



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*NOUVELLES DÉCISIONS RELATIVES AUX SUITES DE LA LOI « ANTI -PERRUCHE »*

XAVIER BIOY

Référence de publication : Bioy, Xavier (2011) Nouvelles décisions relatives aux suites de la loi « anti-perruche ». Constitutions : revue de droit constitutionnel appliqué (3). p. 403-404.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## NOUVELLES DÉCISIONS RELATIVES AUX SUITES DE LA LOI « ANTI -PERRUCHE »

**Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne ayant censuré le caractère rétroactif de la loi interdisant l'indemnisation du préjudice lié à la naissance (loi « anti-Perruche »), le Conseil d'État décide que cette interdiction s'applique aussi aux naissances antérieures à la loi mais n'ayant pas donné lieu à l'ouverture d'un procès avant elle. Cette solution n'a pas la même portée au regard du droit de propriété et du droit à un procès équitable.**

*The Constitutional Council and the European Court has censured the retroactivity of the law prohibiting compensation for damages related to the birth ("anti-Perruche Law"). Here, the State Council decide that the ban also applies to previous births the law but did not give binding at the opening of a trial before the law. This solution is differently acceptable relatively to right of property and right to fair trial.*

Par ces deux arrêts, le Conseil d'État solde les contentieux nés de l'inconventionnalité et de l'inconstitutionnalité des dispositions de la loi dite « anti-Perruche ». Rappelons l'analyse opérée par la Cour européenne de Strasbourg elle-même dans les affaires *Draon c/ France* (CEDH, 6 oct. 2005, n° 1513/03, AJDA 2005. 1924, obs. M.-C. Montecler ; D. 2005. 2546, obs. M.-C. de Montecler ; *ibid.* 2006. 1200, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; RDSS 2006. 149, obs. P. Hennion-Jacquet ; RTD civ. 2005. 743, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 798, obs. T. Revet) et *Maurice c/ France* (CEDH, 6 oct. 2005, n° 11810/03, AJDA 2005. 1924, obs. M.-C. Montecler ; D. 2006. 1915, obs. M.-C. de Montecler ; RDSS 2006. 149, obs. P. Hennion-Jacquet ; RTD civ. 2005. 743, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 798, obs. T. Revet) des 6 octobre 2005 et 21 juin 2006 (Gde. Ch.) qui rendent la loi inapplicable aux instances juridictionnelles en cours sur le fondement du droit aux biens, rendant ainsi inutile l'examen de sa compatibilité avec le droit au procès

équitable ou le droit à la vie privée. Différemment, pour le Conseil constitutionnel (Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, AJDA 2010. 1178 ; D. 2010. 1976, obs. I. Gallmeister, note D. Vigneau ; *ibid.* 1980, note V. Bernaud et L. Gay ; RFDA 2010. 696, C. de Salins ; RDSS 2010. 127, Colloque R. Pellet ; cette Revue 2010. 391, obs. A. Levade ; *ibid.* 403, obs. P. De Baecke ; *ibid.* 427, obs. X. Bioy ; RTD civ. 2010. 517, obs. P. Puig), la loi doit en effet être privée d'effet, sur le fondement de l'article 16 DDHC, dans la mesure où elle affecterait les instances en cours. Ici, il est question de rétablir, pour les instances en cours à la date de la loi, l'application du régime antérieur ; ce qui ne va pas sans quelques doutes notamment sur le régime applicable aux instances introduites après la loi mais portant sur des faits antérieurs à elle. Le Conseil doit ainsi à la fois apprécier le silence du Conseil constitutionnel et établir l'intention du législateur.

Dans l'affaire *Lazare*, un enfant atteint de myopathie et ses parents entendent faire reconnaître une erreur de diagnostic dans le cadre d'une consultation génétique opérée en 1992 en vue d'une éventuelle grossesse. La faute n'est pas évidente pour le juge et les requérants seront déboutés sur ce plan ; mais l'intérêt de l'arrêt réside dans le choix du régime applicable. Les requérants n'avaient en effet pas engagé d'instance avant l'entrée en vigueur de la loi et n'ont pas songé à invoquer la violation du droit aux « biens » du premier protocole de la Convention européenne avant la cassation (le moyen est donc inopérant). Dès lors, la question qui se pose au juge consiste à déterminer si le législateur de 2002 a entendu rétroagir sur les seuls faits antérieurs à la loi et si le Conseil constitutionnel n'a pas lui-même considéré que cette rétroactivité ne pouvait se prévaloir d'un motif d'intérêt général suffisant. Le Conseil d'État se trouve assez libre de cette interprétation car, une fois l'argument tenant au droit de propriété écarté, il lui revient de poser que la loi a entendu éviter toute indemnisation du préjudice lié à un handicap de naissance (sauf à remplir les conditions du recours à la solidarité nationale). Se trouvant face à la décision par laquelle le Conseil constitutionnel avait déclaré l'inconstitutionnalité de la loi en tant qu'elle affectait les instances juridictionnelles en cours, il relève que le juge constitutionnel n'a pas, lui non plus, entendu viser la rétroactivité à l'égard des faits générateurs de responsabilité eux-mêmes. La loi s'applique donc à eux, écartant la prétention de l'enfant et amenant au régime de la faute concernant les parents.

