

La faute caractérisée au sens du dispositif anti-Perruche

AJDA 1^{er} août 2016, p. 1583.

Caroline Lantero, MCF Droit public, UdA EA4232

Note sous CE 7 avril 2016, X et CPAM du Bas-Rhin, n° 376080, 376225, aux T.

Rares sont les arrêts du Conseil d'État faisant application – au fond – des dispositions dites « anti-Perruche » issues de la loi Kouchner du 4 mars 2002 et codifiées par la loi Léonetti du 11 février 2005 à l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles. Celui du 7 avril 2016 en fait partie et donne l'occasion de dresser des bilans, mais aussi des perspectives, en ce qui concerne la notion de faute caractérisée dans le diagnostic prénatal.

L'arrêt du 7 avril 2016 est seulement le deuxième arrêt du Conseil d'État mentionné aux tables du Recueil Lebon (V. P. Cassia, **Une autre manière de dire le droit administratif : le « fichage » des décisions du Conseil d'État au Recueil Lebon, RFDA 2011. 830**) pour s'être prononcé sur le contenu de la faute caractérisée (avec **CE 31 mars 2014 ; centre hospitalier de Senlis, n° 345812 ; 346767**) après qu'un arrêt de 2011 en avait fixé les contours (**CE 13 mai 2011, Lazare, n° 329290**).

A la différence des circonstances - qui sont sans doute délicates et qui seront rappelées plus loin - les faits de l'espèce sont simples. Une femme a donné naissance en octobre 2002 à une petite fille atteinte d'arthrogrypose (maladie neuromusculaire), d'un pied bot bilatéral et d'une fente palatine entraînant une invalidité estimée à un taux de 80%. Les parents, agissant en leur nom et au nom de l'ensemble de leurs enfants, ainsi que la CPAM, ont recherché la responsabilité des Hôpitaux civils de Colmar et des Hôpitaux universitaires de Strasbourg devant les juges du fond au motif qu'ils n'avaient pas été informés des anomalies observées au cours de la croissance fœtale, et qu'ils n'avaient pas été mis en mesure de solliciter une interruption médicale de grossesse. En vain. Les parents, comme la CPAM, ont introduit un pourvoi devant le Conseil d'État, dont l'arrêt permet d'appréhender presque tous les enjeux juridiques posés par les dispositions dites « anti-Perruche », et, peut-être, d'ajouter une difficulté.

L'histoire du dispositif est désormais bien connue. En 2000, la Cour de Cassation avait dégagé, en présence d'une erreur de diagnostic prénatal, le droit pour un enfant né handicapé d'obtenir réparation du préjudice résultant de ce handicap (**Cass. Ass. Plen., 17 novembre 2000, n° 99-13701, Bull. 2000 A. P. N° 9 p. 15, JCP 2000, II, 10438**). De son côté, le juge administratif engageait la responsabilité (pour faute simple) de l'établissement à l'égard des seuls parents et non de l'enfant, mais, à l'instar du juge judiciaire, il reconnaissait le principe de réparation intégrale du préjudice issu du handicap, en ce compris les charges résultant du handicap tout au long de la vie (**CE sect. 14 février 1997, Centre hospitalier de Nice c. Quarez, n° 133238, Rec. p. 44, RFDA 1997, p. 374, concl. Valérie Péresse, note Bertrand Mathieu ; AJDA 1997. 430, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot**).

Sur très forte invitation en ce sens du gouvernement, le législateur est intervenu en 2002 pour encadrer le régime de responsabilité dans le cas du diagnostic prénatal en exigeant une faute caractérisée et exclure toute notion de préjudice de l'enfant « du seul fait de sa naissance » (dispositif « anti-Perruche »), ainsi que tout préjudice des parents les charges résultant du handicap de l'enfant (dispositif « anti-Quarez »). Outre le régime de responsabilité, le régime d'indemnisation a donc été sensiblement réduit par le législateur.

