

RAPPORT DE SYNTHESE DE LA COUR DE CASSATION 2007 (suite)

2.2. La réparation des dommages

Les professionnels de santé, les établissements, services ou organismes de santé et leurs assureurs ainsi que les promoteurs de recherche biomédicale sont tenus, à la suite des fautes qu'ils ont commises ou au titre d'une responsabilité de plein droit, d'indemniser les victimes de leurs préjudices. De même, les producteurs de produits de santé assument, sous certaines conditions, la réparation des dommages causés par leurs produits défectueux, y compris lorsque ces dommages résultent d'une contamination par le virus de l'hépatite C (VHC) ayant pour origine une transfusion de produits sanguins ou une injection de médicaments dérivés du sang.

La réparation de certains dommages liés à l'activité médicale peut être aussi assumée par la solidarité nationale :

- soit la responsabilité du professionnel, de l'établissement, service ou organisme de santé, du promoteur ou du producteur n'est pas engagée. C'est le cas, depuis la loi n° 2002-330 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, des dommages les plus graves résultant d'accidents médicaux, d'infections nosocomiales ou d'affections iatrogènes. C'est aussi celui des dommages liés à une recherche biomédicale, sans qu'un seuil de gravité ne soit exigé ;

- soit la solidarité nationale coexiste avec la responsabilité et est destinée à en atténuer la rigueur. La loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale a, pour les dommages les plus graves résultant d'infections nosocomiales, étendu cette réparation aux cas dans lesquels la responsabilité des établissements, services ou organismes de santé est engagée de plein droit ;

- soit les dommages sont pris en charge au titre de la solidarité nationale dans la mesure où ils sont liés à des vaccinations obligatoires, à l'intervention en cas de circonstances exceptionnelles d'un professionnel, établissement, service ou organisme de santé en dehors du champ de son activité de prévention, de diagnostic ou de soins ou encore à des mesures d'urgence résultant d'une menace sanitaire grave ;

- soit, enfin, ils correspondent à des dommages collectifs comme en matière de contamination par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH), causée par une transfusion de produits sanguins ou une injection de produits dérivés du sang, ou d'un traitement par l'hormone de croissance et sont indemnisés par la solidarité nationale indépendamment de toute responsabilité.

La réparation au titre de la solidarité nationale des dommages consécutifs à des accidents médicaux, des infections nosocomiales et des affections iatrogènes a été confiée aux commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (CRCI) et à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), créés par décrets n° 2002-886 du 3 mai et n° 2002-638 du 29 avril 2002. L'ONIAM est un établissement public à caractère administratif de l'Etat, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé assurant

l'indemnisation des victimes. Sa mission d'indemnisation a été étendue par la loi du 30 décembre 2002 aux dommages liés au traitement par l'hormone de croissance extractive et par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique aux préjudices directement imputables aux vaccinations obligatoires, aux dommages résultant de contaminations par le VIH à la suite de transfusions de produits sanguins ou d'injections de produits dérivés du sang ainsi qu'aux dommages imputables directement à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins réalisée en application de mesures d'urgence liées à une menace sanitaire.

La nature et l'étendue des dommages subis et des préjudices en résultant sont donc désormais déterminées par les juridictions judiciaires et administratives en l'absence de réparation amiable mais aussi par les CRCI et l'ONIAM.

Il y a lieu de caractériser les préjudices liés à la faute ou à l'activité des professionnels de santé, des établissements, services ou organismes de santé, des producteurs de produits de santé et des promoteurs de recherche biomédicale (2.2.1.) puis de déterminer selon quelles modalités une indemnisation pourra être mise en œuvre (2.2.2.).

2.2.1. La caractérisation des préjudices

Il appartient à la victime d'établir quels préjudices elle a subis sachant qu'elle n'est pas tenue, selon la Cour de cassation, de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable du dommage en se soumettant aux actes médicaux préconisés (2^e Civ., 19 juin 2003, Bull. 2003, II, n° 203, p. 171, pourvoi n° 00-22.302).

Il est nécessaire mais parfois très complexe dans le cas de dommages liés à l'activité médicale, de distinguer la part des dommages liés à *l'état antérieur* de la victime ayant le plus souvent justifié les soins ou à ses conséquences prévisibles et la part relevant de la faute, l'accident, l'infection ou l'affection survenus ; seule cette dernière justifiant une réparation.

La caractérisation des préjudices implique pratiquement toujours de recourir à une *expertise* médicale amiable ou judiciaire permettant de décrire et évaluer les atteintes subies. Les expertises sont soumises à des règles différentes suivant le cadre dans lequel elles sont effectuées. Dans certains cas, la désignation d'un expert revêt un caractère obligatoire (*V. infra* 2.2.2.).

Les préjudices éprouvés par la victime d'un dommage corporel sont d'ordres différents et peuvent avoir des conséquences sur sa vie personnelle mais aussi sur sa vie professionnelle et ses revenus. Ils ont été progressivement pris en compte dans différents postes, toujours plus nombreux réparant chacun une conséquence spécifique d'une même atteinte. De même l'indemnisation du préjudice économique et moral subi par les proches a été admise dans des proportions de plus en plus larges. Ces préjudices ont été déterminés et évalués au moyen de méthodes et quantum d'indemnisation hétérogènes fondés sur une pluralité de barèmes médicaux et de nomenclatures élaborés progressivement par différentes instances.

