

## L'application dans le temps de la loi anti-Perruche : nouvel épisode à la Cour de cassation (à propos de l'arrêt du 14 novembre 2013)

Présenté par : **Mlle Laura Varaine**, *Doctorante en en droit privé, Université de La Réunion*

Date : **06/02/2014**

**Séminaire doctoral d'actualités juridiques**  
Faculté de droit et d'économie  
Université de La Réunion



Qui ne se souvient pas de la fameuse affaire Perruche qui avait défrayé la chronique lors du passage au nouveau siècle et qui avait donné lieu à un véritable choc des titans entre les pouvoirs législatif et judiciaire ? C'est une affaire semblable qui est à l'origine d'un arrêt rendu par la Première Chambre civile le 14 novembre dernier.

En l'espèce, à la suite de la naissance, en février 2005, d'un nouveau-né souffrant de handicaps physiques et mentaux, un couple avait poursuivi, en son nom personnel et au nom de son enfant mineur, le gynécologue en charge du suivi de la grossesse, celui-ci n'ayant détecté, en dépit d'une échographie, aucune pathologie particulière avant l'accouchement. Ils lui demandaient réparation du préjudice résultant de la perte de chance de l'enfant de ne pas naître et de leur propre préjudice incluant des charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de sa vie. La cour d'appel de Reims jugea irrecevable la demande formée au nom de l'enfant, conformément à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles. S'appuyant sur les articles 5 du Code civil et 53 de la CEDH, elle estimait qu'elle n'était pas tenue « *d'appliquer les principes énoncés par une jurisprudence étrangère au litige* ». Le couple forma alors un pourvoi en arguant que la juridiction d'appel aurait dû rechercher un juste équilibre entre la préservation de l'intérêt général et l'effectivité du droit au respect des biens. Se prononçant sur la compatibilité du rejet de l'action en réparation de la perte de chance de ne pas naître d'un enfant né handicapé après l'entrée en vigueur de l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles avec le droit au respect des biens, la Première Chambre civile répond « *qu'en application de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 (...) le régime forfaitaire d'allocations antérieur institué par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a été complété par un dispositif de*

*compensation du handicap en fonction des besoins, rendu progressivement applicable aux enfants handicapés, de sorte que la réparation issue du mécanisme de compensation actuel, prévu par l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles au titre de la solidarité nationale, procède d'un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens, dès lors que le dommage est survenu postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002* ». Elle rejette, par conséquent, le pourvoi.

Disons-le d'emblée, la solution n'emporte guère la conviction en dépit d'une argumentation fournie, et ce pour deux raisons. En premier lieu, même s'il est vrai que l'article L. 114-5 du CASF mérite d'être appliqué à toutes les actions en responsabilité relatives à des dommages subis après la loi du 4 mars 2002, les motifs retenus par la Cour de cassation sont totalement discutables (I). En second lieu, d'après la Cour, le dommage causé avant la loi du 4 mars 2002 devrait nécessairement être réparé. Pourtant, il nous semble que certains préjudices ne puissent plus l'être depuis la loi du 11 février 2005 (II).

**I. LA MOTIVATION DISCUTABLE DE L'APPLICATION DE L'ARTICLE L. 114-5 DU CASF AUX DOMMAGES SUBIS POSTERIEUREMENT A LA LOI DU 4 MARS 2002**

On ne pourra tenir rigueur à la Cour de cassation d'avoir exclu la réparation du dommage subi par toute personne étant née handicapée postérieurement à la loi du 4 mars 2002 mais il faut bien reconnaître que sa motivation est particulièrement maladroite. En effet, elle fait produire à la loi de 2005 un effet rétroactif sans que l'on sache vraiment pourquoi (A). Son argumentation, fondée sur la recherche d'un équilibre entre l'intérêt général et le droit au respect des biens, semble d'autant plus inadéquate que l'enfant n'avait en réalité aucun droit de créance (B).

**A. LE FONDEMENT INCERTAIN DE LA RETROACTIVITE DE LA LOI DU 11 FEVRIER 2005**

Si la Première Chambre civile refuse de réparer le préjudice résultant de la perte de chance de ne pas naître dans la présente affaire, c'est dit-elle parce que le mécanisme de compensation instauré par la loi du 11 février 2005, qui complète la loi du 4 mars 2002,

concilie adroitement l'intérêt général et le droit au respect des biens. La solution vaut, précise-t-elle pour tous les dommages similaires subis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, soit à compter du 7 mars 2002. La solution peut sembler quelque peu inappropriée au regard des règles de résolution des conflits de lois dans le temps.