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

Seize ans après l'adoption de la loi, les difficultés relatives à l'applicabilité dans le temps du dispositif anti-Perruche ne se posent plus en théorie, la question ayant été réglée. En pratique toutefois, et compte tenu des délais de jugement, le juge de cassation répond encore au moyen tiré de ces difficultés. L'arrêt commenté ne fait donc pas l'économie de cette question, même s'il l'écarte rapidement. Il précise par ailleurs les effets des dispositions applicables sur le droit des tiers payeurs.

La fin des difficultés relatives à l'applicabilité dans le temps

Le législateur avait précisé que ces dispositions étaient applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il avait été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation. Saisi d'une demande d'avis sur l'applicabilité immédiate des dispositions nouvelles aux instances en cours et, dans l'affirmative, sur la compatibilité d'une telle application avec les stipulations de l'article 1^{er} du protocole n°1 de la C^oEDH, le Conseil d'État avait estimé que les dispositions devaient être comprises comme entrant en vigueur le 7 mars 2002 (date de publication au journal officiel de la loi Kouchner) et qu'elles n'étaient pas incompatibles avec l'article 1^{er} du protocole n°1 (**CE, Ass., avis, 6 décembre 2002, Draon, n° 250167, Rec. p. 423**). Or, dans deux arrêts de Grande Chambre du 6 octobre 2005, *Maurice et Draon c. France*, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que l'applicabilité des dispositions anti-Perruche aux instances en cours violait les stipulations de l'article 1^{er} du protocole n°1. Pour la cour de Strasbourg, les requérants étaient dépositaires d'une « *créance en réparation* » dont ils pouvaient « *légitimement espérer voir déterminer le montant* » conformément à la jurisprudence en vigueur avant la loi. Cette créance est, selon la cour, une valeur patrimoniale faisant partie de leurs biens (**CEDH 6 octobre 2005, Maurice c/France, n° 11810/03 et CEDH 6 octobre 2005, Draon c/France n° 1513/03**). Ces biens sont protégés par l'article 1^{er} du Protocole n°1 et une atteinte radicale et non justifiée par les exigences de l'intérêt général leur était portée. A la suite de ces arrêts et pour les affaires dont l'instance était en cours le 7 mars 2002, le juge administratif a immédiatement fait application du régime de responsabilité et du régime d'indemnisation antérieurs à la loi dans un arrêt *Levenez* du 26 février 2006 (**CE 26 février 2006, Levenez, req n° 250704, Rec. p. 83 et CE 19 octobre 2007, Farchoukh, req n° 292062**). Le Conseil constitutionnel a censuré, en 2010, l'atteinte constitutionnelle portée aux droits des personnes par l'application du dispositif anti-Perruche aux instances en cours, estimant que des motifs d'intérêt général ne peuvent justifier « *des modifications aussi importantes aux droits des personnes* » qui avaient engagé une procédure antérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi (**CC, décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010**).

L'inconventionnalité des modalités d'application dans le temps du dispositif législatif anti-Perruche a donc été relayée par son inconstitutionnalité. Les fondements et les effets de l'inconventionnalité et de l'inconstitutionnalité diffèrent certes, mais le raisonnement et la solution de la Cour de Strasbourg et du Conseil Constitutionnel sont très proches (V. **A. Levade, L'inconstitutionnalité partielle du « dispositif anti-Perruche » ou quand l'inconstitutionnalité rejoint l'inconventionnalité, Constitutions 2010, p. 391**). Le Conseil d'État, qui avait renvoyé la QPC (**CE 14 avril 2010, Lazare, req n° 329290, Rec. p. 108**), mais qui n'appliquait déjà plus la disposition en raison de son inconventionnalité, a pris acte de cette censure constitutionnelle dans un arrêt *Lazare* du 13 mai 2011 et a refusé dans cette espèce d'écarter les dispositions anti-Perruche à une naissance antérieure à la loi dès lors que l'instance avait été engagée postérieurement (**CE, Ass., 13 mai 2011, Lazare, n° 329290, Rec. p. 235**). Dans ses conclusions, non conformes, le rapporteur public avait proposé que cette censure constitutionnelle puisse s'entendre non seulement pour les *instances* antérieures au 7 mars 2002, mais également pour