La nécessité d'une harmonisation des méthodes d'indemnisation des préjudices

corporels s'est peu à peu imposée afin de favoriser la prise en compte de l'ensemble des préjudices subis et une égalité de traitement entre les victimes ; la coexistence de différents régimes d'indemnisation renforçant l'utilité d'une telle harmonisation. Une nomenclature des préjudices corporels a été élaborée en 2003 par un groupe de travail présidé par Madame Lambert-Faivre, sous l'égide du Conseil national de l'aide aux victimes. Cette nomenclature a répertorié et défini les préjudices de la victime directe et de la victime par ricochet, les préjudices patrimoniaux et personnels ainsi que les préjudices temporaires et permanents. Une nouvelle nomenclature des préjudices corporels a été élaborée en 2005 par un groupe de travail présidé par M. Dintilhac, à la demande de la Secrétaire d'Etat aux droits des victimes invoquant la nécessité de pouvoir disposer d'une nomenclature incontestable et uniforme des différents chefs de préjudice, applicable à l'ensemble des victimes de dommages corporels quels qu'en soient les causes. Elle énonce aussi par catégories et sous-catégories différents postes de préjudice et permet ainsi d'appréhender aisément l'ensemble des éléments à retenir pour caractériser le préjudice subi par la victime. Elle facilite par cette méthodologie analytique la détermination du montant des sommes dues aux victimes et aux organismes tiers payeurs disposant d'une action récursoire relative aux indemnités versées à ces dernières.

Le recours à cette nomenclature ne s'impose pas. Cependant il est, au moins pour partie, nécessaire depuis la loi du n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la Sécurité sociale pour 2007 ayant, conformément aux propositions concordantes de ces groupes de travail, modifié les conditions d'exercice des recours subrogatoires des tiers payeurs. L'article 25 de cette loi a modifié l'article L. 376-1 du code de la sécurité sociale et prévu que les tiers payeurs n'auraient de recours que sur les postes de préjudice ayant donné lieu au versement de prestations et non plus sur l'ensemble des préjudices à caractère économique, ce qui implique de distinguer les différents postes de préjudice subis par la victime et au minimum parmi eux, ceux sur lesquels un recours est exercé. (*V. infra 2.2.2.*)

Une harmonisation des *quantum* d'indemnisation pour un même préjudice semble aussi nécessaire dans un même souci d'égalité entre l'ensemble des victimes de dommages corporels ; leurs préjudices pouvant être très diversement appréciés. Une telle harmonisation est cependant plus complexe à mettre en œuvre dans la mesure où elle ne doit pas porter atteinte à l'office du juge consistant à déterminer dans les différentes situations qui lui sont soumises l'étendue du préjudice effectivement subi par chaque victime afin d'en assurer une réparation intégrale. L'évaluation des préjudices ne peut donc reposer sur la seule application d'un barème ; les incidences économiques d'une même atteinte corporelle variant, à titre d'exemple, suivant l'activité exercée. L'élaboration d'« un référentiel indicatif national » permettant de réduire les écarts d'indemnisation fréquemment dénoncés avait été envisagée dans la mission confiée au groupe de travail présidé par Madame Lambert-Faivre et demeure toujours en projet.

Certains préjudices sont communs à l'ensemble des victimes de dommages corporels (2.2.1.1.) ; d'autres préjudices sont plus spécifiquement liés à l'activité médicale (2.2.1.2.).

2.2.1.1. Les préjudices de droit commun

Ces préjudices font l'objet de différents chefs ou postes qui peuvent être examinés conformément à la nomenclature Dintilhac. Ils peuvent être éprouvés par la victime ayant subi les soins litigieux ou ses proches.

2.2.1.1.1. Les préjudices de la victime directe d'un dommage corporel

Certains préjudices présentent un caractère pécuniaire ou patrimonial correspondant tantôt à des pertes subies par la victime en raison des dépenses et frais exposés, tantôt à des gains professionnels manqués. D'autres préjudices sont dépourvus de toute incidence patrimoniale dans la mesure où c'est l'être même de la victime qui est atteint. Il a semblé particulièrement nécessaire de distinguer les conséquences économiques et les conséquences strictement personnelles de toute incapacité afin d'assurer une meilleure indemnisation.

Les préjudices patrimoniaux correspondent en principe à des postes sur lesquels les tiers payeurs ont versé des indemnités et peuvent exercer un recours subrogatoire. Cependant depuis la loi du 21 décembre 2006, ces derniers peuvent aussi exercer leur recours sur un poste de préjudice personnel s'ils établissent qu'ils ont effectivement et préalablement versés à la victime une prestation indemnisant de manière incontestable un poste de préjudice personnel (*V. infra 2.2.2*).

Ces différents préjudices sont subis de manière temporaire ou définitive lorsqu'ils subsistent au delà de la consolidation correspondant à la date de stabilisation des conséquences des lésions organiques et physiologiques, fixée le plus souvent par l'expert médical. Ils peuvent être réparés par le versement d'une indemnité ou d'une rente indexée lorsqu'ils se perpétuent durant une longue période après la consolidation.

