfant.

Deux éléments étaient prépondérants dans cette décision : les circonstances de la faute et la détermination du préjudice des parents.

- Les faits étaient les suivants : en 1987 Madame Q... alors âgée de 42 ans fait pratiquer alors qu'elle était dans la 17^{ème} semaine de sa grossesse une amniocentèse qui devait permettre de déceler une trisomie 21. Le service de pathologie cellulaire et de génétique du CHR de N... lui annonce que l'examen auquel il avait procédé « n'avait révélé aucune anomalie détectable par les moyens actuels ».

Elle met au monde, le 28.4.1987, à terme, un petit garçon, Mathieu porteur du gène de la trisomie 21.

La faute : elle consistait en une information incomplète. Le centre hospitalier a annoncé que l'examen n'avait révélé aucune anomalie détectable par les moyens actuels, mais il n'a pas informé Mme Q... 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.

On relèvera que la destinataire de l'obligation d'information était bien la mère.

Le lien de causalité : ce sont les circonstances particulières, qu'il énumère, dans lesquelles est intervenue la faute, circonscrites à une perspective d'interruption de grossesse, qui conduisent à l'établissement du lien de causalité entre celle-ci et le préjudice des parents que le Conseil d'Etat va déterminer : préjudices entraînés pour M et Mme Q... par l'infirmité dont est atteint l'enfant. Dès lors, il statue ainsi : « considérant qu'il résulte également de l'instruction qu'en demandant qu'il fût procédé à une amniocentèse, Mme Q... 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 Q... avaient ainsi cherché auprès du service spécialisé du centre hospitalier régional de N... un diagnostic déterminant quant à l'absence du risque ; que dans ces conditions, la faute commise par le service de pathologie ... avait faussement conduit M et Mme Q... à la certitude que l'enfant conçu n'était pas porteur d'une trisomie et que la grossesse de Mme Q pouvait être normalement menée à son terme.

Considérant que cette faute qui rendait sans objet une nouvelle amniocentèse que Mme Q... aurait pu faire pratiquer dans la perspective d'une interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique... doit être regardée comme la cause directe des préjudices entraînés pour M et Mme Q... par l'infirmité dont est atteint leur enfant. »

Le préjudice : il n'est pas le handicap. La faute n'a pas causé l'infirmité; elle est inhérente à son patrimoine génétique.

Le préjudice indemnisable est le préjudice moral, les troubles dans les conditions d'existence de M et Mme Q..., certains éléments des préjudices matériels dont les charges particulières notamment en matière de soins et d'éducation spécialisée qui découleront pour M et Mme Q... de l'infirmité de leur enfant. Il est le préjudice des parents.

3 - Cet arrêt était critiquable :

- la rente était versée la vie durant de l'enfant aux parents ; la base de calcul de la rente : n'avait-elle pas été calculée sur la base d'une rente due pendant la période de vie de l'enfant alors que seule la période de vie des parents au cours de laquelle ils avaient effectivement celui-ci en charge aurait dû être prise en considération ?
- la sécurité de l'enfant n'était pas assurée : qu'en serait-il, de la situation de l'enfant, par exemple, en cas de divorce, de séparation des époux ?
- les organismes sociaux étaient spoliés ; leur créance était irrécouvrable puisque seul était retenu le préjudice des parents.

C – La décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation

1 - Aux divisions des décisions de justice des juridictions civiles entre elles, s'ajoutait celle des juridictions des deux ordres.

Dans le cas de l'erreur ou de la négligence du médecin aboutissant à une erreur ou absence de diagnostic prénatal, l'indemnisation des préjudices de l'enfant né handicapé et de ses parents résultant pour chacun du handicap, n'était pas clairement établie et réalisée sur l'ensemble du territoire.

En un an, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, composée notamment du premier Président, de l'Avocat général, et de son rapporteur (avec une modification en ce qui concerne ce dernier après l'arrêt Perruche) a édifié et maintenu sa jurisprudence permettant cette indemnisation ; ainsi elle a, notamment :

- conféré à l'enfant la qualité de tiers au contrat, lui assurant sa pleine autonomie

- opérant une substitution de visas, déterminé le fondement de l'action et de la demande en justice de l'enfant reposant sur les articles 1165 et 1382 c civ.
- appliqué la jurisprudence sur la faute contractuelle
- rétabli la distinction du dommage, lésion objective et du préjudice, conséquence subjective, conférant à la possibilité d'exercer l'interruption de grossesse une nature objective, légitimant ainsi l'intérêt à agir, résolvant la causalité
- déterminé le dommage de la mère avec ses éléments constitutifs et le préjudice indemnisable des parents, de l'enfant, assurant l'égalité entre les victimes.
- assuré la garantie des organismes sociaux,

L'application de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse et le choix de la mère étaient garantis par la Cour de cassation.

2 – L'Assemblée plénière a maintenu sa jurisprudence en dépit des vives critiques dont elle a été l'objet.

a) - Ainsi, à peine un mois après l'arrêt dit Perruche (17.11.2000), une proposition de loi de JF Mattéi en date du 13.12.2000 (réf 33) voyait le jour ; elle était relative à l'interdiction de poursuivre une action en indemnisation du fait d'un handicap naturellement transmis ; l'exposé des motifs contient une critique de l'arrêt sus énoncé « il résulte des termes mêmes de la décision ... que la vie handicapée imposée de préférence à la mort à la suite d'une erreur de diagnostic constitue un préjudice réparable... la cour de cassation a jugé contrairement aux principes les mieux affirmés de la responsabilité civile qu'il existait un préjudice réparable alors même que la faute de diagnostic n'est pas à l'origine du handicap de l'enfant qui est causé directement et uniquement par la rubéole dont sa mère est atteinte ».

b) - Une autre proposition de loi instituant un moratoire sur les demandes en recherche de responsabilité du fait de la naissance ou du maintien de la vie du 9.1.2001 de B Accoyer (réf 34) contient également des critiques à l'encontre de la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation : le fait de donner la vie ne peut être assimilé à une faute, le transfert de responsabilité comporte le risque d'une incitation à l'eugénisme de précaution ; tout en relevant que la motivation profonde l'arrêt du 17.11.2000 peut pourtant s'expliquer dans une motivation matérielle : offrir des garanties financières aux familles, il précise que les garanties relèvent de la solidarité nationale, que le lieu d'un tel débat ne se trouve pas dans une enceinte judiciaire mais au Parlement.

c) - L'avis N° 68 : handicaps congénitaux et préjudice du CCNE du 29.5.2001 (réf 36) relève que la reconnaissance de la responsabilité des professionnels dans un préjudice dont l'enfant serait victime conduit à la déduction qu'il eût mieux valu qu'il ne naquît point voire qu'il avait un droit à ne pas naître handicapé compte tenu de la piètre qualité de la vie qui lui est imposée.

d) - La proposition de loi visant à garantir l'égalité de toute vie humaine du 26.9.2001 (réf 35) dans l'exposé de ses motifs précise que les conséquences de la décision de la Cour de cassation sont multiples : remise en cause de l'égalité de toute vie humaine, atteinte au principe d'égalité entre les personnes, puisqu'on admet que la vie d'un handicapé vaut mieux que celle de tout autre être humain.

e) - Claude Evin (réf 42) conteste l'interprétation faite de l'arrêt Perruche « reconnaître aux enfants handicapés un droit à l'indemnisation c'est leur reconnaître un droit à la dignité » ; il souligne que l'arrêt de la Cour de cassation indemnise « non pas le fait d'être né mais les souffrances et les contraintes subies par un enfant à la suite d'une erreur médicale »

- f) – Les journaux titraient, ainsi et pour n'en citer que quelques uns :
- La Croix 23.11.2000 : la décision de la Cour de cassation octroyant des indemnités à un enfant handicapé pour le seul fait d'être né crée-t-elle une jurisprudence définitive ?
 - Le Monde 24.11.2000 : La vie humaine comme préjudice
 - La Croix 18.12.2000 : ces 100 familles qui refusent l'arrêt Perruche
 - Le Monde 14.7.2001 : jurisprudence Perruche caractère d'exceptionnalité (réf 38)
 - Aujourd'hui 14.7.2001 : « les parents d'enfants handicapés s'indignent ».

g) - Des familles se sont regroupées dans le Collectif des parents contre l'handiphobie « particulièrement blessées et choquées par l'arrêt de la Cour de cassation du 17 11 2000, 100 familles ayant un enfant handicapé ont décidé de faire barrage à la décision de justice et à ses conséquences ». Il publie jusqu'au 28.11.2001, treize communiqués de presse. Il assigne devant le Tribunal de grande instance de Paris, l'Etat : cet arrêt a causé un préjudice moral particulièrement grave à l'ensemble des demandeurs... ceux qui ont une parfaite conscience de leur état entendent que soient reconnues leur humanité et la dignité de leur vie... l'arrêt du 17.11.2000 en proclamant solennellement que l'impossibilité pour des parents de recourir à l'avortement cause un préjudice à l'enfant né handicapé a commis une erreur de droit qui compte tenu de son énormité constitue une faute lourde du service public de la Justice (réf 39).

h) - La doctrine se divise, ainsi : réf 18 (Réflexions sur un malentendu) - 23 (Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être) – 24 (Préjudice de l'enfant né handicapé : l'Assemblée plénière consacre sa jurisprudence Perruche mais subordonne l'indemnisation à de strictes conditions) - 25 bis - 27- 41 - 90 (La Cour de cassation méritait-elle le pilori) – 92 – Pour une humanité autrement fondée –93 –100 (République, Cour de cassation et échographie) – 102 (« Perruche » et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification)-104- 105 - 109- 122.

i) - Un praticien qualifie l'arrêt dit Perruche de « Hiroshima éthique » (mots prononcés par le Pr Nisan. V. Roy P., « Handicap congénital : un Français sur trois prêt à poursuivre son médecin » Le quotidien du médecin 12.4.2001 p 14 ; voir aussi Dr Choux « la République des juges » le quotidien du médecin 5.3.2001 p20).

En conclusion,

Nous pouvons considérer que l'indemnisation des préjudices des parents et de l'enfant est rendue possible par la construction de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Il y avait des obstacles à franchir pour y parvenir. Elle y est parvenue avec la volonté d'y parvenir.

§ 2 – Une décision juste ?

Nous étions parvenus, semble-t-il, à comprendre l'ensemble des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Le contexte nous avait permis de parvenir à les qualifier de « construction jurisprudentielle ». Quelle appréciation pouvait-on porter sur cette prise de décision de l'Assemblée plénière et l'ensemble de ces arrêts qui notamment rompaient avec l'esprit assigné à la jurisprudence, esprit de continuité, d'élaboration progressive du droit.

C'est au travers de « l'acte juste » que nous avons essayé de répondre à cette question.

Cette décision, choix opéré et ensemble des arrêts de l'Assemblée plénière, constituaient-ils une décision juste ?

Les écrits de P Ricoeur sur la situation complexe s'imposaient à nous, situation dans laquelle, précise-t-il, il faut choisir entre le gris et le gris, situation à propos de laquelle il interpelle sur la qualité de la décision à prendre : sage et prudente, sur l'implication de l'Autre, le bien vivre, mais aussi sur les devoirs et interdictions des juges,

Le maintien par l'Assemblée plénière de sa jurisprudence en dépit des vives controverses qu'elle suscitait, interpellait.

Nos recherches nous conduisaient également à la lecture d'un article intitulé « la politique jurisprudentielle » issu d'une conférence prononcée par N Molfessis à la Cour de cassation enrichie des discussions avec Guy Canivet où les auteurs inscrivent l'arrêt Perruche et ses suites dans un cadre de « politique jurisprudentielle », celle-ci s'avérant être un besoin évident :

« s'il en est ainsi, c'est parce que toute politique jurisprudentielle a vocation à relier entre elles les décisions passées et les décisions futures. Elle assure donc la prévisibilité du droit jurisprudentiel alors même que notre système ne reconnaît pas l'existence, la cohérence et la constance de la jurisprudence. En quelque sorte, la politique jurisprudentielle supplée à l'absence d'autorité du précédent, puisqu'elle opère en soubassement, source réelle de la jurisprudence ».

« la politique jurisprudentielle n'est donc pas la jurisprudence ; elle est le chemin suivi par cette dernière dans un domaine particulier ou sur une question spécifique. Elle entend donc être au fondement de la jurisprudence, comme soubassement des décisions, ligne directrice et donc inspiratrice du juge. Elle veut être le souffle qui guide la jurisprudence. »

Dès lors cette question de la décision juste s'imposait comme une évidence.
Mais il nous fallait au préalable tenter de cerner ce que peut être un acte juste ?

Chapitre 2 – DE LA DEFINITION AUX CRITERES DE L'ACTE JUSTE

Définir un acte juste. Définir avec certitude un acte juste, en l'espèce un jugement juste, est un projet plus qu'ambitieux auquel nous ne nous permettrons pas de vouloir prétendre. Peut-on seulement déterminer un point de vue acceptable par tous sur ce qu'il convient de considérer comme un acte juste ?

En conséquence, sur la base d'une étude bibliographique, nous nous proposons de dégager les principaux critères de l'acte juste.

Savoir si un acte est juste. Nous tenterons de répondre à cette question en comparant la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (l'ensemble de ses décisions à compter de l'arrêt Perruche sur l'action de l'enfant et des parents) avec chacun de ces critères.

Décider qu'un acte est juste. Nous essayerons en effectuant une synthèse de toutes les données de parvenir, peut être, à répondre à la question de savoir si la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation est un acte juste.

Avant de nous plonger dans le relevé de quelques critères de l'acte juste, il nous semble nécessaire d'apporter quelque précision sur le sentiment de ce qui est juste ou injuste

Ce sentiment ne serait-il pas celui exprimé par Aristote : « en effet il y a un juste et un injuste, communs de par la nature, et que tout le monde reconnaît par une espèce de divination, lors même qu'il n'y a aucune communication, ni convention mutuelle » (Rhétorique, I, 13).

Juger avec le sentiment de justice n'aboutit pas à un acte juste.

Notre sentiment est fluctuant, c'est le propre de l'injuste.

Vouloir juger par notre sentiment de justice risque d'être un déni de droit et même de rendre possible un retour à la loi du plus fort à propos duquel chacun s'accorde à dire que la force ne fait pas le droit.

Le philosophe Alain se place au regard de ce sentiment et fait prévaloir en ses lieu et place la légalité, le respect de la procédure, et l'institution juste (Alain. Propos. Pléiade I p 434 réf 81) « Où donc est la justice ? en ceci que le jugement ne résulte point des forces, mais d'un libre débat, devant un arbitre qui n'a point d'intérêt dans le jeu. Cette condition suffit, et elle doit suffire parce que les conflits entre les droits sont obscurs et difficiles. Ce qui est juste, c'est d'accepter l'arbitrage ; non pas l'arbitrage juste, mais l'arbitrage. L'acte juridique essentiel consiste en ceci que l'on renonce solennellement à soutenir son droit par la force, et encore illuminées par les passions, c'est la guerre qui sera, la guerre sainte. Au contraire, c'est le droit qui sera la paix, attendu que l'ordre du droit suppose une déclaration préalable de paix, avant l'arbitrage, pendant l'arbitrage, et après l'arbitrage, et que l'on soit content ou non. Voilà ce qu'est un homme pacifique. Mais l'homme dangereux est celui qui veut la paix par le droit, disant qu'il n'usera point de la force, et qu'il le jure, pourvu que son droit soit reconnu » (Alain. Propos. Pléiade I p 434 réf 81).

Trois critères à associer apparaissent alors dans cette détermination de l'acte juste :

- la légalité
- le respect de la procédure
- l'institution

A – Le juste et la légalité.

1) – Le critère de la légalité

Ce critère de la légalité, au regard de ses origines, apparaît, seul ou avec d'autres, comme un des critères qui permet de déterminer un acte juste.

a) - Le juste s'identifie au légal :

« jus » = droit, ce qui est juste c'est ce qui est conforme au droit.

b) - Nous le retrouvons dans la pensée de Hobbes.

A l'état de nature, avant l'institution de l'Etat, on ne possède rien, il n'existe ni mien ni tien : tout est à tous ou à personne.

C'est le souverain qui institue le mien et le tien et décide de ce qui est mien et de ce qui est tien

Est juste ce que l'Etat permet et injuste ce qu'il défend.

Ce ne peut être qu'à la loi civile et non à la conscience individuelle qu'il appartient de prescrire les règles du juste et de l'injuste.

Une loi est juste par définition « ce qui fait la loi, ce n'est pas la vérité, mais l'autorité ». Parce que son seul but est d'assurer la paix, le plus grand bien.

Pour Hobbes si la loi l'ordonne c'est que c'est juste.

Je ne commets point de faute en exécutant l'ordre injuste pourvu que celui qui en donne l'ordre soit mon supérieur légitime.

C'est sur ce fondement qu'Eichmann lors de son procès a dit : je n'ai rien fait de mal, j'ai obéi aux lois.

c) - Nous avons préalablement noté la place de ce critère dans la réflexion du philosophe Alain (p1 du présent chapitre).

d) – Paul Ricoeur affirme dans un premier temps qu'au niveau où se forme l'acte de juger, le juste est cet aspect du « bon » relatif à l'autre ; rappelons que le bon apparaît dans le 'souhait d'une vie bonne' ; le bon transféré à l'acte de juger devient le juste. Le prédicat qui qualifie l'acte de juger est le prédicat juste, juste relatif à l'autre.

Le juste marque le déploiement d'une visée éthique (« la quête de justice est celle d'une juste distance entre tous les humains ») qui doit passer par la norme notamment des obligations juridiques.

L'idée du juste se trouve écartelée entre une référence au bien et au légal.

L'acte de juger est alors juste s'il est entre le légal et le bon ; on retrouve le titre de son essai :

Le juste entre le légal et le bon.

Décider qu'un acte est juste revient à se fier à ce que dit la loi, se demander si la loi a été appliquée, bref à juger de la légalité de nos actions.

2) – L'impact sur l'étude

Nous examinerons et apprécierons la légalité des décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendues,

a) - dans le cadre de l'action et de la demande en justice de l'enfant atteint d'un handicap

Par conséquent, nous nous livrerons à un examen puis à :

- une appréciation de la similitude des cas entre les affaires ayant donné lieu à l'application de la jurisprudence au terme de laquelle le tiers qui subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution du contrat a une action en responsabilité délictuelle contre le contractant fautif, et celles ayant donné lieu aux décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ; la légalité de la qualité de tiers au contrat de l'enfant à naître sera examinée au regard du pouvoir d'interprétation du juge d'adapter le droit aux cas non régis par la loi ou la jurisprudence dans la mesure où son esprit est respecté, ce qui confère la légalité à la décision.
- Une appréciation de l'application de la responsabilité délictuelle aux cas ayant donné lieu aux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Nous verrons qu'au terme de la jurisprudence précitée c'est à bon droit que cette dernière a visé les dispositions de l'article 1382 c civ.
- Une appréciation de l'application de la faute contractuelle. Nous constaterons qu'au terme de la jurisprudence la faute délictuelle est la faute contractuelle. D'autre part, l'intention de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation était bien de sanctionner la faute du praticien.
- Une appréciation du préjudice de l'enfant tel que déterminé par les décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation au regard des dispositions régissant le préjudice dans le cadre de la responsabilité délictuelle et du préjudice de naissance.
- Une appréciation des décisions de la Cour de cassation au regard des droits de l'enfant de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre, d'apprécier les qualités de sa vie, enfin au regard de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse.

b) - dans le cadre de la demande en justice des parents

Dès lors, nous nous livrerons à un examen et à une appréciation de la légalité des décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation au regard des dispositions sur le dommage et le préjudice dans le cadre de la responsabilité contractuelle.

B – Le juste et la légitimité.

1) – Le critère de la légitimité

- Dans la pensée de P Ricoeur le juste intervient également par l'Institution : si la justice est une vertu, elle est aussi un tiers qui institue une juste distance par un corpus de lois écrites, par l'institution judiciaire de tribunaux et de juges ayant autorité pour dire la sentence (www.fondsriceur.fr réf 51).

La valeur de l'Institution est également soulignée par A Garapon dans son ouvrage « Bien juger » dans lequel il souligne l'importance du cadre rituel qui met à distance l'indignation et la colère publique.

- Cette Institution, P Ricoeur lui attribue néanmoins une qualité : une Institution « juste » ; la visée éthique, (elle comprend la visée de la vie bonne, d'une vie accomplie au gré d'actions estimées bonnes, aspiration de l'homme vers le bonheur, le sujet s'apprécie lui-même parce qu'il apprécie ses actions et il est capable d'influer sur le cours des choses) montrera l'importance de l'Autre à travers les rapports de proximité dans l'amitié par exemple, et malgré la distance comme on l'observe dans les rapports de justice (= ce chacun son droit est partenaire et destinataire d'un partage juste), dans des institutions justes.

Un juge tenu à des obligations morales soit des devoirs et des interdictions précise P Ricoeur ; on retrouve là le devoir, valeur qui nous oblige, agir justement c'est agir en respectant la loi morale ; la loi morale nous permettrait de décider si un acte est juste au sens de la morale. Pour A Garapon, concrètement, un juge qui doit résister à l'univers de fiction et de pression, de manipulation du procès, préparer les dossiers mais ne pas décider avant, se méfier de lui et de ses préjugés, s'ériger tiers par rapport à lui-même, laisser place à la transparence.

2) – L'impact sur l'étude

Cet attachement à souligner l'importance de l'Institution, et de l'institution Juste a orienté notre conception du juste vers ce qui est légitime, est juste ce qui est admis, reconnu par la loi et par voie de conséquence à tout l'aspect procédural des décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation et nous a conduit à nous interroger sur sa possibilité de :

- qualifier (substitution de visa)
 - utiliser la jurisprudence
 - déterminer le dommage de la mère
 - déterminer les préjudices des parents et de l'enfant atteint d'un handicap
- Etait-elle une autorité compétente pour se prononcer sur ces points précis ?

a) L'indemnisation du préjudice des parents, du préjudice matériel résultant pour eux du handicap, posait des problèmes, la faute ayant causé un dommage lié à l'interruption de grossesse, possibilité accordée par le législateur à la femme.

L'indemnisation du préjudice matériel des parents nécessitait de considérer que la faute avait causé la naissance, la naissance de l'enfant atteint d'un handicap ou alors le handicap, ce qui se heurtait au problème de l'indemnisation du préjudice de naissance, et à celui du lien de causalité entre la faute et le handicap.

On est dans le pouvoir du juge de rétablir la distinction du dommage et du préjudice, de déterminer le dommage et le préjudice.

En rétablissant cette distinction, en déterminant le dommage de la mère, empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique et le préjudice indemnisable des parents (le père est associé à l'accueil de l'enfant, il supporte identiquement le préjudice) : le préjudice matériel résultant pour eux du handicap, ce qui faisait que le droit sanctionné par l'action en justice était la possibilité de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse exprimé préalablement ou non et que l'intérêt était légitime

alors que le fondement, l'article 1147 c civ était depuis longtemps déterminé notamment par la Cour de cassation

et les fautes sanctionnées par les juges du fond

la décision de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation était-elle une décision issue d'un pouvoir qu'elle s'arrogeait,

ou d'un pouvoir dont elle disposait : celui de déterminer le dommage et le préjudice

Etait-elle une autorité légitime dans ce cadre ?

b) l'action et la demande en justice de l'enfant.

L'indemnisation du préjudice de l'enfant résultant de son handicap posait des problèmes dans le cadre de la responsabilité contractuelle, la faute n'avait pas causé ce préjudice.

Le dommage causé par la faute ne pouvait être la naissance, préjudice juridiquement irréparable, l'enfant ne disposait ni d'un droit de naître ou de ne pas naître, handicapé ; il ne pouvait être lié à l'interruption de grossesse, l'enfant ne disposait pas d'un droit de vivre ou de ne pas vivre, d'un droit de regard sur les qualités de sa vie.

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation
en substituant la jurisprudence aux dispositions de l'article 1147 c civ, jurisprudence au terme de laquelle, le tiers au contrat qui subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution du contrat a une action en responsabilité délictuelle contre le contractant fautif,
en déterminant la mauvaise exécution du contrat soit le dommage de la mère, empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, perte de la possibilité de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse
ouvrant l'action en justice à l'enfant né atteint d'un handicap
légitimant son intérêt
et dans le cadre de la responsabilité délictuelle,
en utilisant la jurisprudence sur la faute délictuelle qui est la faute contractuelle
en déterminant le préjudice indemnisable : le préjudice résultant de son handicap, effet du dommage, établissant par là même la causalité
nous fait entrer dans le champ du pouvoir du juge de restituer l'exacte qualification aux faits et actes litigieux, d'utiliser les précédents jurisprudentiels, de déterminer le dommage de la mère et le préjudice indemnisable de l'enfant ; s'est-elle arrogée un pouvoir dont elle ne disposait pas ou disposait-elle de ce pouvoir ?

C- Le juste et l'éthique

1 – La place de « l'Autre ».

Nous avons constaté lors de l'étude bibliographique, dans les différentes conceptions de l'acte juste, la place qui est accordée à l'Autre (les parties à l'instance et même au-delà, les personnes intéressées à l'instance) et qui permet ainsi de conférer la qualité de juste à un acte ; par cet Autre l'acte devient juste ; cependant cet Autre est revêtu de qualités, de capacités particulières ; par cet Autre doté de capacités particulières l'acte devient juste.

a) - C'est ainsi la victime qui, dans la procédure entre l'arbitre et l'adversaire, encore illuminée par les passions, renonce solennellement à soutenir son droit par la force :
« Où donc est la justice ? En ceci que le jugement ne résulte point des forces, mais d'un libre débat, devant un arbitre qui n'a point d'intérêt dans le jeu. Cette condition suffit, et elle doit suffire parce que les conflits entre les droits sont obscurs et difficiles. Ce qui est juste, c'est d'accepter l'arbitrage ; non pas l'arbitrage juste, mais l'arbitrage. L'acte juridique essentiel consiste en ceci que l'on renonce solennellement à soutenir son droit par la force, et encore illuminées par les passions, c'est la guerre qui sera, la guerre sainte. Au contraire, c'est le droit qui sera la paix, attendu que l'ordre du droit suppose une déclaration préalable de paix, avant l'arbitrage, pendant l'arbitrage, et après l'arbitrage, et que l'on soit content ou non. Voilà ce qu'est un homme pacifique. Mais l'homme dangereux est celui qui veut la paix par le droit, disant qu'il n'usera point de la force, et qu'il le jure, pourvu que son droit soit reconnu » (Alain. Propos. Pléiade I p 434 réf 81).

b) – C'est le juge qui est capable de ne pas se limiter à une application stricte de la règle de droit et de statuer en équité, incorporant dès lors, dans son jugement, d'autres éléments que la loi.

« l'équitable, tout en étant supérieur à une certaine justice, est lui-même juste, et ce n'est pas comme appartenant à un genre différent qu'il est supérieur au juste. Il y a donc bien identité du juste et de l'équitable, et tous deux sont bons, bien que l'équitable soit le meilleur des deux.

Ce qui fait la difficulté, c'est que l'équitable, tout en étant juste, n'est pas le juste selon la loi, mais un correctif de la justice légale.

La raison en est que la loi est toujours quelque chose de général, et qu'il y a des cas d'espèce pour lesquels il n'est pas possible de poser un principe général qui s'y applique avec rectitude. Dans les matières, donc, où on doit nécessairement se borner à des généralités et où il est impossible de le faire correctement, la loi ne prend en considération que les cas les plus fréquents, sans ignorer d'ailleurs les erreurs que cela peut entraîner. La loi n'en est pas moins sans reproche, car la faute n'est pas à la loi, ni au législateur, mais tient à la nature des choses, puisque par leur essence même la matière des choses de l'ordre pratique revêt ce caractère d'irrégularité.

Quand par suite, la loi pose une règle générale, et que là-dessus survient un cas en dehors de la règle générale, on est alors en droit, là où le législateur a omis de prévoir le cas et a pêché par excès de simplification, de corriger l'omission et de se faire l'interprète de ce qu'eût dit le législateur lui-même s'il avait été présent à ce moment, et de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question.

De là vient que l'équitable est juste et qu'il est supérieur à une certaine espèce de juste, non pas supérieur au juste absolu, mais seulement au juste où peut se rencontrer l'erreur due au caractère absolu de la règle.

Telle est la nature de l'équitable : c'est d'être un correctif de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité...

De là résulte nettement aussi la nature de l'homme équitable : celui qui a tendance à choisir et à accomplir les actions équitables et ne s'en tient pas rigoureusement à ses droits dans le sens du pire, mais qui a tendance à prendre moins que son dû, bien qu'il ait la loi de son côté, celui-là est un homme équitable, et cette disposition est l'équité, qui est une forme spéciale de la justice et non pas une disposition entièrement distincte ». Aristote - Ethique à Nicomaque V, 14.

c) – C'est encore l'action qui respecte et défend le droit fondé sur une égalité de valeur entre les personnes, ou sur la proportionnalité aux aptitudes et mérites la justice ayant pour fonction de rétablir l'égalité ou la proportionnalité.

Un acte juste est, alors, un acte qui respecte et défend le Droit; droit qui a cessé d'être purement collectif pour devenir de plus en plus contractuel et fondé sur la valeur de la personne et la volonté de l'individu, il tend nécessairement à prendre pour base l'égalité des personnes. Dès lors, un acte est juste quand il respecte et défend le Droit fondé sur la valeur de la personne et la volonté de l'individu. Mais nous savons que les êtres humains sont inégaux physiquement, intellectuellement, moralement. Il s'agit, par conséquent d'une égalité de valeur entre les personnes ; il faut déterminer la valeur selon les conjonctures de l'existence humaine.

Elle sera soit :

- l'égalité stricte des personnes. Les êtres humains sont égaux en ce qu'ils ont une valeur égale; c'est elle qui préside aux contrats et aux échanges. Nous sommes dans ce cas au moins dans le rapport entre le praticien et la femme enceinte. C'est l'obligation d'informer du praticien pour permettre à la femme d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ou pour la mettre en mesure d'exercer un choix; par conséquent si on peut considérer cette position philosophique du juste ce ne pourrait être que dans ces rapports et leurs conséquences ; l'égalité n'a pas été respectée pour permettre une décision éclairée de la femme, elle peut revendiquer l'exigence d'égalité. La justice aura alors pour fonction de rétablir l'égalité stricte.

- la proportionnalité aux aptitudes et aux mérites personnels de chacun ; elle préside alors à la répartition des dignités, des fonctions, des avantages sociaux. La justice aura alors pour

fonction de rétablir la situation au niveau qu'elle devait être en tenant compte de l'aptitude de la personne, de ramener la personne au regard de cette proportionnalité individuelle, on est dans l'égalité injuste. C'est la justice corrective. Cela ne nous donne-t-il pas à penser que nous sommes dans la situation de l'enfant atteint d'un handicap, de ses parents, au regard de l'enfant dit « normal » et de ses parents.

d) - P Ricoeur précise que le juste marque le déploiement d'une visée éthique soit une juste distance entre tous les humains. La Justice, dans ce sens, peut servir « d'idée directrice par rapport au règne des règles, des normes, des lois qui est celui du droit positif ».