les *faits générateurs* antérieurs au 7 mars 2002 (**J.-P. Thiellay, Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel, RFDA 2011, p. 772**). Sa position n'était pas isolée et certains juges du fond avaient également rejeté l'application du dispositif anti-Perruche pour les faits antérieurs au 7 mars 2002. Aussi la Cour administrative d'appel de Douai avait-elle écarté les dispositions de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles dans une instance engagée après le 7 mars 2002, estimant, en application d'une jurisprudence par ailleurs constante du Conseil d'État (**J.-P. Thiellay, Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel, RFDA 2011. 772**), que le droit à la réparation d'un dommage s'ouvre à la date du fait générateur, indépendamment de la date d'introduction de la demande en justice tendant à la réparation de ce dommage (**CAA Douai, 16 novembre 2010, Centre hospitalier de Senlis, n° 09DA00402, AJDA 2011, p. 399 concl. P. Minne**). En cassation, le Conseil d'État censure dans un arrêt *Centre Hospitalier de Senlis* du 31 mars 2014, l'erreur de droit commise par la Cour de Douai au double motif que la situation des requérants n'entraîne pas dans le champ d'application de la disposition abrogée en 2010 par le Conseil Constitutionnel, et que « *faute d'avoir engagé une instance avant le 7 mars 2002, [les requérants] n'étaient pas titulaires à cette date d'un droit de créance indemnitaire qui aurait été lui-même constitutif d'un bien au sens de ces stipulations conventionnelles* » (**CE 31 mars 2014, centre hospitalier de Senlis, req n° 345812,346767, aux T.**).

Dans l'arrêt commenté, la naissance même de l'enfant étant postérieure de quelques mois à la date d'entrée en vigueur de la loi, l'action indemnitaire l'était évidemment. Dès lors, le moyen soulevé par les parents devant les juges du fond tiré de l'incompatibilité de la loi avec l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne pouvait qu'être écarté.

Les effets sur la subrogation des tiers payeurs

L'applicabilité du dispositif ne faisant aucun doute, toutes les conclusions formulées par les parents au nom et pour le compte de l'enfant doivent être rejetées.

En toute logique, et à la seule lecture des dispositions de l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale mettant en œuvre le mécanisme de subrogation des tiers payeurs, les prestations servies à l'enfant par la caisse ne peuvent faire l'objet d'un remboursement par le tiers responsable. Si l'enfant (subrogeant) ne peut se prévaloir d'un préjudice, la caisse (subrogée) ne dispose d'aucun droit à remboursement. Dans un arrêt du 30 avril 2003, et en présence d'une erreur de diagnostic fautive de l'établissement sur l'identification d'un handicap chez l'enfant à naître, le Conseil d'État avait – par application discutable de la jurisprudence *Quarez* - déjà écarté le mécanisme de la subrogation s'agissant des prestations versées par un tiers payeur au bénéfice d'un enfant dont le handicap – en lui-même - n'avait pas d'origine fautive (**CE 30 avril 2003, CPAM du Havre, n° 213702**).

L'arrêt du 7 avril 2016 articule pour la première fois les dispositions du code de la sécurité sociale et du code de l'action sociale et des familles en validant le rejet des conclusions de la caisse dès lors que l'arrêt attaqué « *énonce que le handicap dont elle est atteinte est imputable à une anomalie génétique et non à des actes médicaux susceptibles d'engager la responsabilité des Hôpitaux civils de Colmar et des Hôpitaux universitaires de Strasbourg* ».