2.2.1.1.1.1. Les préjudices patrimoniaux

2.2.1.1.1.1.1. Les préjudices patrimoniaux temporaires

Ils comprennent les dépenses de santé actuelles, les frais divers et les pertes de gains professionnels jusqu'à la consolidation.

Les dépenses de santé actuelles correspondent à l'ensemble des frais hospitaliers, médicaux, paramédicaux et pharmaceutiques et assimilés ; la plupart de ces dépenses étant habituellement pris en charge par les organismes sociaux mais un reliquat pouvant cependant demeurer à la charge de la victime.

Les frais divers sont constitués par les honoraires que le victime a été contrainte de déboursier auprès de médecins pour se faire conseiller et assister à l'occasion de l'expertise médicale la concernant, les frais de transport, les dépenses destinées à compenser des activités non professionnelles telles que des travaux ménagers, ou la garde des enfants qui n'ont pu être assumées par la victime... Sont aussi comprises dans ce poste les dépenses engagées pour recourir à un personnel de remplacement durant la période d'immobilisation de la victime ayant le statut d'artisan ou de commerçant.

Les pertes de gains professionnels subies par la victime du fait de son incapacité provisoire de travail jusqu'à sa consolidation constituent aussi un préjudice patrimonial temporaire, quelles aient été totales ou partielles. L'évaluation de ces

perles de gains doit être effectuée *in concreto*, la victime devant apporter la preuve de la perte de revenus subie jusqu'au jour de sa consolidation. Les indemnités journalières versées par les organismes sociaux ou les employeurs publics compensant partiellement ou totalement les pertes subies doivent être prises en compte, contrairement aux prestations sociales qui ne donnent pas lieu à un recours subrogatoire. La Cour de cassation a, en effet, retenu que seules devaient être imputées sur l'indemnité réparant l'atteinte à l'intégrité physique de la victime les prestations versées par des tiers payeurs qui ouvraient droit au profit de ceux-ci à un recours subrogatoire contre la personne tenue à réparation et en a déduit que des allocations versées dans le cadre du devoir de solidarité nationale, telles que le revenu minimum d'insertion, les allocations de chômage et l'allocation complémentaire de l'indemnité d'insertion ne revêtaient pas un caractère indemnitaire et ne devaient pas être déduits du préjudice subi par la victime (2^e Civ., 28 mars 1994, Bull. 1994, II, n^o 113, p. 65, pourvoi n^o 91-17.165 ; 2^e Civ., 7 avril 2005, Bull. 2005, II, n^o 90, p. 80, pourvoi n^o 04-10.563 et 2^e Civ., 24 mai 2006, Bull. 2006, II, n^o 133, p. 125, pourvoi n^o 04-19.210).

Ces différents préjudices doivent être liés à la faute commise, à l'accident, à l'infection ou à l'affection survenus. La victime comme les tiers payeurs ne peuvent obtenir, à la suite d'un dommage, le remboursement de l'ensemble des soins reçus. De même, les frais et pertes de gains professionnels ne peuvent être pris en compte s'ils étaient inhérents aux soins ou au traitement subi.

2.2.1.1.1.2. Les préjudices patrimoniaux permanents

Ils incluent les dépenses de santé futures, les frais de logement et de véhicules adaptés, l'assistance par une tierce personne, les pertes de gains professionnels futurs, l'incidence professionnelle et le préjudice scolaire, universitaire ou de formation.

Les dépenses de santé futures correspondent aux frais hospitaliers, médicaux, paramédicaux et pharmaceutiques et assimilés médicalement prévisibles, répétitifs et rendus nécessaires par l'état pathologique de la victime après la consolidation. Ils incluent les frais liés à l'installation de prothèses ou à la pose d'appareillages spécifiques.

Les frais de logement adapté sont les dépenses que la victime doit déboursier à la suite du dommage pour adapter son logement en cas de handicap ; cette indemnisation intervenant sur la base de factures, de devis ou même des conclusions de l'expert sur la consistance et le montant des travaux nécessaires à la victime pour vivre dans son logement. Ce sont aussi éventuellement les dépenses liées à l'entrée dans un établissement médicalisé et à l'acquisition ou à la location d'un domicile adapté plus coûteux, incluant les frais de déménagement et d'emménagement.

Les frais de véhicule adapté comprennent les dépenses nécessaires pour procéder à l'adaptation d'un ou plusieurs véhicules aux besoins de la victime en cas de handicap permanent. Il y a lieu d'inclure, le cas échéant, le surcoût d'achat d'un véhicule susceptible d'être adapté et de renouvellement du véhicule et de son entretien. Il est possible d'y assimiler les surcoûts de frais de transport de la victime ne pouvant plus accéder aux transports en commun à la suite du dommage.

L'assistance par tierce personne permet une indemnisation du coût pour la victime de

la présence nécessaire, de manière définitive, d'une tierce-personne, salariée ou non, à ses côtés pour suppléer sa perte d'autonomie. La Cour de cassation a en effet précisé que le montant d'une indemnité allouée au titre de l'assistance d'une tierce personne ne saurait être réduit en cas d'assistance par un membre de la famille (**Ass. Plén., 28 novembre 2001, Bull. 2001, Ass. Plén., n° 15, pourvoi n° 00-14.248 ; 2^e Civ., 5 juin 2003, Bull. 2003, II, n° 176, p. 151, pourvoi n° 01-16.335**).

