

Des suites de la censure de la loi anti-Perruche par le Conseil constitutionnel devant le Conseil d'Etat

Xavier MAGNON

Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole

Institut Maurice Hauriou

Les arrêts *Lazare et Delannoy* et *Verzele* rendus le 13 mai 2011 par l'Assemblée du Conseil d'Etat apportent un certain nombre de précisions et d'éclairages sur l'application des décisions de censure du Conseil constitutionnel rendues dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC).

Dans les deux arrêts, il était question de tirer les conséquences dans un litige au fond de la déclaration d'inconstitutionnalité du 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Cette disposition rend applicable aux instances en cours «à la date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 précitée, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation», le dispositif de la loi dite « anti-Perruche ». La loi de 2005 a codifié dans l'article L 114-5 du code de l'action sociale et des familles le dispositif de 2002. Celui-ci, on le sait, ne permet plus aux personnes nées handicapées d'être indemnisées du préjudice du seul fait de leur naissance. Il impose aux parents de ces personnes de prouver une faute caractérisée d'un professionnel ou d'un établissement de santé pour engager la responsabilité de ces derniers et renvoie leur indemnisation pour les charges particulières découlant du handicap de leur enfant au titre de la solidarité nationale. La loi de 2005 a également repris, tout en l'adaptant, le principe de l'application de ce nouveau dispositif aux instances en cours. Dans la décision du 11 juin 2010, *Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"]*, le Conseil constitutionnel n'a censuré que les dispositions de la loi de 2005 déterminant l'application dans le temps du dispositif anti-Perruche et a validé ce dernier.

Le litige ayant donné lieu à la QPC dont a été saisi le Conseil constitutionnel était celui de l'affaire *Lazare* et seulement celui-ci. Mme Lazare a donné naissance le 8 décembre 1995 à un garçon atteint de la maladie de la myopathie de Duchenne. Avec son mari, ils ont recherché la responsabilité de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP) en raison d'une erreur de diagnostic de l'un des services de l'AP-HP sur le risque encouru par Mme Lazare de transmettre cette maladie à un enfant de sexe masculin. Après l'échec de leur requête devant le tribunal administratif en 2006 et devant la cour administrative d'appel de Paris en 2008, ils se sont pourvus en cassation devant le Conseil d'Etat et c'est dans ce pourvoi qu'ils ont soulevé la QPC ayant donné lieu à la décision du Conseil constitutionnel du 11 juin 2010. La situation dans laquelle se trouvent les époux Lazare vis-à-vis de la loi « anti-Perruche » est la suivante : ils ont engagé une instance après la loi pour des faits antérieurs à celle-ci. Pour la transmission de la

QPC, l'application du 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 soulevait une difficulté dans la mesure où cette disposition visait à permettre l'application de la loi anti-Perruche seulement aux instances en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi de 2002, sans mentionner les faits nés avant cette entrée en vigueur mais qui n'ont pas donné lieu à une instance à ce moment là. La décision de renvoi du Conseil d'Etat du 14 avril 2010 (n° 329290) a toutefois précisé, ce qui sera repris en substance dans les arrêts commentés, « qu'il résulte implicitement mais nécessairement du 2 du II de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 que le législateur a entendu rendre l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles applicable à la réparation des préjudices dont le fait générateur, constitué par la naissance d'un enfant atteint d'un handicap non décelé pendant la grossesse, est antérieur au 5 mars 2002, date d'entrée en vigueur de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 ». Autrement dit, le choix du législateur d'appliquer le nouveau dispositif anti-Perruche aux instances en cours implique également son application à des faits nés avant son entrée en vigueur mais qui n'ont pas donné lieu alors à une instance. Cette dernière situation concerne les époux Lazare ; le 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi de 2005 est bien applicable au litige.

Les données contentieuses ainsi explicitées, on pouvait s'attendre à ce que la censure du 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi de 2005 profite, selon le considérant de principe du Conseil constitutionnel¹, au justiciable qui a soulevé la QPC, aux époux Lazare en l'occurrence. Tel n'est pourtant pas ce qui s'est produit. Le Conseil d'Etat considère que la censure du 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi de 2005 ne portait que sur l'application aux instances en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi de 2002 du nouveau dispositif. Ce nouveau dispositif demeure applicable pour les faits nés avant mais qui n'ont pas donné lieu à une instance. La norme « application aux instances en cours » est censurée ; celle « application à des faits antérieurs n'ayant pas donné lieu à une instance » est maintenue. Cette dernière norme est donc appliquée aux époux Lazare qui se voient opposer le dispositif anti-Perruche². Le Conseil d'Etat module de cette manière les effets de la censure prononcée par le Conseil constitutionnel. Difficile de ne pas avoir une pensée pour l'avocat qui a encouragé ses clients à soulever une QPC, qui leur a annoncé qu'ils avaient obtenu satisfaction devant le Conseil constitutionnel et qui doit finalement leur expliquer que le Conseil d'Etat a rejeté au fond leur requête.