Et ce même si la visée éthique doit passer par la norme des obligations morales et juridiques pour conduire à un acte de juger qui est juste, entre le légal et le bon.

Lorsqu'il écrit « La sagesse pratique permet de tenir l'affrontement entre ces deux acceptions du juste et de le rendre fécond. Elle est cette conviction bien pesée qui anime le jugement dans les situations de conflit irrémédiable où il doit être ajusté : écart entre la norme générale et la sollicitude singulière » ou encore « la sagesse pratique consiste à inventer les conduites qui satisferont le plus à l'exception que demande la sollicitude en trahissant le moins possible la règle » ou enfin lorsqu'il précisera que : la visée éthique montrera « l'importance de l'Autre » à travers les rapports de proximité dans l'amitié par exemple, et malgré la distance comme on l'observe dans les rapports de justice (= ce chacun son droit est partenaire et destinataire d'un partage juste), dans des institutions justes. La sollicitude n'est-ce pas la place accordée à l'Autre dans la décision ?

Dans l'acte juste l'Autre a une place qui permet de conférer la qualité de juste à l'acte. Un acte n'est pas juste en lui-même, à lui seul, sans que l'Autre interfère, sans prise en considération de l'Autre ; c'est dire que le juge ne peut pas exclure dans sa décision l'Autre, que celle-ci doit avoir une dimension humaine.

Dès lors, nous ne pouvons envisager le juste sans considérer la place de l'Autre dans les décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

2 – de l'Autre à l'Éthique.

Pour P. Noreau, le juge met en cause « des considérations que le droit ne connaît pas, qu'il n'a pas à connaître, mais qui fondent profondément les comportements sociaux ». C'est l'insertion de l'éthique dans l'acte de juger, laquelle commence par la rédaction de la loi pour continuer avec son application et son interprétation.

L'éthique lors de la mise en œuvre de la norme juridique :

P Noreau cite divers emplois de l'éthique ainsi lors de la mise en œuvre de la norme juridique : « dans la foulée du débat public et législatif, les considérations juridiques et sociales ne font souvent qu'un. »... Une partie des choix entourant l'adoption des lois porte sur des considérations éthiques ou morales qu'on retrouve inévitablement inscrites dans le corps de la législation.

Les caractéristiques du droit – l'application du droit : la place pour l'éthique dans l'acte de juger :

P Noreau (réfl 13) montre la place laissée à l'éthique dans la décision de juger en raison de la nature du droit (insuffisant – zones grises – texture ouverte) : dès lors une place est laissée à l'éthique d'une part avec le pouvoir d'interprétation du juge ; d'autre part avec les principes généraux utilisés par les juges ; ainsi et d'une manière globale, la discussion des cas difficiles est l'occasion d'un débat sur les valeurs.

« l'insuffisance du droit posé – sa texture ouverte – est compensée par l'autorité qu'on reconnaît au juge d'éclaircir les zones grises laissées par la législation.
« les imprécisions du sens du droit sont compensées par le repérage de principes généraux déjà inscrits dans le droit sans y être pour autant écrits »
ou encore « l'incomplétude du droit ... rend nécessaire l'intervention d'une réflexion éthique »
Les juges, conclut-il, ne sont pas simplement comme l'écrivait Montesquieu et la science politique après lui « la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ».

L'éthique : une juste distance entre tous les humains – le non -droit

Pour Ricoeur, le juste dans l'acte de juger implique une visée éthique ; elle est la quête d'une juste distance entre tous les humains :

le prédicat qui qualifie l'acte de juger est le prédicat juste, juste relatif à l'autre.

Dans cet esprit (le juste est cet aspect du « bon » relatif à l'autre) le juste marque le déploiement d'une visée éthique : « la quête de justice est celle d'une juste distance entre tous les humains ». La justice dans ce sens peut servir « d'idée directrice par rapport au règne des règles, des normes, des lois qui est celui du droit positif ».

Un acte de juger est juste quand il a une visée éthique soit une quête d'une juste distance entre les humains.

Pour Noreau, sa définition de l'éthique se fait par référence à ce qui n'est pas le droit : « une référence possible- ou impossible – aux normes non juridiques, au non droit, à l'infra- droit, bref à tout ce qui, en tant que référence éthique, n'entre pas dans le droit et est perçu comme un détournement de l'institution »

Les utilisations de l'éthique : la mise en œuvre du droit à une situation donnée

P Noreau cite divers emplois de l'éthique dans le cadre du jugement :

- l'interprétation du droit et sa mise en œuvre comportent une dimension éthique « c'est dans sa mise en œuvre et dans son interprétation qu'il retrouve sa signification sociale »

- l'interprétation du droit est indissociable d'une série de considérations plus larges sur les considérations de la vie sociale et sur la réalité observable de l'activité judiciaire elle-même
- « or la référence culturelle emporte également une référence aux repères éthiques. Le droit ne peut plus simplement s'interpréter par lui-même. C'est toujours le droit d'une société donnée interprétée à un moment donné de cette collectivité ».

- l'ajustement continu du droit à l'état des mœurs et des valeurs condamne le législateur à une fuite en avant dans la législation ; mais l'enfermement du droit s'avère être « une promesse qu'on ne peut tenir » ou encore « il y a dans l'acte de juger un constant ajustement du droit à la réalité sociale. Mais si le juge sert ici de marqueur des valeurs sociales dominantes... »

- il envisage la conséquentialisation de l'acte de juger : « Peut-on juger d'une cause sans s'interroger sur la réception sociale du jugement ou sans se demander comment les justiciables en présence pourront vivre avec les effets concrets du jugement.

L'ensemble de ces considérations nous conduit à la question suivante : quelle place le juge a-t-il accordé à l'Autre dans ses décisions sur la qualification, la faute, le dommage et les préjudices ? L'Autre : les parties aux procès, le législateur, l'Autre les représentants des mouvements sociaux.

Quelle vision éthique se dégage de ces décisions ?

Mais cette visée ne peut-elle pas conduire à justifier des comportements excessifs, variables ?

P Ricoeur prend en compte non seulement l'Autre dans l'acte de juger, l'acte de juger « juste » mais aussi « la sagesse pratique » du juge qui permet de tenir l'affrontement entre ces deux acceptions du juste et de le rendre fécond. Elle est, dit-il, cette conviction bien pesée qui anime le jugement dans les situations de conflit irrémédiable où il doit être ajusté : écart entre la norme générale et la sollicitude singulière.

Les décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation manifestent-elles une sagesse pratique, une conviction bien pesée entre les intérêts en présence : le principe de la séparation des pouvoirs, l'application de la loi, les intérêts des parties, les intérêts sociaux ?

En conclusion

Si nous ne pouvons dégager assurément une définition de l'acte de juger, acte juste, néanmoins certains critères président à cette définition. Ce sont ces critères que nous nous proposons d'étudier en trois chapitres distincts successivement intitulés :

- chapitre 1 – le juste et la légalité
- chapitre 2 – le juste et la légitimité
- chapitre 3 – le juste et l'éthique

Cette étude nous conduira à celle spécifique du juste et de la politique jurisprudentielle (chapitre 4).

SOUS- PARTIE II : DE QUELQUES CRITERES DE L'ACTE JUSTE

Un chapitre est consacré à chacun des critères dégagé et retenu pour sa correspondance avec le cadre de l'étude étant précisé que ce sont les trois premiers chapitres qui nous ont mené vers l'étude du chapitre 4 consacré à la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation

Chapitre 1 – LE JUSTE ET LA LEGALITE

Nous allons étudier la légalité des décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (réf 94 24 25 26) en examinant les réponses qu'elle a apporté aux questions dont elle était saisie au regard des règles relatives aux effets des contrats à l'égard des tiers, à la responsabilité civile, à l'interruption de grossesse.

Cette étude se divise dès lors, en huit points, objet d'un même nombre de paragraphes, qui seront successivement examinés de la jurisprudence sur la responsabilité des contractants à l'égard des tiers, à la responsabilité délictuelle, à ses conditions, à celles de la responsabilité contractuelle, au dommage et au préjudice.

Dans la conclusion nous nous essayerons à livrer nos appréciations sur la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation au regard de la définition de l'acte juste, acte conforme au droit.

§ 1 – Légalité et pouvoir du juge d'appliquer les précédents jurisprudentiels. L'autorité de la jurisprudence. De la responsabilité des contractants à l'égard des tiers à l'utilisation de la faute contractuelle.

A - L'emprunt à la jurisprudence

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation a appliqué, dans le cadre de l'action de l'enfant né atteint d'un handicap contre le praticien, une première jurisprudence datant du début du XX^{ème} siècle (notamment, Req 5.5.1924 DH 1924 433, RTDC 1924 678), jurisprudence appliquée de façon constante, au terme de laquelle : un tiers qui subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution du contrat a une action en responsabilité délictuelle contre le contractant fautif.

Puis elle a appliqué une seconde jurisprudence sur la faute dans le cadre de l'article 1382 c civ., de la responsabilité délictuelle, de laquelle il résulte que l'inexécution de l'obligation contractuelle suffit à fonder l'existence d'une faute délictuelle ; dès lors le tiers n'avait plus à démontrer l'existence d'une faute délictuelle envisagée en elle-même, indépendamment de tout point de vue contractuel, la violation d'une règle de portée générale, une faute détachable du contrat (Cass. Soc. 21.3.1972 JCP 1972 II 17236 ; Cass. Com. 16.1.1973 Bull. Civ. IV N°28 p 22).

B - L'autorité de la jurisprudence

La jurisprudence tire son autorité de son unification; en ce sens il arrive que la Cour de cassation se forge une doctrine à laquelle elle se réfère pour apprécier la valeur juridique des décisions qui lui sont déférées.

De même, des normes juridiques générales d'origine jurisprudentielle sont induites par la doctrine d'une série de décisions judiciaires ayant toutes résolu de la même façon telle difficulté juridique.

Ainsi entendue, la jurisprudence est une autorité de fait à l'égard des juges, car, en pratique c'est à la loi telles que l'ont interprétée des décisions antérieures que les juges se réfèrent. Lorsqu'une juridiction est saisie d'une question difficile et qu'elle a déjà rendu un jugement dans un sens déterminé, il est habituel aussi que lorsque la même question se pose de nouveau à elle, elle statue dans le même sens.

La jurisprudence sur la responsabilité des contractants à l'égard des tiers, celle sur la faute délictuelle qui est la faute contractuelle, reliées à la règle générale de l'opposabilité du contrat, émanent de décisions de la Cour de cassation ; elles sont consacrées jusqu'à dans les manuels de droit sous le titre « opposabilité du contrat aux parties par les tiers » (Précis Dalloz de droit civil Les obligations sur trois éditions 3^{ème}, 6^{ème}, 9^{ème}) ; rien d'étonnant que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation applique cette jurisprudence.

Le cas de l'enfant né atteint d'un handicap va rejoindre celui des tiers au contrat.

C - Le pouvoir d'interpréter du juge pour appliquer la jurisprudence aux cas non prévus

Pour appliquer la norme, il faut l'interpréter; l'interprétation est constatation, traduction, restitution fidèle, création de droit nouveau dans la mesure où elle ajoute à la règle objet d'interprétation.

Il existe des méthodes d'interprétation, ainsi la méthode exégétique qui utilise un certain nombre de procédés par lesquels elle essaie de découvrir l'esprit du texte au-delà de sa lettre. Nous sommes dans le cas, que nous considérons dans le cadre de notre étude comme possible car nous ne pouvons procéder par affirmation par souci d'objectivité, du pouvoir du juge (Assemblée plénière) d'interpréter la norme (à savoir la responsabilité des contractants à l'égard des tiers) en en découvrant l'esprit, ce qui permet à l'Assemblée plénière de l'appliquer au cas de l'enfant né atteint d'un handicap, tiers au contrat, à l'encontre du contractant (le praticien) en faute, cas non régi par elle.

Pouvoir déjà exercé et appliqué à d'autres professions par le juge, à savoir le vendeur, le transporteur, le constructeur, le contrôleur technique encore récemment.

Nous sommes :

- soit dans l'interprétation de la norme issue de : la doctrine et / ou de l'unification des juges, selon son esprit, pour l'application à un cas non régi par celle-ci, mais déjà appliquée à des cas non prévus spécifiquement (ci-dessus cités)

- soit dans le cadre d'arrêts de principe de l'Assemblée plénière rédigés pour régir un cas particulier et déterminer une politique jurisprudentielle, c'est notre deuxième hypothèse à laquelle nous consacrerons un développement spécifique.

D - L'esprit de la norme (responsabilisation des parties au contrat et intérêt des tiers) et la similitude

De même que le contractant qui subit un dommage du fait de la violation d'un contrat à la suite de l'intervention d'un tiers peut agir contre celui-ci en responsabilité (opposabilité du contrat aux tiers), de même le tiers qui subit un préjudice du fait de l'inexécution d'un contrat peut agir en responsabilité contre le contractant en faute. C'est la justification apportée à cette dernière règle.

On a critiqué (thèse M Baccache la relativité des conventions et les groupes de contrats Paris II éd. 1996) cette solution qui permet à un tiers d'invoquer la faute contractuelle du débiteur, qui lui permet de réclamer à son profit le bénéfice d'un contrat auquel il n'est pourtant pas partie ; c'est sous couvert d'opposabilité du contrat qu'il est porté atteinte à l'effet relatif des contrats.

Le pouvoir d'interpréter du juge qui s'applique à la norme jurisprudentielle, l'autorise à transposer cette jurisprudence à un cas similaire.

Les deux règles jurisprudentielles appliquées que nous ne dissociions pas s'agissant d'un même ensemble, dépendant d'un plus grand que l'on qualifie d'opposabilité du contrat aux parties par les tiers, l'ont déjà été aux cas suivants au terme de la jurisprudence :

- celui du vendeur qui livrant une chose de mauvaise qualité est responsable envers le tiers avec qui il n'a pas contracté (Req 5.5.1924 DH 1924 433)
- de la personne blessée par un ascenseur qui peut réclamer des dommages et intérêts au constructeur de cet ascenseur en raison de la mauvaise exécution du contrat passé avec le propriétaire de l'immeuble (Civ. 8.6.1948 Sem. Jur. 1949 II 4773)
- du patron du voyageur de commerce blessé dans un accident de chemin de fer qui peut agir contre la compagnie à raison du préjudice que lui a causé la violation de l'obligation de sécurité (Paris 26.3.1930)
- de l'entrepreneur, architecte qui sont contractuellement responsables de leurs fautes à l'égard du maître de l'ouvrage, et qui encourent une responsabilité délictuelle à l'égard des tiers (Civ. 30.6.1902 DP 1907 1 436)
- des parents victimes d'un accident survenu au cours d'un transport qui fondent leur action sur la responsabilité délictuelle du transporteur évoquant le fait du contrat de transport et de son inexécution par le transporteur.

La partie qui domine le contrat est responsable des conséquences de ses actes, elle doit agir en connaissance de cause, en ayant à l'esprit que son action peut entraîner des préjudices envers les parties au contrat mais aussi envers les tiers. C'est la responsabilité du contractant dans le cadre de son action dans le contrat et des effets de celle-ci envers les parties et les tiers.

On assiste à une évolution qui va dans le sens que les tiers peuvent opposer aux parties le contrat conclu en dehors d'eux lorsque tel est leur intérêt.

C'est une jurisprudence qui responsabilise les parties au contrat quant à leur action dans le cadre de celui-ci, et ouvre la porte de l'opposabilité aux tiers dès lors qu'ils y ont intérêt.

On peut invoquer aussi le cas du tiers qui peut se prévaloir d'un contrat, non pour rechercher la responsabilité d'une partie mais pour échapper à une obligation dont il serait tenu (Cass. com. 22.10.1991 Bull.civ. IV N°302).

Dans ce même esprit, de responsabiliser le contractant et dans l'intérêt des tiers, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a appliqué cette jurisprudence au cas de l'enfant né atteint d'un handicap qui dès lors qu'il subit un préjudice du fait de l'inexécution du contrat peut agir en responsabilité délictuelle contre le contractant en faute, la faute délictuelle étant la faute contractuelle. Appliquée à l'entrepreneur, l'architecte, étendue au vendeur, au constructeur, au transporteur, au contrôleur technique du véhicule (Cass. 2^{ème} civ. 28.3.2002), l'Assemblée plénière l'a également étendu au médecin lors ou à l'occasion du DPN.

Ce n'est pas tant l'assimilation des professions entre elles et l'insertion de l'activité du médecin parmi et au côté de celle d'entrepreneur ou d'architecte ou encore de transporteur qui certes interroge, qu'il convient de retenir que la responsabilisation du professionnel de santé dans le cadre de notre étude et la sauvegarde des intérêts des tiers.

Fallait-il responsabiliser le médecin et sauvegarder les intérêts des enfants nés atteints d'un handicap ? Nous ne trouvons pas l'expression par l'Assemblée plénière de ses motivations à ce propos dans ses arrêts soumis à des impératifs de rédaction et au seul contrôle de l'application du droit mais la volonté de sanctionner la faute du praticien était bien là et la sauvegarde des intérêts de l'enfant handicapé était exprimée dans son rapport annuel consécutif à l'arrêt dit Perruche ; nous pouvons préciser une conception réaliste humainement réalisable de la sauvegarde des intérêts de l'enfant né atteint d'un handicap.

E- Une explication de l'extension du champ de la responsabilité : les pouvoirs exercés par les humains sur d'autres humains

Une réponse a été apportée : elle est contenue dans la considération des pouvoirs exercés par les humains sur d'autres humains et sur leur environnement.

Plus il est donné au praticien les moyens de détecter in utero les malformations de l'enfant à naître, plus son pouvoir au regard de l'enfant, des parents s'accroît; le champ de sa responsabilité s'agrandit aux effets des moyens qui lui sont ainsi donnés ; il sera responsable d'autres effets dont il n'était pas auparavant responsable en l'absence des moyens donnés; plus la science évolue, plus le champ de sa responsabilité s'élargit et celui des effets à assumer.

En l'espèce, cette analyse explique la nouvelle responsabilité mise à la charge des praticiens, l'extension du champ de la responsabilité des praticiens dont le pouvoir n'est pas sans conséquence sur l'enfant et les parents, on a ouvert le champ possible de la détection in utero des malformations de l'enfant à naître, on a ouvert le champ possible de l'interruption de grossesse accordée à la mère, mais au regard de la causalité, du préjudice réparable , doit-on considérer pour autant que la réparation du préjudice résultant du handicap rentre dans le cadre d'une extension illimitée voire inconsidérément illimitée de la portée des actions des praticiens, de leurs fautes ?

Le droit, la causalité, le dommage direct, demeurent des gardes- fous à une indemnisation d'un préjudice trop éloigné dans la chaîne des conséquences de la faute.

Mais, si l'on raisonne sur des critères qui ne sont pas essentiellement juridiques, le préjudice résultant du handicap, préjudice indemnisable, ne nous semble pas si éloigné du pouvoir conféré au praticien sur l'enfant et les parents, sur leur vie à venir ; ne doit-il pas prendre en considération quand il accomplit cet acte de diagnostic la mesure de son pouvoir ? (c'est au jugement moral circonstancié qu'est remise la tâche de reconnaître parmi les conséquences innombrables de l'action celles dont nous pouvons légitimement être tenus pour responsables au nom d'une morale de la mesure. Le handicap est-il si éloigné des conséquences de ce pouvoir qui lui est conféré.

§ 2 – Légalité et responsabilité délictuelle du professionnel de santé

Dès lors que la jurisprudence sur la responsabilité des contractants à l'égard des parties était appliquée, la responsabilité délictuelle s'induisait de cette application.

Les décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui visaient l'article 1165 c civ(réf 94 26) respectaient ainsi la jurisprudence.

L'enfant disposait d'une action en responsabilité délictuelle contre le praticien.

Appliquer la responsabilité délictuelle au médecin, partie au contrat, envers l'enfant né atteint d'un handicap peut interroger, sur le principe. Mais, sur le fond, pourquoi échapperait-il à une telle responsabilité, encourue par tout un chacun, dès lors que la faute a causé un préjudice ; il reste à examiner la réunion des conditions de la responsabilité délictuelle.

§ 3 – Légalité et faute délictuelle

A – La faute contractuelle

La jurisprudence progressivement, en est venue à considérer que l'inexécution de l'obligation contractuelle suffisait à fonder l'existence d'une faute délictuelle. Toute faute contractuelle est délictuelle au regard des tiers étrangers au contrat (ainsi Cass. com.16.1 1973 Bull. civ. IV N° 28).

Nous avons évoqué (§1 D) les critiques apportées par certains auteurs (voir également Droit civil Les obligations F Terré – P Simler – Y Lequette) qui se sont interrogés sur le bien fondé d'une telle analyse : permettre à un tiers d'invoquer la faute du débiteur, c'est en effet lui accorder la possibilité de réclamer à son profit le bénéfice d'un contrat auquel il n'est pas pourtant partie.

B – Ricoeur et la responsabilité, le risque, la solidarité

Sur le fond, l'action peut-elle être mise au compte de l'agent tenu pour son véritable auteur ? Peut-il être responsable ?

Ces interrogations nous sont venues à la suite de la lecture de l'ouvrage de P Ricoeur « Le juste ».

Elles nous ont permis de mettre à jour une justification supplémentaire à l'emploi de la faute contractuelle : la sanction d'un comportement suffisamment répréhensible, outre l'opposition de point de vue entre l'Assemblée plénière et le législateur de 2002.

En effet, Ricoeur a nettement souligné le glissement de la responsabilité vers l'indemnisation du risque jusqu'à leur confusion, le Conseil d'Etat en fera l'objet d'un rapport. Il en a souligné les grandes lignes différentielles : en responsabilité civile à la faute correspond une obligation de réparer, le risque entraîne une indemnisation et la recherche de la sécurité, enfin la solidarité a une position éthique.

Dès lors, nous pouvions nous interroger : y a-t-il eu une confusion entre responsabilité, faute, réparation, punition – risque, indemnisation – solidarité ?

La crise de la responsabilité, souligne P Ricoeur, a pour point de départ un déplacement de l'accent mis sur le responsable et posé de préférence sur la victime que le dommage subi place en position d'exiger réparation.

La sphère des risques s'étend, on recherche une personne capable d'indemniser, un « responsable », on re-culpabilise les auteurs identifiés du dommage; c'est « le responsable mais pas coupable » de G Dufoix, cite-t-il. Mais la faute est maintenue à l'arrière plan de l'idée de responsabilité. A partir de quel moment va-t-on pouvoir la détacher de la punition ? La victimisation est aléatoire la perte de chance intervient. La fatalité : c'est personne, la responsabilité : c'est quelqu'un, affirmera P Ricoeur p 60 Le juste.

Dès lors, nous pouvions nous interroger : y a-t-il eu une confusion entre responsabilité, faute, réparation, punition – risque, indemnisation – solidarité ?

C – Une justification supplémentaire à la faute contractuelle

- Les instances judiciaires sont conscientes de l'évolution; la Cour de cassation, l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice, le Centre des Hautes Etudes d'Assurances organisaient ainsi un cycle Risques Assurances responsabilités en 2006 - 2007 présenté de la manière suivante : « Longtemps le débat en matière de droit de la responsabilité civile a porté sur la reconnaissance des actions des victimes de préjudices à agir en justice contre ceux qu'elles

désignaient comme l'auteur. C'est ainsi que, depuis deux siècles, on a vu les tribunaux comme le législateur, national ou communautaire, ouvrir des actions toujours plus nombreuses aux victimes des préjudices, dans des cas toujours plus nombreux... Il n'est pratiquement plus aujourd'hui de situation où ici la victime d'un préjudice ne dispose d'une action en indemnisation. Aussi le débat de la responsabilité civile tend-il à se transformer vers celui de la réparation. » (réf 98).

- Par conséquent, la confusion entre responsabilité, risque, solidarité par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ne nous semble plus possible.

L'accent a été mis sur la faute du praticien, et la sanction de la faute du praticien, tant au niveau de la rédaction des arrêts qu'après coup lors d'un entretien au cours duquel on nous a relevé la faute médicale.

Si le renvoi de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation à la faute contractuelle du médecin trouvait ainsi sa justification première dans la jurisprudence, une raison supplémentaire soutenait son emploi : la volonté de sanctionner le comportement du praticien qui avait manqué de diligence (laquelle a conduit d'ailleurs les praticiens à une réflexion sur leurs pratiques et leurs enjeux).

Nous remarquons, immédiatement, une opposition de point de vue entre l'Assemblée plénière de la Cour de cassation et le législateur de 2002 (loi du 4.3.2002) : ce dernier fait pénétrer dans le cadre de la solidarité nationale la prise en charge du handicap alors que l'Assemblée plénière considère l'indemnisation du préjudice résultant du handicap comme une suite, une conséquence de la faute commise par le professionnel de santé. Deux objectifs politiques différents.

D – Utilisation du bénéfice du contrat ou fait social ?

Il reste à reprendre l'interrogation de certains auteurs sur l'utilisation par le tiers à son profit du bénéfice d'un contrat auquel il n'est pourtant pas partie.

En d'autres termes, l'enfant né atteint d'un handicap peut-il se prévaloir du choix de la mère d'interrompre sa grossesse auquel il a été porté atteinte ?

La mauvaise exécution du contrat est un fait social qui s'impose à lui comme à tous, elle est une réalité.

§ 4 – Légalité et dommage de la mère

Le dommage de la mère, dont nous avons souligné dans les précédents chapitres l'importance du rôle, est-il conforme aux dispositions régissant l'interruption volontaire de grossesse ?

Tenter de répondre à cette question nous oblige à l'envisager sous deux angles : préalablement au regard de sa détermination et des dispositions concernant l'IVG, d'autre part au regard du caractère de certitude exigé par la responsabilité civile qui feront l'objet de deux parties distinctes (A et B).

A – Dommage et interruption de grossesse.

1 – L'interruption volontaire de grossesse : dépénalisation et dérogation

La loi du 17.1.1975 relative à l'interruption de grossesse, adoptée initialement pour une durée de cinq ans, puis pérennisée par celle du 31.12.1979, a dépénalisé partiellement l'avortement.

Celle du 4.7.2001 a notamment, marginalisé la pénalisation de l'IVG illégale en faisant sortir du code pénal certaines dispositions répressives.

En outre, les dispositions de la loi relative à l'IVG dérogent au principe selon lequel « la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie » ; principe consacré par le Code civil « la loi...garantit le respect de tout être humain dès le commencement de sa vie » (article 16 dudit code depuis la loi du 29.7.1994).

Le Conseil Constitutionnel saisi avant la promulgation de la loi en vue d'apprécier sa conformité à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'homme dans un « considérant » a pris le soin de mentionner qu'elle n'apporte à ce principe qu'une dérogation en cas de nécessité et selon les conditions et limites qu'elle définit.

La loi du 17.1.1975 a été l'objet, comme nous l'avons vu, d'une modification en profondeur par celle du 4.7.2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

Elle a conduit à un assouplissement des conditions légales de recours à l'IVG.

Dans sa décision du 27.6.2001, le Conseil Constitutionnel a énoncé que la liberté de la femme découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

La liberté de la femme est partagée par certains auteurs et magistrats : ainsi M. Rubellin-Devichi, P. Sargos...

Le Conseil d'Etat par deux arrêts du 31.10. 1990 s'est prononcé sur la légalité des arrêtés ministériels de 1988 autorisant la mise sur le marché de la pilule abortive. Il a admis la compatibilité de la loi de 1975 avec l'article 2 de la Convention européenne et l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui garantissent le droit à la vie de toute personne ; mais il relève que la loi n'apporte qu'une dérogation limitée au principe que son article 1^{er} rappelle du respect de tout être humain dès le commencement de la vie.

Il apparaît que la loi Veil a un caractère d'exception et doit donc être d'application stricte.

Pour une partie des auteurs et magistrats les dispositions du Code de la santé publique relatives à l'IVG n'instituent pas un droit mais une simple tolérance : ainsi M. Mémeteau, P. Cambot, R. Charvin, JJ. Sueur, J. Sainte- Rose (et pour une conception opposée JCP 2002 16.2.2002 n° 47 p14 et les auteurs cités).

2 - Les cas puisés dans les arrêts de l'Assemblée plénière et la légalité du dommage au regard des dispositions sur l'IVG

Quatre cas sont puisés dans les décisions de l'Assemblée plénière pour lesquels elle s'est prononcée sur le dommage en le déterminant ; il nous appartient de vérifier la légalité de cette détermination au regard des dispositions sur l'IVG :

a) – le premier cas concerne, dans le cadre de l'action de l'enfant, une interruption de grossesse pour cause de détresse pour laquelle le choix avait été préalablement exprimé par la femme.

Il résulte des dispositions légales que l'initiative de l'interruption de grossesse revient à la femme ; le mari n'a pas qualité pour contester l'état de détresse dans lequel son épouse s'estime placée (CE 31 10 1980 JCP éd G 1982 II 19732).

Mme P... (réf 94) avait exprimé au praticien qu'elle avait décidé de recourir à une IVG en cas d'atteinte rubéolique.

Le dommage retenu par l'Assemblée plénière est : l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ; il place conformément à la loi, la femme au cœur de la décision ; c'est l'atteinte à l'exercice du choix de la mère qui est sanctionnée.

b) – le second cas concerne, dans le cadre de la demande des parents au titre de leur préjudice moral, une interruption de grossesse pour motif thérapeutique pour laquelle aucun choix n'avait été préalablement exprimé (réf 25).

L'Assemblée plénière détermine le dommage, il est la perte pour la mère de la possibilité soit de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse soit de se préparer avec son mari à l'accueil d'un second enfant handicapé.

Par ce dommage tel que défini, la femme conformément aux dispositions légales demeure placée au cœur de la décision. Décision qu'elle ne peut prendre, choix qu'elle ne peut même pas effectuer, en raison de l'absence d'information faute d'amniocentèse, d'examen de dépistage de la trisomie 21. C'est une atteinte à la possibilité de choix offerte à la mère entre accueil de l'enfant et IVG qui est sanctionnée ; on est vis à vis de la décision précédente en amont puisque le choix n'a pu être fait ni exprimé, pour que la femme puisse demander il faut la mettre en mesure d'effectuer une demande : lui délivrer l'information.

c) – le troisième cas concerne dans le cadre de l'action de l'enfant, une interruption de grossesse pour motif thérapeutique pour laquelle aucun choix n'avait été préalablement exprimé (réf 26).

Le dommage est la perte pour la mère de la possibilité de recourir à une amniocentèse et à une interruption thérapeutique de grossesse.

La possibilité n'est offerte qu'à la condition que la femme soit dûment informée, cette possibilité est perdue.