Les pertes de gains professionnels futurs résultent de la perte d'emploi, d'un changement d'emploi ou de la prise d'un emploi à temps partiel, une fois la victime consolidée. S'il s'agit de jeunes victimes, il y a lieu de prendre en compte pour l'avenir la privation de ressources professionnelles engendrées par le dommage en procédant par estimation. Les prestations servies à la victime par les organismes de sécurité sociale, les mutuelles, les institutions de prévoyance et les assureurs, les employeurs publics doivent être déduites de ce poste de préjudice dans la mesure où elles tendent à indemniser, le plus souvent forfaitairement, l'aspect au moins patrimonial du déficit subi par la victime. La Cour de cassation a cependant retenu, comme pour les autres allocations dépourvues de caractère indemnitaire, que l'allocation aux adultes handicapés ne devait pas être prise en compte pour évaluer les indemnités réparant l'incapacité permanente partielle de la victime d'un accident et l'incidence professionnelle de celui-ci (**2^e Civ., 14 mars 2002, Bull. 2002, II, n° 45, p. 38, pourvoi n° 00-13.917**).

L'incidence professionnelle indemnise la dévalorisation sur le marché du travail, la perte d'une chance professionnelle et la pénibilité accrue au travail ou encore la nécessité d'abandonner une profession au profit d'une autre à la suite du dommage. Il est nécessaire de prendre en compte les frais liés au reclassement professionnel et plus largement au retour de la victime dans la sphère professionnelle, qu'ils soient assumés par la victime ou un organisme social, ainsi que le déficit de revenus futurs qui va avoir une incidence sur le montant de la retraite à laquelle pourra prétendre la victime. De même, il y a lieu de procéder par estimation pour des victimes qui ne sont pas encore entrées dans la vie active.

Le préjudice scolaire, universitaire ou de formation résulte de la perte d'années d'étude ou de formation ou encore de la modification d'orientation ou même de la renonciation à toute formation compromettant l'intégration de la victime dans le monde du travail.

2.2.1.1.2. Les préjudices extrapatrimoniaux

2.2.1.1.2.1. Les préjudices extrapatrimoniaux temporaires

Ils comprennent le déficit fonctionnel temporaire, les souffrances endurées et le préjudice esthétique temporaire jusqu'à la consolidation.

Le déficit fonctionnel temporaire correspond à l'incapacité fonctionnelle totale ou partielle subie jusqu'à la consolidation. Il traduit la perte de qualité de vie, des activités et des joies usuelles de la vie courante notamment lors d'hospitalisations.

Les souffrances endurées peuvent être des souffrances physiques et psychiques ou des troubles associés subis par la victime.

Le préjudice esthétique temporaire peut être alloué lorsque la victime subit une altération de son apparence physique temporaire pouvant avoir des conséquences personnelles très préjudiciables liées notamment au regard des tiers.

2.2.1.1.2.2. Les préjudices extrapatrimoniaux permanents

Ils comprennent le déficit fonctionnel permanent, le préjudice d'agrément, le préjudice esthétique permanent, le préjudice sexuel, le préjudice d'établissement et les préjudices permanents exceptionnels.

Le déficit fonctionnel permanent résulte du taux d'incapacité fonctionnel et indemnise le déficit physiologique définitif de la victime, la douleur permanente qu'elle ressent, la perte de la qualité de vie et les troubles dans les conditions d'existence qu'elle rencontre au quotidien après sa consolidation, la perte d'autonomie personnelle qu'elle vit dans ses activités journalières ainsi que tous les déficits fonctionnels spécifiques qui demeurent même après la consolidation. Il est possible d'indemniser ce préjudice au moyen d'un capital ou d'une rente indexée affectée d'une clause de révision.

Le préjudice d'agrément vise, selon la nomenclature Dintilhac, à réparer exclusivement l'impossibilité pour la victime de pratiquer régulièrement une activité spécifique sportive ou de loisirs. Il doit être apprécié *in concreto* en tenant compte de tous les paramètres individuels de la victime (âge, niveau, ...). Il constitue donc seulement l'une des composantes du préjudice d'agrément défini par la Cour de cassation comme le préjudice subjectif de caractère personnel résultant des troubles ressentis dans les conditions d'existence (**Ass. Plén., 19 décembre 2003, Bull. 2003, Ass. Plén., n° 8, p. 21, pourvoi n° 02-14.783 et 2^e Civ., 3 juin 2004, Bull. 2004, II, n° 276, p. 235, pourvoi n° 02-14.920**), les autres aspects correspondant désormais, dans la nomenclature, au déficit fonctionnel permanent.

Le préjudice esthétique permanent répare les atteintes physiques et plus généralement les éléments de nature à altérer l'apparence physique de la victime tels que les cicatrices. Il est en principe évalué par les experts selon une échelle de 1 à 7, allant de très léger à très important.

Le préjudice sexuel peut être un préjudice morphologique lié à une atteinte aux organes sexuels, un préjudice lié à l'acte sexuel lui-même en raison d'une perte de libido, de capacité physique à l'accomplissement de l'acte sexuel ou de capacité à accéder au plaisir, ou encore un préjudice lié à une impossibilité ou une difficulté de procréer. Ce préjudice est apprécié *in concreto* en prenant en considération la situation personnelle de chaque victime.