II) La faute caractérisée

Le législateur n'ayant pas défini la faute caractérisée, les juges l'ont fait en dégageant les notions d'évidence et d'intensité, qui à notre sens sont difficilement applicables au défaut d'information en

tant que tel. Mais le défaut d'information, omniprésent dans le contentieux de la responsabilité hospitalière (V. **A. Minet-Leleu, Le contentieux du défaut d'information médicale symbole de l'indulgence excessive du juge administratif, AJDA 2016. 362**), tend à devenir – par lui-même – un manquement caractérisé.

Les contours de la faute caractérisée : l'intensité et l'évidence

Le dispositif anti-Perruche a été introduit au Sénat en première lecture des travaux de la loi du 4 mars 2002 après « absorption » de trois propositions de loi votées deux mois plus tôt par l'Assemblée nationale respectivement relatives à la solidarité nationale et à l'indemnisation des handicaps congénitaux (n° 3431), à l'institution d'un moratoire sur les demandes en recherche de responsabilité du fait de la naissance ou du maintien de la vie (n° 2844), et tendant à rendre irrecevable toute demande d'indemnisation du seul fait de sa naissance (n°2805). La solution retenue par l'Assemblée nationale était identique à celle du Conseil d'État dans l'arrêt Quarrez à la différence qu'elle retenait l'exigence d'une faute lourde. A l'heure d'intégrer cette solution dans la loi Kouchner sous forme d'article additionnel et de renoncer à l'indemnisation des parents pour les charges représentées par le handicap, le rapporteur indiquait qu'il était préférable de retenir la notion de « faute caractérisée » plutôt que celle de « faute lourde » votée par l'Assemblée et qui convoquait en matière médicale une notion abandonnée en 1992 (**CE, Ass., 10 avril 1992, Époux V, n° 79027, Leb. p. 171**). Toutefois, la faute ne pouvait pas être simple non plus (comme dans Quarrez) au regard du caractère délicat des activités concernées. Elle devait donc être « caractérisée », terme emprunté au droit pénal (**Loi « Fauchon » du 10 juillet 2000**), mais pas expliqué.

Le premier arrêt de la Haute juridiction administrative faisant application du dispositif anti-Perruche a retenu l'existence d'une faute caractérisée sans définir la notion, tant la faute était évidente, pour ne pas dire grossière et impardonnable puisqu'il s'agissait d'une inversion de résultats à l'origine d'une décision de ne pas recourir à une interruption de grossesse alors que l'enfant était atteinte d'une grave pathologie (**CE 19 février 2003, Maurice c. AP-HP, n° 247908, Rec. p. 41 ; RFDA 2003. 349. Concl. D. Chauvaux ; AJDA 2003. 854. note M. Deguegue**). Dans une autre affaire en 2005, le Conseil d'État censure l'erreur de qualification juridique des faits de la cour administrative d'appel en précisant que la faute retenue par le juge d'appel pour « son intensité et son évidence » (en l'espèce défaut d'information quant à la marge d'erreur habituelle de l'échographie), ne pouvait être regardée comme caractérisée au sens des dispositions de la loi du 4 mars 2002 (**CE 9 février 2005, Centre hospitalier Emile Roux du Puy-en-Velay, n° 255990**). Les décisions qui ne retenaient pas de faute ne s'attardaient naturellement pas sur la notion de faute caractérisée. Par exemple il n'y a pas de faute lorsque les examens réalisés conformément aux données acquises de la science (en l'espèce un prélèvement de liquide amniotique) ne révèlent pas d'anomalie décelable en l'état des connaissances scientifiques (**CE 24 février 2006, Levenez, n° 250704**) ; ou lorsqu'une échographie ne permet pas de déceler une trisomie 21 (avérée par la suite), mais que la patiente ne donne pas suite aux propositions d'examen de dépistage et ne fait pas réaliser une échographie supplémentaire pourtant prescrite (**CE 19 octobre 2007, Farchouck, n° 292062**). Il n'y a pas non plus de manquement lorsque le diagnostic de malformation chromosomique non homogène est difficile à poser et que les anomalies en cause ne sont d'ailleurs pas en soi recherchées par l'amniocentèse (**CAA Lyon, 5 mai 2009, Beautemps, n° 06LY01622**).