L'affaire *Delannoy Verzele* n'a donné lieu à aucune QPC. Toutefois, elle faisait l'objet d'une instance en cours au moment de la décision du Conseil constitutionnel dans laquelle la disposition de loi censurée était applicable. Mme Delannoy a été suivie pour sa grossesse à l'hôpital Rober Debré à Paris qui dépend de l'AP-HP. Le 8 octobre 1998, elle a donné naissance à deux jumelles atteintes de trisomie 21. Le 15 avril 1999, avec son époux, ils ont demandé au

¹ C.C, n° 2010-108 QPC, cons. 5, voir *infra*.

² En revanche, dans la même situation, c'est-à-dire pour des faits nés avant la loi de 2002 mais qui ont donné lieu à une instance après, la Cour de cassation applique la jurisprudence Perruche, voir : C. cass., civ. 1^{ère}, 30 octobre 2007, inédit, n° 06-17325 ; civ. 1^{ère}, 8 juillet 2008, n° 07-12159.

tribunal administratif de Paris d'ordonner une expertise pour déterminer si la responsabilité d'AP-HP était engagée au titre d'une insuffisance fautive d'information sur le risque que les enfants à naître soient atteints de ce handicap. Après un premier rapport d'expert, une seconde demande d'expert a été déposée et rejetée le 6 octobre 2000. Le 15 avril 2003, un recours indemnitaire est introduit devant le tribunal administratif de Paris, rejeté par un jugement du 24 janvier 2006. Il sera également rejeté en appel par la cour administrative d'appel de Paris dont l'arrêt est apprécié en cassation par le Conseil d'Etat. Dans cette affaire, la situation contentieuse des requérants correspond précisément à celle visée par le 2 du paragraphe II de l'article 2 de la loi de 2005, tel que censuré par le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire une instance en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi. Sans que les requérants n'aient soulevé de QPC, ils vont toutefois, d'office, bénéficier de cette censure et échapper au dispositif anti-Perruche en se voyant appliquer la jurisprudence antérieure plus favorable et donc l'arrêt *Quarez*³.

Ainsi, dans l'arrêt *Lazare*, le Conseil d'Etat s'autorise à moduler les effets de l'inconstitutionnalité prononcée par le juge constitutionnel (§ II) ; dans l'arrêt *Delannoy et Verzele*, l'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel apparaît comme un moyen d'ordre public dans les instances en cours (§ I).

§ I – L'inconstitutionnalité d'une disposition législative : un moyen d'ordre public dans les instances en cours

La question des effets d'une censure dans les instances en cours n'a pas manqué de se poser à la lecture des premières décisions du Conseil constitutionnel. Si l'on se devait d'admettre une « rétroactivité procédurale »⁴ de la censure ou une application immédiate⁵ dans l'instance qui a donné lieu à la QPC, le Conseil constitutionnel a entretenu une certaine ambiguïté sur l'application immédiate de la censure dans les autres instances en cours. En effet, certaines décisions de censure mentionnaient les instances en cours en prévoyant qu'elles en bénéficiaient⁶, d'autres restaient muettes sur cette question⁷. Aussi, dans la décision du 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, le juge constitutionnel a-t-il précisé dans un considérant de principe, repris *in extenso* par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Lazare*, que « si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans

³ C.E., sect., 14 février 1997, *CH de Nice c/ Epoux Quarez*, Rec., p. 44.

⁴ T. Di Manno, « Recours devant le Conseil constitutionnel par la voie préjudicielle : la question prioritaire de constitutionnalité », *Jcl. Libertés*, Fasc. 210, § 124.

⁵ L'abrogation d'une disposition législative n'emporte que des effets pour l'avenir et ne saurait donc, à l'entendre strictement, emporter des effets sur des faits nés avant la censure. Une telle interprétation conduirait à ce que le justiciable qui est à l'origine de la QPC ne puisse pas bénéficier d'une éventuelle censure dans le procès en cours.

⁶ Voir par exemple, pour des décisions récentes : n° 2010-88 QPC et n° 2010-100 QPC.