Le préjudice d'établissement traduit la perte d'espoir et de chance normale de réaliser un projet de vie familiale en raison de la gravité du handicap. Il est aussi apprécié *in concreto* en fonction de l'âge de la victime.

Les préjudices permanents exceptionnels ont été prévus pour indemniser à titre exceptionnel un préjudice extrapatrimonial atypique qui n'était pas déjà pris en compte et qui prend une résonance particulière liée à la victime, aux circonstances ou

à la nature de l'événement à l'origine du dommage.

Les préjudices extrapatrimoniaux évolutifs correspondent, selon la nomenclature Dintilhac, à des *préjudices liés à des pathologies évolutives*. Il s'agit notamment d'affections incurables telles que la maladie de Creutzfeld-Jakob ou de contaminations susceptibles d'évoluer et dont le risque d'évolution constitue en lui-même un chef de préjudice distinct qui existe en dehors de toute consolidation (*V. infra*).

2.2.1.1.2. Les préjudices des victimes indirectes

La Cour de cassation a énoncé que le tiers à un contrat, victime par ricochet, pouvait invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage, y compris lorsqu'il s'agit d'un manquement à une obligation de sécurité de résultat (**Ass. Plén., 6 octobre 2006, Bull. 2006, Ass. Plén., n° 9, p. 23, pourvoi n° 05-13.255 ; 1^{re} Civ., 18 juillet 2000, Bull. 2000, I, n° 221, p. 144, pourvoi n° 99-12.135 ; 1^{re} Civ. 13 février 2001, Bull. 2001, I, n° 35, p. 21, pourvoi n° 99-13.589**). Les victimes indirectes peuvent également, en l'absence de contrat conclu par la victime directe, solliciter la réparation de leurs préjudices.

Les préjudices diffèrent selon que la victime est décédée à la suite des soins ou a survécu et présentent un caractère patrimonial ou extrapatrimonial. Dans le cas d'un décès, les victimes indirectes peuvent aussi agir en qualité d'ayants droit de la victime directe et solliciter la réparation des préjudices subis par cette dernière (*V. infra* 2.2.2.).

2.2.1.1.2.1. Les préjudices liés au décès de la victime

2.2.1.1.2.1.1. Les préjudices patrimoniaux

Ils regroupent les frais d'obsèques, les pertes de revenus des proches et les frais divers des proches.

Les *frais d'obsèques* comprenant aussi les frais de sépulture font l'objet d'une évaluation *in concreto* au vu des justificatifs produits.

Les *pertes de revenus des proches*, soit en principe le conjoint et les enfants à charge, peuvent être évalués en prenant comme élément de référence le revenu annuel du foyer avant le dommage ayant entraîné le décès de la victime directe en tenant compte de la part d'autoconsommation de la victime et du salaire continuant à être perçu par le conjoint survivant. Peut être aussi réparée la perte ou la diminution de revenus subie avant le décès lorsqu'elle est liée à la nécessité d'assurer une présence auprès de la victime mais elle ne peut être alors cumulée avec une indemnité au titre de l'assistance par une tierce personne. La Cour de cassation a retenu que le préjudice économique subi par les ayants droit d'une victime du fait du décès de celle-ci devait être évalué au jour de la décision qui le fixe en tenant compte de tous les éléments connus à cette date et en particulier du salaire auquel la victime aurait eu droit au jour de la décision (**2^e Civ., 11 octobre 2001, Bull. 2001, II, n° 154, p. 105, pourvoi n°**

99-16.760)

Les frais divers des proches sont liés aux autres frais engagés à l'occasion du décès tels que les frais de transport, d'hébergement et de restauration.

2.2.1.1.2.1.2. Les préjudices extrapatrimoniaux

Ils correspondent aux préjudices d'accompagnement et d'affection.

Le préjudice d'accompagnement a pour objet d'indemniser les bouleversements que le décès de la victime directe entraîne sur le mode de vie des proches au quotidien, les troubles dans leurs conditions d'existence du fait qu'ils partageaient une communauté de vie effective et affective avec la victime ne devant pas être exclusivement définie par référence au degré de parenté mais plutôt par rapport à la proximité affective avec cette dernière.

Le préjudice d'affection répare le préjudice subi par les proches à la suite du décès de la victime directe et notamment le retentissement pathologique avéré qu'il a pu entraîner. En pratique, les préjudices d'affection des parents les plus proches sont indemnisés quasiment automatiquement. Il appartient aux personnes dépourvues de lien de parenté d'établir par tout moyen avoir entretenu un lien affectif réel avec le défunt.

2.2.1.1.2.2. Les préjudices en cas de survie de la victime

2.2.1.1.2.2.1. Les préjudices patrimoniaux

Ils comprennent la perte de revenus des proches et les frais divers des proches.

La perte de revenus des proches peut être évaluée en prenant comme élément de référence le revenu annuel du foyer avant le dommage et en tenant compte de la part d'autoconsommation de la victime et du salaire continuant à être perçu par le conjoint.

Peuvent être aussi réparées la perte ou diminution de revenus subie lorsqu'elles sont liées à la nécessité d'assurer un présence auprès de la victime mais elles ne peuvent être alors cumulées avec une indemnité au titre de l'assistance par une tierce personne.