La mère est toujours, comme dans les cas précédents et conformément aux dispositions légales, au cœur de la décision.

d) – le quatrième cas concerne dans le cadre de la demande des parents au titre de leur préjudice matériel, une interruption de grossesse pour motif thérapeutique pour laquelle aucun choix n'avait été préalablement exprimé (réf 25).

Le seul dommage de la mère : l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse dont les conditions sont réunies permet la demande des époux en réparation du préjudice matériel résultant pour eux du handicap.

La mère est placée au cœur du dispositif décisionnel.

Mais au regard de l'affaire référencée 94 (a) cette décision est en amont en ce que le choix n'avait pas été préalablement exprimé; néanmoins, non informée elle a été dès lors empêchée d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse dont les conditions sont réunies et de faire sa demande, elle n'a pas été mise en mesure d'exercer son choix. Le juge garantit l'accès de la femme à la demande (comme dans l'affaire réf 26) en sanctionnant l'empêchement de choix.

L'esprit des dispositions régissant l'IVG compte tenu de la date des faits (1982 réf 94, 1994 réf 26, 1996 réf 25) et des décisions (2000 – 2001) assurant à cette pratique un caractère dérogatoire au principe du respect de tout être humain dès le commencement de la vie, est appliqué par l'Assemblée plénière qui en déterminant le dommage de la mère prend soin, semble-t-il, de ne pas lui conférer le caractère de droit ou de liberté mais de possibilité accordée par le législateur. En outre, conformément à la loi et à la jurisprudence, elle maintient la mère au cœur de la décision d'IVG et elle assure la sanction de toute atteinte portée au choix effectué ou à la possibilité de choix qui lui est accordée par le législateur que celle-ci prenne la forme d'un empêchement d'exercer son choix ou d'effectuer une demande. Ainsi les conditions déterminées par le législateur jusqu'à celle de la demande de la femme sont non seulement respectées mais leur application est garantie par l'Assemblée plénière.

B – Dommage et caractère certain du dommage.

1 – Le dommage certain dans le cadre de la responsabilité contractuelle

Que ce soit dans le cadre de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, le dommage ne peut être éventuel, il doit être certain (Les principes généraux de la responsabilité civile – Dalloz action Droit de la responsabilité p 599 et s.), néanmoins la perte de chance réelle et sérieuse constitue un préjudice certain appelant réparation.

Les décisions de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation respectent le caractère certain du dommage certes par une détermination de ce dernier bien pesée comme nous allons le voir.

2 – Détermination du dommage et caractère certain du dommage

- a) En cas de choix préalablement exprimé,

il est l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse (réf 94). Il est dès lors un dommage certain et non éventuel en ce que c'est l'atteinte portée à l'exercice du choix de la forme sous forme d'empêchement qui est sanctionnée. Rien n'est plus certain qu'un empêchement d'exercer son choix.

- b) En cas de choix non préalablement exprimé,

le dommage est tout aussi certain en ce qu'il est :

- perte de la possibilité de recourir à une amniocentèse et à une interruption de grossesse pour motif thérapeutique dont les conditions sont réunies (réf 26 action de l'enfant),

- perte de la possibilité soit de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse soit de se préparer avec son mari à l'accueil d'un second enfant handicapé ou encore pour l'indemnisation du préjudice matériel, empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique (demande des parents réf 25).

Nul doute que l'Assemblée plénière ait attaché un soin particulier à la dénomination du dommage tout en ne heurtant pas le caractère de certitude qu'il doit présenter qu'en ne le dénommant pas sous le vocable perte de chance, ce qui faisait de la naissance un préjudice, préjudice juridiquement irréparable.

Dès lors il n'est pas éventuel et il ne constitue pas une perte de chance. Il est une « perte » de la possibilité de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse accordée par le législateur à la femme. La possibilité est atteinte par la faute, l'atteinte est une perte de la possibilité : dommage certain même si dans l'affaire réf 25 le choix est alternatif. La perte de la possibilité de recourir à une interruption de grossesse pour motif thérapeutique ou même de choix alternatifs, constitue un dommage au caractère de certitude exigé.

C – La constitution du dommage

1 – Eléments constitutifs

Il requiert pour sa constitution la réunion des conditions de l'interruption de grossesse (réf 24) à défaut l'empêchement de la mère d'exercer son choix (réf 25), la perte de la possibilité de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse (réf 26), en ce qu'ils impliquent un choix ou une possibilité réelle n'existeraient pas, faute d'interruption de grossesse possible.

2 – Détermination du dommage

Il nous semble qu'un soin particulier a été apporté à sa dénomination par l'Assemblée plénière.

Il respecte l'esprit et les conditions déterminées par la loi sur l'interruption volontaire de grossesse.

Il renvoie à l'obligation du praticien d'informer la femme enceinte et ainsi de la mettre en mesure d'exprimer un choix, de l'exercer.

Il permet la demande en justice en ce qu'il ne présente pas les caractères d'une perte de chance, il la fonde également.

Dès lors qu'il fait parti d'un fait social il légitime l'intérêt à agir, mais il assure aussi la sanction de l'atteinte portée à l'exercice du choix ou à l'impossibilité de choix.

Il est le dommage de la mère dans lequel est puisé le préjudice indemnisable des parents et de l'enfant.

Ainsi rétablit dans sa distinction d'avec le préjudice qui en est l'effet, la causalité est par voie de conséquence établie et caractérisée.

L'atteinte portée à l'exercice du choix, à l'impossibilité de choix est sanctionnée. Le choix de la mère est garanti. Il renvoie aussi à la responsabilité du législateur comme de la mère qui a exprimé son choix, ou des époux qui ont introduit une demande en réparation de leur préjudice matériel résultant pour eux du handicap.

Il ne heurte pas les valeurs essentielles.

Dommage certain, il constitue un dommage réparable car il n'est pas la naissance, préjudice juridiquement irréparable (la Cour de cassation a précisé que l'existence de l'enfant conçu ne peut constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable Cass. civ. 1^{ère} Bull.Civ. I N° 213). Il n'est pas la naissance d'un enfant atteint d'un handicap qui se heurterait au même obstacle.

Il n'est pas le handicap, qui pose un problème de lien de causalité : la faute n'a pas causé le handicap.

Une telle détermination du dommage qui respecte la loi sur l'interruption de grossesse, le caractère du dommage, et ce qui n'est pas ce qu'il ne doit pas être au regard des valeurs essentielles à sauvegarder, avec ses impacts, aussi conforme donc à la loi qu'elle puisse être, pose la question de la construction de l'enfant né atteint d'un handicap dans le cadre du choix ou de la possibilité de choix de la mère d'interrompre sa grossesse, exprimé directement ou indirectement ; comment peut-il se construire sur un avortement ? et dans ses relations avec sa mère, ses deux parents ? N'est-ce pas soumettre les parents de l'enfant handicapé à faire de nouveau un impossible choix entre les avantages matériels de la réparation du préjudice, l'avenir de l'enfant et les répercussions d'une telle procédure ?

Qu'en est-il aussi du rôle de l'Assemblée plénière, dans ce cadre précis, pouvait-elle déterminer le dommage ? Nous examinerons cette dernière question à laquelle nous conduit la détermination du dommage dans le chapitre suivant.

§ 5 – Légalité et lien de causalité

A - Le lien de causalité dans la responsabilité civile

La nécessité d'un lien de cause à effet entre la faute et le dommage s'impose quelle que soit la nature de la responsabilité : délictuelle ou contractuelle.

A propos de celle-ci l'exigence d'un lien suffisant de causalité résulte nettement de l'article 1151 c civ.

Nous retrouvons cette règle à propos de la responsabilité délictuelle en dépit de l'absence de texte. Le dommage doit se rattacher au fait générateur de responsabilité par un lien de cause à effet. Il faut que le fait générateur de responsabilité ait été la cause du dommage.

Nous avons préalablement examiné que la faute délictuelle est la faute contractuelle d'où le renvoi par l'Assemblée plénière (réf 94) « aux fautes retenues » commises par le laboratoire et le médecin.

B – Lien de causalité et dommage

Nul ne conteste qu'il y a un lien de causalité entre la faute du praticien et le dommage tel que déterminé par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation : empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse (réf 94 25), perte de la possibilité de choix alternatifs (réf 25), perte de la possibilité de recourir à une amniocentèse et à une interruption de grossesse pour motif thérapeutique (réf 26).

C – Lien de causalité et préjudices

Quant au lien de causalité entre la faute et le « préjudice résultant de ce handicap » « le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap » dans le cadre de l'action de l'enfant (réf 94 26), le préjudice découle du dommage, il y est puisé, par voie de conséquence la faute du praticien qui a causé le dommage est en relation de causalité directe avec le préjudice de l'enfant tel que déterminé (réf 24 et 26).

Ce même raisonnement s'applique dans le cadre de la demande des parents (réf 25) tendant à la réparation de leurs préjudices moral et matériel, le premier puisé dans le dommage perte de la possibilité de choix alternatifs, le second dans le dommage empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique.

C'est l'intérêt du rétablissement de la distinction du dommage (lésion objectivement perceptible) et du préjudice (effet subjectif du dommage).

Mais le lien de causalité est aussi établi par le renvoi fait par l'Assemblée plénière à la faute dans la mesure où elle a empêché le choix (réf 25 pour les parents, 26 pour l'enfant).

§ 6 – Légalité et préjudice

Le préjudice et les règles le concernant présentent des caractères communs que l'on retrouve dans la responsabilité contractuelle comme dans la responsabilité délictuelle (voir Dalloz action Droit de la responsabilité chapitre 1 Le préjudice p 601 et s.). Parmi ces caractères communs figurent : outre l'existence du préjudice, les caractères licite et certain de celui-ci que nous examinerons successivement.

A – Dommage et préjudice

L'Assemblée plénière a déterminé avec attention le préjudice indemnisable de l'enfant : le préjudice résultant de ce ou son handicap (réf 94 26) et pour les parents préjudice moral et préjudice matériel résultant pour eux du handicap (réf 25).

Il apparaît, alors, comme les conséquences découlant du dommage à l'égard de chacune des victimes de celui-ci ; le dommage est ramené à la lésion des dispositions sur l'interruption de grossesse, atteinte objectivement perceptible, existant indépendamment de l'idée que peut s'en faire la personne qui en est victime et des conséquences qu'il peut avoir pour elle.

Les différents préjudices sont liés au handicap ; la Cour d'appel de Paris (réf 20) en fera application le 29.3.2002 en retenant le préjudice moral des parents qui n'est lié exclusivement à l'atteinte portée à l'interruption de grossesse : il est constitué par le fait de vivre auprès d'un enfant lourdement handicapé.

B – Les caractères du préjudice

Non seulement l'Assemblée plénière a ainsi rétabli une distinction en pratique peu appliquée entraînant par conséquent des confusions mais même si elle a déterminé avec précision les préjudices indemnifiables, elle en a respecté les caractères de légitimité et de certitude.

a) – Le préjudice des parents : le préjudice matériel résultant pour eux du handicap. Il est un préjudice indemnifiable, il n'est ni la naissance, ni le handicap, le premier se heurtant au caractère juridiquement irréparable et le second au défaut de causalité entre la faute et le préjudice.

Quand bien même le choix de la mère n'est pas préalablement exprimé il est le préjudice matériel résultant pour eux du handicap, l'Assemblée plénière ne le qualifie pas de perte de chance, elle évite ainsi qu'on puisse le reprocher de sous entendre que la naissance est un préjudice.

Enfin elle assure l'égalité entre les parents des enfants nés atteints d'un handicap que le choix ait été ou non préalablement exprimé.

b) – Le préjudice de l'enfant.

Il est le préjudice résultant de son handicap ; il est d'une part, et par conséquent un préjudice juridiquement réparable car il n'est pas la naissance, comme il n'est pas le handicap ce qui pose des problèmes de causalité entre la faute et le handicap.

Il est d'autre part certain quand bien même le choix de la mère n'est pas préalablement fixé, c'est l'arrêt du 28.11.2001 réf 26 ; ramener le préjudice à une perte de chance c'est sous entendre que l'enfant peut se prévaloir d'être né atteint d'un handicap, que la naissance handicapée est un dommage, qu'il peut apprécier les qualités de sa vie.

L'assemblée plénière assure aussi l'égalité entre les enfants nés dans le cadre de notre étude quant à l'indemnisation de leur préjudice identiquement déterminé réf 94 26.

Le préjudice est déterminé par l'Assemblée plénière et adapté aux objectifs poursuivis : il ne heurte pas les valeurs fondamentales, il permet l'indemnisation du préjudice de l'enfant et des parents résultant pour chacun du handicap, il assure l'égalité entre les victimes ; déterminer un préjudice qui correspond à la réalité vécue par les parties interpelle sur la fonction de l'Assemblée plénière.

Utilisation du bénéfice du contrat ou fait social ?

Il reste à reprendre l'interrogation de certains auteurs sur l'utilisation par le tiers à son profit du bénéfice d'un contrat auquel il n'est pourtant pas partie.

En d'autres termes, l'enfant né atteint d'un handicap peut-il se prévaloir du choix de la mère d'interrompre sa grossesse auquel il a été porté atteinte ?

La mauvaise exécution du contrat est un fait social qui s'impose à lui comme à tous, elle est une réalité.

Une telle détermination du dommage qui respecte la loi sur l'interruption de grossesse, le caractère du dommage, et ce qui n'est pas ce qu'il ne doit pas être au regard des valeurs essentielles à sauvegarder, avec ses impacts, aussi conforme donc à la loi qu'elle puisse être, pose la question de la construction de l'enfant né atteint d'un handicap dans le cadre du choix ou de la possibilité de choix de la mère d'interrompre sa grossesse, exprimé directement ou indirectement ; comment peut-il se construire sur un avortement ? et dans ses relations avec sa mère, ses deux parents ? N'est-ce pas soumettre les parents de l'enfant handicapé à faire de nouveau un impossible choix entre les avantages matériels de la réparation du préjudice, l'avenir de l'enfant et les répercussions d'une telle procédure ?

Qu'en est-il aussi du rôle de l'Assemblée plénière, dans ce cadre précis, pouvait-elle déterminer le dommage ? Nous examinerons cette dernière question à laquelle nous conduit la détermination du dommage dans le chapitre suivant.

Le préjudice est déterminé par l'Assemblée plénière et adapté aux objectifs poursuivis : il ne heurte pas les valeurs fondamentales, il permet l'indemnisation du préjudice de l'enfant et des parents résultant pour chacun du handicap, il assure l'égalité entre les victimes ; déterminer un préjudice qui correspond à la réalité vécue par les parties interpelle sur la fonction de l'Assemblée plénière.

En conclusion

Si un acte est juste parce qu'il est conforme au droit, par conséquent les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17.11.2000, 13.7.2001, 28.11.2001 (réf 94 24 25 26), constituent dans leur ensemble un acte que l'on peut qualifier de «juste», les normes ont été appliquées, celles qui président à la responsabilité des contractants envers les tiers, à la responsabilité délictuelle, au dommage et au préjudice.

En vertu de son pouvoir d'interprétation, à bon droit, dans un contexte de responsabilisation des parties au contrat et de sauvegarde des intérêts des tiers, l'Assemblée plénière a appliqué la jurisprudence qui permet à ces derniers de se prévaloir de la mauvaise exécution du contrat à l'encontre du contractant fautif, au cas de l'enfant né atteint d'un handicap, lui permettant d'agir en responsabilité délictuelle par voie de conséquence ; elle a sauvegardé ses intérêts matériels lui assurant une certaine forme de dignité ; comme à tout un chacun, les dispositions de l'article 1382 c civ. sont applicables au praticien ; si elle a pu utiliser la faute contractuelle, ce qui n'est pas sans poser le problème de l'utilisation par un tiers du bénéficiaire du contrat auquel il n'est pas partie, la volonté de sanctionner la faute du médecin est venue conforter cet emploi, elle s'est surajoutée à la considération importante du contrat comme un fait social s'imposant à chacun.

Le dommage de la mère, conforme à l'esprit des dispositions réglementant l'IVG, dont elle assure la garantie de l'application, que le choix de la mère ait été ou non préalablement exprimé, revêt le caractère de certitude requis ; néanmoins son utilisation dans la procédure

dans laquelle il apparaît comme la pierre d'angle, pose le problème tant de la construction de l'enfant handicapé que celui d'un nouveau choix de ses parents confrontés aux intérêts de l'enfant qui, pour être matériels ne sont pas uniquement orientés vers la prise en charge des préjudices résultant de ce handicap.

L'exigence du lien de causalité entre la faute et le dommage de la mère est incontestablement remplie, comme celle du lien de causalité entre la faute et le préjudice de l'enfant, celui-ci étant induit du dommage.

Rétablissant la distinction du dommage et du préjudice, le préjudice indemnisable de l'enfant, le préjudice résultant de son handicap, non seulement revêt les caractères de légitimité et de certitude exigés mais par une même détermination, l'égalité de ces victimes est assurée.

Quant aux parents, les caractères de certitude et de légitimité de leur préjudice sont également réunis, enfin l'égalité de leur statut par un préjudice de même définition est établie.

Le préjudice est un préjudice résultant pour chacun du handicap de l'enfant, mais ce préjudice, fruit de la construction jurisprudentielle interrogée sur le rôle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Des décisions justes puisque conformes aux dispositions sur la responsabilité des contractants envers les tiers, sur la responsabilité civile, qui de surcroît s'inscrivent dans le même esprit que celui qui préside au mouvement général d'ouverture de l'opposabilité du contrat aux tiers, qui sous tend les dispositions sur l'IVG.

Des décisions par lesquelles, en même temps, l'Assemblée plénière réduit à néant les critiques émises à l'encontre de la jurisprudence relatives au préjudice de naissance, au préjudice de naissance handicapée, au handicap compris comme un dommage, au droit de regard de l'enfant sur sa naissance, sa vie, à son appréciation des qualités de sa vie.

Des décisions par lesquelles elle assure une égalité de traitement entre tous les parents et les enfants atteints d'un handicap qui se trouvent dans le cadre de notre étude, que le choix de la mère ait été ou non préalablement exprimé.

Mais si un acte est juste parce qu'il est conforme au droit, nous avons également remarqué, tout au long de cet exposé, que cette construction jurisprudentielle interpelle sur deux points essentiels :

- L'intérêt de l'enfant né atteint d'un handicap. La sauvegarde de ses intérêts passe-t-elle uniquement par la prise en charge du préjudice résultant de son handicap ? Cette conception concrète, humainement réalisable, de la dignité de la personne handicapée, ne risque-t-elle pas de compromettre sa pleine réalisation d'être humain, corps indissociable de l'esprit, si ce n'est de l'âme, qui aura à se construire sur un avortement qui n'a pas eu lieu ou aurait pu avoir lieu, sur une relation avec ses parents, contraints d'opérer un choix entre ces intérêts difficilement conciliables : sauvegarde de ses intérêts matériels sa vie durant, réalisation de sa personne.

Quelle image de la dignité, de la personne humaine, entend-on véhiculer ?

- Une telle construction par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation interrogée également sur sa fonction ; c'est à cette dernière question que nous entendons consacrer le chapitre suivant.

Chapitre 2 - LE JUSTE PAR L'INSTITUTION DE JUSTICE

L'importance qu'accordent les auteurs aux valeurs morales de l'Institution de Justice, au travers de l'emploi de qualificatifs tels que celui d'Institution Juste (P Ricoeur), de la détermination des obligations morales des juges tenus à des devoirs et des interdictions (même auteur), de l'énumération des vertus du bon juge devant renoncer aux pressions, aux préjugés, se faire tiers... (A.Garapon) nous a conduit à envisager l'acte juste sous un autre aspect, mais au regard de ce qui pouvait interpeller dans les décisions de l'Assemblée plénière.

Dès lors il nous semble que l'Institution parée de vertus morales intervient dans le Juste.

- Comment en effet et d'une part détacher l'Institution de la décision produite ?

- D'autre part, une institution en elle-même, parce qu'elle est une Institution est-elle forcément juste ? L'Histoire nous offre un exemple de ce que l'Institution n'est pas en elle-même juste avec le nazisme.

Est-elle juste parce qu'elle agit conformément aux textes, aux dispositions légales et réglementaires... ? « simplement, d'après le droit proprement dit (strict), dans la mesure où, si l'on se représente un juge intervenant dans son cas, celui-ci ne dispose pas de données précises pour définir la part qui lui revient en fonction du contrat, il verrait sa demande déboutée. ...il ne lui est possible au fond que de réclamer l'équité (une divinité muette qui ne peut être entendue devant aucun tribunal) : la raison en est que rien n'était défini à cet égard dans le contrat, et qu'un juge ne peut se prononcer selon des conditions indéterminées. Il en résulte qu'un tribunal de l'équité... contient en lui des contradictions. » KANT (Doctrine du droit. Appendice à l'introduction, Du droit équivoque, I - L'équité).

Cependant, si elle agit en dehors de ses pouvoirs son action est-elle juste ? et par voie de conséquence sa décision est-elle juste ? est-elle forcément injuste ? La réponse à cette question nous semble relever de l'appréciation, du jugement de valeur ; elle est livrée au jugement moral avec la possibilité de conférer une place à la loi du plus fort.

C'est dans ces circonstances qu'il nous est apparu que nous ne pouvions faire l'impasse d'exposer au moins nos questions sur deux points : l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en opérant une substitution de visa notamment dans l'affaire Perruche, en déterminant le dommage de la mère et les préjudices de l'enfant et des parents, a-t-elle agi dans le cadre ou au-delà des pouvoirs qui étaient les siens ?

Nous consacrerons les deux sections de ce chapitre à la requalification opérée par l'Assemblée plénière dans l'arrêt Perruche du 17.11.2000 réf 94 (S I), puis à son pouvoir sur le dommage et le préjudice (S II).

Sachant d'une part qu'il ne nous pas possible d'apporter de réponse catégorique notamment compte tenu de l'inaccessibilité à toute la procédure des dossiers, outre de la fluctuation de la jurisprudence.

Et de seconde part qu'il ne nous appartient pas de porter une quelconque appréciation, ni jugement de valeur, sur le comportement des juges.

Nous n'aborderons pas dans la première partie consacrée, en quelque sorte, à la méthode du juge l'utilisation de la jurisprudence pratique courante sur laquelle il ne nous paraît pas utile d'insister.

C'est à ce difficile exercice que nous allons tenter de nous essayer, qui va opérer en son état de questions, comme une transition, entre le légal et le bon selon les termes de P. Ricoeur, le légal ayant étudié dans le cadre du chapitre précédent et le bon peut être sous la forme de l'Autre dans la procédure dans le chapitre 3.

SI – Le pouvoir du juge dans le cadre de la requalification des faits conduit-il assurément à un acte injuste ?

L'étude à laquelle nous nous sommes livrés, nous montre que l'Assemblée plénière n'a pas toujours utilisé les mêmes méthodes pour appréhender les faits :

- dans l'affaire Perruche elle a opéré une requalification,
- dans les arrêts du 13.7.2001 réf 24 l'objet du litige exprimé par les pourvois reposant sur l'article 1147 c civ. est centré sur les conditions de la responsabilité contractuelle, mais l'Assemblée plénière glisse imperceptiblement pour remonter à la détermination de la mauvaise exécution du contrat et ses éléments constitutifs : la réunion des conditions de l'interruption thérapeutique de grossesse. Et l'arrêt est rendu dans ce dernier cadre. Si l'objet du litige ne peut être modifié par le juge (réf 135), il peut s'inspirer de la conception générale de cet objet, ce qui est présentement le cas et ne présente pas d'intérêt particulier nécessitant une étude dans le cadre de l'acte juste ;
- il en est de même pour l'arrêt du 28.11.2001 (réf 26) l'Assemblée plénière, au fondement du pourvoi reposant sur l'article 1382 c civ., répond par un visa additionnel qui ajoute l'article 1165 c civ. à savoir la responsabilité des contractants à l'égard des tiers.

Notre interrogation va porter essentiellement sur le premier cas.

Nous allons rappeler dans un premier temps la procédure dans le cadre de l'affaire Perruche (A), puis dans un second quelques éléments sur la qualification des faits (B) ce qui nous conduira dans un troisième temps (C) à nous plonger plus avant dans la procédure en envisageant le respect du contradictoire par le juge dès lors qu'une requalification est envisagée, pour en terminer avec une analyse de l'acte juste.

A - Le rappel de la procédure et l'affaire Perruche

1 – La substitution de visa

Dans le cadre de l'action de l'enfant et précisément dans l'arrêt dit Perruche du 17.11.2000 (réf 94), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a requalifié les faits, elle a visé les articles 1165 et 1382 c civ., ce faisant elle a déterminé le fondement de la demande de l'enfant né handicapé tendant à la réparation de son préjudice à savoir l'article 1382 c civ. Utilisant la jurisprudence et les éléments de la cause, elle a déterminé la mauvaise exécution du contrat et appliqué la responsabilité délictuelle au praticien, fixant le préjudice indemnisable. Ainsi, la porte de l'action en justice de l'enfant handicapé se trouvait ouverte et encadrée.

Au fondement du pourvoi reposant sur les dispositions de l'article 1147 c civ relatif à la responsabilité contractuelle, les dispositions des articles 1165 et 1382 c civ lui étaient substituées (responsabilité des contractants envers les tiers et responsabilité délictuelle).

2 - L'intérêt de la substitution de visa

La méthode de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation peut surprendre.

L'intérêt que présente cette substitution est capital.

D'une part, les problèmes posés dans le cadre de la responsabilité contractuelle tels que ceux du lien de causalité, de l'atteinte à des valeurs fondamentales (le droit de regard de l'enfant sur sa naissance, sa vie, ses qualités), du préjudice de naissance, de naissance handicapée disparaissaient.

D'autre part l'enfant disposait de l'action en justice (1165 c civ.) reposant sur un intérêt légitime (détachement au regard de l'IVG) le conduisant à fonder sa demande en réparation du préjudice résultant de son handicap contre le contractant sur les dispositions de l'article 1382 c civ., sa tâche étant facilitée par la possibilité d'utiliser la faute contractuelle.

B - Qualification et requalification par l'Assemblée plénière (réf 94)

a) La qualification est « un pont entre le fait et le droit... » affirment les auteurs (Précis Dalloz Procédure civile 23^{ème} édition N° 519 et s.). C'est à ce niveau que s'articulent les normes et les situations concrètes que celles-ci sont appelées à régir. C'est par cette opération que s'opère le passage du fait au droit.

Toute qualification juridique engage les faits dans un processus qui les fera dépendre d'une règle ou d'un faisceau de règles, et nous le constatons dans l'arrêt Perruche où se conjuguent les articles 1165 et 1382 c civ.

J. Rivero précisait dans « Etudes de logique juridique. Le fait et le droit, Bruxelles 1961 » : « ne point penser fait et droit comme deux univers séparés : étudier le principe de leur distinction est nécessaire, car en définitive, il s'agit bien de deux essences distinctes, et il y aurait péril à perdre de vue cette hétérogénéité essentielle, et à ne voir dans le droit qu'un serviteur du fait. Mais il est tout aussi indispensable de s'attacher au passage qui les relie l'un à l'autre : et le sociologue, ici rencontre le juriste : le double mouvement par lequel une société secrète son droit, en fonction de ses besoins et de ses idéaux, et par lequel ce droit, à son tour va remodeler la société, résume l'essentiel de la vie juridique. »

b) Les parties peuvent exercer donc dans certains cas une influence directe sur le droit.

Mais qualifier constitue une opération juridique soumise d'une façon à peu près systématique au contrôle de la Cour de cassation. Il revient aux juges du fond de donner aux faits leur véritable qualification et à la Cour de cassation de sanctionner les erreurs de qualification commises par les juges du fond :

Article 12 NCPC :

« Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties lui en auraient proposée.

... ».

c) Par conséquent l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 17.11.2000 dans l'arrêt Perruche réf 94 a restitué aux faits leur exacte qualification conformément aux dispositions de l'article 12 NCPC.

Elle a requalifié.

La qualification par les parties ne vaut que comme « opinion ». Qu'en est-il de la protection de leurs intérêts ?

C - La requalification et le contradictoire ou l'article 16 al 3 du NCPC

Requalifier est-ce relever un moyen nouveau soumis aux formalités de l'article 16 al. 3 NCPC à savoir l'invitation, par le juge, des parties à présenter leurs observations ?

Les exigences de la contradiction doivent être écartées en principe : une jurisprudence soutenue (réf 134) décide qu'en matière de requalification les exigences de la contradiction doivent être écartées mais à cette mise à l'écart la première chambre civile pose une condition : la règle de droit que le juge applique pour ce faire doit « ne trouver son assise matérielle dans aucun fait qui n'ait été réexaminé et apprécié de façon nouvelle ». C'est la définition du moyen de pur droit.

Le principe de la contradiction retrouve application lorsque le moyen indirectement relevé est mélangé de fait et de droit et notamment lorsque pour soutenir la qualification nouvelle le juge doit porter sur les faits initialement débattus une appréciation nouvelle.

L'acte juste ?

Qui porte, en l'espèce, cette appréciation sur les faits ?

C'est incontestablement l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Si cette appréciation qui fait échapper au contradictoire, se comprend en ce qui concerne la faute délictuelle qui reprend la faute contractuelle, le dommage lié à l'IG, le préjudice qui correspond aux demandes des parties, éléments bien présents dans le débat, sur lesquels les parties ont pu faire valoir leur moyen de défense, présenter leurs observations, que dire par contre du nouveau visa de l'article 1165 c civ plaçant l'enfant comme tiers au contrat ? N'est-il pas de nature à donner aux faits une interprétation nouvelle, jusque là jamais abordée ?

Est-ce à dire que la requalification, l'application au litige d'un corps de règles différent de ce qu'appelait la qualification initiale, ne suscite pas l'invitation des parties, par le juge, à présenter leurs observations selon un pouvoir qui relève de l'appréciation de la Cour de cassation ? Un pouvoir dont les limites franchissables ou infranchissables reposent essentiellement entre les mains, in fine de la Cour de cassation ? Est-on assuré que la mesure de la limite de ce pouvoir sera toujours un acte juste dans la mesure où elle dépend d'une pure appréciation ?

Qu'en est-il de l'arrêt définitivement rendu, est-il juste, injuste ou comporte-t-il plus de risques d'être injuste ?

D – De la décision de requalification à l'arrêt du 17.11.2000. Le risque de ne pas être juste tempéré par les Institutions ?

1 –Le risque de ne pas être juste

Une décision qui émane d'une Institution juste a semble-t-il plus de chance d'être juste que si elle émane d'une Institution qui ne dispose pas de valeurs morales.

Mais que dire de l'Institution qui aurait outrepassé ses pouvoirs ? qui pourrait avoir dépassé ses pouvoirs ? Est-elle une Institution totalement injuste dépourvue de toute valeur morale ? La valeur morale rejoint-elle toujours la légalité ?