⁷ Voir par exemple, pour des décisions récentes : n° 2010-97 QPC et n° 2010-107 QPC.

les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration »⁸.

Le Conseil constitutionnel distingue ainsi trois situations. En principe, et en premier lieu, la censure bénéficie d'une application immédiate dans le procès qui a donné lieu à la QPC et pour toutes les instances en cours au moment de cette censure. Il s'agit là d'un effet de principe, c'est-à-dire qui s'impose en l'absence de précision contraire du juge constitutionnel. En deuxième lieu, le Conseil constitutionnel peut également reporter dans le temps les effets de la censure en fixant la date d'effet de l'abrogation. L'abrogation est ainsi différée et il s'agit pour le juge constitutionnel de laisser au législateur le temps d'intervenir pour adopter une nouvelle loi. Dans cette situation, le Conseil constitutionnel détermine les modalités d'application de la décision d'abrogation différée entre le moment de la décision de censure et le moment de l'abrogation. La pratique a montré que le Conseil constitutionnel soit gelait les contentieux en cours⁹, soit imposait au juge de sursoir à statuer jusqu'à l'intervention du législateur¹⁰, soit laissait au législateur le soin de prévoir ce qu'il en serait¹¹. En troisième lieu enfin, le Conseil constitutionnel se réserve la possibilité de faire produire des effets rétroactifs à la censure, c'est-à-dire de remettre en cause des effets que la disposition législative avait déjà produits avant la censure¹².

Seule la première situation était pertinente dans l'arrêt *Delannoy et Verzele*. Suivant les conclusions de son rapporteur public, le Conseil d'Etat a implicitement reconnu que, dans une instance en cours dans lequel une loi qui vient d'être déclarée contraire à la Constitution est applicable, le moyen tiré de sa disparition est un moyen d'ordre public¹³. Le juge est donc tenu de le soulever d'office à n'importe quel stade de l'instance. En l'espèce, le Conseil d'Etat le soulève d'office en cassation.

Une question demeurerait encore à résoudre dans le litige : l'existence d'une instance en cours. En effet, la censure du Conseil constitutionnel concerne précisément l'application du dispositif anti-Perruche à des instances en cours. Pour pouvoir bénéficier de la censure, et donc échapper au dispositif anti-Perruche, encore fallait-il qu'il existe une instance en cours. La difficulté provenait du fait que les requérants étaient restés inactifs entre une seconde demande d'expertise rejetée en 2000 et une saisine au fond du tribunal administratif en 2003. Face au grief tiré de l'incompatibilité avec l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la Convention européenne des

⁸ C.C., n° 2010-108 QPC, cons. 5.

⁹ Voir par exemple : C.C., n° 2010-14/22 QPC, cons. 30.

¹⁰ Voir par exemple : C.C., n° 2010-1 QPC, cons. 12.

¹¹ Voir par exemple : C.C., n° 2010-108 QPC, cons. 6.

¹² Voir par exemple : C.C., n° 2010-52 QPC.

¹³ Cette reconnaissance est explicite dans l'arrêt *M'Rida* rendu le même jour. Voir les commentaires sous cet arrêt.

droits de l'homme, la Cour administrative d'appel a jugé qu'il n'existait pas d'instance en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi de 2002 dans la mesure où l'instance au fond n'a été ouverte qu'en 2003. L'inaction de plus de deux ans aurait emporté pour conséquence, selon les termes du rapporteur public, une péremption ou un abandon d'instance. Le Conseil d'Etat retiendra une conception large de l'instance. Il considère que le délai d'inaction ne pouvait être « par lui-même » regardé, « en l'absence de forclusion ou de prescription de l'action en réparation », « pour l'application des stipulations de l'article 1^{er} du premier protocole, comme ayant clos l'instance qu'ils avaient engagée par leurs demandes d'expertise formées dans le but d'obtenir la réparation de leurs préjudice ». Il conclut que la cour administrative d'appel a ainsi commis une erreur de droit. Le Conseil d'Etat défend ainsi la continuité de l'instance entre les demandes d'expertise et la requête au fond d'indemnisation, les premières étant faites afin de permettre la seconde. Cette continuité ne vaut toutefois qu'en cas d'absence de forclusion ou de prescription de l'action en réparation. Cette définition large paraît toutefois plus réduite que celle suggérée par le rapporteur public pour les « instances en cours » au moment d'une censure du juge constitutionnel, selon laquelle « l'instance engagée » vise « tout justiciable à qui la disposition législative a été appliquée avant la décision sur la QPC et disposant encore d'une voie de droit ouverte, qu'un juge ait été ou non effectivement saisi »¹⁴.