Les frais divers des proches sont liés aux frais engagés à la suite du dommage tels que les frais de transport, d'hébergement et de restauration notamment si la victime séjourne dans un établissement éloigné de la résidence de la famille qui vient la voir régulièrement.

2.2.1.1.2.2.2. Les préjudices extrapatrimoniaux

Ils regroupent le préjudice d'affection et les préjudices extrapatrimoniaux exceptionnels.

Le préjudice d'affection répare le préjudice moral subi par certains proches à la vue

de la déchéance et de la souffrance de la victime directe ainsi que le retentissement pathologique avéré qu'il peut entraîner. En pratique, les préjudices d'affection des parents les plus proches sont indemnisés quasiment automatiquement. Il appartient aux personnes dépourvues de lien de parenté d'établir par tout moyen l'existence d'un lien affectif réel avec la victime.

Les *préjudices extrapatrimoniaux exceptionnels* permettent d'indemniser les bouleversements que la survie de la victime directe entraîne sur le mode de vie des proches au quotidien, les troubles dans leurs conditions d'existence du fait qu'ils partagent une communauté de vie effective et affective ne devant pas être exclusivement définie par référence au degré de parenté mais plutôt par rapport à la proximité affective avec la victime. Il y a lieu d'inclure au titre de ce poste de préjudice le retentissement sexuel vécu par le conjoint ou le concubin à la suite du handicap subi par la victime.

2.2.1.2. Les préjudices spécifiques

Ces préjudices correspondent à des situations très différentes mais sont plus spécifiquement liés à l'activité médicale. Ils peuvent consister en une perte de chance d'obtenir une amélioration de son état ou d'échapper à une atteinte corporelle ou être la conséquence d'une contamination à l'occasion de la transfusion de produits sanguins ou de l'injection de produits dérivés du sang. Ils peuvent enfin être éprouvés au cours de la grossesse ou lors de la naissance d'un enfant handicapé.

2.2.1.2.1. Les préjudices consécutifs à une perte de chance

La perte de chance subie par la victime peut être liée à un défaut d'information préalable ou à une faute technique du praticien ou de l'établissement de santé (*V. supra 2.1.2.2.*).

2.2.1.2.1.1. Le préjudice lié au défaut d'information préalable (*V. aussi supra 2.1.1.1.*)

Après avoir affirmé que le défaut d'information était la cause génératrice de l'entier dommage subi par le patient, la Cour de cassation a affirmé, à partir de 1990, qu'en manquant à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui proposait, un chirurgien privait seulement son patient d'une chance d'échapper par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'était finalement réalisé et que cette perte constituait un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de l'intervention médicale (**1^{re} Civ., 7 février 1990, Bull. 1990, I, n° 39, p. 30, pourvoi n° 88-14.797**).

Puis elle a relevé que, dans le cas où la faute du médecin avait fait perdre au patient la chance d'échapper à une atteinte à son intégrité physique, le dommage qui en résultait pour lui était fonction de la gravité de son état réel et de toutes les conséquences en découlant et que sa réparation ne se limitait pas au préjudice moral mais correspondait à une fraction des différents chefs de préjudice qu'il avait subis (**1^{re} Civ., 29 juin**

1999, Bull. 1999, I, n° 220, p. 141, pourvoi n° 97-14.254).

Elle a, ensuite, précisé que le praticien, qui manquait à son obligation d'informer son patient des risques graves inhérents à un acte médical d'investigations ou de soins, privait ce dernier de la possibilité de donner un consentement ou un refus éclairé à cet acte et que dès lors, il était de l'office du juge de rechercher, en prenant en considération l'état de santé du patient ainsi que son évolution prévisible, sa personnalité, les raisons pour lesquelles des investigations ou des soins à risques lui étaient proposés, ainsi que les caractéristiques de ces investigations, de ces soins et de ces risques, les effets qu'aurait pu avoir une telle information quant à son consentement ou à son refus. Elle a retenu dans cette affaire que c'était par une appréciation souveraine tirée de ces constatations que la cour d'appel avait estimé qu'informé du risque qui s'était ensuite réalisé, le patient n'aurait pas refusé l'intervention de sorte qu'il ne justifiait d'aucun préjudice indemnisable (**1^{re} Civ., 20 juin 2000, Bull. 2000, I, n° 193, p. 125, pourvoi n° 98-23.046**).

Elle a, enfin, affirmé, dès lors que la violation d'une obligation d'information ne pouvait être sanctionnée qu'au titre de la perte de chance subie par le patient, que le dommage correspondait à une fraction des différents chefs de préjudice subis qui était déterminée en mesurant la chance perdue et ne pouvait être égale aux atteintes corporelles résultant de l'acte médical (**1^{re} Civ., 7 décembre 2004, Bull. 2004, I, n° 302, p. 253, pourvoi n° 02-10.957**). Il subsiste en effet toujours dans ce domaine une part d'incertitude sur la décision qu'aurait effectivement prise le patient.

Elle en déduit qu'une cour d'appel ne pouvait retenir qu'un manquement d'un praticien à son obligation d'information avait été la source d'un préjudice moral ; le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de cette obligation, laquelle avait pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, étant la perte de chance d'échapper au risque qui s'était finalement réalisé (**1^{re} Civ., 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19.301**).