Il faut attendre 2011 et l'arrêt Lazare, pour que le Conseil d'État trace les contours de la faute caractérisée, en reprenant d'ailleurs les critères de la CAA de Lyon évoqués précédemment. La faute

est donc caractérisée « par son intensité et son évidence ». En l'espèce, la Haute juridiction a jugé qu'une interprétation erronée des analyses réalisées « *bien que n'étant pas accompagnée d'une information explicite sur la marge d'erreur habituelle qui pouvait, à cette époque, en affecter la fiabilité, n'était pas constitutive d'une faute qui, par son intensité et son évidence, devrait être regardée comme caractérisée au sens du troisième alinéa de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles* » (**CE 13 mai 2011, Lazare, n° 329290**). Les conclusions du rapporteur public sur cet arrêt sont éclairantes puisqu'au moment de qualifier la faute caractérisée, il convoque les mécanismes du droit pénal et la logique de la chambre criminelle de la Cour de cassation en matière de responsabilité médicale (**Cour de cassation Rapport annuel 2007, La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, p. 262**) pour proposer qu'une faute caractérisée soit *in fine* regardée – du fait de son intensité ou gravité, et de son évidence, comme une « *une faute lourde légèrement maquillée pour être plus acceptable* » (**J.-P. Thiellay, Concl., RFDA 2011. 772**), ce que révèle d'ailleurs les travaux du rapporteur de la commission des lois qui trouvait une connotation régressive à l'expression « faute lourde ». Cette définition a été reprise par la Cour de cassation en 2013 (**Cass. Civ 1, 16 janvier 2013, n° 12-14.020, Bull. 2013, I, n° 5**)

Typologie de la faute caractérisée : le défaut de diagnostic et le défaut d'information

Deux types de faute caractérisée émergent de la jurisprudence: celle qui fait apparaître une erreur de diagnostic et celle qui fait apparaître un manquement au devoir d'information.

Dans l'arrêt **Lazare** précité, le Conseil d'État avait jugé que le régime de l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles s'appliquait « *à l'ensemble des actes tendant au diagnostic de malformations fœtales et, notamment, aux tests et études génétiques effectués avant même la conception sur la foi desquels une grossesse ayant conduit à la naissance d'un enfant porteur d'un handicap non décelé a été engagé* ». Par leur intensité et leur évidence, constituent une erreur de diagnostic la réalisation d'échographies imprécises et incomplètes n'ayant pas fait l'objet d'examen complémentaire et démontrant de manière générale des négligences dans le suivi échographique qui ont fait obstacle à la détection du handicap (**CE 18 juillet 2011, Centre hospitalier de Sens, n° 328881**) ; l'absence de contrôle visuel direct et de vérification lors de la réalisation d'échographies ne présentant pas de difficultés particulières et conduisant à mentionner de manière affirmative que les quatre membres du fœtus étaient présents, alors que tel n'était pas le cas (**CE 31 mars 2014, Centre hospitalier de Senlis, n° 345812 et 346767**) ; l'absence de consultation génétique malgré l'identification de graves poly-malformations dès le premier trimestre de grossesse (**CAA Paris, 31 juillet 2014, n° 11PA03408**) ; ou encore, indiquer que la vessie du fœtus est visible alors que ce n'est pas le cas et que les opérateurs étaient informés du risque de malformation et n'ont pas procédé à une vérification (**CAA Douai, ord., 21 juillet 2015, n°15DA00337**). Devoir déontologique emblématique (**art. R 4127-33 du code de la santé publique**), l'élaboration du diagnostic reste une obligation de moyen. Mais les fautes qu'illustrent ces arrêts confinent toutes à la pure négligence. En revanche, il n'y a pas de faute caractérisée lorsqu'un avis (erroné) est donné sur le fait que la mère n'est pas conductrice du gène responsable de la maladie de Duchenne, mais qu'il est assorti de tempéraments et de réserves (**CE 13 mai 2011, Lazare, préc.**) ; ou lorsque l'examen des marqueurs sériques (prise de sang effectuée pour évaluer le risque de trisomie 21), pourtant obligatoire selon les « règles de bonne pratique médicale » (**Arrêté du 23 juin 2009, fixant les règles de bonnes pratiques en matière de dépistage et de diagnostic prénatals avec utilisation des marqueurs sériques maternels de la trisomie 21. V. CE 25 novembre 2011, Fondation Jérôme Lejeune, n° 370610**), n'est pas prescrit en raison de trois échographies rassurantes et d'absence de précédent pathologique ou génétique (**CAA Versailles, 6 octobre 2015, Centre hospitalier de Santé Jean Aimé Dolidier, n° 14VE01390**). Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'État rappelle que ne pèse sur les médecins qu'une obligation de moyens, à laquelle ils ont satisfait dès lors que l'absence de détection des pathologies présentées par l'enfant