L'arrêt *Delannoy* parvient aux mêmes conclusions mais après avoir dû écarter cette fois l'application de la loi. En effet, en l'espèce, s'agissant de l'absence de détection d'une trisomie 21 en cours de grossesse, étaient invoqués à la fois l'inconventionnalité et l'inconstitutionnalité de la loi de 2002, les requérants ayant ouvert une instance avant l'entrée en vigueur de la loi. Le Conseil y sanctionne d'abord la Cour d'appel qui avait appliqué la loi rétroactivement aux faits antérieurs au motif qu'aucune instance n'avait été introduite avant la loi, alors même que plusieurs demandes d'expertise avaient été diligentées même si effectivement un procès n'était pas en cours (« ce délai ne pouvait par lui-même, en l'absence de forclusion ou de prescription de l'action en réparation, être regardé, pour l'application des stipulations de l'article 1<sup>er</sup> 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 préjudices »). Cette conception large du droit à agir en justice au nom du respect du premier Protocole illustre bien le réalisme du juge dans la protection des droits. Les faits, et non seulement l'instance qui les révèle, se trouvent ainsi en réalité protégés contre la loi. Puisqu'une instance existe, elle se trouve protégée, contre la loi, par le respect du droit aux biens et celui du droit au recours. Le Conseil écarte donc logiquement l'application de la loi et « ressuscite » sa jurisprudence *Quarez*, tout en ne trouvant, à nouveau, pas de faute à imputer à l'hôpital (l'interprétation des tests sanguins révélateur des risques n'était pas erronée et ne pouvaient se comprendre comme excluant les risques ; il n'y a donc pas défaut d'information). Là encore, il s'agit de protéger le droit au juge en protégeant l'instance largement entendue.

Cette lecture paraît réaliste. En effet, la Convention européenne et le système de question prioritaire entendent au fond protéger des droits concrets. Il s'agit ici soit du droit à réparation fondé sur l'article 4 de la Déclaration des droits, soit du droit au respect des biens de la Convention européenne, soit, et surtout, du droit au recours juridictionnel, doublé du principe de séparation des pouvoirs. Or, dans sa décision du 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC (préc.), le Conseil n'avait abordé les restrictions de responsabilité que sous l'angle de l'article 16 de la Déclaration de 1789, le droit au procès équitable. Il ne s'agirait donc que des instances effectivement engagées pour lesquelles les requérants pouvaient espérer avoir gain de cause. Au demeurant, on aurait compris la solution inverse consistant à dire que ce que le droit au recours tend à servir est *in fine* l'espoir de créance né de la jurisprudence « Perruche-Quarez ». Les faits antérieurs à la loi pourraient ainsi appeler un

droit au recours épaulé par le principe d'égalité. Si en effet la jurisprudence relative aux lois rétroactives méconnaissant des droits fondamentaux réprime des méconnaissances du droit au juge ou de la séparation des pouvoirs, elle n'en a pas moins pour objet de protéger, au-delà des droits procéduraux qui ne sont que des moyens, des droits substantiels comme le respect des biens. Or cet aspect n'a pas été soulevé valablement dans la première espèce, comme il est demeuré, en 2010, étranger à la décision du Conseil constitutionnel qui ne s'est pas situé sur le terrain du droit de propriété et qui a écarté le principe d'égalité en raison de l'existence d'autres moyens d'indemnisation (lesquels permettent aussi de satisfaire le droit à réparation fondé sur la liberté personnelle).

Au demeurant, si l'on voulait être plus exigeant, on relèverait qu'au terme de ces arrêts, le fait générateur n'est pas couvert par le droit de propriété hors de l'instance. Cette hiérarchisation *de facto* pourrait ne pas satisfaire le juge européen qui avait prioritairement sanctionné sur le fondement du droit de propriété en raison de la disproportion des niveaux d'indemnisation entre le juge et le fonds d'indemnisation. L'arrêt *Draon* se concentrait sur le droit de propriété et écartait en effet la violation des articles 6 et 13 (CEDH, 6 oct. 2005, n° 1513/03, préc.). D'une certaine manière, la solution retenue par le Conseil d'État, qui prive cette jurisprudence d'effet si les plaignants n'ont pas engagé à temps de recours, méconnaît quelque peu le droit au respect des biens faute de préciser, au regard du droit de propriété, la différence de situation existant entre requérants victimes d'un même fait, selon qu'ils ont ou non saisi le juge. On aurait ainsi pu envisager de retenir les faits générateurs intervenus après l'arrêt *Quarez*. La compatibilité de la solution avec la jurisprudence constitutionnelle pose moins de souci car elle se résume au cadre du droit à réparation que le Conseil constitutionnel estime satisfait quelle que soit la voie utilisée. Dès lors, l'arrêt du Conseil d'État paraît fondé en droit et surtout soucieux des deniers hospitaliers.