Les juges du fond apprécient souverainement si le patient a subi une perte de chance. Ils tentent le plus souvent de rechercher quels effets aurait pu avoir une information exhaustive. Ils peuvent estimer que le patient n'a pas subi de préjudice en considérant que dûment informé, il aurait consenti à l'intervention, que celle-ci s'imposait ou encore qu'il n'existait pas d'alternative moins risquée... De même, en est-il s'il est établi que le préjudice consécutif à la réalisation d'un risque inhérent à un acte médical est moins important que celui qui serait résulté de l'absence de réalisation de cet acte (**1^{re} Civ., 7 octobre 1998, Bull. 1998, I, n° 287, p. 199, pourvoi n° 97-12.185**).

Lorsqu'ils estiment, au contraire, que le patient justifie de l'existence d'une probabilité qu'il aurait refusé l'acte médical litigieux, la réparation consistera seulement en une fraction des différents préjudices et ne pourra donc pas non plus être forfaitaire. Ils doivent dans ce cas évaluer la totalité des préjudices de la victime puis fixer la fraction de ces préjudices qu'ils attribuent à la perte de chance. Si les tiers payeurs disposent d'un recours au titre des prestations exposées par la victime, ils ne disposent plus depuis la loi du 21 décembre 2006 que d'un recours sur les postes à propos desquels ils justifient avoir versé des prestations (*V. infra les recours des tiers payeurs*).

2.2.1.2.1.2. Le préjudice lié à une faute technique

Lorsque les juges du fond ont retenu à l'encontre d'un médecin ou d'un établissement de santé l'existence d'une faute technique ayant fait perdre au patient une chance de survivre, guérir, améliorer son état de santé ou encore d'échapper à une infirmité, ils doivent déterminer le préjudice résultant de la chance ainsi perdue.

Comme dans le cas d'une perte de chance résultant d'un défaut d'information, la perte de chance liée à une faute technique est déterminée en fonction de l'état de la victime et de toutes les conséquences qui en découlent pour elle. Sa réparation doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée (**1^{re} Civ., 16 juillet 1998, Bull. 1998, I, n° 260, p. 181, pourvoi n° 96-15.380**). L'indemnité de réparation de la perte de chance d'obtenir une amélioration de son état ou d'échapper à la situation qui s'est réalisée, ne peut donc pas non plus présenter un caractère forfaitaire et correspond aussi à la fraction souverainement évaluée, des différents chefs de préjudice supportés par la victime (**1^{re} Civ., 18 juillet 2000, Bull. 2000, I, n° 224, p. 147, pourvoi n° 98-20.430 et 1^{re} Civ., 18 janvier 2005, Bull. 2005, I, n° 29, p. 22, pourvoi n° 03-17.906**).

La Cour de cassation a précisé dans ces arrêts que les tiers payeurs disposaient sur les sommes allouées à cette dernière, à l'exclusion de celles réparant le préjudice personnel, d'un recours à la seule mesure des prestations qu'ils ont versées à celle-ci et qui sont en relation directe avec le fait dommageable. Cependant depuis la loi du 21 décembre 2006, leur recours ne peut s'exercer que sur les postes à propos desquels ils justifient avoir versé des prestations.

Le préjudice spécifique de contamination

L'existence d'un préjudice spécifique subi par les personnes contaminées par le VIH, à l'occasion de transfusions de produits sanguins ou d'injections de produits dérivés du sang, a été reconnue par le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles, créé par la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991, et défini comme « *un préjudice personnel et non économique recouvrant l'ensemble des troubles dans les conditions d'existence entraînées par la séropositivité puis, s'il y a lieu, par la survenance du Sida déclaré* ».

La reconnaissance d'un tel préjudice est liée à l'impossibilité, s'agissant d'affections évolutives, de fixer une date de consolidation et un taux d'incapacité permanente. Les victimes sont menacées par une maladie grave, mais, dans beaucoup de cas, il n'existe pas de certitude quant au délai dans laquelle elles développeront ses effets. Elles subissent des préjudices tant physiques que psychiques résultant notamment de la réduction de leur espérance de vie, des perturbations de la vie sociale, familiale et sexuelle ainsi que des souffrances et de leur crainte, du préjudice esthétique et d'agrément ainsi que de toutes les affections opportunistes consécutives à la déclaration de la maladie. La Cour de cassation a donc retenu que le préjudice spécifique de contamination, comprenant l'ensemble des préjudices de caractère personnel tant physiques que psychiques, n'incluait pas l'atteinte à l'intégrité physique (**2^e Civ., 2 avril 1996, Bull. 1996, II, n° 88, p. 56, pourvoi n° 94-15.676**). Elle a admis le recours au fractionnement du préjudice spécifique de contamination dans le cas d'une séropositivité, le paiement de l'indemnisation afférente au SIDA déclaré

étant subordonné à la constatation médicale de la maladie (**1^{re} Civ., 20 juillet 1993, Bull. 1993, I, n° 274, p. 151, pourvoi n° 92-06.001**).

Elle a, ensuite, reconnu l'existence d'un préjudice spécifique de contamination dans le cas de contaminations par le VHC ayant pour origine une transfusion de produits sanguins ou une injection de produits dérivés du sang.