Nous sommes conscient que nous sommes à la limite de ces deux notions qui s'interpénètrent. En tout état de cause les limites que nous nous sommes fixés nous conduisent à rappeler que tout jugement de valeur serait hors de propos.

On ne peut détacher l'acte de celui qui le produit sauf à faire du juge la seule bouche de la loi.

L'Institution qui aurait outrépassé ses pouvoirs produit-elle forcément un acte injuste ? ou ne peut-elle agir de la sorte pour parvenir à un acte juste ? ou encore le dépassement de pouvoir de sa propre autorité ne risque-t-il pas de dériver en loi du plus fort ? en une prise de pouvoir en tant que législateur dans un cas particulier certes, celui de l'objet de la demande, et avec une autorité limitée, celle de la jurisprudence, autorité de fait.

La requalification opérée par l'Assemblée plénière qui dispose in fine du pouvoir de décider si elle invite les parties à formuler leurs observations, sous couvert de la jurisprudence qui laisse au juge le soin d'apprécier si la requalification est de l'ordre du moyen de droit pur ou du moyen mélangé de fait et de droit, sans contradictoire, constitue-t-elle une appréciation juste ? sa méthode ne couvre-t-elle pas un acte injuste ?

Que dire d'une juridiction qui requalifierait les faits n'ouvrant pas aux parties la porte du contradictoire pour qu'elles puissent formuler leurs observations alors qu'elle se livre partiellement à une appréciation nouvelle des faits, appréciation sous un angle différent qui modifie l'angle initial sous lequel a été examiné la demande ?

Les motivations qui conduisent à un tel comportement permettent-elles de conférer à l'acte un caractère juste ou injuste ou bien constituent-elles une libéralisation des contraintes pour se comporter comme législateur dans un cas particulier ?

Dans notre cas la requalification émane de la juridiction suprême nationale.

Que dire de son appréciation en ce qui revient à un moyen de pur droit lors de la requalification, n'obligeant pas le juge à inviter les parties à formuler leurs observations, sur le point qui semble essentiel de l'application de l'article 1165 c civ. ?

L'opération de requalification était très importante. L'application de l'article 1165 c civ., même si l'objet de la demande ne changeait pas radicalement, donnait une nouvelle analyse des éléments de la cause, par une ouverture de l'action en justice à l'enfant, tiers au contrat, totalement détaché au regard de la décision sur l'IVG, pouvant demander la réparation du préjudice résultant de son handicap, en utilisant certains des éléments du contrat (faute et dommage).

Cette appréciation est-elle un acte juste ou injuste influant sur le caractère de la décision ?

Si la requalification ainsi faite, a pu léser les intérêts du praticien, de l'assureur, elle peut néanmoins être juste, en ce que l'intérêts respectifs de toutes les parties dans la procédure ont été pesés, respectivement, en tenant compte de la longueur de cette procédure, de la nécessité d'y trouver désormais une solution rapide, la réouverture conduisant à une prolongation supplémentaire des débats, au détriment, certes, de quelques informations supplémentaires sur les inconvénients de l'emploi de l'article 1165 c civ.

A cette intention, peut s'ajouter une conception du rôle de la Cour de cassation comme de l'autorité de fait de la jurisprudence.

Cette appréciation, acte juste ou injuste, manifestation d'un pouvoir du juge, ne rend pas pour autant la décision soit l'arrêt du 17.11.2000 injuste, peut-être encourt- il seulement plus de risque d'être injuste en l'espèce ?

2 - Pouvoir – contre-pouvoir – tension entre institutions – loi du 4.3.2002.

- Le pouvoir du juge rencontre des limites :

- la jurisprudence demeure une autorité de fait, le pouvoir du juge qui peut aller jusqu'à créer plus de risque que la décision soit injuste, est limité au cercle des seules parties à l'instance.
- le contrôle de la conventionalité de la décision offre aux victimes de ce pouvoir une possibilité d'obtenir que le risque que la décision soit plus injuste, d'avoir un moindre risque. Il assure pour l'avenir un pouvoir du juge peut être plus limité dans le cadre de

la requalification et du respect du contradictoire. Il n'empêche qu'aucune des parties n'exercera de recours devant la CEDH de ce chef.

- le législateur peut mettre fin à la jurisprudence, alors certes le pouvoir du juge demeure dans la présente affaire, mais pour l'avenir nul ne doute qu'il ne tire pas toutes les conséquences de l'intervention législative, et les autres victimes de faits similaires disposeront d'une nouvelle réglementation. C'est la loi du 4.3.2002 et son application pour l'avenir. Le risque de la décision d'être plus injuste est limité dans le temps, les dispositions de la loi du 4.3.2002 article 1^{er} sont-elles pour autant plus justes ? Il s'agit d'un choix de politique tout à fait différent de celui de la Cour de cassation.

- Dans le cadre de notre étude, le pouvoir du juge qui, au pire, ne respecte pas le contradictoire, risque de rendre plus injuste la décision subséquente. Mais le contrôle de la conventionalité, le pouvoir législatif, constituent un garde-fou possible, sur le fond à savoir : quant à la détermination de ce nouveau régime de responsabilité et de ses conséquences telle qu'il émane de la décision, et sur le pouvoir du juge.

Dans le cas d'espèce comme nous l'avons précisé aucune des parties n'a exercé de recours de ce chef devant la CEDH.

Quant à la loi du 4.3.2002, son article 1^{er} révèle pour l'avenir une conception radicalement opposée du législateur à celle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation : l'un faisant pénétrer le handicap dans la solidarité nationale pouvant aller jusqu'à la sauvegarde des intérêts du praticien par une conception de la faute caractérisée, l'autre assurant la sanction d'un comportement fautif conduisant à en réparer les conséquences.

La décision du 17.11.2000 est-elle pour autant une décision juste ?

La tension entre les institutions, Assemblée plénière de la Cour de cassation, CEDH, législateur, apparaît comme ce qui peut déterminer le pouvoir du juge, c'est par celle-ci que ses limites peuvent se voir fixées

et

conduire, au fond, à l'adoption de régime de responsabilité spécifique : plus le pouvoir législatif sera intervenant plus il limitera le juge quand celui-ci ne développera pas une politique qui rencontre son acceptation sur le fond des affaires.

- La décision du 17.11.2000 est-elle pour autant une décision juste ? Nous allons l'examiner au regard du pouvoir du juge sur le dommage et le préjudice.

S II – La Cour de cassation et la détermination du dommage et des préjudices

Nous commençons par l'étude de l'action de l'enfant car c'est dans son cadre, que chronologiquement, l'Assemblée plénière a déterminé le dommage de la mère et le préjudice de l'enfant (réf 94 26) (A).

Nous aborderons ensuite la demande des parents (B).

A – L'action de l'enfant

1 - La détermination du dommage et du préjudice dans le cadre de la nouvelle appréciation des faits à la suite de la requalification.

Dans le cadre de l'action de l'enfant, dans le cas où la mère a exprimé préalablement son choix (réf 94), puis dans le cas où elle ne l'a pas préalablement exprimé (réf 26), l'Assemblée plénière a successivement requalifié les faits (réf 94), complété la qualification des faits par les parties (réf 26), se livrant à une appréciation nouvelle des faits initialement débattus, elle a déterminé le dommage de la mère (dans le premier cas empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, dans le second cas perte de la mère de la possibilité de recourir à une interruption thérapeutique de grossesse), et le préjudice de l'enfant identiquement dans les deux cas (le préjudice résultant de son handicap).

2 - Le champ de l'étude

Que l'on considère que l'Assemblée plénière a appliqué la règle de droit résultant de cette requalification, et s'est livrée à une nouvelle appréciation des faits, peu nous importe qu'elle ait invité ou non les parties à formuler leurs observations à ce stade de l'étude. Comme peu nous importent les biais, les moyens utilisés pour parvenir à se saisir puis contrôler la bonne application par la Cour d'appel de la nouvelle règle de droit qu'elle énonce en utilisant les éléments de la cause (ex utilisation de la réparation intégrale pour déterminer le préjudice). Nous retiendrons seulement le rôle de la Cour de cassation dans le cadre du dommage et du préjudice, son pouvoir sur ces deux éléments.

C'est ainsi qu'elle a rétabli la distinction du dommage et du préjudice, déterminé le dommage de la mère et le préjudice de l'enfant.

3 - Le contrôle de l'existence du dommage et du préjudice

L'étude de la jurisprudence (ainsi réf 131) nous révèle que le préjudice ne nécessite pas une dénomination formelle ; la Cour de cassation a posé le principe qu'une Cour d'appel « constate l'existence du préjudice par l'évaluation qu'elle en fait » (Civ 2 8.7.1987 Bull. civ. II N°150). L'existence du préjudice relève de l'appréciation des juges du fond, comme son appréciation relève de leur pouvoir souverain.

Si la Cour de cassation ne contrôle pas généralement l'existence du préjudice, il lui arrive parfois, néanmoins, de l'exercer : elle a jugé, par exemple, dans une procédure de résolution de vente de commerce que la disparition du fonds constituait un préjudice et cassé l'arrêt ayant retenu l'absence de preuve d'un préjudice du vendeur (réf 131 N° 48). Elle a ainsi déterminé le préjudice.

La Cour de cassation peut aussi décider d'exercer un contrôle sur des appréciations qu'elle considèrerait jusque là comme relevant du pouvoir souverain des juges du fond.

La distinction du fait et du droit, (la Cour de cassation ne connaissant que le droit), enfin, n'est pas figée, parfois les situations se trouvent à la limite de cet entre deux.

Compte tenu de ces observations mettant en exergue une certaine fluctuation de l'opération de contrôle, on comprend qu'eu égard aux enjeux en cause elle se soit saisie de la détermination du dommage et du préjudice, établissant un cadre au cas de l'action de l'enfant, mettant fin

aux critiques élevées (préjudice de naissance, de naissance handicapée, dommage handicap, ...). Dommege et préjudice ainsi fixés, dans les cas de choix exprimés préalablement ou non, les grandes lignes de la réparation étaient globalement déterminées sans avoir à pénétrer dans les détails des différents postes de préjudice. Les parties connaissaient les limites de l'action de l'enfant tendant à la réparation de son préjudice. Une ligne générale de conduite était établie fixant les limites dans lesquelles les décisions devaient se couler.

4 - Le pouvoir de l'Assemblée plénière sur le dommege et le préjudice. Un acte juste ?

Si outrepasser un pouvoir comporte davantage de risques de conduire à une décision injuste comme nous l'avons étudié dans le cadre du respect par le juge du principe du contradictoire dans le cas de la requalification, qu'en est-il de l'exercice de la possibilité de contrôler l'existence du préjudice qui conduit à la détermination du dommege de la mère et du préjudice de l'enfant ?

Alors que le juge requalifie, et dans ce cadre se livre à une appréciation nouvelle des faits, est-ce un acte juste, in fine, de choisir de déterminer le dommege de la mère et le préjudice de l'enfant, dans le cadre d'une faculté de contrôler l'existence du préjudice qui relève (existence et appréciation) du pouvoir souverain des juges du fond ? Les décisions qui en sont la suite, qui ont déterminé le dommege de la mère et le préjudice indemnisable de l'enfant, le préjudice résultant de son handicap, que le choix ait été ou non exprimé préalablement sont-elles des décisions justes ?

Il n'enfreint pas la légalité puisque, bien avant, d'autres décisions de la Cour de cassation ont agi dans le même sens, dans le cadre même de la responsabilité.

Cette action renvoie à sonder la ou les motivations qui ont guidé ce choix dont l'Assemblée plénière aurait pu s'abstenir; parmi celles-ci on ne peut contourner la volonté de déterminer une politique jurisprudentielle pour l'avenir ? Concurrément avec le législateur ? Et à un jugement de valeur de cet acte.

Le problème de la délimitation des rôles de la Cour de cassation et du législateur est posé.

La décision finale sera comme le produit de cet acte dont elle suivra la qualification portée. Si la finalité de l'usage de cette faculté est n'est pas juste, il nous semble que la décision par voie de conséquence ne l'est pas également.

Cependant, il convient de ne pas oublier le caractère objectif du dommege lorsqu'il s'entend, comme dans le cas d'une distinction du dommege et du préjudice, de la lésion, de l'atteinte. Dès lors la décision portant sur ce dommege est à tout le moins objective.

Le préjudice est subjectif, il est la conséquence de la lésion ressentie par la victime ; elle est sous le joug d'une appréciation par le juge de ce qu'elle peut être pour la victime. La décision peut être juste ou non juste pour l'enfant handicapé, pour le praticien. Elle est soumise au jugement de valeur.

Le dépassement de pouvoir (respect du principe du contradictoire par le juge dans le cas de requalification) comme l'utilisation de la faculté de contrôler l'existence du préjudice ramènent à une appréciation libre des juges d'inviter les parties à faire leurs observations dans l'hypothèse d'une requalification, de déterminer le préjudice de l'enfant handicapé, à un pouvoir dans ces deux cadres, à une fluctuation des décisions, à une adaptation au cas particulier, à la fonction des juges et à ses aléas mais aussi aux qualités morales des magistrats.

5 - Le domaine de l'acte juste : le contrôle de l'existence du préjudice et la détermination du préjudice

Ce domaine se dessine.

Il est celui de la sphère de contrôle de la Cour de cassation, de sa possibilité de contrôler l'existence du préjudice, laissée à son appréciation et à ses motivations. Pouvoir de décider d'exercer un contrôle dans ce domaine. Parce qu'il est soumis au pouvoir d'appréciation du juge, il est le domaine de l'acte juste ou injuste par excellence. C'est aussi cette même sphère qui est soumise au jugement de valeur.

Le domaine de l'acte juste est donc tout d'abord celui de l'exercice de la possibilité de contrôle de l'existence du préjudice.

Ce domaine de l'acte juste s'étend à la détermination du dommage et du préjudice car laissée à l'appréciation du juge. Il est limité surtout au préjudice dans la mesure où le dommage est l'atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne, d'une activité, d'une situation, objectivement perceptible, existant indépendamment de l'idée que peut s'en faire la personne qui en est victime. Le domaine est vaste par contre quand il s'agit de la détermination du préjudice, conséquence de la lésion sur la victime, il est limité par les caractéristiques qu'il doit présenter : certain, licite... L'existence du préjudice échappe dès lors à l'appréciation souveraine des juges du fond. C'est ce qui s'est produit, l'Assemblée plénière le déterminant, mettant fin aux controverses, critiques, obstacles soulevés : préjudice de naissance, handicap dommage, ... La détermination s'est arrêtée au préjudice, ses différents postes étant laissés aux juges du fond. Le domaine de l'acte juste est donc celui de la détermination du préjudice. Il est aussi celui du jugement de valeur.

6 - Acte juste ou non juste et pouvoir d'appréciation du juge

Le domaine de l'acte juste ou injuste, possibilité de contrôle de l'existence du préjudice, détermination du préjudice, est un domaine laissé à l'appréciation de la Cour de cassation avec toutes les conséquences que cela implique notamment de variabilité et d'incertitude. Il est celui sur lequel s'exerce le jugement de valeur du juste ou de l'injuste. Parce que l'appréciation du juge domine dans l'exercice de la possibilité de contrôle de l'existence du préjudice, dans sa détermination, c'est le domaine par excellence de l'acte juste ou injuste. Acte juste ? dans les moyens que se donnent le juge de déterminer le préjudice et dans la détermination elle-même.

La Cour de cassation dans son rapport annuel (réf 91) expliquera à posteriori sa décision : elle a fait prévaloir le droit à réparation de l'enfant, droit à réparation du dommage résultant d'une faute, comme un respect effectif de la personne et non pas théorique.

« une autre norme constante du droit de la responsabilité est que le tiers à un contrat qui subit un préjudice du fait de son exécution défectueuse peut en demander la réparation... et que le droit à réparation du dommage résultant d'une faute procède d'une « exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » comme l'a précisé le conseil constitutionnel dans sa décision N° 99 – 419 DC du 9.11.19991 ».

...L'assemblée plénière n'ignorait certes pas ces impératifs fondamentaux d'une société démocratique mais 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.

.... La défense de son intérêt comme la présentation de la dignité de ses conditions de vie futures, paraissent mieux assurées par l'attribution d'une indemnisation qui lui soit propre.

Cette motivation qui la conduit à intervenir dans le cadre du préjudice est-elle un acte juste ? Nous n'entendons porter aucun jugement sur cette motivation car il pourrait qu'être un jugement de valeur auquel nous ne voulons nous soumettre.

Cette appréciation a été l'objet des réactions les plus diverses mais aussi les plus violentes notamment par les professionnels de santé et leurs assureurs compte tenu de la charge économique à laquelle elle conduisait, pour ne rester que dans le cadre du préjudice, objet de la présente section.

Mais nous ressentons en exprimant ces considérations une vision de l'acte juste, acte légal, alors que ce qui est légal n'est pas forcément juste.

7 - Les limites de l'appréciation de la Cour de cassation dans le cadre du dommage et du préjudice : l'exercice du pouvoir législatif. Vers un acte juste dans ce cadre du dommage et du préjudice ?

Le contre pouvoir que représente le pouvoir législatif est aussi présent que dans le cas précédent (SI) ; il fera cette fonction dans le cadre de l'article 1^{er} de la loi du 4.3.2002 en détachant le préjudice de l'enfant du mécanisme de la responsabilité pour le rattacher à la solidarité : « 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. ».

Pouvoir du juge, contre pouvoir du législateur, déterminent le pouvoir du juge, en fixent les limites. C'est un jeu de forces qui s'exerce au gré de la possibilité de l'intervention du législateur et des politiques différentes.

Aboutit-on pour autant à une décision juste ? Elle évolue suivant le progrès scientifique, en fonction des pressions exercées. Elle n'est pas pour autant plus ou moins juste. Elle fixe les lignes qui rendent la vie en société possible.

B – La demande des parents

La situation est différente de celle de l'action de l'enfant ; en effet, l'Assemblée plénière le 28.11.2001 réf 25 n'opère pas de requalification des faits qui demeurent sous l'emprise des dispositions de l'article 1147 c civ. soit de la responsabilité contractuelle.

Néanmoins, elle exerce la possibilité de contrôle de l'existence du préjudice, elle reprend la distinction opérée dans le cadre de l'action de l'enfant du dommage de la mère et du préjudice des parents, elle détermine le dommage de la mère et le préjudice des parents.

Si nous sommes comme pour l'action de l'enfant dans le pouvoir d'appréciation de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, véritable creuset du juste comme de l'injuste, ce pouvoir d'appréciation ne s'exerce pas à l'identique sur le dommage comme sur le préjudice : en effet nous le rappelons le dommage est l'atteinte, la lésion objective à l'intégrité d'une personne, d'une activité, ... par conséquent ce caractère objectif fait obstacle à toute éventuel usage « injuste » du pouvoir.

Par contre le pouvoir d'appréciation du juge demeure entier quand il fait choix de contrôler l'existence du préjudice aboutissant à la détermination du préjudice indemnisable des parents

: le préjudice matériel résultant pour eux du handicap, dans un cas où le choix n'avait pas été préalablement exprimé (il était reproché dans le pourvoi l'absence de recherche de renonciation des époux à interrompre la grossesse) rejetant la perte de chance.

Ce qui la conduit à opérer le contrôle et déterminer le préjudice indemnisable des parents, faisant échec au pouvoir des juges du fond, est-ce un acte juste ? qu'en est-il de la décision qui en est la suite nécessaire ?

Nous n'entendons porter aucun jugement sur cette motivation car il pourrait qu'être un jugement de valeur auquel nous ne voulons nous soumettre.

En conclusion

Est juste ce qui est légal. Nous avons conclu dans le chapitre précédent que, par conséquent, les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 17.11.2000, 13.7.2001, 28.11.2001, (réf 94 24 25 26), constituent dans leur ensemble un acte que l'on peut qualifier de «juste», les normes ont été appliquées, celles qui président à la responsabilité des contractants envers les tiers, à la responsabilité délictuelle, au dommage et au préjudice. La requalification, la détermination du dommage de la mère et des préjudices de l'enfant, des parents nous avaient interpellé, et conduit à étudier l'acte juste au travers de ces opérations. Une Institution Juste intervient dans l'acte juste. Pouvait-on considérer l'Institution comme juste ? Que dire de l'acte quand l'Institution n'est pas juste ? Le juste par l'Institution Juste. L'étude du respect du principe du contradictoire lors de la requalification, de la détermination du dommage de la mère et du préjudice, nous a renvoyé au pouvoir d'appréciation de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Pouvoir du juge d'apprécier que la règle de droit que le juge applique pour ce faire doit « ne trouver son assise matérielle dans aucun fait qui n'ait été réexaminé et apprécié de façon nouvelle ». Pouvoir du juge d'apprécier la possibilité d'exercer le contrôle de l'existence du préjudice. Le pouvoir d'appréciation du juge nous apparaît comme le berceau tant du juste que de l'injuste, le berceau de tous les possibles. Seul le jugement de valeur nous semble pouvoir être porté sur un tel pouvoir. Son manque d'objectivité faisant partie de sa constitution, nous n'entendons pas nous y essayer.

Dès lors, il ne reste que des questions comme conclusion à ce chapitre :

Est-ce un acte juste de ne pas inviter les parties à fournir leurs observations dans le cas de la présente requalification ?

Est-ce un acte juste d'exercer un contrôle sur l'existence du préjudice conduisant à sa détermination ?

Les décisions qui s'en suivent, requalifiant les faits, complétant la qualification des parties, déterminant le dommage de la mère et le préjudice indemnisable, sont-elles des décisions justes en ce qu'elles émanent d'une Institution Juste ?

A ces questions s'ajoute celle qui continue d'être véhiculée par l'étude de l'acte juste, et qui touche le fond même du débat : si les décisions de l'Assemblée apparaissent justes en ce qu'elles respectent les normes, la requalification et la détermination du dommage et des préjudices relevant du pouvoir d'appréciation du juge, berceau de tous les possibles comme nous l'avons précédemment indiqué, elles interrogent, sur le rôle de la Cour de cassation et encore, sur ce que ses décisions recèlent quant à la responsabilisation du praticien poursuivie,

à la conception de la dignité révélée par la réparation du préjudice résultant du handicap, au difficile choix entre les intérêts de l'enfant auquel elles contraignent les parents de l'enfant. Le législateur, a marqué son opposition à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, aussi bien au rôle exercé qu'aux décisions prises en votant l'article 1^{er} de la loi du 4.3.2002 : il a limité la responsabilité du praticien, et placé la prise en charge du handicap dans le cadre de la solidarité. La tension entre les Institutions ainsi marquée, a fait émerger un choix de politique différent de celui de l'Assemblée plénière.

Ces observations nous conduisent alors à examiner : si l'Assemblée plénière a élaboré ses décisions sous une visée éthique qui peut conduire à l'acte juste ; ce sera l'objet de l'étude du chapitre suivant ; mais aussi à creuser ce que peut sous entendre la fonction qu'elle exerce ; ce sera l'objet de notre dernier chapitre.

Chapitre 3 - LE JUSTE ET LA VISEE ETHIQUE

« Dans le règne des fins tout a un prix ou une dignité. Ce qui a un prix peut être remplacé par quelque chose d'autre à titre d'équivalent ; au contraire ce qui lui est supérieur à tout prix, ce qui n'a pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité ». Kant Fondement de la métaphysique des mœurs.

Dans cette zone grise dans laquelle se situe le cadre de notre étude : absence de réglementation du cas, divergence de jurisprudences (entre les juridictions civiles, entre les juridictions civiles et administratives), oppositions de valeurs (ainsi, dignité de la personne humaine, appréciation des qualités de la vie), intérêts divergents des parties et des personnes intéressées à la procédure(associations, professionnels de santé, assurances, organismes sociaux), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a-t-elle accordé dans sa réflexion générale une place à l'éthique pour que l'ensemble de ses décisions constitue un acte juste ? Y a-t-il eu un débat sur les valeurs ? une réflexion éthique ? soit comme le dit P Noreau une place pour les normes non juridiques, le non - droit, l'infra - droit, tout ce qui en tant que référence éthique n'entre pas dans le droit et est perçu comme un détournement de l'Institution (réf 113 et de citer notamment : les principes généraux, les considérations de la vie sociale, les références culturelles,...). Nous consacrerons la première partie de cette étude à cette question (S I).

La seconde partie sera réservée à l'étude de la visée éthique vers laquelle s'est orientée l'Assemblée plénière (II).

Nous excluons les trois arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 13.7.2001 relatifs à l'action de l'enfant (réf 137) : la recherche d'une visée éthique par les juges se heurte aux problèmes de procédure (dont les parties ont été avisées par le conseiller rapporteur) ayant limité le champ de la discussion (substitution de moyen de droit et réunion des conditions de l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique).

S I – Une réflexion éthique de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ?

La réflexion de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a tout d'abord pu être alimentée des informations non juridiques provenant des précédents jurisprudentiels (A), comme elle l'a été des procédures propres aux affaires dans lesquelles elle a rendu ses arrêts(B).

A – L'éthique et les précédents jurisprudentiels

a) - Ce sont les décisions elles-mêmes des diverses juridictions qui, parce que certaines d'entre elles sont particulièrement motivées ont pu directement apporter à l'Assemblée plénière les premières interrogations et réflexions des juges du fond ; nous pensons particulièrement au jugement du Tribunal de grande instance de Montpellier du 15.12.1989 (réf 61) qui déboutant les parents, ès qualité, de leur demande en réparation du préjudice de l'enfant handicapé précise, tout d'abord sur le dommage puis sur l'action de l'enfant : « ce dommage ne saurait en aucun cas se confondre avec le fait , pour les demandeurs, d'être parents ou frères d'une personne humaine anormale ; une telle définition du dommage

reviendrait ... à admettre que la vie d'un être humain considéré comme anormal est susceptible de causer en soi un dommage à ses parents, à ses proches, ou à la personne dite anormale elle-même et donc à admettre que la vie donnée, reçue ou subie est dans certain cas dommageable ; »

« en ce qui concerne l'enfant anormal lui-même... toute admission de la recevabilité de son action reviendrait à lui permettre une appréciation sur la décision initiale de ses parents de le concevoir et de mener une grossesse lui ayant donné la vie qui seule lui a conféré la personnalité physique lui permettant d'être un sujet de droit... Point n'est besoin d'insister, au-delà même de la morale sous-tendue par une telle construction, sur l'antinomie radicale entre le droit civil actuel et de telles demandes où le droit de la responsabilité pourrait infiltrer la genèse même de la vie... »

On retrouvera dans les observations de l'avocat général J. Sainte- Rose cet attachement à la vie (le don de la vie affirmera-t-il) comme le relevé de l'impossibilité pour le droit civil d'encadrer de tels cas qui ne peuvent que relever de la solidarité nationale.

b) – Aux décisions des juges du fond s'ajoutent leurs commentaires par les différents auteurs : on y trouve énoncées la prise en charge de l'existence de l'enfant handicapé par la collectivité, mais aussi la valeur de la vie : la vie est unique et non susceptible d'être réduite à un tel handicap.

c) – Ce sera également l'arrêt du Conseil d'Etat dit Quarez du 14.2.1997 ayant préalablement donné lieu aux conclusions du Maître des Requêtes, V. Péresse, dépassant le strict cadre juridique : « un enfant ne peut pas se plaindre d'être né tel qu'il a été conçu par ses parents, même s'il est atteint d'une maladie incurable ou d'un défaut génétique,... Affirmer l'inverse serait juger qu'il existe des vies qui ne valent pas la peine d'être vécues ... »(CE 14.2.1997 CHR de N... c/ époux Q. RFDA 1997 p374).

d) – Enfin, ce seront les commentaires par les auteurs de l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile Cour de cassation dans l'affaire Perruche en date du 26.3.1996 (réf 16 17 123) lesquels s'articulent particulièrement sur l'opportunité de la vie :

« c'est admettre que le juge puisse dans certains cas estimer que la non-existence, le néant valent mieux que la vie »... « qu'il eut mieux valu pour les parents que l'enfant ne naisse pas »
« le reproche d'un enfant à ses parents de lui avoir donné la vie »
Et encore « naître ou ne pas naître est hors de la portée humaine ».

B – La réflexion de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation alimentée des éléments des procédures propres aux affaires dans lesquelles elle a rendu ses arrêts

Aux réflexions éthiques, dans le cadre des décisions antérieurement par les juridictions, s'articulant principalement autour de la valeur de la vie, son opportunité, ses qualités, la prise en charge par la collectivité du handicap, s'ajoutent toutes celles contenues ou développées tant dans les rapports du Conseiller- rapporteur à la Cour de cassation que dans les conclusions de son Avocat général.

1 – L'affaire Perruche

Nous examinerons successivement les réflexions éthiques contenues dans le rapport du Conseiller- rapporteur et dans les conclusions de l'Avocat général ce d'autant qu'elles témoignent de deux conceptions opposées.

a) - Les rapport du Conseiller -rapporteur et conclusions de l'Avocat général dans l'affaire Perruche

a /1) -Le rapport du Conseiller- rapporteur P. Sargos

Alors que la morale était encore évoquée par les juges du fond en 1989 [jugement du TGI de Montpellier sus visé A a)] il situe, très rapidement, ses observations dans un cadre éthique, après avoir délivré des informations médicales sur la rubéole et la thérapeutique : « se pose la question ontologique de l'être humain et la question éthique de la dignité et du respect de la personne humaine. Le droit ne peut l'ignorer ».

Dès lors c'est sous deux aspects différents qu'il aborde le principe du respect de la vie humaine qui l'amène, néanmoins, à le retenir dans le cadre de l'indemnisation par une application effective :

...C'est sur le terrain fondamental du respect de la personne humaine que pourrait se trouver le cas échéant la justification d'un refus de réparer le préjudice de l'enfant

...Il est éthiquement difficile d'admettre qu'une personne puisse se prévaloir contre une autre d'un fait fût-il fautif qui en définitive lui a permis d'accéder à la vie. Le principe du respect de la personne humaine est donc mis en cause si on accepte l'idée d'indemniser un handicap affectant cette vie sauvée

... où est le véritable respect de la personne humaine et de la vie : dans le refus abstrait de toute indemnisation ou au contraire de son admission qui permettra à l'enfant de vivre au moins matériellement dans des conditions plus conformes à la dignité humaine sans être abandonné aux aléas d'aides familiales privées ou publiques... »

Il poursuit cette réflexion pragmatique, application au réel des valeurs, aux risques pour l'enfant de la dilapidation du capital en cas de dislocation du couple.

Il complète ses observations de la crainte infondée de l'eugénisme.