L'application de la loi du 11 février 2005 à un dommage survenu après son entrée en vigueur ne peut surprendre compte tenu du principe d'application immédiate de la loi nouvelle aux effets à venir des situations juridiques en cours et aux situations juridiques futures. En revanche, l'application de la loi du 11 février 2005 à un dommage survenu entre l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 et sa propre entrée en vigueur paraît plus surprenante. Il suffit, pour s'en convaincre, de déterminer le jour de naissance de la créance de réparation dans le cadre d'une action en responsabilité. Deux possibilités sont envisageables.

- La première consiste à dire que le jugement est constitutif et que la créance de réparation naît le jour où la juridiction statue.
- La seconde possibilité revient à considérer le jugement comme un acte simplement déclaratif, ce qui signifie que la créance de réparation voit le jour dès la réalisation du dommage.

C'est cette seconde possibilité qu'il convient de retenir puisque « *le fait dommageable est un fait juridique générateur d'obligations*<sup>1</sup> ». Appliquer la loi du 11 février 2005 à des actions en réparation de dommages subis avant son entrée en vigueur revient alors à l'appliquer à une situation juridique passée, autrement dit à lui faire produire un effet rétroactif. Le fondement de cette rétroactivité constitue un vrai mystère dans la mesure où les dispositions transitoires de la loi de 2005 ne semblent pas s'intéresser aux dommages survenus entre le 7 mars 2002 et sa mise en application. La loi n'étant pas, sur ce point en tout cas, expressément rétroactive, pourrait-elle néanmoins être considérée comme une loi interprétative ou comme une loi de validation ?

Cela étant, même si l'on arrivait à justifier l'effet rétroactif de la loi du 11 février 2005, la motivation de la Cour demeurerait critiquable puisqu'il est vain de se livrer à la recherche d'un équilibre entre l'intérêt général et le droit au respect d'une créance qui n'existe pas.

---

<sup>1</sup> M. Bacache, note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 janvier 2006, Gaz. Pal. 2006, p. 32.

## **B. L'INUTILE RECOURS AU CONTROLE DE PROPORTIONNALITE EN L'ABSENCE D'ESPERANCE LEGITIME**

Etait-il vraiment nécessaire de procéder à un contrôle de proportionnalité pour conclure à l'irrecevabilité de l'action en responsabilité formée par les requérants ? La réponse à cette question nécessite de s'interroger, au préalable, quant à la réalité de la créance de réparation invoquée par ces derniers. Or, il est évident que la loi du 4 mars 2002 qui a fixé le principe de l'exclusion de la réparation de la perte de chance de ne pas naître, a retiré toute espérance légitime aux enfants nés handicapés en anéantissant la jurisprudence Perruche<sup>2</sup>. Dès lors que les requérants n'avaient aucune espérance légitime, ils ne pouvaient se prévaloir de la violation du droit au respect des biens puisque, concrètement, ils n'avaient aucun droit de créance ! Il est donc dommage que l'on ne soit pas contenté de constater, en l'espèce, l'inexistence de la créance de réparation.

Au final, on ne pourra que se consoler en se disant qu'il aurait été bien difficile, en retenant une motivation correcte, d'aboutir à un autre résultat. En revanche, on a bien du mal à se satisfaire, de l'inapplication de l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles à tous les dommages survenus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002.

## **II. L'INAPPLICATION DISCUTABLE DE L'ARTICLE L. 114-5 DU CASF A TOUT DOMMAGE SURVENU ANTERIEUREMENT A LA LOI DU 4 MARS 2002**

Lorsque le dommage est survenu avant l'adoption de la loi du 4 mars 2002, il ne fait guère de doute que l'article L. 114-5 remet en cause des espérances légitimes. La question qui se pose est alors de savoir si le législateur a trouvé le bon équilibre entre l'intérêt général et le droit au respect des biens. Si cet équilibre n'avait pas encore été trouvé jusqu'à la loi du 11 février 2005 (A), celle-ci marque, d'après le présent arrêt un tournant. La Première Chambre civile n'aurait-elle pas dû en tirer toutes les conséquences et envisager

---

<sup>2</sup> J.-P. Marguénaud, note sous CEDH gr. ch., 6 octobre 2005, *Draon c/ France et Maurice c/ France*, RTD Civ. 2005, p. 743.

l'irrecevabilité de certaines actions en responsabilité pour des dommages survenus avant le 7 mars 2002 (B) ?