« trouvait son origine dans la difficulté particulière de ces examens du fait de l'immobilité du fœtus et de l'insuffisance du liquide amniotique ». Aucune faute, encore moins caractérisée, ne pouvait donc leur être reprochée.

Le défaut d'information quant à la marge d'erreur habituelle de l'échographie ne constitue pas une faute caractérisée au sens de la loi du 4 mars 2002 (**CE 9 février 2005, Centre hospitalier Emile Roux du Puy-en-Velay, n° 255990 ; CAA Paris, 9 décembre 2013, n° 12PA05089**), ni le fait de donner une information erronée et insuffisante, mais accompagnée de précautions quant à son possible manque de fiabilité (**CE 13 mai 2011, Lazare, préc.**), ni le fait de ne pas communiquer les résultats chiffrés du dépistage de la trisomie 21 et de se contenter d'annoncer que la patiente n'est pas dans un groupe à risque alors que le résultat est tangent, et qu'en l'occurrence, les jumelles sont toutes deux porteuses du syndrome (**CE 13 mai 2011, Delannoy et Verzelle, n° 317708**).

En revanche, l'affirmation totalement erronée, émise sans doute ni réserve, après avoir barré d'un trait unique toutes les cases correspondant à la présence des membres du fœtus, que les quatre membres de l'enfant sont bien présents alors qu'il lui manque les deux bras, est constitutive d'une faute caractérisée alors même que l'échographie est un examen difficile comportant une marge d'erreur (**CAA Bordeaux, 25 mars 2014, n° 12BX02507**). Pire encore : cacher des résultats négatifs. Dans un arrêt du 7 avril 2016, la CAA de Nancy a condamné un établissement de santé sur le fondement – difficilement contestable – d'une faute caractérisée du médecin qui disposait de résultats alarmants, mais ne les a jamais communiqués à la patiente, laquelle avait clairement exprimé sa volonté de procéder à une interruption de grossesse en cas de maladie grave du fœtus (**CAA Nancy, 7 avril 2016, Mme Z., n° 14NC01294**).