Les références culturelles ne sont pas absentes en ce qu'il se livre à une étude du droit comparé, des décisions internationales, apportant ainsi à son discours un complément des cultures différentes.

a / 2 - Les conclusions de l'Avocat général J. Sainte- Rose

A l'encontre de l'indemnisation de l'enfant atteint d'un handicap par les principes de la responsabilité civile, il fait valoir :

- la non existence du droit de ne pas naître

- le risque de la transformation de la faculté d'avortement en obligation pour la mère,

- la dignité des parents qui évitent la discrimination entre parents de bonne qualité biologique et les autres qui devraient s'abstenir de procréer

- le droit à la vie

- la valeur de la vie : en indemnisant l'enfant on confère à l'absence de vie une valeur positive

- l'incidence sur la profession médicale : une obligation de garantie totale de naissance d'un enfant indemne risque de déresponsabiliser les médecins tant serait écrasante leur responsabilité car ils seraient chargés directement de la création des êtres ; mais aussi la tentation de préconiser l'avortement par un eugénisme de précaution

- le rôle normalisateur de l'avortement au regard de vies dépourvues de qualité, dans une logique d'élimination des anormaux

- l'aide au titre de la solidarité que sont en droit d'attendre les parents d'enfants handicapés pour leur entretien et leur éducation qui constituent une lourde charge.

Ainsi pénètrent directement dans la sphère de la procédure, des réflexions s'articulant certes autour du principe et des conditions de la responsabilité civile, mais aussi des observations qui s'étendent à l'opportunité, la valeur de la vie, l'eugénisme, aux principes de respect et de dignité de la personne humaine, la prise en charge par la collectivité du handicap, aux références culturelles internationales, et se prolongent à la dignité des parents, aux répercussions sur la pratique médicale, aux différentes dérives possibles de l'IVG.

C'est par un remplacement du rôle du juge dans de nouvelles fonctions qu'il parachève ses réflexions : l'office du juge d'adapter le droit aux mœurs ou de résister à l'évolution de celles-ci pour préserver les valeurs de la société qu'il estime devoir être.

C'est donc dans ce cadre de légalité mais aussi de réflexions dépassant largement l'encadrement du cas par le droit que l'assemblée plénière va rendre son arrêt le 17.11.2000.

b – L'arrêt dit Perruche et le rapport annuel de la Cour de cassation.

b / 1 - Quelle place l'Assemblée plénière a-t-elle accordé à la réflexion éthique ainsi initiée ?

Quelle réception va-t-elle lui accorder ?

Si l'arrêt du 17.11.2000 compte tenu de sa rédaction synthétique, propre aux décisions de la plus haute juridiction, souligne :

- l'intérêt porté à la sauvegarde des intérêts matériels de l'enfant qui bénéficie, en tant que sujet de droit, de l'action tendant à la réparation du préjudice résultant de son handicap, dans le cas de choix de la mère préalablement exprimé d'interrompre sa grossesse pour cause de détresse
- comme la sanction de la faute du praticien tenu à en réparer toutes les conséquences, ces éléments sont insuffisants à la connaissance de la poursuite par l'Assemblée plénière d'une visée éthique.

b/ 2 - C'est le rapport annuel de la Cour de cassation (réf 91) qui nous apporte des informations complémentaires parmi lesquelles nous pouvons puiser le non- droit pris en compte dans sa décision à une visée pragmatique.

A l'affirmation de valeurs théoriques, elle fait choix du respect effectif de la personne par sa reconnaissance comme sujet de droit, pour une vie dans des conditions de dignité par l'attribution d'une indemnisation de son préjudice qui lui soit propre.

... « toutefois sur le terrain primordial du principe du respect de la personne humaine, on pouvait se demander s'il était légitime qu'un enfant puisse invoquer une telle faute, sans laquelle il ne serait pas venu au monde, pour demander la réparation du préjudice lié à son handicap. L'hésitation était d'autant plus pertinente que sont en jeu des valeurs fondamentales de notre civilisation quant au respect de la vie et l'égalité de dignité de tous les êtres humains, quels que puissent être leur handicap.

L'assemblée plénière n'ignorait certes pas ces impératifs fondamentaux d'une société démocratique mais 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. L'assemblée plénière n'ignorait pas davantage que dans un cas voisin le CE 14.2.1997... avait préféré n'accorder une indemnisation qu'aux parents sous la forme « d'une indemnité en capital représentant le versement d'une rente mensuelle de 5000frs pendant toute la durée de vie de

l'enfant ». Mais les inévitables aléas inhérents au versement d'un capital (séparation ou divorce des parents avec partage du capital entre eux, décès qui entraîne aussi un partage dont l'enfant handicapé peut n'avoir qu'une faible part successorale, placement hasardeux, dilapidation...) ne permettent pas d'être certain que l'enfant en sera le réel bénéficiaire sa vie durant. La défense de son intérêt comme la présentation de la dignité de ses conditions de vie futures, paraissent mieux assurées par l'attribution d'une indemnisation qui lui soit propre. On soulignera enfin que cette décision, qui se situe dans le prolongement direct de la loi précitée du 17.1.1975 ne saurait en aucun cas s'interpréter comme pouvant ouvrir à un enfant handicapé un recours contre sa mère fondé sur son refus de recourir à une IG ; nul en effet n'est en droit de lui imposer un tel choix, ce à quoi reviendrait l'admission de sa responsabilité. Et cet arrêt n'implique pas davantage un risque de dérive de l'IVG pour motif thérapeutique dès lors que celle-ci est aux termes de l'article L2213-1 du CSP subordonnée à l'existence d'une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic » ;

b/3 – Une conception du principe du respect de la personne humaine. Elle a pris en compte dans sa réflexion le respect de la personne humaine et de sa dignité : elle a mesuré le fait pour l'enfant d'invoquer une faute sans laquelle il ne serait pas venu au monde au regard de sa demande en réparation du préjudice, sous l'angle du principe du respect de la personne humaine (certainement en ce que cette invocation implique au regard de ce principe, philosophie nihiliste) et de celui de la dignité (quelle dignité pour une personne à évoquer une telle faute compte tenu de l'objet de la demande) mais aussi dans leur application concrète, à la réalité de la personne et de la dignité de l'enfant.

Une conception pragmatique. Ce respect de la personne humaine, de sa dignité lui a semblé pouvoir trouver une réalisation effective, concrète, par la voie de sa reconnaissance comme sujet de droit, mais aussi par l'indemnisation lui permettant d'accéder à une vie dans des conditions dignes.

Néanmoins elle a pris en considération les réflexions sur la valeur de la vie en tension avec un respect effectif du respect de la personne humaine, vivante, qu'est l'enfant né atteint de ce handicap et vivant, qui a des difficultés.

Tout comme elle n'a pas été insensible aux réflexions sur les dérives de l'IVG rappelant son cadre légal protecteur, et l'interprétation qu'il convient de ne pas faire.

Enfin, c'est en pleine possession des informations sur les répercussions médicales, sur la prise en charge par la collectivité du handicap, qu'elle a donc poursuivi sa démarche dans le cadre de la responsabilité civile et de la réparation subséquente.

Chaque principe, ou valeur ne pénétrant pas dans le cadre strictement juridique, initié par les réflexions des juges des juridictions civiles ou administratives, des commentateurs des décisions, de l'Avocat général, du Conseiller-rapporteur, comme du Maître des Requêtes, pour n'en citer que quelques uns, semble dès lors avoir pénétré la réflexion de l'Assemblée plénière la conduisant à une décision justifiée par une application effective des principes de respect et de dignité de la personne humaine à la réalité concrète de la vie de l'enfant atteint d'un handicap, lesquels ainsi ne demeurent pas à l'état d'une expression purement théorique.

2 – Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 28.11.2001

a) Le rapport du Conseiller -Rapporteur et les conclusions de l'Avocat général

Il convient de préciser que tant le Conseiller Rapporteur que l'Avocat général ont procédé pour les deux affaires ayant donné lieu aux deux arrêts du 28.11.2001 (réf 26 25) concernant le

premier l'action de l'enfant, le second la demande des parents à la rédaction d'un seul rapport comme d'un seul jeu de conclusions.

a /1)- Le rapport de M. Blondet

- Il est rédigé par un autre conseiller rapporteur ; il laisse apparaître une gestion quelque peu différente du cas qui s'inscrit certes dans le cadre d'une prise en charge également effective, concrète et matérielle des conséquences du handicap, mais aussi en rapport avec la faute du médecin.

- Il consacre une partie de celui-ci à la nécessité compte tenu des problèmes rencontrés liés l'éducation et l'insertion sociale de mettre en œuvre une solidarité sociale et familiale. Etant précisé que préalablement il a placé cette première observation dans le cadre d'une part du traumatisme des parents par la découverte, préoccupés par l'insuffisance des aides de la collectivité et d'autre part dans celui de la politique de soutien aux handicapés qui est de favoriser le maintien de la personne dans son milieu familial, son accès à l'éducation puis au travail; dès lors il expose les différentes allocations versées : allocation d'éducation spéciale, prise en charge des frais d'hébergement, de traitement, allocation adulte handicapé, allocation compensatrice pour le coût d'une tierce personne.

Les considérations éthiques complémentaires dont il fait état quant à la réparation du préjudice de l'enfant s'orientent vers l'équité pour les praticiens dans le cadre de la prise en charge du préjudice et la crainte d'une défection des aides sociales :

- il est affirmé que le dommage résultant pour l'enfant de la faute du praticien ne peut être identifié à la totalité de son handicap, il serait inéquitable de faire supporter aux praticiens la charge de la totalité des conséquences du handicap d'où un abattement de 50% tiré du degré de probabilité de la décision de la mère. Il n'est pas équitable à l'égard du médecin de mettre à sa charge une obligation de réparation disproportionnée par rapport à sa faute.

- sur la difficulté de la combinaison des aides et de l'indemnisation il fait valoir que les tribunaux lorsqu'ils constatent que l'enfant bénéficie d'aides, ils limitent la réparation ; soit ils n'en n'ont pas la preuve et l'indemnisation à la charge du médecin est lourde. Dans cette hypothèse les organismes débiteurs seront conduits à réduire les aides, informés de l'indemnisation du préjudice. Les actions médico-sociales tendant à assurer des conditions de vie décentes sont entravées.

Il propose pour conclure de limiter le préjudice indemnisable au préjudice personnel de l'enfant auquel il objecte cependant la mise en évidence de la légitimité de l'euthanasie prénatale.

a / 2) - Les conclusions de M. Sainte- Rose

Il fait valoir à l'encontre de la jurisprudence et à l'appui de la non admission de l'action de l'enfant des arguments non juridiques, ainsi et notamment :

- l'incompréhension par le corps médical de la jurisprudence,

- un avortement légalisé dans l'intérêt de la femme, mais pas dans celui de l'enfant, argument juridique certes qu'il développe en relevant tout ce qui est sous tendu par un tel acceptation : les choix opérés par la jurisprudence reposent sur l'avortement qui serait un bienfait pour l'enfant atteint d'une anomalie.

- la discrimination entre enfants : en cas de faute médicale commise avant l'expiration du délai légal d'IVG pour raison de détresse le préjudice de l'enfant pourrait être indemnisé quelle que soit la gravité du handicap, après l'expiration de ce délai il ne pourrait l'être que si son handicap présente un caractère grave et incurable.

- la difficulté de l'évaluation : une évaluation impossible lorsqu'il s'agit de mettre en parallèle la vie handicapée et l'inexistence, la justice peut-elle contribuer au néant, une valeur supérieure à la vie handicapée ; la souffrance psychique liée à l'existence est sans frontière définissable

- le critère de la normalité et l'égle appartenance de tout homme à l'espèce humaine : « le droit subjectif de la personne handicapée se trouvera subordonné à des normes ou à des appréciations biologiques de son état naturel dont les experts tiendront nécessairement compte... Cela donnerait raison à Georges Canguilhem qui, après avoir démontré que la normalité par opposition à la pathologie ne saurait être transposée des sciences médicales aux sciences sociales, prévoyait et redoutait que la norme biologique d'un organisme humain résulte de la « coïncidence de cet organisme avec les calculs d'un généticien eugéniste ».

b – Les arrêts de l'Assemblée plénière du 28.11.2001

b / 1) - Quelle réception l'Assemblée plénière a-t-elle accordé à la réflexion éthique ainsi initiée ?

Si comme dans l'arrêt Perruche, l'Assemblée plénière maintient une rédaction synthétique, elle fait choix de prolonger le régime de la réparation à l'enfant, aux parents du préjudice résultant pour chacun du handicap suite à la faute commise, que le choix de la mère ait été préalablement exprimé ou non. L'aide sociale est cantonnée à son essence même et à sa finalité. Elle maintient une position pragmatique consacrant un respect effectif de la personne humaine par l'attribution d'indemnités donnant les moyens de vivre conformément à la dignité humaine ; il n'y a pas de discrimination entre parents ou enfants, le préjudice indemnisable est identique que le choix ait été préalablement exprimé ou non; elle fait échec à une justice corrective, en considérant comme indemnisable le préjudice résultant du handicap (qui n'implique aucun critère de comparaison), confirmant ainsi l'égle dignité humaine. C'est le respect de la vie.

b /2) - Le rapport annuel de la Cour de cassation (réf 139)

Il se limite à la prise en compte de considérations presque uniquement juridiques.

Il nous semble néanmoins qu'une explication éthique peut se dégager de l'insistance portée à la définition du préjudice indemnisable donnée ; s'il est en effet rappelé que l'Assemblée plénière a statué sur le préjudice de l'enfant au regard du principe de la réparation intégrale, elle insiste particulièrement sur le fait que le préjudice indemnisable n'est pas la perte de chance mais le handicap:

« Rappelant que la réparation du préjudice doit être intégrale l'Assemblée plénière casse cette décision en énonçant d'une part que « le préjudice de l'enfant n'est pas constitué par une perte de chance mais par son handicap... ».

Une raison peut être à une absence d'évocation d'arguments non éthiques : leur prise en considération et leur exposé dans le précédent rapport de la Cour de cassation sur lesquels elle n'entend pas revenir ?

b/3 – En tout état de cause il nous semble que l'Assemblée plénière avisée des valeurs en cause, des intérêts des parties en cause, enfant handicapé, parents, praticiens, aide sociale, maintient le régime de la responsabilité qui implique la réparation du préjudice subséquent de l'enfant; responsable le praticien doit assumer les conséquences de cette responsabilité et réparer le préjudice résultant pour l'enfant de son handicap. On n'est pas dans une situation où la solidarité nationale doit intervenir mais dans la sanction d'une faute entraînant la

réparation du préjudice. La politique adoptée par l'Assemblée est maintenue dans un sens de la responsabilité. L'esprit qui sous tend la jurisprudence sur la responsabilité des contractants envers les tiers perdure sous ses deux formes : la responsabilisation du contractant et la sauvegarde des intérêts des tiers au contrat.

L'indemnisation est immédiate, elle bénéficie au moins immédiatement à l'enfant, la politique d'aide sociale et l'application des tribunaux conservent leur valeur d'arguments théoriques, dans des cas hypothétiques. C'est une modalité de la sauvegarde de ses intérêts, pragmatique, concrète.

Elle passe par la prise en charge du préjudice résultant du handicap.

Le préjudice est identique que le choix ait été préalablement effectué ou non, il n'y a pas de discrimination entre les enfants (c'est le respect de la personne humaine), et pas de mesure du handicap au regard du néant puisqu'il est le préjudice résultant du handicap.

Le respect effectif de la personne est assuré par sa reconnaissance comme sujet de droit autonome, et par une indemnisation du préjudice résultant de son handicap lui permettant de vivre dans des conditions de dignité, et dans une égale dignité puisqu'une indemnisation identique est assurée,

Quant à l'avortement il ne demeure qu'un fait dont se prévaut l'enfant qui tient compte de la réalité objective, à savoir la décision de sa mère.

Aux arguments éthiques soulevés dans le rapport et les conclusions il nous semble dès lors que l'Assemblée plénière a répondu par sa décision du 28.11.2000 (réf 26).

- Quant à la demande des parents c'est aussi le respect effectif, concret de la personne humaine qui est assuré, par une sanction de la faute empêchant l'exercice par la mère du choix d'IVG, le choix même, respect de ce qu'elle est, patiente ignorante, dans un contrat, l'égalité peut être ainsi rétablie; à la responsabilité correspond l'obligation de réparer les conséquences d'un agissement fautif, soit l'indemnisation du préjudice résultant pour les parents du handicap; prise en charge immédiate, effective de leur préjudice (le respect de la personne passe par une prise en charge matérielle) ; mais aussi identique (c'est le respect de la personne humaine quel que soit le type de victime), que le choix ait été préalablement exprimé ou pas, sans discrimination entre les parents, sans critère de comparaison entre le néant et le handicap car il est tout le préjudice résultant pour eux du handicap; en équité, le préjudice indemnisable est le seul préjudice résultant essentiellement pour eux du handicap.

- L'Assemblée plénière maintient l'esprit de la jurisprudence relative à la responsabilité des contractants envers les tiers et sa conception rejoint celle du Conseiller rapporteur.

S II – La visée éthique de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Si l'on s'attache aux seules données des rapports annuels de la Cour de cassation, des rapports du conseiller rapporteur, des conclusions de l'avocat général, on remarque que l'Assemblée plénière a pris en considération des arguments qui dépassaient le strict cadre juridique comme elle a apporté des solutions aux critiques éthiques émises.

Cependant les incidences professionnelles n'ont pas été suffisamment conséquentialisées.

A – L'application de principes fondamentaux à la charge du coût du handicap. Une éthique pragmatique

1 – Une réflexion éthique

La tension entre l'utilisation par l'enfant de la faute sans laquelle il ne serait pas venu au monde et l'objet de la demande : la réparation du préjudice

Le rapport annuel de la Cour de cassation précise « on pouvait se demander s'il était légitime qu'un enfant puisse invoquer une telle faute, sans laquelle il ne serait pas venu au monde, pour demander la réparation du préjudice lié à son handicap. L'hésitation était d'autant plus pertinente que sont en jeu des valeurs fondamentales de notre civilisation quant au respect de la vie et de l'égalité de dignité de tous les êtres humains, quels que puissent être leur handicap ». La question doit être examinée.

a)– Des valeurs fondamentales qui sont également des impératifs de la démocratie

Que l'enfant invoque, comme l'a précisé la Cour de cassation dans son rapport annuel 2000, une faute qui a fait obstacle au choix de la mère d'exercer l'interruption de grossesse, une faute sans laquelle il ne serait pas venu au monde, pour obtenir la réparation de son préjudice peut aller à l'encontre des valeurs suivantes : respect de la vie, de la personne humaine, égale dignité de tous les êtres humains mais aussi de ces valeurs comme impératif fondamental d'une société démocratique.

Le respect de la vie, de la personne humaine, l'égalité de dignité des êtres humains, constituent pour la Cour de cassation des « valeurs fondamentales » lesquelles, ajoute-t-elle, constituent des impératifs fondamentaux d'une société démocratique (réf 161 sur la fonction des droits fondamentaux).

Nous sommes là en dehors de considérations purement juridiques, du respect strict de la légalité, bien que ces principes apparaissent jusque dans les textes internationaux. Cependant ce n'est pas à ce titre qu'elle les rappelle mais bien plutôt comme des valeurs qui se situent bien au-delà du droit.

Ils sont en outre l'objet d'obligations (à tout le moins morales) d'une société démocratique.

b) – Une telle faute et le respect de la vie

Reconnaître à l'enfant la possibilité d'invoquer la faute du praticien sans laquelle il ne serait pas venu au monde peut aller à l'encontre du respect de la vie. Cette action pourrait revenir à exciper de ce qu'il préfère le néant à sa vie, de ce qu'il regrette sa vie ; en ce sens J Saint Rose soulignera que dans ce cas on peut considérer que « le dommage c'est la vie et l'absence de dommage c'est la mort. La mort devient ainsi une préférable à la vie » ; le Pr. D. Folscheid écrira : « l'arrêt Perruche nous fait entrer un peu plus dans l'ère du vide ontologique et du nihilisme métaphysique » ; elle pourrait conduire à ce qu'il puisse mettre en cause la décision de ses parents de le concevoir ; et ce alors qu'il est une vie et qu'il est en vie, que celle-ci doit être respectée.

N'est-ce pas tout d'abord s'opposer à cette conception de la vie qui serait « un don », comme l'affirme D Folscheid « le don de la vie, qui est un acte d'abandon, de laisser être absolu » ? N'est-ce pas dénier toute valeur à la vie ?

L'on ne dispose ni d'un droit de vivre ou de ne pas vivre ; l'avortement est institué dans l'intérêt de la femme et non dans celui de l'enfant ; le sujet protégé est la mère à laquelle on reconnaît une maîtrise de la procréation ; il ne peut être considéré comme un bienfait au regard de sa vie.

Certains affirmeront qu'il s'agit de remettre en cause la liberté de chacun sur sa vie pouvant aller jusqu'au suicide ; le suicide est-il un acte de liberté ? Une telle conception ne conduit-elle pas à toutes les possibilités qui la mettent à néant : l'euthanasie ?

La Cour de cassation a mesuré les conséquences de la possibilité pour l'enfant d'exciper d'une faute sans laquelle il ne serait pas venu au monde au regard du respect de la vie. Nous avons précisé antérieurement qu'il pouvait s'agir pour l'enfant, seulement aussi de bénéficiaire des avantages de l'allègement d'une preuve puisqu'en application d'une jurisprudence ancienne la faute délictuelle peut être dans ce cas la faute contractuelle.

c) – Une telle faute et le respect de la vie humaine

Est-il légitime de reconnaître à l'enfant la possibilité d'invoquer une faute sans laquelle il ne serait pas venu au monde au regard du principe du respect de la personne humaine, personne humaine envisagée comme une valeur transcendante, tout comme ramenée au seul enfant ? Celui-ci peut-il arguer qu'il eût préféré ne pas naître sans qu'il ne soit considéré qu'il est porté une atteinte effective à ce respect ? N'est-ce pas reconnaître à l'enfant un droit de regard sur sa naissance ? N'est-ce pas conférer à celui-ci un droit d'apprécier les qualités de sa vie ? Ne se dirige-t-on pas vers une conception d'existences qui méritent d'être vécues et d'autres pas ? M. P. Murat a écrit « son handicap ou sa douleur sont consubstantiels à sa qualité d'être humain... En gardant la vie il n'a rien perdu... Juger du contraire revient à poser officiellement une pernicieuse hiérarchie entre des vies qui sont toutes uniques ». Y a-t-il des degrés qui feraient de tel être plus une personne humaine qu'un autre en raison de critères génétiques, biologiques, physiques... ?

d) – Une telle faute et l'égalité des êtres humains

Le principe de dignité, nombre de textes s'y réfèrent notamment l'article 16 c civ. Y aurait-il des êtres humains qui ne devraient pas naître, qui ne seraient pas dignes d'accéder à la naissance ? Il nous semble que dès lors nous ne sommes pas loin d'un eugénisme dont les traces perdurent douloureusement dans notre mémoire. N'est-ce pas remettre en cause l'égalité des êtres humains ? Ce que l'on confère à l'enfant né n'est-il pas transmissible à une autorité chargée de veiller à un « certain intérêt » de l'enfant ?

e) – Certains auteurs ont invoqué non pas « l'égalité » des êtres humains mais « la dignité » (réf 158 159) au regard de l'emploi par l'enfant d'une telle faute; nous pourrions compte tenu d'un emploi différent par la cour de cassation de la dignité qu'elle accole à « l'égalité » pour en faire : l'égalité des êtres humains, ne pas exposer leurs arguments; mais l'importance de ce qu'ils sous-tendent nous obligent à les exposer ; nous considérons que nous ne pouvons pas faire l'impasse de ce qui a été leur argument pour exposer en quoi cette faute pouvait aller à l'encontre de la dignité.

Ouvrir l'action à l'enfant, dans les conditions des arrêts de l'Assemblée plénière, revient à ce qu'il puisse se prévaloir d'une faute sans laquelle il ne serait pas venu au monde, à apprécier par voie de conséquence les qualités de sa vie ; sa plainte serait indigne : elle revient à juger la valeur de la vie ; en estimant que sa vie ne mérite pas d'être vécue il ne respecte pas sa propre dignité et par extension celle de tous ceux qui subissent le même sort ; l'enfant ne s'appartient pas, il appartient à l'Humanité ; la dignité se transmute en obligation d'obéir à une idée d'humanité on serait ainsi aliéné à l'essence de l'humanité; il y aurait une obligation d'être digne qui aboutirait à empêcher l'enfant handicapé de souhaiter la mort à une vie invivable,

dans le cas contraire on le stigmatiserait de porter atteinte à l'humanité de tous les handicapés : de victime il serait transformé en bourreau ; le juge s'autoriserait à moraliser les individus. Le droit veille à préserver l'humanité de chaque homme.

A cette conception on oppose un droit pour l'enfant de se plaindre, une position possible de refus de soi-même, en quelque sorte une liberté de l'individu sur lui-même évoquée dans le respect de la vie (§ b ci-dessus) ; la dignité intervient alors en ce que l'on ne peut lui dénier de pouvoir agir pour être rattaché aux hommes.

f) – Des valeurs au regard de l'objet de la demande

L'Assemblée plénière a mesuré ces principes qui se situaient bien au-delà du droit au regard de la réparation du préjudice de l'enfant résultant de son handicap.

Devait-elle faire droit à cette demande au risque de mettre en jeu les valeurs du respect de la vie, de la personne humaine, de l'égalité des êtres humains ? En d'autres termes le bénéfice escompté pour l'enfant rendait-il nécessaire de tels bouleversements ? On revient à l'observation contenue dans les conclusions de l'Avocat général sur l'office du juge qui est de savoir résister à l'évolution des mœurs pour préserver les valeurs de la société qu'il estime devoir l'être.

2 – Le choix : une éthique pragmatique

L'application des principes à la réparation du préjudice résultant du handicap.

a) – La jurisprudence ou l'application pragmatique des valeurs

- L'Assemblée plénière a fait prévaloir un respect de ces valeurs fondamentales en l'assurant de façon concrète au cas qui lui étaient soumis, celui de l'enfant né atteint d'un handicap. Comme l'affirmait Gilles Deleuze dans un extrait de l'abécédaire : « si je n'avais pas fait de philosophie j'aurais fait du droit mais justement pas du droit de l'homme ; j'aurais fait de la jurisprudence. Parce que c'est la vie. Il n'y a pas des droits de l'homme, il y a la vie, il y a des droits de la vie. Seulement la vie c'est cas par cas ».

- Les décisions de l'Assemblée plénière apparaissent comme une forme de respect de la vie : la réalité de la vie actuelle et future de l'enfant atteint d'un handicap et de ses parents.

- Le respect effectif de la personne humaine passait dès lors dans sa conception par la reconnaissance de l'enfant handicapé en tant que sujet de droit autonome, il peut agir en justice et demander la réparation du préjudice résultant de son handicap ; le bénéfice de l'action en justice réalise dans les faits et appliqué au droit une reconnaissance de ce qu'il est une personne humaine, donc un sujet de droit disposant d'une possibilité d'ester en justice. Lui ouvrir l'action en justice c'est le reconnaître pleinement comme une personne humaine. Ce qui renvoie à ce qu'exprimait P Ricoeur dans Le Juste : « faire reconnaître par chacun la part que l'autre prend à la même société que lui, en vertu de quoi le gagnant et le perdant du procès seraient réputés avoir chacun leur juste part à ce schème de coopération qu'est la société ». Et elle ajoute que doit être reconnu son droit propre à bénéficier de la réparation ; c'est une personne autonome, bénéficiaire également de l'indemnisation et non ses parents. C'est aussi envisager les aléas de la vie qui peuvent atteindre l'indemnisation : la séparation ou le divorce des époux, la dilapidation, le placement hasardeux. Il doit en être le bénéficiaire, sa vie durant. C'est aussi l'intérêt de l'enfant qui est sauvegardé, qu'elle assure. Elle encadre le préjudice indemnisable, insistant « et exclusivement de celui-ci », préjudice résultant de son handicap car il n'est ni le préjudice de naissance, de vie handicapée, ni le

handicap, ni la perte de chance, tous préjudices pouvant suggérer que la naissance, le handicap peuvent être considérés comme un préjudice, un dommage ; ils sont ainsi évacués avec toutes leurs conséquences : reconnaissance d'un droit de vivre ou de ne pas vivre, d'un droit de naître ou de ne pas naître, d'apprécier les qualités de sa vie, droit de regard sur la décision de la mère d'interrompre sa grossesse, normalisation ou échelles de vie.

En même temps il correspond à une indemnisation qui n'est pas effectuée au regard de la normalité ou du néant, entre être atteint d'un handicap ou ne pas être. Il est tout le préjudice résultant du handicap.

Il est identique que pour ces enfants la mère ait ou non préalablement exprimé son choix. C'est alors à notre sens l'égale dignité qui est respectée. La personne humaine, en tant que valeur, est respectée puisque l'enfant ne peut solliciter une indemnisation qui pourrait mettre en cause son respect.

On peut également considérer que c'est le respect de la personne humaine que de sanctionner un comportement qui n'assure pas l'égalité entre les êtres par une information de la patiente lui permettant d'effectuer un choix ou de l'exercer.

- Cette réparation d'un tel préjudice est destinée à lui permettre de vivre dans des conditions conformes à la dignité humaine : cette valeur n'est pas oubliée par l'Assemblée plénière, elle en assure le respect ; elle revêt les formes de « conditions de vie » actuelles et futures, assurées par l'indemnisation. C'est une dignité qui passe par de meilleures conditions de vie. On pallie aux carences de son corps handicapé. La protection des intérêts de la personne passe par une protection de son corps.

C'est une application pragmatique de principes fondamentaux à la réalité du cas de l'enfant né atteint d'un handicap et de ses parents.

C'est le respect de la vie de l'enfant qui est présent en ce monde.

C'est une forme de respect de la personne humaine qu'elle a fait prévaloir, comme une forme de dignité passant par la garantie de conditions de vie qui représente une part de l'inquiétude des parents.

b) – La dignité par les conditions de vie

Bien évidemment cette décision qui prouve une réflexion éthique de l'Assemblée plénière et une conception de la visée éthique poursuivie, concrète, peut susciter des observations voire des critiques.

Cette conception particulière de la dignité peut surprendre et interroger par le matérialisme qu'elle sous-tend.

L'enfant handicapé, ses parents ne seraient-ils vus que sous l'angle de leurs intérêts matériels à sauvegarder ?

Même, l'enfant né atteint d'un handicap ne serait-il qu'un « corps » détaché de tout esprit auquel on essaie de faire récupérer quelques performances au regard de l'enfant dit « normal » ?

Cette conception de la dignité ne reposerait-elle pas sur la vision d'un homme réduite à ses caractéristiques physiques, génétiques ? Nous ne sommes pas loin de la réification du corps, avec ses conséquences possibles : « ainsi, dans la mesure où la personne n'est plus dissociable de l'inscription d'un corps dans la temporalité, le bien devient essentiellement la maintien de cette inscription c'est-à-dire la santé alors que le mal n'est plus à l'inverse que le mal

biologique ou la maladie...quand le corps échoue face aux dictats de cette idéologie et ce de manière permanente et irréversible il devient en bonne logique un déchet qui se perçoit comme tel... » (réf 167).