**A. L'INAPPLICATION JUSTIFIEE DE L'ARTICLE L. 114-5 DU CASF A TOUT DOMMAGE JUSQU'A L'ENTREE EN VIGUEUR DE LA LOI DU 11 FEVRIER 2005**

Antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 11 février 2005, l'irrecevabilité de l'action en responsabilité des enfants nés handicapés avant le 7 mars 2002 pouvait effectivement paraître injustifiée au regard de la jurisprudence interne et européenne.

On se souvient qu'à la suite des affaires Quarez et Perruche, à la faveur desquelles la Cour de cassation avait accepté de réparer le préjudice résultant de la perte de chance de ne pas naître<sup>3</sup>, le législateur était intervenu le 4 mars 2002 pour consacrer la règle selon laquelle « *nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* » et exclure le versement aux parents d'une indemnité couvrant les frais liés à la prise en charge du handicap de l'enfant tout au long de sa vie. La loi étant expressément rétroactive et devant s'appliquer aux instances en cours lors de son entrée en vigueur, la Cour européenne des droits de l'Homme avait conclu, à la faveur des arrêts *Maurice et Draon c/ France*<sup>4</sup>, à l'inconventionalité des dispositions transitoires. Peu de temps plus tard, la Cour de cassation neutralisait également l'effet rétroactif de la loi au prétexte que « *l'article L. 114-5 CASF, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap, sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale, quand les parents de l'enfant handicapé pouvaient en l'état de la jurisprudence, applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur enfant serait indemnisé au titre du préjudice résultant de son handicap* ». Si le présent arrêt avait été rendu sous l'empire de la seule loi du 4 mars 2002, l'affirmation de la Première Chambre civile n'aurait donc sans doute pas prêté le flan à la critique. Comment aurait-elle pu prendre le risque de se contredire ou de faire l'objet d'une énième condamnation par la Cour de Strasbourg ?

---

<sup>3</sup> V. notamment Ass. Plen., 17 novembre 2000 : D. 2001, p. 316, concl. J. Sainte-Rose, 332, note D. Mazeaud, et p. 336, note P. Jourdain ; RDSS 2001, p. 1, note A. Terrasson de Fougères ; RTD civ. 2001, p. 77, obs. B. Markesinis, p. 103, obs. J. Hauser, p. 149, obs. P. Jourdain, p. 226, obs. R. Libchaber, et p. 547, obs. P. Jestaz.

<sup>4</sup> CEDH 6 octobre 2005, *Draon c/ France* et *Maurice c/ France*, AJDA 2005, p. 1924, et D. 2005, p. 2546, obs. M.-C. de Montecler ; D. 2006, p. 1202, obs. H. Gaumont-Prat, et p. 1915, obs. M.-C. de Montecler ; RDSS 2006, p. 149, obs. P. Hennion-Jacquet ; RTD civ. 2005, p. 743, obs. J.-P. Marguénaud, et p. 798, obs. T. Revet.

Mais en tirant toutes les conséquences de l'argumentation de la Cour de cassation dans cet arrêt du 14 novembre 2013, l'inapplication de l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles paraît-elle toujours justifiée après l'entrée en vigueur de la loi du 11 février 2005 ?

**B. L'INAPPLICATION INJUSTIFIEE DE L'ARTICLE L. 114-5 DU CASF A CERTAINS DOMMAGES APRES L'ENTREE EN VIGUEUR DE LA LOI DU 11 FEVRIER 2005**

La Cour de cassation, tirant maladroitement argument de la proportionnalité des intérêts en présence pour justifier l'application de l'article L. 114-5 aux dommages survenus après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, omet en revanche de se fonder sur le résultat positif de ce contrôle de proportionnalité pour mettre en œuvre le même article dans le cadre des actions en responsabilité concernant des dommages survenus avant 2002.

La Cour de cassation disait pourtant, en 2006<sup>5</sup>, que le seul obstacle à la mise en œuvre de l'article premier de la loi du 4 mars 2002 résidait dans les insuffisances du mécanisme de compensation fondé sur le recours à la solidarité nationale. La logique voudrait, puisque ces insuffisances ont disparu, que le texte puisse s'appliquer dès lors qu'une disposition transitoire lui conférait un effet rétroactif. Certes, il va de soi que la Première Chambre civile ne pouvait remettre en cause la réparation des préjudices survenus avant le 7 mars 2002 en appliquant l'article L. 114-5 à des affaires définitivement jugées ou à des instances en cours, sauf à remettre en cause l'effet abrogatif de la décision QPC du 11 juin 2010<sup>6</sup> par laquelle le Conseil constitutionnel a remis en cause la constitutionnalité de l'article 2 de la loi du 11 février 2005 qui prévoyait d'appliquer cette dernière aux instances en cours. A première vue, il ne semble guère étonnant non plus que la Cour refuse d'admettre, à la faveur de la décision étudiée, l'application de l'article L. 114-5 aux instances à venir concernant ces mêmes préjudices. Rappelons qu'elle a décidé, contrairement au