En l'espèce, et au regard de la multitude d'examens entrepris par les médecins pour rechercher une pathologie susceptible d'expliquer le retard de croissance et la faible mobilité du fœtus, la cour administrative d'appel avait donc estimé (sans dénaturation des faits ni erreur dans leur qualification juridique selon le Conseil d'État) qu'aucune faute caractérisée ne pouvait être retenue dans la recherche diagnostique et qu'en conséquence, la requérante ne pouvait « utilement se prévaloir » du moyen tiré du défaut d'information quant aux risques de malformation de l'enfant à naître. Mais le Conseil d'État censure la qualification des faits sur ce point. Il estime que les éléments de l'instruction « *laissaient fortement soupçonner* » une « *forte probabilité* » que l'enfant à naître soit atteint d'une affection particulièrement grave et reconnue comme incurable justifiant une interruption médicale de grossesse. Ces éléments avaient été relevés par l'expert : hypotrophie très marquée du fœtus, immobilité presque totale, un « antécédent familial » et la « consanguinité des parents ». Le Conseil d'État estime que ces circonstances commandaient d'informer la patiente de la possibilité de demander l'avis du centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal quant à la poursuite de la grossesse. Au surplus, ledit centre avait été saisi (sans que la patiente n'en fût informée, mais le défaut d'information sanctionné n'est pas là), avait demandé des examens complémentaires et n'aurait pas donné d'avis. Pour le Conseil d'État, le défaut d'information de l'intéressée sur le risque de pathologie grave du fœtus est constitutif d'une faute caractérisée. Les circonstances de l'espèce rendent la portée de l'arrêt un peu délicate. Derrière le défaut d'information ainsi critiqué, il semble finalement être reproché aux médecins de n'avoir pas correctement diagnostiqué un risque et de n'avoir pas conclu *quand même* à l'existence d'une pathologie alors que la recherche de pathologie a été infructueuse. Le critère de l'évidence n'est plus véritablement rempli. Il est ici remplacé par les critères de la « forte probabilité » et du « fort soupçon ».

III) Défaut d'information et préjudice des parents

La reconnaissance du défaut d'information comme constitutif d'une faute caractérisée s'inscrit dans la mouvance des règles générales en matière de responsabilité médicale et dans un durcissement des règles spéciales en matière de diagnostic prénatal. Inévitablement, cette reconnaissance va soulever des nouvelles interrogations s'agissant des modalités de réparation du préjudice.

Resserrement prévisible des exigences en matière d'information

En matière de diagnostic prénatal, on pensait qu'à l'impossible nul n'était tenu. Mais la responsabilité des établissements de santé en matière de diagnostic prénatal évolue nettement vers un régime plus exigeant. L'arrêt commenté en est l'illustration. La législation aussi. L'encadrement normatif du diagnostic prénatal a fait l'objet d'une modification législative importante avec la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique qui réécrit l'article L. 2131-1 du code de la santé publique et ajoute à la définition du diagnostic prénatal de nombreuses obligations d'information de la femme enceinte quant à la possibilité de recourir à des examens pour évaluer les risques d'affection, à la communication compréhensive du résultat de ces examens ; aux caractéristiques de l'affection suspectée, aux moyens de la détecter, aux possibilités de prévention, soin ou prise en charge du fœtus ou de l'enfant né et à la possibilité de recourir à des examens complémentaires en cas de risque avéré. Le consentement écrit de la femme enceinte doit être recueilli pour les examens (l'une des rares situations où le consentement doit être écrit), et il doit lui être précisé que l'absence d'anomalie détectée « *ne permet pas d'affirmer que le fœtus soit indemne de toute affection et qu'une suspicion d'anomalie peut ne pas être confirmée ultérieurement* » (art. L. 2131-1 du code de la santé publique). Il n'est donc pas surprenant que le juge soit de plus en plus exigeant. Les contentieux à venir montreront comme il articulera les enjeux relatifs à la faute caractérisée avec un devoir d'information nouvellement encadré par la loi.

Quels préjudices découlent du défaut d'information ?

Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'État renvoie l'affaire à la CAA de Nancy qui aura donc à statuer sur les préjudices découlant du défaut d'information reproché aux médecins, mais la question de la réparation des préjudices des parents mériterait également une attention prochaine du Conseil d'État, afin de lisser les pratiques des juges du fond. En effet, plusieurs séries d'observations émergent.