Le principe de la dignité ne peut-il alors devenir dangereux quand il revient à dévaloriser la personne ? Au nom de la dignité comme d'une morale érigera-t-on des normes juridiques pour une égale dignité ?

Que penser aussi, de la construction de l'enfant, en tant qu'être à part entière, corps et esprit confondus, et pour certains corps et âme indissociablement liés, quand l'action repose sur l'empêchement de la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse, une possible élimination, un rejet de son handicap ?

L'enfant peut-il se réclamer d'une réalité sur laquelle repose sa demande en y demeurant totalement étranger ? Certes la différence est essentielle entre « se prévaloir » et « partager ».

Que penser alors de ses relations avec sa mère ou ses parents ?

Et du difficile choix de ces derniers entre les intérêts opposés de l'enfant : garantir sa vie matérielle future mais risquer de compromettre sa réalisation ?

Quelle dignité confère-t-on à l'enfant et aux parents ?

Quelle image est-elle ainsi transmise à la société de la dignité ?

c) – Une œuvre de compromis

On peut trouver des raisons à cette construction faite pour régir la réalité d'un cas jusqu'alors non régi par une disposition normative, ou bien une jurisprudence inconstante.

- Les valeurs en cause reçoivent certes plusieurs acceptions possibles.

C'est alors la citation placée en tête de ce travail de H Arendt : l'essence humaine peut-elle recevoir une application concrète sans qu'elle ne durcisse par ses seuls mots celle-ci ? Que dire de l'interprétation toujours possible de son expression ?

Le Pr. D. Sicard (réf 141) écrira : « la Cour de cassation a privilégié la notion de réparation, peut être même au nom de la dignité humaine de cet enfant handicapé, privilégiant ainsi l'individu au détriment de la dignité humaine des points de vue conceptuel et collectif de notre idée d'humanité»

- Pouvons-nous la blâmer dans une conception de la jurisprudence, application du droit au cas ?

- C'est pourquoi ces arrêts nous semblent réellement constituer un compromis entre le universellement souhaitable et le réellement possible.

En tout état de cause, sa motivation révèle la prise en considération d'autres éléments, ce qui relève de ce que P. Noreau appelle le non- droit.

- Si la visée éthique demeure une finalité, si elle est recherchée à poursuivre, incontestablement il s'est avéré qu'elle avait insuffisamment conséquentialisé ses décisions.

B – Une visée éthique : l'insuffisante conséquentialisation des incidences professionnelles

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation n'avait certainement pas mesuré l'ampleur de la réception sociale de sa décision du 17.11.2000 ; réception par les associations de parents

d'enfants handicapés, de personnes atteintes d'un handicap, par ces personnes elles-mêmes ; sa rédaction, propre aux arrêts de la Cour de cassation, rendant difficile sa compréhension, nous semble être à l'origine des diverses interprétations qui ont pu voir le jour, interprétations ne représentant pas toujours l'expression d'une vérité fidèle.

Mr Pascal Clément, alors Ministre de la Justice affirmait le 12.6.2006 lors d'un discours à l'Académie des Sciences morales et politiques (réf 142) « La justice doit être pédagogique, elle doit expliquer ses décisions, défendre ses choix devant l'opinion car la majesté du juge, siégeant en son palais, ne suffit plus depuis longtemps pour faire accepter aux citoyens la légitimité de la sanction ou de la clémence... Cette culture de la pédagogie, c'est l'école nationale de la magistrature qui doit l'enseigner... ».

La Cour de cassation a pris en charge une meilleure communication de ses décisions, des rapport du Conseiller Rapporteur, et conclusions de l'Avocat général, de son rapport annuel, (via son site internet), propre à assurer la compréhension et les enjeux en cause, dans le cas des affaires les plus importantes.

Mais surtout elle n'avait pas suffisamment pris la mesure réelle de ses décisions sur les praticiens et les patients (2) quoiqu'elle ait contribué à la réflexion des praticiens sur leur pratique(1).

1 – Les décisions ont contribué aux réflexions de la pratique professionnelle.

La responsabilité des professionnels ainsi retenue telle que cela résulte des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation est un acte juste, bon pour l'autre, en ce qu'il a permis à la profession une réflexion sur la pratique et suscité des interrogations éthiques.

a) Les décisions de justice contribuent à l'amélioration de la pratique professionnelle

Elles ont conduit à une réflexion sur la qualité des comptes rendus, à une redéfinition des bonnes pratiques, des objectifs du diagnostic prénatal, de la fonction médicale.

- N. Léticée dans son étude consacrée aux modifications des pratiques des acteurs de la médecine fœtale après l'arrêt Perruche et la loi du 4.3.2002 précisera qu'il y a eu une évolution des documents remis aux patients de plus de 65%.

S. Delaye relevait dans son mémoire ayant pour objet la pratique de l'échographie obstétricale à l'épreuve du droit, à propos des conséquences de la jurisprudence Perruche, (réf 38), sur 29 réponses aux 45 questionnaires distribués, plus de signalements des problèmes techniques rencontrés depuis les affaires médico-légales de ces dernières années.

Le Président du Collège français d'échographie fœtale déclarait en Janvier 2004 à D.Moyse : « Le premier effet de l'arrêt Perruche concerne l'organisation. Avant cet arrêt c'était un peu une jachère peu organisée. On pratiquait par ex. beaucoup l'autodidactisme... Il n'y avait pas vraiment de règles ».

- Concrètement il est apparu des documents officiels :

Ainsi les recommandations pour la pratique clinique sur les informations des patients et plus précisément « comment mieux informer les femmes enceintes », réalisées à la demande du syndicat national des gynécologues et obstétriciens de France; la HAS a diffusé ce document réalisé par l'ANAES en 11/2004. Parmi ces recommandations nous retrouvons ce qui est la conséquence de la jurisprudence, notamment :

-« délivrer une information orale fondée sur les données scientifiques actuelles et sur les droits et la réglementation; la compléter, si possible, avec des documents écrits fiables »

-« proposer si nécessaire une consultation supplémentaire...si le volume et /ou la nature de l'information à donner le requiert.

-« fournir des informations écrites (à défaut, indiquer où en trouver) notamment sur la surveillance médicale de grossesse ... »

-« informer clairement la femme de son droit d'accepter ou de refuser un examen de dépistage ...après lui avoir expliqué, avant sa réalisation, l'utilité, les bénéfices escomptés et les éventuels inconvénients et conséquences de cet examen »

Dans le texte de ces recommandations, il est indiqué au paragraphe sur le dépistage des malformations « les possibilités réelles et les limites de cet examen (échographie) doivent être précisées à la femme enceinte ainsi que les informations disponibles dans le compte rendu d'échographie », à celui sur le dépistage de la trisomie 21 « si le taux du test sérique est considéré comme élevé ...la réalisation d'un caryotype par amniocentèse ...est alors proposé à la femme ou au couple. L'intérêt de cet examen, ses modalités de réalisation et ses risques, en particulier de fausse couche, sont expliquées et discutées avec eux ».

Le guide du bon usage des examens d'imagerie médicale 2005, rédigé en concertation et avec le soutien de l'ANAES contient un paragraphe « obstétrique gynécologie » : la pratique française propose la réalisation de 3 échographies systématiques pour la grossesse normale à 12, 22, et 32 s.am. Le dépistage précoce (11-13 s.am) permet de dater précisément la grossesse en mesurant la longueur cranio- caudale, de dépister précocement des anomalies ou signes d'appel de dyschromosomie et de préciser le nombre d'embryons et chorionicité.

Il n'a pas été démontré que le dépistage systématique dans une population à bas risque par une échographie au cours des 2^{ème} et 3^{ème} trimestre avait modifié la mortalité périnatale sauf en cas d'IMG ou d'une anomalie fœtale importante. Elle peut permettre néanmoins d'adapter la prise en charge pré et post -natale avec un bénéfice dans certaines malformations cardio-thoraciques. Les ultra- sons possèdent également un intérêt notoire pour l'évaluation du placenta praevia et la mise en évidence de retard de croissance intra-utérin .Pour le suivi et la prise en charge d'une grossesse à haut risque le spécialiste peut alors s'aider de l'échographie doppler de l'artère ombilicale des artères utérines...Elle est essentielle pour guider des gestes intervenionels.

Et enfin le rapport d'Avril 2005 du CNTED installé en Décembre 2001, il comporte un chapitre 3 intitulé « les objectifs de l'échographie fœtale ». Il a proposé un document de référence standardisé concernant le contenu de l'acte d'échographie fœtale et la modalité de présentation des résultats de l'examen dans ses annexes 7, 8 ,9 : « éléments devant figurer dans le compte rendu de l'examen de dépistage » du 1^{er}, second, 3^{ème} trimestre. Il a travaillé sur l'information des patientes (réf 4 – 5). Ce comité propose de faire du DIU (formant à l'exercice de l'échographie de dépistage) un module optionnel des diplômes d'études spécialisées en gynécologie- obstétrique ou en imagerie médicale et un module complémentaire proposé aux sages femmes et aux médecins d'autres spécialités, enfin de compléter cet enseignement par une formation pratique. Il poursuit par une proposition d'organisation, de contenu, d'évaluation de la formation continue en échographie de

dépistage prénatale. Un chapitre est consacré à la qualité des matériels. Il définit les modalités d'exercice de l'échographie fœtale précisant le cadre dans lequel intervient chaque modalité de l'examen.

b) - Les décisions de justice dans la réflexion éthique des professionnels de santé

Ces décisions ont suscité une réflexion éthique des professionnels de santé.

Le phénomène du contentieux lié à la naissance d'enfants handicapés apparaît à plusieurs professionnels de santé comme l'occasion de mettre à jour des questions éthiques et de redéfinir, ce que peut être une bonne pratique médicale dans le domaine concerné, les objectifs du diagnostic prénatal et ses conséquences.

Les arrêts de la Cour de Cassation ont intensifié ces interrogations d'ordre éthique concernant les finalités du diagnostic prénatal : thérapeutique ? Sélection des enfants à naître ? Instrument de l'interruption médicale de grossesse ?

L'arrêt PERRUICHE est appréhendé comme ce qui interroge profondément la fonction médicale dans ses objectifs et inverse même cette fonction qui est destinée à soigner (réf : les études précitées dans le cadre même de la pratique professionnelle).

2 – Mais, aussi, **elle n'avait pas suffisamment pris la mesure réelle de ses décisions sur les praticiens et les patients.**

a) – Les assureurs

Compte tenu de la charge que représentait pour les compagnies d'assurance l'indemnisation du préjudice de l'enfant, des parents, celles-ci ont annoncé leur intention d'augmenter de façon substantielle les primes.

La prise en charge du préjudice lié au handicap risquait de compromettre l'équilibre financier des compagnies d'assurance affirmait Nicolas Gombault, directeur juridique du « Sou médical » : « Il y a en France 750 000 naissances annuelles. Environ 18 000 enfants naissent mal formés, parmi lesquels 2500 à 3000 souffrent d'une malformation lourde. Si les parents de ces enfants sollicitent une indemnisation de façon systématique auprès des professionnels de santé, plus personne ne pourra garantir un risque de cette nature. Si l'on additionnait les seules indemnisations qui ont été sollicitées dans l'affaire Perruche, la somme emporterait la totalité des cotisations d'assurances que les spécialistes du diagnostic anténatal versent dans une année ! » Bulletin de l'Ordre N° 9 Novembre 2002. Aux termes d'un communiqué de presse du 13 Octobre 2004 sur le site du Syngof (réf 152) : les gynécologues et les obstétriciens sont confrontés depuis quatre ans à une augmentation vertigineuse des primes d'assurance en responsabilité civile professionnelle, voire à une refus de prise en charge par les assureurs. Le tarif annuel de base BCT 2003 est de 16.600 Euros TTC, en 2004 les premières propositions se situent à 17.100 Euros.

Les compagnies d'assurance ont répercutés la charge de l'indemnisation sur les cotisations des professionnels de santé.

Deux études diligentées aux Etats-Unis ont également démontré l'impact de l'assurance de responsabilité sur l'exercice professionnel des gynécologues- obstétriciens :

-la première a été menée puis, complétée en 2003 en Pennsylvanie (réf 143), il y est indiqué « on third of residents in their final or next to last year of residence planned to leave Pennsylvania because of the lack of availability of affordable malpractice coverage »... « although, in general, residents' geographic decision are influenced by a

range of factors, those who are about to leave Pennsylvania named malpractice costs as the primary reason 3 times more often than any other factor”

- la seconde démontre l'impact de l'assurance sur l'exercice professionnel des gynécologues - obstétriciens aux Etats-Unis, elle a été achevée en 2003 (réf 144) “as a useful first step, our study provided evidence of declining supply in new practitioners because of increasing medical legal premiums. There is legitimate reason for us to be concerned about patients' future access to obstetric care and critical prenatal care”

En 2006/ 2007 la Cour de cassation organisait un cycle de conférences Risques assurances responsabilités ; il contenait dans sa présentation les mentions suivantes : « l'accent mis sur la réparation (rappelons en raison des actions plus nombreuses ouvertes aux victimes) souligne deux problèmes particuliers : le premier est la dimension économique de la réparation. Le second problème est celui de la prise en compte de cette dimension économique par le système judiciaire qui a tendance à considérer qu'il n'en est pas comptable et qui ne prend que très partiellement la problématique du temps dans la réparation » (réf 98).

b) Les professionnels de santé (réf 151)

Ces arrêts ont été rendus et sont venus se greffer sur un terrain où les questions éthiques sont omniprésentes, ou les préoccupations concernant les objectifs et le sens d'un métier dont l'exercice a été profondément modifié en quelques décennies traduisent un malaise profond. Pour les professionnels du diagnostic prénatal ressurgit le risque permanent du non diagnostic et du doute présent à chaque consultation. Il fallait y ajouter les conséquences induites de leurs mauvaises interprétations de la jurisprudence sur la nature de leur obligation, et leur responsabilité. Enfin l'augmentation des primes d'assurance touchait davantage le secteur libéral.

N. Léticée dans son mémoire intitulé « Modifications des pratiques des acteurs de la médecine fœtale après l'arrêt Perruche et la loi du 4.3.2002 » (réf 147 148 149), relèvera qu'exposer un doute diagnostic ou pronostic, annoncer un pronostic sont devenus plus difficiles qu'avant l'arrêt Perruche pour 40% de ceux qui ont répondu sur 54 questionnaires provenant des acteurs de médecine fœtale d'Auvergne et des Yvelines. Une démission des professionnels : aux termes du rapport du Comité National Technique de l'échographie de dépistage prénatal d'avril 2005 (p 51) : le mouvement de désaffection et de reconversion s'est amorcé dès 2002 et un sondage réalisé à l'occasion des journées françaises de radiologie de novembre 2002 a indiqué que 2/3 des radiologues qui pratiquaient jusque-là des échographies fœtales avaient mis fin à cette partie de leur activité. Ce mouvement s'est poursuivi depuis, les cessations d'activité intervenant à l'occasion d'un besoin de renouvellement de matériel, de l'actualisation du contrat d'assurance professionnel, de menaces de sanctions de la part des caisses ou par lassitude face au blocage de la situation.

L'impact des décisions de justice avant l'article 1^{er} I alinéa 3 de la loi du 04 Mars 2002 sur les gynécologues- obstétriciens et les échographistes a été mis à jour dans un rapport rédigé par N. Diéderich et D. Moyse intitulé « L'impact de l'arrêt PERRUCHE sur les échographistes et les gynécologues obstétriciens »(réf 145) lesquelles ont effectué un travail de recherche en Octobre 2001, de Mars 2002 à Août 2004 sur 147 questionnaires recueillis lors de deux congrès de médecine fœtale (2002 et 2003) réunissant 600 à 700 personnes et procédé à des entretiens individuels ainsi que dans leur ouvrage (réf 146) « Vers un droit à l'enfant normal ? L'arrêt Perruche et l'impact de la judiciarisation sur le dépistage prénatal ».

L'augmentation des primes d'assurance et la crainte des procès sont perçues comme des facteurs essentiels de l'arrêt de la pratique de nombreux médecins comme la faible rémunération de ces actes (sur cette dernière difficulté voir aussi la question écrite de Y Deniaud au Ministre de la Santé le 17.5.05 réf 153). R Bessis, président du Collège français d'échographie fœtale, écrira « les inquiétudes médico –légalées nées de l'arrêt pris par la Cour de cassation dans l'affaire Perruche et le surcoût des assurances professionnelles ont contribué à l'arrêt d'activité de nombreux praticiens » (réf 150). D. Moise précise qu'ainsi les radiologues, les gynécologues ou les échographistes non spécialisés dans la seule échographie fœtale ont préféré interrompre une activité jugée désormais trop dangereuse d'un point de vue médico-légal puis dans son ouvrage précité (p166) « le risque de procès, l'augmentation des primes d'assurance ont eu un premier effet direct sur l'arrêt massif de l'échographie fœtale chez les praticiens qui en faisaient peu ou qui étaient insuffisamment formés, ou encore dont le matériel obsolète devait être remplacé »

L'échographie du secteur libéral est concrètement plus touchée par les arrêts de la Cour de Cassation que l'échographie en secteur hospitalier.

Au terme d'un entretien de D.Moise avec le président des échographistes - Janvier 2004 (livre p26) « et il y a eu une désaffectation partielle particulièrement en province... le phénomène de l'arrêt est difficile à quantifier. Dans la Sarthe par ex. il y a eu un moment où il n'y avait plus personne. Certaines patientes devaient donc aller dans les départements voisins ».

Sur les conséquences de la démission. L'arrêt des praticiens réalisant ces examens a eu pour conséquence de pénaliser les femmes des milieux défavorisés ou qui habitent des régions qui se retrouvent médicalement sous équipées. Ainsi s'installe une inégalité dans l'accès à l'échographie fœtale : une inégalité sociale et géographique en ce qui concerne le suivi des grossesses et le dépistage anténatal [voir plan périnatalité 2005 -2007 visant à contribuer à rendre plus accessible le système de soins périnatals aux femmes et aux couples, questions écrites N° OO895 (2007) N°03334 (2008) et réponses du Ministère de la santé JO Sénat 12.9.2009, réf 157].

Pour les consultations prénatales :

- l'enquête nationale périnatale 2003 constate une dégradation entre 1998 et 2003 de certains indicateurs de la qualité de la prévention : le nombre de femmes qui n'ont jamais consulté l'équipe de la maternité ou qui n'ont pas eu de préparation à la naissance a légèrement augmenté. Ceci pourrait provenir de difficultés d'accès à des maternités devenues plus distantes et de difficultés des services à organiser des consultations prénatales et des préparations à l'accouchement.
- elle établit un lien avec les ressources financières : les femmes ayant des ressources provenant de l'API, du RMI, d'une allocation chômage ou de stage ou encore n'ayant aucune ressource ont moins de consultations prénatales que les autres femmes ; en particulier elles sont plus nombreuses à avoir moins de 7 consultations ; les femmes ayant renoncé à des consultations ou des examens pour des raisons financières différaient des autres femmes en ce qui concerne leur situation sociale et la surveillance médicale de leur grossesse, elles vivaient plus souvent seules 18,9% c/ 7%, elles étaient plus souvent de nationalité étrangère et elles avaient plus souvent un niveau d'études plus bas que les autres femme.

En conclusion

Les décisions de l'Assemblée plénière constituent-elles un acte juste dans le sens d'une visée bonne pour chacun, enfant handicapé, parents, professionnel de santé, assureur, parties au litige, et aussi associations de parents d'enfants handicapés et de personnes handicapées, parents et enfants eux-mêmes, praticiens, assureurs, patientes, parties intéressées à la procédure ? Ont-elles institué une juste distance entre tous les humains ?

L'Assemblée plénière a inséré dans son acte décisionnel les éléments d'une réflexion éthique ; elle les a précisé dans son rapport annuel afférent à l'année 2000 sur lequel elle n'est pas revenue même après ses décisions rendues au cours de l'année 2001.

Elle a fait perdurer l'esprit qui présidait à la jurisprudence qu'elle appliquait sur la responsabilité des contractants envers les tiers, à savoir : la responsabilisation du contractant et la sauvegarde des intérêts des tiers au contrat.

Nous avons considéré qu'elle a fait prévaloir, dans le cadre d'une œuvre de compromis, un respect effectif de la vie de l'enfant handicapé, une forme de respect de la personne humaine et de dignité de celle-ci, même si cette dernière est exprimée sous la forme de meilleures conditions de vie qui peut être sujette à critique; elle a fait de la jurisprudence une conception réaliste des valeurs, humainement réalisable au cas de l'enfant né atteint d'un handicap et de ses parents.

Il est apparu que ses décisions sanctionnant la faute médicale, retenant la responsabilité, impliquant la réparation du préjudice résultant du handicap, ont eu des effets bénéfiques sur l'exercice professionnel, les praticiens ont mené une réflexion et un travail sur leurs pratiques; mais elle a pu contribuer, pour partie, (nous ne pouvons ignorer également et notamment l'impact de l'augmentation des primes d'assurance) à une démission des praticiens et par voie de conséquence à l'inégalité sociale et géographique en ce qui concerne le suivi des grossesses et le dépistage prénatal.

C'est ce que nous avons appelé l'insuffisante conséquentialisation des décisions.

Dès lors étaient-elles justes ?

La visée de la vie bonne pour chacun a pu ne pas être suffisamment envisagée en ce qui concerne : l'absence de valeur véhiculée véritable fondement de sa décision lui conférant un sens profond, la démission des professionnels de santé, la charge économique des assurances, l'accès aux soins des patientes.

Mais, les compagnies d'assurance n'ont-elles pas été pour une part dans ces conséquences par l'augmentation des primes (responsabilité civile professionnelle) qui n'ont pas baissé avec la loi du 4.3.2002 (réf 152) et ce même avant que les deux arrêts de la CEDH ne soient rendus le 6.10.2005 et les décisions subséquentes des juridictions civiles et administratives ? Peut-être n'avaient-elles pas communiqué les données et la réalité des impacts économiques ?

En tout état de cause, ce qui continue d'interroger, c'est le rôle de l'Assemblée plénière, c'est la question de savoir si elle n'a pas entendu dès l'arrêt Perruche du 17.11.2000 poser les règles régissant le cas de l'enfant né atteint d'un handicap à la suite d'une négligence aboutissant à une erreur ou absence de diagnostic ? Elle fixait la nature de la responsabilité, déterminait ses conditions dont le dommage de la mère et le préjudice indemnifiable. Dès lors ce n'était pas une décision qui s'appliquait à un cas particulier, au sens de la jurisprudence entendue par G. Deleuze, le pouvait-elle d'ailleurs en sa qualité de Cour suprême ?

Il nous fallait examiner si la décision de l'Assemblée plénière ne pouvait être l'expression d'une politique jurisprudentielle, et dans ce dernier cas était-elle une décision juste ? C'est cette question à laquelle nous allons tenter de répondre dans le chapitre suivant.

Chapitre 4 - LE JUSTE ET LA POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE

L'Assemblée plénière n'a-t-elle pas entendu dès l'arrêt Perruche du 17.11.2000 poser les règles régissant le cas de l'enfant né atteint d'un handicap à la suite d'une négligence aboutissant à une erreur ou absence de diagnostic ? Elle fixait la nature de la responsabilité, déterminait ses conditions dont le dommage de la mère et le préjudice indemnisable. Dès lors il ne s'agissait pas de décisions qui s'appliquaient à un cas particulier, avec certes la valeur normative attachée à la juridiction qui la rendue, juridiction suprême ; il ne s'agissait pas d'un juge attentif aux spécificités du cas et des personnes pour lesquelles il complète la loi, qui porte attention et soin à la connaissance et à la compréhension des faits, une tâche humble; ce qui renvoie à l'équité d'Aristote : une vertu visant à assouplir la rigueur abstraite de la loi en l'adaptant aux cas particuliers et à sa correspondance l'éthique du soin. Mais c'était une construction propre à régir l'ensemble des cas de l'enfant né atteint d'un handicap à la suite d'une négligence aboutissant à une erreur ou absence de diagnostic. Que penser d'ailleurs de ces décisions rendues le même jour : 3 en juillet 2001 deux en novembre 2001 ? On pourra nous rétorquer que c'est le rôle de la juridiction suprême mais qu'en est-il lorsque le juge établit une règle suffisamment universalisable en vertu d'une politique jurisprudentielle ? Etablir ces règles dans ce cadre est-ce juste ? C'est à cette question que nous allons tenter de répondre (S II) mais préalablement il nous faut exposer ce qui a conduit notre pensée jusqu'à ce point (SI).

SI – Vers une politique jurisprudentielle

A - Des décisions de l'Assemblée plénière aux apparences de légalité et de légitimité.

1 - Légalité, légitimité et pouvoir d'interprétation du juge

Les décisions de l'Assemblée plénière nous sont apparues conformes aux normes qui président à la responsabilité des contractants envers les tiers, au dommage, à la responsabilité délictuelle, au préjudice ainsi qu'à l'interruption volontaire de grossesse (chapitre 1). Décisions revêtant l'apparence de la légalité, sous l'aspect du pouvoir de l'Assemblée plénière de les rendre quant à la requalification, la détermination du dommage et du préjudice, nous étions dès lors renvoyé à son pouvoir souverain d'appréciation (chapitre 2). Une lecture simple peut conduire à analyser les fonctions de l'Assemblée plénière que comme une requalification des faits, une interprétation de la règle et de la jurisprudence, à un cas particulier avec certes la valeur normative attachée à la juridiction qui la rendue. La requalification des faits a conduit à l'interprétation de la jurisprudence au terme de laquelle le tiers qui subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution dispose d'une action en responsabilité délictuelle contre le contractant fautif, comme de celle qui a déterminé les caractéristiques du dommage et du préjudice outre sa nature pour ce dernier, comme enfin de celle qui a permis l'utilisation de la faute contractuelle. Elle a conduit à une interprétation de la règle : les articles 1165 et 1382 c civ. Sur l'interprétation (réf 154) : le droit civil se place dans le courant positiviste ; dans ce courant le juge interprète la règle ou le précédent, de la lettre à l'intention du législateur au développement successif du droit, à l'intention du législateur passée et celle qu'il aurait actuellement ; c'est toute cette gamme possible qui s'offre à lui ; beaucoup de positivistes

reconnaissent que le juge peut s'abstraire de la lettre pour respecter l'esprit de la loi. Pour Hart, les règles juridiques révèlent une texture ouverte parce qu'elles sont liées à l'utilisation du langage naturel et à l'impossibilité de prévoir tous les cas à l'avance ; le juge devient alors, non un créateur ex nihilo du droit mais un continuateur du législateur, soucieux d'innover sans rejeter le droit hérité ; le juge retrouve une marge d'appréciation, un pouvoir discrétionnaire à distinguer du choix aléatoire. Les tribunaux peuvent alors développer leur politique juridique selon l'expression de Kelsen et user de techniques d'interprétation plus ou moins audacieuse.

2 – La construction jurisprudentielle, gestion nouvelle du cas

Il demeurait, néanmoins, des interrogations sur cette nouvelle gestion du cas de l'enfant handicapé, dès le 17.11.2000, par l'Assemblée plénière, en termes suffisamment généraux pour pouvoir être appliquée à tous les cas posant cette question, régir l'avenir, qui reposait sur une jurisprudence constante, mais qui également déterminait le dommage et le préjudice.

Nouvelle gestion du cas : la solution apportée est différente des décisions antérieures : c'est tout d'abord l'encadrement juridique avec la substitution de visa qui place l'action de l'enfant dans le cadre de la responsabilité des parties au contrat à l'égard des tiers, puis dans la responsabilité délictuelle ; c'est aussi la détermination de la mauvaise exécution du contrat : la faute qui a empêché la mère d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ou qui lui a fait perdre la possibilité de recourir à une interruption de grossesse pour motif thérapeutique ; à cette détermination du dommage de la mère s'ajoute celle du préjudice : le préjudice résultant de son handicap.

Reposant sur une jurisprudence constante : la responsabilité des contractants envers les tiers et l'utilisation de la faute contractuelle

Mais qui déterminait le dommage de la mère et le préjudice indemnisable.

Une nouvelle gestion du cas en termes universalisables pouvant s'appliquer à l'avenir à tous les cas relevant du même domaine.

3 - Ces décisions n'étaient-elles pas uniquement revêtues du manteau de la légalité ?

Peut-être convenait-il de ne pas s'arrêter aux apparences pour aller jusqu'à l'intention du juge dans cette nouvelle gestion du cas qui l'a peut être conduit, dans un second temps à la qualification et à l'interprétation de la règle ou du précédent.

B - La disjonction des opérations de jugement

1 - La disjonction

Cette façon de juger qui consiste à envisager la finalité recherchée puis à adapter la règle de droit avait été soulevée notamment par P. Ricoeur qui relevait la complexité de l'opération de qualification, se plaçant en parallèle avec le cadre judiciaire ou identiquement dans ce cadre : « nous retrouvons ici quelque chose de la règle de convenance évoquée par Dworkin ; l'application d'une règle est en fait une opération très complexe où l'interprétation des faits et l'interprétation de la norme se conditionnent mutuellement, avant d'aboutir à la qualification par laquelle il est dit que tel comportement présumé délictueux tombe sous telle norme qui est dite avoir été violée »(Le juste p 178).

Il ajoutait : « la subsumption, ...peut-elle faire l'économie d'une interprétation conjointe de la norme et des faits par ajustement mutuel ? ». Subsumption pouvant s'exprimer différemment à notre sens : sous quelle règle placer ce cas ?

Antoine Garapon, magistrat, auteur de l'ouvrage « Bien juger » porte une appréciation sur cette disjonction (réf 49) : « bien juger exige de motiver sérieusement les jugements, non pas seulement de fournir une argumentation solide juridiquement, mais de dire celle qui a réellement guidé le juge. Il est toujours possible de trouver un habillage qui « tienne la route juridiquement » et qui permette de justifier une décision prise en réalité pour d'autres motifs. C'est peut être même prudent...au moins pour le juge qui aura la certitude de ne pas risquer la réforme en appel ou la cassation : mais est-ce bien juger ?

2 - La disjonction et l'arrêt dit Perruche

La décision de la l'Assemblée plénière de la Cour de cassation revêt les apparences d'une décision qui n'opère pas de disjonction. Il nous semble que l'attendu de l'Assemblée plénière dans l'arrêt de l'affaire Perruche, après le visa des articles 1165 et 1382 c civ : « *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 ;* » constitue une interprétation conjointe de la norme et des faits par ajustement mutuel (elle serait dans l'attendu), l'interprétation est incorporée à la justification (la justification soit le visa de la bonne règle de droit).

Si tel est le raisonnement suivi par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation tel qu'il apparaît à la lecture de l'arrêt du 17.11.2000, dans sa version écrite, rien ne nous précise que n'aurait pas été disjoint la volonté d'indemniser de la règle de droit applicable.

3 - Ce n'est pas tant la technique qui interroge même si elle est critiquable, c'est ce qui a réellement guidé le juge à gérer de façon nouvelle le cas.