---

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janvier 2006 : Bull. civ. I, n° 31 ; JCP 2006, 800, obs. A. Gouttenoire et S. Porchy-Simon ; JCP S 2006, 1502, obs. P. Morvan – 21 février 2006 : Bull. civ. I, n° 94 ; RDSS 2006, p. 357, obs. P. Hennion-Jacquet.

<sup>6</sup> Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC : JO 12 juin, p. 10847 ; D. 2010, p. 1976, note D. Vigneau ; D. 2010, p. 1980, note V. Bernaud et L. Gay ; D. 2010, p. 2086, note P. Pédrot et J. Sainte-Rose.

Conseil d'Etat<sup>7</sup>, d'interpréter de façon radicale la décision du Conseil constitutionnel en ayant égard au seul dispositif qui, contrairement aux motifs, ne faisait aucune distinction, quant à la portée de l'abrogation, entre les règles applicables aux instances en cours et celles régissant les instances à venir. Mais sa position, qui ne se justifiait pas vraiment à l'époque, paraît encore moins légitime aujourd'hui qu'elle déclare que la loi de 2005 a instauré un juste équilibre entre les intérêts en présence. Peut-être est-elle gênée par l'idée de ressusciter un texte qu'elle a toujours souhaité évincer de l'ordonnement juridique.

Sans doute la Première Chambre civile se serait-elle mise à l'abri de telles contradictions si elle n'avait pas recouru à un inutile contrôle de proportionnalité pour justifier du bien fondé de la première partie de sa décision. Par où l'on voit que les solutions plus simples sont bien souvent les meilleures.

---

<sup>7</sup> CE 13 mai 2011, n<sup>os</sup> 317808 et 329290 (2 arrêts) : Lebon 238 ; RDSS 2011, p. 749, note D. Cristol ; RFDA 2011, p. 772, concl. J.-P. Thiellay.

## 1. Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 2013 (n° 12-21.576)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Reims, 6 septembre 2011), que Mme X... a donné naissance, [en] février 2005, à [un enfant atteint] d'une anomalie chromosomique génératrice d'un syndrome de Wolf-Hirschhorn, à l'origine de très graves handicaps physiques et mentaux, que M. et Mme X..., tant en leur nom personnel qu'au nom de leur enfant mineur, ont recherché la responsabilité de M. Z..., médecin gynécologue qui avait suivi la grossesse jusqu'en décembre 2004 et effectué notamment une échographie le 8 décembre ;

### **Sur le troisième moyen, qui est préalable :**

Attendu que M. et Mme X... font grief à l'arrêt attaqué de dire irrecevable leur demande introduite au nom de leur [enfant mineur], alors, selon le moyen, *que, si une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action 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, de sorte que ne peut être prohibée l'action de l'enfant né handicapé et exclues du préjudice des parents les charges particulières qui en découlent tout au long de sa vie pour instituer uniquement un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale ; qu'en jugeant irrecevable la demande des époux X..., agissant au nom de leur enfant mineur au titre du préjudice de celui-ci, en tant que par application des dispositions de l'article 5 du code civil et de l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge français n'était pas tenu d'appliquer les principes énoncés par une jurisprudence étrangère au litige, quand le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens devait être respecté, la cour d'appel a violé l'article 1er du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 1er de la loi du 4 mars 2002, devenu l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles, ensemble les articles 1165 et 1382 du code civil ;*

Mais attendu qu'en application 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, le régime forfaitaire d'allocations antérieur institué par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 a été complété par un dispositif de compensation du handicap en fonction des besoins, rendu progressivement applicable aux enfants handicapés, de sorte que la réparation issue du mécanisme de compensation actuel, prévu par l'article L. 114-5 du code de l'action sociale et des familles au titre de la solidarité nationale, procède d'un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens, dès lors que le dommage est survenu postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 ; que le moyen tiré de la violation de l'article 1er du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas fondé ;

[...]

**PAR CES MOTIFS :**

REJETTE le pourvoi ;