Une première série d'observations sur la notion de perte de chance. Dans les autres domaines de la responsabilité médicale, le défaut d'information fait perdre une chance de se soustraire à un risque et entraîne, en fonction de l'évaluation de la chance perdue, une réparation fractionnée du préjudice. Ce n'est pas exactement le cas dans le cadre du diagnostic prénatal puisque le défaut d'information prive la femme (les textes ne mentionnent le couple qu'à titre résiduel) de la faculté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse prévue par l'article L. 2213-1 du code de la santé publique. L'évaluation de ce qu'aurait décidé la femme si elle avait eu la faculté de le faire reste, pour le juge, un exercice aussi probabiliste qu'ailleurs, mais plus délicat encore. Avec une nuance néanmoins, tenant à ce que la loi exige deux attestations de médecins et l'avis d'une équipe pluridisciplinaire sur la poursuite de la grossesse, lesquels sont considérablement éclairants sur la probabilité que la femme recoure ou non à l'interruption de la grossesse. Or, en cas de défaut d'information privant l'intéressée de bénéficier d'un tel avis (comme dans l'arrêt commenté), une étape supplémentaire vient s'ajouter. Quel aurait été l'avis de l'équipe ? Pour évaluer quel aurait été l'avis de l'équipe, il serait sans doute opportun de prescrire des mesures d'instruction en ce sens. Et dans la perspective où cet avis et les attestations médicales auraient conclu à l'absence de « forte probabilité que l'enfant à naître soit

atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic », peut-on encore conclure à un préjudice issu du défaut d'information ? En tout état de cause, le vocabulaire de la perte de chance nous paraît malheureux, même si certains juges du fond l'utilisent, comme la CAA de Marseille, retenant une perte de chance de 30% dès lors que rien ne permet d'affirmer que le test non réalisé aurait révélé la pathologie, ou que les parents auraient décidé de recourir à une IMG (**CAA Marseille, 18 janvier 2011, n° 08MA01704**).

Une brève deuxième série d'observations sur le titulaire du préjudice. Il est intéressant de constater que les dispositions relatives au diagnostic prénatal s'adressent à « la femme », qui est donc seule dépositaire de la décision à prendre, alors que les juges ne s'attardent pas sur cette subtilité et statuent fréquemment sur la faute ayant privé *les parents* de recourir à une IMG (**CAA Paris 31 juillet 2014, n° 11PA034087 ; CAA Nancy, 7 avril 2016, n° 14NC01294**). En opportunité, cela ne soulève aucune contestation possible. Mais en pure orthodoxie, la réparation offerte aux parents est fondée sur la méconnaissance d'un droit propre à un seul d'entre eux, et le père ne serait qu'une victime par ricochet.

Troisième série d'observations sur l'évaluation du préjudice et son possible dédoublement. Si l'on retient la théorie de la perte de chance pour évaluer le préjudice, il convient également de retenir le moyen tiré du préjudice d'« impréparation », reconnu par le Conseil d'État (**10 octobre 2012, *Beaupère et Lemaitre*, req. n° 350426, Leb. 357 ; AJDA. 2012 p. 2231, note C. Lantero**) et qui n'est ni une alternative au premier, ni limité à la seule impréparation *psychologique*, mais à l'impossibilité de « se préparer à cette éventualité, notamment en prenant certaines dispositions personnelles ». La CAA de Marseille a d'ailleurs reconnu que le manquement (en l'espèce dans la recherche de diagnostic) reproché à un centre hospitalier « a fait obstacle à ce que les parents puissent se préparer psychologiquement et matériellement à la naissance de cet enfant et au parcours médical qui s'ensuivrait » (**CAA Marseille 4 juin 2015, n° 14MA02667**). Selon cette logique – parfaitement défendable – les parents pourraient se prévaloir d'un préjudice moral au titre de la perte de chance et de l'impréparation ainsi que d'un préjudice matériel au titre de l'impréparation à la vie de handicap de l'enfant (et aux sacrifices financiers et professionnels que cela implique). Aussi, sans que les parents ne puissent se voir indemnisés des charges résultant du handicap, l'impossibilité pour eux de prendre des dispositions personnelles pour y faire face pourrait donner lieu à indemnisation (Voir l'étude prophétique de **A. Ravelet, Le juge administratif et la loi anti-Perruche, Droit adm., novembre 2004, étude 20**).