Nous avons été confortée dans cette interrogation par l'observation suivante de l'Avocat général contenue dans ses conclusions à l'occasion des trois affaires ayant donné lieu aux arrêts de l'Assemblée plénière du 13.7.2001 : « on rappellera pour mémoire qu'aux termes de l'article c civ il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises ».

Mais préalablement il nous faut apporter des précisions et détacher les opérations de décision du juge.

C - La jurisprudence dit le droit

Il nous faut dans un premier temps replacer les décisions de l'Assemblée plénière intervenues en 2000 et 2001 dans le contexte de l'évolution de la mission de la Cour de cassation de son origine au contrôle de la conventionalité pour tenter de mieux les comprendre.

1- De la création du Tribunal de cassation à la dernière moitié du 20^{ème} siècle : interprétation et fonction de jugement

Le Tribunal de cassation était établi auprès du corps législatif pour unifier l'application du droit écrit dans la seule interprétation du législateur et sanctionner les empiètements du pouvoir judiciaire.

Au 19^{ème} siècle la Cour de cassation a développé tant sa fonction interprétative (comme l'exprimera Mr Canivet « selon des techniques contextuelles de plus en plus distantes du sens littéral de la loi et de la volonté de son auteur, pour finalement imposer la jurisprudence

comme source de droit gouvernant de manière autonome des pans importants du domaine juridique, comme la responsabilité ou le contrat ») que celle visant à s'insérer dans la fonction de jugement.

2 - La crise de l'Institution

Elle a connu à la fin du siècle précédent, une crise sans précédent, en raison du nombre croissant de recours entraînant une modification de ses méthodes, de sa structure, qui a dénaturé sa fonction principale, altéré ses pratiques, fragilisé son autorité.

« C'est finalement de l'intérieur que se sont dégagés les objectifs d'une politique d'action à long terme » (réf 117).

A cette dérive conduisant à la nécessité d'envisager des solutions, il s'est ajouté le contrôle de la conventionalité qui a profondément bouleversé la place et la fonction de la Cour de cassation.

3 - Le contrôle de la conventionalité

La Convention a un effet direct, immédiat, elle est une force supérieure aux normes internes (article 55 de la Constitution).

Chaque fois donc que dans son application concrète à un cas d'espèce une règle nationale contrarie les garanties dont la Convention assure la sauvegarde le juge français doit interpréter ou écarter cette norme pour assurer prioritairement le plein effet de la Convention.

Il doit appliquer le droit interne au regard des dispositions de la Convention précisée, au surplus, par la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et si cette interprétation conforme est impossible il doit écarter la règle nationale contraire. Le juge constate l'incompatibilité de la loi interne avec les garanties de la Convention telles qu'interprétées par la Cour Européenne.

L'application et l'interprétation qu'il fait de la Convention sont encadrées par des principes qui l'astreignent à une discipline et à une méthode sous le contrôle de la Cour Européenne. Les juges nationaux ont à apprécier concrètement de manière adaptée au cas d'espèce l'existence des conditions de restriction, leur nécessité. La Cour Européenne a posé des règles d'interprétation de la Convention. Est ainsi affirmé un droit européen des Droits de l'Homme dérivant de la Convention et ses protocoles d'une part et d'autre part de la jurisprudence. Il leur faut rechercher l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet du traité. Dans l'affaire Marckx contre Belgique du 13 Juin 1979 la Cour de Strasbourg définit la Convention comme « un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle » ceci nous rappelle ce que les théoriciens du droit issu de la common law reconnaissent de marge de manœuvre aux tribunaux ce que Eugène Ehrlich appelait « le droit vivant » (Fundamental Principles of the Sociology of Law. Cambridge. Harvard University Press. 1936). La Convention peut ainsi être adaptée à l'évolution des sciences, des techniques. Le droit Européen dérive d'évolutions déjà intervenues dans une majorité de droits internes.

Néanmoins M. Delmas Marty, Professeur au Collège de France dira « si l'on n'admet que l'imprécision des concepts est nécessaire en raison de la diversité des systèmes nationaux et que le flou est indispensable pour maintenir un certain pluralisme dans l'application du droit international... le flou... ne veut pas donc dire moins de rigueur mais d'avantage de rigueur » .

L'interprétation consensuelle doit se doubler d'une définition européenne c'est-à-dire autonome par rapport aux droits nationaux des concepts conventionnels.

La Cour Européenne a posé le principe suivant lequel la liberté de choix reconnu à l'Etat quant au moyen de s'acquitter de son obligation de se conformer à ses arrêts définitifs dans un litige auquel il est parti ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une réforme. Ainsi la Cour de Strasbourg confère à ses décisions un effet direct péremptoire à l'égard du juge national.

Le juge national est garant de la conformité de son système juridique aux droits sauvegardés par la Convention.

Ce mécanisme a conduit notamment la Cour de cassation à accomplir une œuvre jurisprudentielle considérable de mise en conformité des droits et procédures nationales aux garanties de la Convention.

Mais en lui faisant obligation de tirer les conséquences d'une convention internationale pour assurer l'effectivité des garanties qu'elle confère le juge provoque la transformation de la loi ou des institutions. En rendant caduc un système, en paralysant son fonctionnement, les juridictions suprêmes obligent le pouvoir législatif à de larges corrections. Le juge en assumant une mission de mise en conformité de la loi ou du règlement interne avec la Convention se livre à une immixtion dans le domaine législatif ou exécutif.

Le pouvoir législatif apprécie s'il y a lieu de mettre en œuvre le processus législatif pour remédier aux incohérences de l'état de droit. Le pouvoir de réforme du législateur est intact même si la décision du juge a des conséquences institutionnelles. Les enjeux sont considérables du point de vue des nouveaux pouvoirs du juge et du recul du pouvoir législatif.

Ce n'est que dans la mesure où le juge national ne remplit pas sa mission de garantie de droits et libertés inscrits dans la Convention Européenne qu'il peut se voir désavoué par le Cour Européenne laquelle intervient pour palier sa défaillance. Une institution judiciaire qui ne fait pas produire ou qui le fait mal dans l'ordre interne tous les effets de la Convention abandonne la souveraineté de la juridiction nationale à une juridiction supra nationale.

Le contrôle de la conventionalité est un moyen de tenir en échec la loi interne, c'est aussi une obligation sous peine d'abandon de cette souveraineté de la juridiction nationale en se fondant sur un droit européen dérivant d'évolutions déjà intervenues dans une majorité de droits internes et sur une Convention définie comme : « un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle ».

4 - Une politique générale d'action

A la faveur de cette évolution historique de sa mission, de la crise qu'elle a connu à compter de la seconde moitié du 20^{ème} siècle, du contrôle de la conventionalité, elle a, sous son ancienne présidence, énoncé son dessein institutionnel étant considéré comme l'a affirmé Mr Canivet (réf 117) que les institutions sont en devenir, elles ont un passé et un futur, elles évoluent, dès lors elle a proposé une vision prospective.

« C'est finalement de l'intérieur que se sont dégagés les objectifs d'une politique d'action à long terme, la Cour proposant, d'elle-même, une vision prospective partant de la mise en œuvre d'une politique jurisprudentielle réglant la crise pour ensuite préfigurer ce que l'on osera nommer la « gouvernance » du système juridictionnel ».

Cette gestion nouvelle du cas qui a conduit à la requalification, l'interprétation, n'était-elle pas le fruit de l'intention plus générale de déterminer une politique jurisprudentielle en édictant une règle suffisamment universalisable pour régir tous les cas similaires ?

Avec la détermination d'une politique jurisprudentielle, on se situe bien en amont de l'interprétation, de la qualification : on est dans l'intention préalable du juge qui va vouloir ériger une règle suffisamment générale pour régir tous les cas similaires. A partir de cette décision il usera de la requalification des faits, de son pouvoir d'interpréter la règle et le précédent. Et on pourra retrouver ces opérations de qualification comme le pouvoir d'interpréter du juge.

Dès lors les décisions de l'Assemblée plénière sont-elles justes ?

S II – L'arrêt Perruche : une expression de la vision prospective et de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation

Pour s'en tenir à notre étude que contenait cette prospective qui puisse avoir une incidence propre à expliquer les décisions de l'Assemblée plénière.

A - Le contenu de la vision prospective

1 – « le rôle normatif de la jurisprudence » (réf 117)

Ce n'est pas au niveau de l'interprétation de la loi, ni à celui de la mise en conformité du droit interne avec le droit national que nous nous arrêterons compte tenu de l'objet de notre étude mais à la phrase suivante prononcée par Mr Canivet, Premier Président de la Cour de cassation, lors d'une conférence à l'Académie des sciences morales et politiques le 13.11.2006 :

« L'axe majeur de rénovation de la fonction jurisprudentielle serait d'affirmer clairement le rôle normatif de la jurisprudence et d'en tirer toutes les conséquences. Il n'est plus réaliste aujourd'hui d'affirmer que le rôle du dire le droit sans jamais le créer. Le nier, c'est l'autoriser à le faire sans règle, de manière arbitraire et sans soumettre son pouvoir à un contrôle quelconque. »

Il avait exprimé différemment cette réalité, ce même jour : « dans la démarche d'adaptation de la loi aux évolutions économiques et sociales ou pour régler les grandes questions de société non décidées par le législateur, il est utile à la Cour de créer un espace de discussion sur des approches différentes du droit, l'analyse économique, la recherche sociologique, la réflexion fondamentale et la science comparative élargissant son champ de vision ».

Un auteur affirme, bibliographie à l'appui, « ...la Cour de cassation, par la consécration du revirement pour l'avenir, se place quasi officiellement parmi les sources du droit » (réf 160, à voir aussi pour les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation : « ne pas en dire trop, pour ne pas hypothéquer l'avenir »).

2 – La politique jurisprudentielle

Au cours de l'année 2007 il paraissait dans : Les Mélanges en l'honneur de Jacques Boré, la création du droit jurisprudentiel, la réflexion de Mr G. Canivet, Premier Président de la Cour de cassation et de Mr N. Molfessis, Professeur, sous le titre « La politique jurisprudentielle » qui trouvait son origine dans une conférence prononcée par N. Molfessis à la Cour de cassation, depuis lors enrichie des discussions menées avec

G. Canivet comme des réflexions conduites par celui-ci sur le rôle et le fonctionnement de la Cour de cassation.

La lecture de cet article nous apporte des informations au regard de notre étude :

- « la réflexion sur la politique jurisprudentielle participe d'une telle prise de conscience du rôle de la jurisprudence ».
- la politique jurisprudentielle répond à une situation mal traitée
- elle est nécessaire pour tracer la voie, dans un domaine particulier ou sur une question spécifique
- elle entend être au fondement de la jurisprudence comme soubassement des décisions, ligne directrice et donc inspiratrice du juge
- elle se veut un facteur d'unité incitant les juges à suivre un même sillon
- elle implique une création prétorienne : découverte d'un nouveau quasi contrat, invention d'un principe général de droit, interprétation créatrice de la règle. « toutes autres figures sont possibles. »

Le détour d'une ligne nous apporte l'information suivante : « le désaveu législatif sonne alors la sanction de la politique jurisprudentielle. **L'affaire Perruche traduit mieux que toute autre illustration le conflit de pouvoirs qu'entraîne l'opposition des politiques suivies** ». Des politiques suivies...

Dès lors l'affaire Perruche s'inscrivait dans le cadre d'une politique jurisprudentielle.

B- Les décisions de l'Assemblée de la Cour de cassation, des décisions « justes » ?

L'utilisation combinée de deux jurisprudences (responsabilité des contractants envers les tiers et utilisation de la faute contractuelle), la détermination du dommage de la mère et du préjudice par l'Assemblée plénière elle-même, s'apparente à une construction, qui régit de façon nouvelle un cas, dès le 17.11.2000, en termes universalisables pour l'avenir.

1 - L'arrêt Perruche : une expression de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation

Il apparaît effectivement comme la manifestation de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation non seulement car c'est ainsi qu'il est présenté (réf 114) mais aussi par ses éléments constitutifs qui l'apparentent à ceux de la politique jurisprudentielle.

- Comme cela a été exprimé dans l'article sus visé (réf 114), c'est une création prétorienne laquelle peut revêtir toutes autres figures. Ce qui fait la création c'est le nouveau mode de règlement, cette combinaison de jurisprudences et de nouvelles déterminations.

Elle est rédigée dès le 17.11.2000 en termes suffisamment généraux pour être utilisée dans l'avenir, servir de guide pour les cas similaires ; le juge disposant par ailleurs d'un pouvoir d'interprétation du précédent.

Les arrêts de l'Assemblée plénière du 13.7.2001 n'en sont-ils pas la manifestation ? Sur la réunion des conditions de l'interruption thérapeutique de grossesse ils n'apparaissent que comme des précisions apportées à la constitution du dommage de la mère précédemment défini ce 17.11.2000, nous dirions presque comme une décision allant de soi ; l'arrêt du 28.11.2001 (réf 26) apparaissant quant à lui comme une interprétation du précédent jurisprudentiel (celui du 17.11.2000) pour son extension au cas de l'absence de choix

préalable exprimé par la mère et la détermination dans ce cas d'un préjudice (qui sera identique).

Dès lors, dès le 17.11.2000 par cet arrêt dit Perruche toutes les bases concernant l'action de l'enfant étaient posées, comme une règle de conduite à suivre.

Elle intervient dans un cadre où la situation était mal traitée sinon pas traitée pour y répondre.

Et puis ne règle-t-elle pas une grande question de société : par la possibilité pour l'enfant handicapé d'agir pour obtenir la réparation de son préjudice à l'encontre du praticien qui avait empêché l'exercice du choix de la mère d'interrompre sa grossesse, le respect effectif de la vie et de la personne handicapée comme de sa dignité.

Il apparaît comme un nouvel ordre juridique à côté de la loi, du règlement, émanant d'une institution chargée de la gouvernance du juge.

2 -Les décisions de l'Assemblée plénière sont-elles justes au regard de la fonction de la Cour de cassation ?

a) – les décisions de l'Assemblée plénière traduisent un glissement de la fonction initiale de la Cour de cassation, vers l'exercice d'une activité normative.

La fonction essentielle de la Cour de cassation est de rechercher si la solution fournie par les premiers juges est, oui ou non, conforme à la loi : « Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit. » précise l'article 604 CPCiv. Elle est, par voie de conséquence, chargée d'assurer l'unité d'interprétation des règles de droit, de réprimer les écarts, de servir de régulateur à la jurisprudence. Certes les dispositions de l'article 607 CPCiv étendent sa fonction : « Elle peut aussi, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée » article 627 al. 2 CPCiv.

Il ne lui appartient pas de participer à l'élaboration de la règle de droit. Le pouvoir judiciaire ne doit pas empiéter sur le pouvoir législatif et inversement; tel est le grand principe de séparation des pouvoirs systématisé par Montesquieu (réf 162, 163) et repris par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen.

Même si le changement de rôle tient compte d'une réalité, apparaît nécessaire, offre des avantages, il n'est pas consacré et dans le présent cas il ne se justifie d'autant pas qu'aucun contrôle de la conventionalité le sous - tendait.

Par conséquent, dans la mesure où les décisions de l'Assemblée plénière marquent un changement de fonction de la Cour de cassation, elles sont contraires aux textes et à ce grand principe de séparation des pouvoirs.

b) - On assiste à un glissement de la fonction initiale de la Cour de cassation mais aussi, elle érige par voie de conséquence, un nouvel ordre juridique, à côté de la loi et du règlement ; l'arrêt du 17.11.2000 dit Perruche est une nouvelle gestion du cas, réglant la situation mal traitée, universalisable, qui s'impose aux juges et aux tiers. Ce nouvel ordre juridique provient d'une politique jurisprudentielle qui recèle une méthode toute particulière : en deçà de celle du législateur, le juge ne disposant pas des travaux des commissions spécialisées, ni des débats, et au-delà de celle de la Cour de cassation, c'est un déclin du raisonnement juridique, et ce par un recours à des arguments non juridiques, par une institution chargée de veiller à la bonne application du droit.

Ce nouvel ordre juridique qui émane d'une politique jurisprudentielle, fait plier la loi à une conception pré déterminée, au lieu d'être au service de son interprétation. Les interprétations des textes ne résultent plus des seuls intérêts en présence ni même du dialogue judiciaire, elles découlent de conceptions antérieures.

Son développement sera particulier s'adaptant aux nécessités, aux évolutions, au terme du pouvoir d'interprétation des juges ; d'où la position de la Cour de cassation sur la non application immédiate des revirements de jurisprudence à l'identique de la loi.

Mais il n'a pas la qualité de la loi puisque la politique jurisprudentielle dont il provient ne dispose pas des moyens du législateur permettant d'évaluer la situation et d'éclairer ses choix (débat et travaux des commissions) ; la Cour ne dispose que du rapport du Conseiller rapporteur, et des conclusions de l'Avocat général soutenant le point de vue de l'intérêt général, portés aux débats.

L'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation issu d'une politique jurisprudentielle reposant sur les écritures du Rapporteur et de l'Avocat général pour éclairer son choix, n'est pas le fruit d'une interprétation de la loi; mais d'une politique jurisprudentielle qui se situe en amont de la loi, élaborée avec des arguments non essentiellement juridiques, il apparaît comme un arrêt recouvert de la légalité interprétée à la lumière de cette politique. Néanmoins, il s'impose aux juges et aux tiers.

Dès lors cet arrêt marque le déclin du raisonnement juridique rentre dans le cadre d'un nouvel ordre juridique qui ne se veut pas être autorité de fait de la jurisprudence, qui s'impose aux juges et aux tiers.

c) La Cour de cassation transforme son Institution : la Cour de cassation n'est plus une « autorité judiciaire » (J L Aubert : de quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation, mélanges offerts à P. Drai Dalloz 2000 ; pour une remarque sur la Constitution qui s'abstient de parler de pouvoir judiciaire se bornant à viser l'autorité judiciaire voir R. Perrot Institutions judiciaires p 31).

Par sa politique jurisprudentielle, élaborée non par l'ensemble des magistrats mais par les seuls magistrats de la Cour de cassation, publicisée, à la manière du pouvoir législatif, qui conduit à un nouvel ordre juridique, elle se charge d'édicter des normes, en concurrence avec le pouvoir législateur et réglementaire ; elle assure la « gouvernance de la justice ».

L'Assemblée plénière exprime cette nouvelle institution en charge désormais de la création du droit et de la gouvernance.

En conclusion

Dans la mesure où l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation s'inscrit dans le cadre d'une politique jurisprudentielle de cette institution, on peut redouter que la décision ne soit pas juste dans la mesure où sont heurtés les principes, les textes qui président à :

- la séparation des pouvoirs au terme duquel le pouvoir judiciaire ne doit pas empiéter sur le pouvoir législatif
- la détermination de l'intervention de la Cour de cassation, la procédure,
- à la nature de la Cour de cassation laquelle n'est pas une autorité judiciaire qui s'exerce sur l'ordre judiciaire pouvant déterminer une politique jurisprudentielle, ligne directrice du juge
- l'indépendance des juges
- l'ordre des sources du droit

- la formation et l'autorité de la loi considérée comme l'expression générale de la volonté des citoyens (article 6 décl.; Droit constitutionnel, Institutions politiques – P. Pactet – Ed Masson)

L'étude du juste nous fait alors dégager les éléments propres à sa constitution qui pourraient être touchés soit la légalité et l'Institution (la Cour de cassation) ou les Institutions (la Justice, les organes du pouvoir législatif, le régime politique).

Alors que ce chapitre a mis l'accent sur une construction de l'Assemblée plénière pouvant heurter la légalité et les Institutions, l'évolution sur laquelle nous ne pouvons faire l'impasse, met l'accent sur une autre atteinte : celle du pouvoir législatif sur le pouvoir judiciaire. En adoptant l'article 1^{er} de la loi du 4.3.2002 qui se révélait d'application immédiate aux instances en cours, le législateur pesait sur le pouvoir judiciaire, manifestation de la tension permanente de ces deux pouvoirs qui s'exerce au gré des politiques différentes.

S III - L'évolution de la jurisprudence ou la permanence de la tension entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire

Dans un premier temps, la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation s'est vue anéantie par la loi.

A – la jurisprudence anéantie par l'article 1^{er} I al. 3 de la loi du 4. 3. 2002

1 – La tension entre l'Assemblée plénière de la Cour de cassation et le pouvoir législatif

Si les décisions de l'Assemblée plénière s'inscrivaient dans le courant de l'évolution de la Cour de cassation en tant qu'institution et de la détermination, par voie de conséquence, comme vision prospective mais aussi comme remède, sous l'impulsion de son ancien premier président, d'une politique jurisprudentielle apparaissant nécessaire au titre de la prévisibilité du droit jurisprudentiel, de la constance sans la permanence, de l'unité, de la cohérence, celles-ci n'étaient pas consacrées.

La tension entre l'Assemblée plénière et le pouvoir législatif a été d'autant plus forte qu'elle a mis en jeu des politiques différentes soutenues par les divers groupes sociaux (responsabilité et indemnisation / responsabilité limitée et solidarité); c'est ainsi que nous expliquons l'intervention du législateur qui a adopté l'article 1^{er} de la loi du 4 .3 2002.

En vertu du 3^{ème} alinéa de cet article, il est affirmé « 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 lors de 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 ».

Par conséquent, il intervient sur les deux axes majeurs de la jurisprudence, la responsabilisation du praticien et la sauvegarde des intérêts des tiers, mais aussi sur le préjudice indemnisable, sous-tendus par une application pragmatique des valeurs fondamentales :

- Le handicap n'appartient plus à l'institution de la responsabilité mais à la solidarité nationale. La forme de dignité dont le respect était assuré par l'Assemblée plénière, pragmatique, était réduite à néant pour laisser place à la solidarité de la Nation. La loi supprime le droit de l'enfant à la réparation d'un préjudice, il se voit fermer toutes voies juridictionnelles, il est exclu des sujets de la réparation du handicap non décelé. Le respect de la personne humaine vu par l'Assemblée plénière sous la forme de l'attribution de la qualité de sujet de droit bénéficiant de l'action était également mis à néant. Elle refuse toute indemnisation à l'enfant au titre de la responsabilité civile. On passe d'un système d'indemnisation à celui d'une compensation. La réparation et l'indemnisation du préjudice résultant du handicap, conséquence de la faute du praticien qui doit en assumer les suites, dans un cadre de responsabilisation mais aussi de vision concrète de la dignité de l'enfant atteint d'un handicap, cède la place à la solidarité nationale et à la compensation, fusionnant les handicaps, protégeant l'exercice professionnel, refoulant la culpabilité. Son préjudice est hors du champ du préjudice indemnisable, il relève de la solidarité nationale. La prise en charge matérielle du handicap lourd et permanent relève exclusivement de cette solidarité comme le préjudice économique résultant du handicap (référence rapport d'information de l'Assemblée Nationale du 11 Avril 2002 n° 3688). On exclut les charges morales résultant du handicap de l'enfant.

Le régime de responsabilité pour faute est maintenu mais ses conséquences sont doublement limitées quant à la faute (caractérisée) et au préjudice réparable. Il est mis pour une part fin à la responsabilisation du médecin.

La loi a combattu la jurisprudence : le préjudice indemnisable des parents, l'action de l'enfant; pour identifier un tel combat il faut une réaction rapide et un renversement immédiat de la règle jurisprudentielle. En l'espèce le législateur a réagi avec promptitude et la loi précise qu'elle s'applique aux instances en cours.

Le Parlement remplit la mission de faire des lois et le juge la mission juridictionnelle qui consiste à appliquer la loi.

Loi qui s'applique immédiatement aux instances en cours, pèse, incontestablement sur la décision du juge.

L'article 1^{er} de la loi du 4.3.2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé est devenu entre temps l'article L114-5 du code de l'action sociale et des familles.

2- L'application de l'article 1^{er} par les juridictions civiles

- La loi du 4.3.2002 est appliquée : tout d'abord, c'est le Conseil d'Etat dans l'avis D... du 6.12.2002 (CE avis 6.12.2002 D 2003 N° 2 IR 108 ; l'handicap de l'enfant, un droit désemparé P. Malaurie JCP éd G N° 17 8.12.2003 p285) qui exprime: la compatibilité de l'art. 1^{er}, nouveau régime de réparation des préjudices avec le droit international, l'application immédiate des règles sur la réparation du préjudice institué par l'art. 1^{er} I al.3, l'application de l'art. 1^{er} I aux situations apparues antérieurement et aux instances en cours.

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3.07.2003 (GP 14/16.12.2003 p 3811) applique la loi nouvelle en excluant l'enfant des sujets de la réparation.

Il est suivi le 29.6.2004 par la Cour de Cassation (Civ. 1^{ère} 29.06.2004 N° 02-15918 lexbase N°A8919DCC) qui casse pour violation de la loi l'arrêt de la Cour d'appel qui n'en a pas fait application pour l'indemnisation des préjudices.

Le Tribunal de grande instance de Reims le 19.7.2005 (1^{ère} civ. rôle 05 /00894) fait de l'al.3 le siège général de la responsabilité propre au cas de l'enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse, contenant une seule exclusion limitative quant aux parents (qui concerne ce qui touche au handicap et aux charges particulières). Tout ce qui n'est pas exclu étant admis, il déclare recevable la demande d'indemnisation présentée par les parents pour le compte des autres enfants du couple sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

- La faute caractérisée est tantôt une faute d'une certaine intensité, tantôt elle répond à un double critère de gravité (intensité) et d'évidence (CA Versailles 28.11.2003 D 2004 N°39 p2817; TGI de Laon du 24.5.2005 N° Jurisdata : 2005 -293030), tantôt elle n'est pas spécifiée (CA de Paris le 3.07.2003 GP 14/16.12.2003 p3811; CA de Nimes le 10.01.2006 Jurisdata : 2006-302562); enfin pour la Cour d'appel d'Angers le 19.1. 2005 (Jurisdata : 2005-268734) la légèreté du médecin dans la conduite de la surveillance échographique, dépassant l'absence ponctuelle de vigilance, répétée à trois reprises, constitue la faute caractérisée. Elle n'est pas sans rappeler la jurisprudence qui l'encadrant d'une particulière motivation conduisait à s'interroger sur son caractère, faute d'une certaine intensité ou sa caractérisation par les éléments du dossier.

- Le dommage, quant à sa constitution, il est la privation du recours ou de la possibilité de recourir à l'interruption de grossesse (TGI Laon 24.5.2005 N° Jurisdata : 2005 -293030), ou du droit de consentir, de manière libre et éclairée, à la poursuite d'une grossesse qui doit conduire inéluctablement à la naissance d'un enfant gravement handicapé (CA Angers 19.01.2005, préjudice moral: 40 000 euros Jurisdata : 2005-268734), la privation d'une information laissant aux parents le choix d'interrompre ou de poursuivre la grossesse (CA Nimes 10.01.2006 Jurisdata : 2006-302562). Le Tribunal de grande instance de Reims fixe le préjudice de chacun des époux à 15 000 euros représenté par la perte du choix d'envisager ou non le recours à une IVG thérapeutique. Le dommage demeure lié à l'interruption de grossesse.

- Le préjudice indemnisable est pour le Tribunal de grande instance de Laon le 24.5.2005 le défaut de préparation au handicap (40 000 euros pour les deux parents N° Jurisdata : 2005 -293030); le choc subi à l'accouchement (CA Aix en Provence 19.9.2002 JCP N° 20 p 918), la découverte brutale du handicap par la mère (CA Nimes 10.01.2006 : 40 000 euros pour chacun des parents Jurisdata : 2006-302562) ; la Cour d'Appel d'Angers, le 19.1.2005 (réf.49), retient au titre du préjudice indemnisable, la perte de chance, pour la mère, d'obtenir le CAPES lors de la session suivant la naissance, compte tenu de la proximité des dates, cet évènement n'étant pas détachable du préjudice psychologique subi mais la rejette comme étant insuffisamment justifiée. La Cour d'Appel d'Aix en Provence dès le 19.9.2002 exclut les préjudices professionnels mais suggère comme préjudice réparable, les préjudices professionnels liés à des conséquences personnelles psychiques liées au handicap de l'enfant. Il demeure lié au handicap rappelant l'interprétation faite des décisions de l'Assemblée plénière par la Cour d'appel de Paris le 29.3.2002 (réf 20).

L'abandon de carrière relié aux sujétions spécifiques imposées par le handicap n'est pas un préjudice indemnisable.

- Le juge applique l'art. 1^{er} I al.3 quant à ses dispositions sur le préjudice de l'enfant : le

handicap relève de la solidarité nationale ; la Cour d'appel de Paris exclut l'enfant des sujets de la réparation (GP 14/16.12.2003 p 3811) le 3.07.2003 et le Tribunal de grande instance de Reims le 19.7.2005 (rôle 05 /00894) déclare irrecevable la demande d'indemnisation du préjudice moral de l'enfant handicapé.

B – la jurisprudence européenne : le pouvoir législatif ne peut empiéter sur le pouvoir judiciaire

La loi anéantit la jurisprudence; mais en ce qu'elle s'applique immédiatement, aux instances en cours, et pèse sur la décision du juge, elle s'ingère dans le pouvoir judiciaire. C'est à ce titre que le législateur français est sanctionné par deux arrêts de la CEDH en date du 6.10.2005 dans les affaires D... (Requête n° 1513/03) et M ... (Req.11810/03) justifiant un retour à la jurisprudence dite Perruche, avec une invitation à peine contenue, à une réelle solidarité au profit de l'enfant handicapé. Mais la Cour Européenne des Droits de l'Homme, notamment dans son arrêt M... c/ France du 6.10.2005 (20) ne remettra en cause ni l'opportunité ni le régime de prise en charge du handicap lesquels rentrent dans la marge d'appréciation des Etats.

1- Le 6.10.2005 l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (notamment aff. M.../France) remet en cause la rétroactivité énoncée par l'art. 1^{er} I al.4, applicable à l'action des parents devant la juridiction administrative quant à leur créance représentée par les charges particulières découlant pour eux de l'infirmité de leur enfant. Aux termes de cette décision, les époux M... qui avaient, ainsi, une créance à valeur patrimoniale, donc un bien, sont privés de sa propriété ; si l'atteinte à cette dernière peut être justifiée pour cause d'utilité publique, l'équilibre entre l'intérêt général de la communauté et la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu doit exister ; or, il y a disproportion entre ce qu'ils pouvaient antérieurement prétendre et le caractère limité de la compensation actuelle : le préjudice ne peut être regardé comme indemnisé de façon suffisamment proportionné.

2- Le 24.1.2006, la 1^{ère} Chambre Civile de la Cour de Cassation (pourvoi 02-13775 D 2006 N°5 p 325) casse et annule, au visa de l'art 1^{er} du protocole n°1 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'art.1^{er} de la loi n° 2002-303 du 4.3.2002 (applicable en l'espèce car applicable aux instances en cours) outre celui des art.1165 et 1382 C. Civ., l'arrêt de la Cour d'Appel de Reims du 11.4.2001 en ce qu'il a débouté les époux F...de leur demande en réparation du préjudice subi par leur enfant pour défaut de causalité entre les malformations et les fautes constatées.