§ II – La modulation par le juge administratif des effets de l'inconstitutionnalité

L'arrêt *Lazare* s'inscrit dans une perspective originale remettant en cause les conséquences classiques d'une décision de censure du Conseil constitutionnel portant sur une disposition législative. Saisi sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 ou 61-1 de la Constitution et face à un grief d'inconstitutionnalité, le juge constitutionnel peut soit le rejeter, la disposition législative contestée est reconnue conforme à la Constitution, soit l'accueillir et s'ouvre alors une alternative pour le juge. Celui-ci peut, d'une part, déclarer la disposition contraire à la Constitution ou, d'autre part, préserver de la censure cette disposition, parce qu'il est possible d'en retenir une interprétation conforme à la Constitution, et prononcer une réserve d'interprétation. Dans l'arrêt *Lazare*, le Conseil d'Etat fait produire à une décision de censure les effets d'une réserve d'interprétation, en préservant de la censure une norme supposée contenue dans la disposition déclarée contraire à la Constitution¹⁵.

Le Conseil d'Etat a en effet reconnu que le 2 du II de l'article 2 de la loi (application immédiate aux instances en cours) impliquait, implicitement mais nécessairement, l'application du dispositif

¹⁴ Dans ses conclusions sur l'arrêt *M'Rida*, le rapporteur public E. Geffray suggérait quant à lui la définition suivante des instances en cours visées par le Conseil constitutionnel, proche de celle retenue par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Delannoy et Vezele* : « l'ensemble des litiges, y compris dans leur phase pré-juridictionnelle, non forclos, dans lesquels il a été fait une application des dispositions » censurées par le juge constitutionnel.

¹⁵ Nous supposons ici pour acquise la distinction entre la disposition qui contient l'énoncé et la norme, la norme étant la signification de l'énoncé contenu dans la disposition.

anti-Perruche à des faits antérieurs à son entrée en vigueur mais qui n'avaient pas donné lieu à une instance en cours (application immédiate en dehors des procès en cours). La disposition contestée contenait donc deux normes (applicabilité immédiate aux procès en cours et applicabilité immédiate en dehors des procès en cours). Malgré la censure de la disposition par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat maintient la seconde norme, qui devient ainsi une norme sans support matériel puisqu'elle ne peut pas être rattachée à une disposition de loi. Il tend ainsi à moduler les effets de l'annulation contentieuse prononcée par le Conseil constitutionnel, en préservant de la censure une norme susceptible d'être considérée comme constitutionnelle.

Ce coup de force du Conseil d'Etat s'appuie sur une certaine ambiguïté de la décision du Conseil constitutionnel. Ce dernier a en effet jugé à l'appui de la censure que « si les motifs d'intérêt général précités pouvaient justifier que les nouvelles règles fussent rendues applicables aux instances à venir relatives aux situations juridiques nées antérieurement, ils ne pouvaient justifier des modifications aussi importantes aux droits des personnes qui avaient, antérieurement à cette date, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice ». Autrement dit, l'application du dispositif anti-Perruche aux instances en cours est inconstitutionnel, son application à des faits antérieurs n'ayant pas donné lieu à une instance est justifiée d'un point de vue constitutionnel. De cette incise, et au nom du respect de l'autorité de chose jugée qui s'attache non seulement au dispositif mais également aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, le Conseil d'Etat préserve cette seconde norme malgré la censure de la disposition sur laquelle elle s'appuie. Il considère que les motifs du Conseil constitutionnel posent une réserve d'interprétation, alors pourtant qu'il s'agit d'une censure (intégrale), la disposition contestée étant déclarée contraire à la Constitution tant dans les motifs que dans le dispositif de la décision. Avec la disparition de la disposition, disparaissent toutes les normes susceptibles d'y être rattachées. La relecture du juge administratif est pour le moins problématique. Peut-être pourra-t-on se consoler et n'y voir qu'une solution d'espèce avec l'affirmation de la doctrine autorisée du Conseil d'Etat selon laquelle, en matière de détermination des effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité, « le Conseil constitutionnel donne le « la » », c'est-à-dire qu'il dispose d'une compétence exclusive¹⁶.

¹⁶ X. Domino, A. Bretonneau, « Les suites de la QPC : histoire et géographie du dialogue des juges », *AJDA*, 2011, p. 1136.