L'arrêt de la Cour Européenne ne concernait que l'action des parents; la Cour de Cassation le transpose à l'action de l'enfant, ce faisant, elle implique que l'enfant dispose d'un droit de créance en responsabilité c'est-à-dire d'une créance au regard du droit européen soit notamment d'un intérêt légitime juridiquement protégé. Et c'est par référence à la jurisprudence Perruche qu'est retenu ce droit de créance en responsabilité. Si une personne peut être privée d'un droit de créance en responsabilité c'est à la condition que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières, la loi a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale ; elle reprend la motivation de l'arrêt de la Cour Européenne pour justifier qu'il ne peut y avoir de privation du droit de créance en responsabilité de l'enfant.

Le 21.2.2006 (pourvoi 03-11917) pour l'existence de cette créance la Cour de Cassation reprend la jurisprudence postérieure à l'arrêt Perruche renforçant la nécessité de la certitude du préjudice par la réunion des conditions de l'interruption de grossesse pour motif médical. La Cour de cassation applique l'arrêt de la CEDH, le 30.10.2007 à l'action de l'enfant et des parents dans le cas de la révélation du dommage antérieure à l'entrée en vigueur de la loi (pourvoi 06-17325), le 8.7.2008 à l'action des parents dans le cas du dommage antérieur à l'entrée en vigueur de la loi et de l'introduction postérieure de la demande (pourvoi 07-12159).

La jurisprudence survit à la loi qui l'a condamnée pour reprendre les propos d'un auteur.

En conclusion

Il semble que la spécificité du cas, de la personne, pour lesquels il doit adapter la loi, doive guider le juge.

« Quand par suite, la loi pose une règle générale, et que là-dessus survient un cas en dehors de la règle générale, on est alors en droit, là où le législateur a omis de prévoir le cas et a pêché par excès de simplification, de corriger l'omission et de se faire l'interprète de ce qu'eût dit le législateur lui-même s'il avait été présent à ce moment, et de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas en question.

De là vient que l'équitable est juste et qu'il est supérieur à une certaine espèce de juste, non pas supérieur au juste absolu, mais seulement au juste où peut se rencontrer l'erreur due au caractère absolu de la règle. Aristote Ethique à Nicomaque V, 14.

CONCLUSION GENERALE

L'Assemblée plénière de la Cour de cassation se trouvait dans le cadre d'une situation complexe marquée par :

- une jurisprudence civile non uniforme, sous l'emprise des difficultés liées aux valeurs, à la causalité, au préjudice indemnisable
- les intérêts opposés de l'enfant handicapé, de ses parents et du praticien bénéficiaire du contrat d'assurance garantissant sa responsabilité civile professionnelle, enfin de l'assurance et des organismes sociaux
- une prise en charge financièrement lourde du préjudice résultant du handicap sur le long terme
- le respect de la vie, de la personne humaine, de la dignité.

A cette situation complexe s'est ajoutée une réception sociale conflictuelle de la première décision du 17.11.2000.

La construction réalisée par l'Assemblée plénière était-elle juste dans une acception où le juste se situe entre le légal et le bon qui ramène à l'étude de la légalité, de la légitimité, et de la visée éthique déployée ?

L'ensemble des décisions était juste, en ce que les normes régissant la responsabilité des contractants à l'égard des tiers, la responsabilité délictuelle, le dommage et le préjudice étaient respectées, sous tendues par une responsabilité du praticien auteur d'une faute, le respect des valeurs de la naissance, de la vie et une égalité entre parents, enfants handicapés dans le préjudice indemnisable que le choix de la mère ait été ou non préalablement exprimé. Les règles de procédure relatives à la requalification des faits, comme celles présidant à la détermination du dommage et du préjudice par l'Assemblée plénière, renvoyaient au pouvoir d'appréciation des juges.

Décision juste en ce que la visée éthique déployée révélait par sa conception pragmatique du respect de la vie, de la personne, de la dignité, un compromis entre le universellement souhaitable et le humainement réalisable.

Certes, l'indemnisation du préjudice résultant du handicap, conception concrète de la dignité de l'enfant né atteint d'un handicap pouvait receler une image réductrice de la personne humaine comme un concept de dignité dangereux.

L'avenir a révélé une conséquentialisation insuffisante de ces décisions sur le plan économique ayant pu avoir des impacts sur une démission des praticiens aboutissant à une inégalité d'accès aux soins des patientes.

Cette construction n'était-elle que revêtue du manteau de la légalité, in fine, à la lecture d'articles l'inscrivant dans le cadre d'une politique jurisprudentielle déterminée par l'Assemblée plénière dans la vision prospective de la charge de créer le droit, de déterminer la ligne directrice à suivre par le juge, empiétant sur le pouvoir législatif, créant un nouvel ordre juridique, s'instituant comme autorité sur l'ordre judiciaire ? Dès lors il ne s'agissait plus de l'application de la règle de droit à un cas particulier avec l'autorité de la juridiction suprême ?

La solution apportée, dans sa teneur est-elle pour autant injuste ?

L'essence humaine peut-elle recevoir une application concrète ?

Nous savons que nous ne pouvons répondre assurément à la question de la construction jurisprudentielle par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, acte juste, et ce pour deux raisons :

D'une part, parce que le « jugement juste » ne se laisse pas ainsi enfermer dans une seule définition aux éléments constitutifs stricts et invariables. Seuls certains de ces critères, relevés, ont été ainsi étudiés, ceux qui nous ont semblé essentiels au regard des questions fondamentales révélées par l'étude.

D'autre part, parce qu'il s'avère que vouloir juger par notre sentiment de justice, c'est permettre un jugement sur la décision et un retour à la loi du plus fort, sinon à une justice qui change selon nos intérêts, ce qui est le propre de l'injuste.

Néanmoins, cette étude a permis de constater que ce qui sous-tendait la jurisprudence sur la responsabilité des contractants envers les tiers, la responsabilisation du contractant et la sauvegarde des intérêts des tiers, continuait d'être véhiculé par l'Assemblée plénière ; par conséquent dès qu'une jurisprudence était appliquée dans un cadre particulier les décisions pouvaient être lues de sorte à y trouver une politique qui fasse le lien entre elles.

Ce travail a également permis de prendre la mesure de la place de l'Autre dans la pratique judiciaire laquelle revêt la forme de questions dont nous souhaiterions qu'elles puissent éclairer, même pour une infime part, les débats sur, effectivement, la nécessaire réforme de la Cour de cassation, le contrôle de la conventionalité obligeant à repenser les fonctions de nos institutions judiciaire et législative :

- Peut-on dans le cadre d'une décision ayant pour objet un cas particulier, édicter une règle universalisable, sans risquer d'oublier ce qui en fait la spécificité ?
- Peut-on tracer le chemin du juge par une politique jurisprudentielle, sans courir le risque de perdre la créativité jurisprudentielle, d'aboutir à une uniformisation des professionnels ?

Quelle place accorde-t-on à l'Autre, être unique, enfant handicapé, parents, praticien, assureur, juge du fond, dans cette globalisation ?

- Peut-on inverser le sens d'une fonction qui est d'interpréter la loi en autorité chargée de déterminer une politique jurisprudentielle faisant plier la loi à une conception pré-déterminée, écartant le débat judiciaire ?
- Peut-on cantonner, dans le cadre d'une stricte légalité, la Cour de cassation, qui n'est pas un troisième degré de juridiction, à la mission de rechercher si la décision qui lui est déférée est conforme à la loi, sans examen de la visée éthique, « de la juste distance entre tous les humains » (P. Ricoeur) ?

Quelle place accorde-t-on à l'Autre dans l'interprétation de la loi si elle ne s'appuie pas sur une analyse de la situation, une projection dans l'avenir, par un juge marqueur des valeurs sociales ?

- Peut-on écarter dans le cadre de notre régime politique, les juges, les citoyens, du débat sur la détermination de la fonction de la Cour de cassation, à l'heure du contrôle de la conventionalité pouvant mettre en échec le principe de la séparation des pouvoirs, fondement de nos institutions ?

Quelle place réserve-t-on dès lors à l'Autre, groupes sociaux, juges, citoyens dans le rôle et la procédure de la Cour de cassation ?

Enfin, le contrat lui-même, base sur laquelle toutes les réflexions se sont appuyées, constitue-t-il la source adaptée à régir les rapports entre le praticien et la femme enceinte, l'époux ou le concubin, dans le cadre d'un acte médical rattaché à la production du vivant et dont aucun ne ressemble à un autre, n'y est identique ? Le contrat auquel la loi s'attache pour considérer l'obligation comme née, en vertu duquel l'une des parties peut exiger de l'autre une prestation, la réparation du préjudice, est-il par ces effets mêmes adapté ? Cette observation nous permet d'interroger le droit quant à la pertinence de cette source, de la repenser, dès lors qu'il s'agit du phénomène de la production du vivant et de ses interactions, que les considérations éthiques ont du poids à côté et au dessus des considérations d'ordre matériel auxquelles conduit le contrat source d'obligations.

BIBLIOGRAPHIE

- 1- Cours C. Esper DESS et DU Droit de la Science médicale 2003/2004 - L'information médicale
- 2- Obligation de soins Lamy Droit de la Santé Etude 307
- 3- Obligation d'information du médecin Lamy Droit de la Santé Etude 309
- 4- Faute de comportement Lamy Droit de la Santé Etude 520
- 5 - Finel L. La responsabilité du médecin en matière de diagnostic des anomalies fœtales RDSS avr.- juin 1997 p 223
- 6 - La faute Recueil Dalloz 2007 N° 41 Panorama p 2900 N° 3
- 7 - Boré Jacques, Boré Louis, Raynaud Pierre, La cassation en matière civile Dalloz action 2008
- 8 - Rivero J. La responsabilité administrative Droit administratif Précis Dalloz
- 9 - Droit de la responsabilité et des contrats Dalloz Actualité 2004-2005
- 10 - Cass. 1^{ère} civ. 16.7.1991 JCP Ed. G 1992 N° 47 II 21947 p 394
- 10 bis - Cass. 1^{ère} civ. 16.7.1991 GP 1992 1^{er} semestre Sommaires annotés de la Cour de Cassation p152
- 11 - CA Bordeaux 26.1.1995 JCP Ed. G 1995 N° 26 IV Tableaux de jurisprudence 1568 p 200
- 11 bis - Un nouveau droit de la personnalité : le droit de ne pas naître ? RTDC oct-déc.1995 p 863
- 12 - CA Bordeaux 26.1.1995 JurisData : 1995- 040425
- 13 - Lexbase N°E0692A4E L'arrêt Perruche – préjudice de naissance et handicap – 19.1.2005
- 14 - Me Durrieu- Diebolt L'arrêt Perruche et ses suites
- 15 - CA Paris 17.12.1993 GP1994 1^{er} semestre Jurisprudence p147
- 16 - Cass. 1^{ère} civ. Arrêt 26.3.1996 Bull Civ. 1^{ère} partie N° 156 p110
- 17 - Cass. 1^{ère} civ. 26.3.1996 Recueil Dalloz Sirey 1997 3^{ème} cahier Jurisprudence p35
- 18 - Mazeaud D. Réflexions sur un malentendu Le Dalloz 2001 N° 4 commentaires p332
- 19 - CAA Lyon 21.11.1991 N° 90LY00505 JurisData: 1991- 046982

- 20 - CA Paris 1^{ère} ch. 29.3.2002 GP 13.8.2002 N° 225 p 20
- 21 - CA Paris 1^{ère} ch. G aud. sol. ,11.12.2002 Responsabilité civile et assurance Mai 2003 p16, Jurisdata N° 2002-193727
- 22 - TA Strasbourg 17.7.1990 GP 1991 1^{er} semestre Jurisprudence p52
- 23 - Aubert JL. 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) Le Dalloz N° 6 Chronique doctrine p 489
- 24 – Jourdain P. Préjudice de l'enfant né handicapé : l'Assemblée plénière consacre sa jurisprudence Perruche mais subordonne l'indemnisation à de strictes conditions Le Dalloz 2001 N° 29 Jurisprudence commentaires p 2325
- 25 - Cour de cassation Assemblée plénière 28.11.2001 pourvoi N° 00-11197 Bull Civ. Ass. Plén. p31
- 25 bis - Cour de cassation Assemblée plénière 28.11.2001 pourvoi N° 00-11197 GP 20.12.2001 N° 354 p 21
- 26 - Cour de cassation Assemblée plénière 28.11.2001 Bull Civ. N° 16 p 33
- 27 - Cour de cassation Assemblée plénière 28.11.2001 pourvoi N° 00-14248 RGDA 1.1.2002 N° 2002- 01 p188
- 28 - Rapport du comité national technique de l'échographie de dépistage prénatal Avril 2005
- 29 - Guide du bon usage des examens d'imagerie médicale 2005
- 30 - Recommandations pour les professionnels de santé Comment mieux informer les femmes enceintes ? Avril 2005
- 31 - Recommandations pour la pratique clinique. Conduite à tenir lors de la découverte anténatale d'une ventriculomégalie cérébrale Janvier 2004
- 32 - Circulaire du 18.4.2002 DHOS/DGS/DGAS N° 2002/239 relative à l'accompagnement des parents et à l'accueil de l'enfant lors de l'annonce pré et post natale d'une maladie ou d'une malformation
- 33 - Mattéi JF. Proposition de loi relative à l'interdiction de poursuivre une action en indemnisation du fait d'un handicap naturellement transmis
- 34 - Accoyer B. Proposition de loi instituant un moratoire sur les demandes en recherche de responsabilité du fait de la naissance ou du maintien de la vie
- 35 - Sarre G. Proposition de loi visant à garantir l'égalité de toute vie humaine
- 36 - CCNE Avis N° 68 Handicaps congénitaux et préjudice 29.5.2001

- 37 - CE 14.2.1997 LPA 9.7.1997 N° 82 p 41
- 38 - Delahaye S. La pratique de l'échographie obstétricale à l'épreuve du droit. A propos des conséquences de la jurisprudence « Perruche » DEA Ethique médicale et biologique 2001-2002
- 39 - Dossier Collectif des parents contre l'handiphobie : assignation devant le TGI, sondage BVA, communiqués de presse, http://www.genethique.org/doss_theme/dossiers/
- 40 - Le dommage Les obligations Précis Dalloz p696
- 41 - Dreifuss- Netter F. L'amendement Perruche de la solidarité envers les personnes handicapées LPA 19.6.2002 N° 122 p101
- 42 - Blanchard S. Le Monde 29.11.2001
- 43 - Cuvillier A. Les rapports avec autrui : Justice, Charité, Solidarité, Communauté Nouveau précis de philosophie
- 44 - Pedrot P. Le processus juridictionnel et droit des personnes : argumentation et délibération 29/ 30.9.2006 Palais du Luxembourg
- 45 - Miller Harlan B. Au sujet de l'utilitarisme et des attitudes utilitaristes
- 46 - Le préjudice Droit de la responsabilité Dalloz Action N° 605 et s, p 174 et s
- 47 - Dommages et intérêts Répertoire civil Dalloz N° 244 et s
- 48 - Bakouche D. Les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation quant à l'étendue de la réparation Editions Affaires Lexbase hebdo N° 1 6.12. 2001
- 49 - Garapon A. Bien juger Essai sur le rituel judiciaire Editions O Jacob
- 50 - Ricoeur P. Le Juste 1 Editions Esprit
- 51 - Fonds Ricoeur Juste Grands thèmes Disponible sur : www.fondsricoeur.fr
- 52 - Ricoeur P. Le Juste 2 Editions Esprit 2001
- 53 - Dagognet F. Penser le vivant Sciences humaines Octobre 2003 N° 142
- 54 - Lascoumes P. La productivité sociale des controverses Séminaire « penser les sciences, les techniques et l'expertise aujourd'hui » Janvier 2001
- 55 - Déontologie médicale Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies
- 56- Chronique de la Cour de cassation Recueil Dalloz 2009 N° 11 p754 N° 5
- 57 - Médecine Encyclopédie Dalloz Droit civil N° 564

- 58 - Contrat médical Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies
- 59 - Responsabilité médicale Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies
- 60 - Sommaires commentés Recueil Dalloz Sirey 1989 33^{ème} cahier p316
- 61 - TGI Montpellier 15.12.1989 JCP Ed. G 1990 N° 40 II 21556
- 61 bis - TGI Montpellier 15.12.1989 GP1994 1^{er} semestre Sommaires des cours et tribunaux p 211
- 61/1 - Sommaires commentés Recueil Dalloz Sirey 1983 p 459
- 61 ter - Gombault N. La responsabilité de l'échographe du fait de l'absence de dépistage de malformations sur un fœtus GP 1996 2^{ème} semestre p 816
- 62 - CA Versailles 8.7.1993 GP 1994 1^{er} semestre Jurisprudence p149
- 62 bis - CA Versailles 8.7.1993 Recueil Dalloz Sirey 1995 Sommaires commentés p98
- 62 ter - CA Versailles 8.7.1993 JurisData 1993- 0441126
- 63 - CA Aix en Provence 13.4.1995 JurisData 1995- 043445
- 64 - CA Rennes 9.12.1998 JurisData 1998- 047178
- 65 - Cass. 1^{ère} civ. 6.3.1979 Recueil Dalloz Sirey 1980 p170
- 66 - Cass. 1^{ère} civ. 14.10.1997 JCP Ed. G 1997 II 22942 p 489
- 67 - Médecine Encyclopédie Dalloz Droit civil 8.1993 N° 502 et s.
- 68 - Mémenteau G. Devoir d'information renversement de la charge de la preuve
Commentaire de l'arrêt de la première chambre civile du 25.2.1997 Méd. et Droit 1997 24 :6-14
- 69 - Décret N° 79- 506 du 28.6.1979 portant code de déontologie médicale Recueil Dalloz Sirey 1979 Législation p 233
- 69 bis - Décret N° 2004 – 802 du 29.7.2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code
Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr>
- 70 - Mémenteau G. Présentation du droit médical dans la Revue trimestrielle de droit civil RTDC Avril/Juin 2002 p 256
- 71 - Médecine Encyclopédie Dalloz Droit civil 8.1993 N° 526 et s.
- 72 - Médecine Encyclopédie Dalloz Droit civil 8.1993 N° 544

- 73 - Responsabilité médicale Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies N° 1 et s.
- 74 - Responsabilité médicale Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies N° 22 et s.
- 75 - Médecine Encyclopédie Dalloz Droit civil 8.1993 N° 485 et s.
- 76 - Mistretta P. L'obligation d'information dans la théorie contractuelle : applications et implications d'une jurisprudence évolutive LPA 5.6.1998 N° 67 p 4
- 77 - Mémenteau G. La présentation du droit médical dans la Revue trimestrielle de droit civil RTDC Avril/ Juin 2002 p 255
- 78 - Barbieri JF. Défaut d'information et responsabilité médicale : les principes de droit privé LPA 4.1.1995 N° 2 p 16
- 79 - Sargos P. Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relation médecin – patient JCP Ed. G, 2001 I p 226
- 79 bis - Cass.1^{ère} civ. 21.2.1961 Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr>
- 80 - Descorps Declère F. La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin Recueil Dalloz 2005 N°11 Chronique p742
- 81- Alain Propos Pléiade I
- 82 - Responsabilité médicale Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies N° 78 et s.
- 83 - Responsabilité médicale Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies N° 74 et s
- 84 - Les principes généraux de la responsabilité Droit de la responsabilité Dalloz action N° 605 et s p174
- 85 - Interruption de grossesse Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies
- 86 - CE 31.10.1980 Recueil Dalloz Sirey 1981 p 38
- 87 - Interruption de grossesse Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies N° 72 et s.
- 88 - La responsabilité contractuelle Les obligations Précis Dalloz N° 416 et s.
- 89 - Conditions d'ouverture de l'action en justice Procédure civile Précis Dalloz p 91
- 90 - Discours de J Rostand du 19.10.1972 au Palais de l'Institut
- 90 bis - Gobert M. La Cour de cassation méritait-elle le pilori LPA 8.12.2000 N° 245
- 91 - Rapport annuel de la Cour de cassation 2000

- 92 - Fenouillet D. Pour une humanité autrement fondée Droit de la famille Avril 2001 Chroniques p 4
- 93 - Sainte-Rose J. Chabas F. Sargos P. Réparation du préjudice personnel de l'enfant handicapé lorsque son handicap a été contracté in utero Cour de cassation Ass. Plén.17.11.2000
- 94 - Cour de cassation Ass. Plén. 17.11.2000 N° 99/ 13701 Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr>
- 95 - La technique de cassation LPA 25.1.2007 N° 19 p 53
- 96 - Frouin JY. L'élaboration d'un arrêt LPA 25.1.2007 N° 19 p 15
- 97 - Colloque sur le sens des arrêts de la Cour de cassation Faculté de droit de Tours LPA 25 1.2007 N°19 p 3 et s
- 98 - Cycle 2006/ 2007 Cour de cassation IHEJ Risques assurances responsabilités
- 99 - Droit à réparation Lien de causalité Détermination des causes du dommage Jurisclasseur Responsabilité civile et assurance Fasc.160
- 100 - Gobert M. République, Cour de cassation et échographie (à propos des arrêts d'Assemblée plénière du 13 juillet 2001) LPA 21.11.2001 N° 232 p 7
- 101 - Sens des arrêts II Cas où il est statué au fond JurisClasseur Procédure civile Fasc. 796 N° 53
- 102 - Sériaux A. « Perruche » et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification Recueil Dalloz 2002 p 1996
- 103 - Sériaux A. Jurisprudence Perruche : une proposition de loi ambiguë Recueil Dalloz 2002 p 579
- 104 - Cour de cassation Ass. Plén. 28.11.2001 N° 00-14248 GP 20.12.2001 N° 354 p 21
- 104/1 - Cadre légal du dépistage de la trisomie 21
- 104 bis - Trisomie 21 : encore une étude sur le dépistage Revue de presse bioéthique 14.11.2205
- 104 ter - Chasse aux trisomiques 21 Revue de presse bioéthique 20.6.2006
- 105 - Sainte- Rose J. Chabas F. Sargos P. La réparation du préjudice personnel de l'enfant handicapé lorsque son handicap a été contracté in utero JCP Ed. G, 2000 II 10438
- 105 bis - Recueil Dalloz 2007 N° 42 Panorama p 2976
- 105 ter - Cassation 2^{ème}civ. N° 93-11177 Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr>

- 105 quater - Article R162 -16 et s CSP Dalloz
- 106 - Le pourvoi pour excès de pouvoir Précis Dalloz Procédure civile N°1514 et s p 888 et s
- 106 bis - Vallée JP. « Génération DPN » ? Médecine Avril 2008 Volume 4 N° 4,148-9
- 106 bis - Khoshnood B. Blondel B. de Vignan C. Bréart G. Barrières socio-économiques dans l'utilisation du dépistage sanguin de la trisomie 21 : résultats de l'enquête nationale périnatale 1998 Revue d'épidémiologie et de santé publique volume 50 supplément p18
- 106 ter - Trisomie 21 et dépistage : fracture sociale ou fracture du coeur Revue de presse bioéthique 23.1.2007
- 107 - Les voies de recours extraordinaires Précis Dalloz de procédure civile p893
- 108 - Affaire Perruche Disponible sur : www.denistouret.fr
- 109 - Sainte-Rose J. Chabas F. Responsabilité des médecins en cas de naissance d'enfants handicapés : la Cour de cassation confirme sa jurisprudence JCP Ed. G 2002 II 10018
- 110 - Décret N° 95-1000 du 6.9.1995 portant code de déontologie médicale Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr>
- 111 - La causalité Dalloz Action Droit de la responsabilité N° 817 p 233
- 111 bis - Mémeteau G. « La vie dommageable » en son dernier état Disponible sur : www.genethique.org
- 112 - Confirmation par la Cour d'appel de paris le 29 mars 2002 de la décision du TGI en faveur de l'indemnisation de la famille de Nicolas Perruche Disponible sur legalnews.fr
- 113 - Noreau P. L'acte de juger et son contexte: éléments d'une sociologie politique du jugement
- 114 - Canivet G. Molfessis N. « La politique jurisprudentielle » Mélanges en l'honneur de Jacques Boré Dalloz 2007 p 79 à 97
- 115 - Saluden M. « Le phénomène de la jurisprudence : Jean Carbonnier et la psychosociologie des juges » Paris XII
- 116 - L'éthique entre le mal et le pire Echange de vues entre le Philosophe P. Ricoeur et le Pr. Y. Pelicier 27.9.1994 Paris Disponible sur : www.fondsriceur.fr
- 117 - Canivet G. Vision prospective de la Cour de cassation Conférence à l'Académie des sciences morales et politiques 13.11.2006
- 118 - Aubert JL. La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile Cycle de conférences « Droit et technique de cassation » Editions Dalloz in- situ 2005

- 119 - Jurisprudence Encyclopédie Dalloz Droit civil
- 120 - Interruption de grossesse Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies N° 40 et s
- 121 - CA 5^{ème} civ. Bordeaux 18.9.2001 JurisData : 2001-150221
- 122 - Responsabilité civile. L'indemnisation d'un enfant né handicapé. Cass. Ass. Plén. 28.11.2001, 2 arrêts LPA 30.11.2001 N° 239 p 4
- 123 - Jonas C. L'enfant préjudice Responsabilité civile / administrative
- 124 - Deguerque M. Le point de vue du publiciste sur l'arrêt Perruche GP 23.4.2002 N° 113 p 5
- 125 - Dreifuss- Netter F. Interruption volontaire de grossesse Paris V
- 126 - Contrat médical Dictionnaire permanent bioéthique et biotechnologies N° 14
- 127 - Les progrès spectaculaires du dépistage Le Figaro
- 128 - Décret N° 79- 506 du 28.6.1979 portant code de déontologie médicale Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr>
- 129 - Responsabilité médicale Dictionnaire permanent N° 16 et s.
- 130 - Bacache M. Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance Recueil Dalloz 2008 N° 28 p1908
- 131 - Article 604 NCPC Jurisclasseur Procédure civile
- 132 - Lafage P. Enfant né handicapé : réflexion sur le devoir d'information et le droit à l'avortement. Les jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat GP 16.2.2002 N° 47 p14
- 133 - Principe de la contradiction JurisClasseur procédure civile Fasc. 114
- 134 - Principes directeurs du procès JurisClasseur procédure civile Fasc. 152
- 135 - Objet du litige Principes directeurs du procès JurisClasseur procédure civile Fasc. 151
- 136 - Sainte-Rose J. Chabas F. Sargos P. Réparation du préjudice personnel de l'enfant handicapé lorsque son handicap a été contracté in utero JCP Ed. G 2000 II 10438
- 137 - BICC N° 542
- 138 - Blondet M. Rapport : Cour de cassation Ass. Plén. 28.11.2001
- 139 - Rapport annuel de la Cour de cassation 2001

- 140 - Deleuze G. Jurisprudence Abécédaire
- 141 - APHP Espace éthique Dossier Perruche La lettre HS N° 3
- 142 - Discours de P. Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice 12.6.2006 Séance ordinaire de l'Académie des Sciences Morales et Politiques
- 143 - Mello M. M. Kelly C.N. Effects of a professional liability crisis on residents' practice decisions American College of obstetricians and gynecologists June 2005 Vol. 105 N° 6
- 144 - Robinson P. Xu X. Keeton K. Fenner D. Johnson TRB. Ransom S. The impact of medical risk on obstetrician- gynecologist supply American College of obstetricians and gynecologists June 2005 Vol. 105 N° 6 JUNE
- 145 - Moysé D. Diederich N. Impact de l'arrêt Perruche sur les échographistes et les gynécologues obstétriciens Rapport de fin de contrat de recherche avec la mission droit et justice
- 146 - Moysé D. Diederich N. « Vers un droit à l'enfant normal ? L'arrêt Perruche et l'impact de la judiciarisation sur le dépistage prénatal » éd. Erès 2.2006
- 147 - Léticée N. Modifications des pratiques des acteurs de la médecine fœtale après l'arrêt Perruche et la loi du 4.3.2002 Mémoire DEA d'éthique médicale et biologique 2003/ 2004
- 148 - Léticée N. Moutard ML. Moutel G. Ville Y. Changements des pratiques relatives à l'échographie fœtale après l'arrêt Perruche et la loi du 4.3.2002 Press Med. 2006 35 : 1467- 74
- 149 - Léticée N. Moutard ML. Ville Y. Modifications des pratiques des acteurs de la médecine fœtale après l'arrêt Perruche et la loi du 4.3.2002 Gynecol obstet biol reprod 2006 35 :257- 264
- 150 - R Bessis « L'offre de soins en échographie fœtale actuelle et future »
- 151 - Diagnostic prénatal et handicap. Les lourdes conséquences de l'arrêt Perruche Bulletin de l'Ordre Nov. 2002
- 152 - Cousin GM. Marty J 13.10.2004 Assurance en responsabilité civile professionnelle : un espoir pour les gynécologues obstétriciens Communiqué de presse 13.10.2004
- 153 - Question N° 65295 de Y Deniaud au Ministre de la Santé et de la Famille du 17.5.2005 JO 17.5.2005
- 154 - Sève R. Philosophie et théorie du droit Cours Dalloz 2007
- 155 - Libchaber R. Une doctrine de la Cour de cassation RTDC 2000 p197
- 156 - Jacques P. Départ de M Canivet et installation de M Lamanda à la présidence de la Cour de cassation : l'heure d'un bilan sans heur RTDC 2007 p 514

- 157 - Ministère de la santé Réponses aux questions écrites N° 00895 et N° 03334 JO Sénat 12.2.09
- 158 - Edelman B. L'arrêt Perruche : une liberté pour la mort ? Dalloz 2002 N° 30 p 2349
- 159 - Fabre- Magnan Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale Recueil Dalloz 2008 N°1 p 31
- 160 - Descorps Declère F. Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation Recueil Dalloz 2007 N° 40 p 2822
- 161 - Dreyer E. La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique Recueil Dalloz 2006 N° 11 p 748
- 162 - Benhamou Y. La commission d'Outreau et la séparation des pouvoirs Recueil Dalloz 2007 N° 9 p 589
- 163 - Ménard JC. Justice et politique. Heurs et malheurs de l'argument « Montesquieu » Recueil Dalloz 2004 N° 16 p1091
- 164 - Plan périnatalité 2005/ 2007 Humanité, proximité, sécurité, qualité
- 165 - Enquête nationale périnatale 2003
- 166 - Agence de la biomédecine Bilan des activités Rapport annuel 2005
- 167 – Mineau A., de Koninck T., Larochelle G., Les risques entraînés par les biologismes de la santé et les économistes de la performance
- 168 – Fiche méthodologique portant sur « Les différents régimes de responsabilité des constructeurs » Bulletin d'information N° 706 du 15.7.2009 de la Cour de cassation