Elle a relevé que des juges du fond qui avaient constaté qu'une personne était atteinte, à la suite de transfusions sanguines, d'une hépatite C chronique à un stade avancé et énoncé les nombreuses incidences et les risques d'évolution de cette maladie, avaient exactement jugé que les différents éléments constitutifs d'un préjudice spécifique de contamination étaient réunis et souverainement décidé que la somme allouée de ce chef correspondait à une juste évaluation du préjudice personnel tenant aux souffrances endurées à la suite des traitements mis en œuvre ainsi qu'aux perturbations et craintes endurées (**1^{re} Civ., 1er avril 2003, Bull. 2003, I, n° 95, p.73, pourvoi n° 01-00.575**). Elle a aussi estimé qu'un tel préjudice pouvait être justifié par les souffrances morales éprouvées à la suite des traitements nécessaires et par les perturbations et craintes endurées toujours latentes (**1^{re} Civ., 3 mai 2006, Bull. 2006, I, n° 215, p. 189, pourvoi n° 05-11.139**).

Elle a, par contre, considéré que les juges du fond ne pouvaient condamner les responsables de contaminations par le virus de l'hépatite C à payer aux personnes contaminées, outre une indemnité en réparation du préjudice spécifique de contamination, une indemnité au titre du *pretium doloris* subi du fait qu'elles réparaient de ce dernier chef un préjudice qui avait déjà été indemnisé (**1^{re} Civ., 3 mai 2006, Bull. 2006, I, n° 214 et 215, p. 188 et p. 189, pourvois n° 05-10.411 et 05-11.139**).

La victime peut solliciter, outre la réparation du préjudice spécifique de contamination, la réparation de ses préjudices patrimoniaux ; les tiers payeurs disposant dans le cas d'une contamination par le virus de l'hépatite C d'un recours au titre des prestations versées à la victime ; ce recours étant désormais en application de la loi du 21 décembre 2006 limité aux postes à propos desquels ils ont versé des prestations.

La nomenclature Dintilhac propose d'inclure dans les préjudices extrapatrimoniaux subis par la victime directe, outre les préjudices extrapatrimoniaux temporaires et définitifs, les préjudices liés à des pathologies évolutives estimant que le risque d'évolution constitue en lui-même un chef de préjudice distinct qui doit être indemnisé en tant que tel. Il précise en reprenant une proposition de Madame Lambert-Faivre, qu'il s'agit d'indemniser « *le préjudice résultant pour une victime de la connaissance de sa contamination par un agent exogène quelle que soit sa nature (biologique, physique ou chimique) qui comporte le risque d'apparition à plus ou moins brève échéance d'une pathologie mettant en jeu le pronostic vital* ». Ce préjudice peut donc constituer seulement l'une des composantes du préjudice extrapatrimonial de la victime sous réserve de ne pas prendre en compte un élément de préjudice déjà réparé dans un autre poste.

Enfin, la Cour de cassation a aussi affirmé dans le cas d'une contamination par le virus de l'hépatite C que le refus de la personne contaminée de se soumettre aux traitements médicaux préconisés, dès lors qu'elle n'a pas l'obligation de les suivre, ne

peut entraîner ni la perte ou la diminution de son droit à indemnisation au titre d'un préjudice spécifique de contamination, ni la prise en compte d'une aggravation susceptible de découler d'un tel choix (**1^{re} Civ., 3 mai 2006, Bull. 2006, I, n° 214, p. 188, pourvoi n° 05-10.411**).

2.2.1.2.3. Les préjudices liés à la grossesse et à la naissance

La réparation de tels préjudices suppose toujours qu'une faute a été commise par un médecin, un établissement de santé ou un laboratoire d'analyses médicales ; les préjudices différant suivant la nature cette faute. Soit la faute a eu un impact direct sur la poursuite de la grossesse, soit elle est à l'origine du handicap de l'enfant, soit elle a empêché de déceler le handicap dont l'enfant est atteint.

Ces préjudices ont été réparés par les juridictions administratives et judiciaires. Cependant, le législateur en désaccord avec les principes posés par ces juridictions, dans le cas d'un handicap non décelé, a fixé de nouvelles règles énoncées à l'article 1^{er} I de loi du 4 mars 2002 concernant également le cas dans lequel la faute est à l'origine du handicap de l'enfant. Ces dispositions figurent, depuis la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 relative aux personnes handicapées, à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles.

2.2.1.2.3.1. L'interruption ou la poursuite fautive d'une grossesse

La faute du professionnel ou de l'établissement de santé peut avoir entraîné l'interruption d'une grossesse désirée. S'il ne peut être reproché au médecin ayant involontairement causé la mort de l'enfant à naître un homicide involontaire dès lors que la loi pénale est d'interprétation stricte (**Crim., 30 Juin 1999, Bull. crim. 1999, n° 174, p. 509, pourvoi n° 97-82.351**), il doit réparer le préjudice moral spécifique éprouvé par la mère ainsi que le préjudice économique éventuel lié aux soins nécessités par l'état de santé de cette dernière.

Lorsque la faute a au contraire empêché l'interruption d'une grossesse non désirée, la reconnaissance d'un préjudice implique que les parents prouvent l'existence d'un dommage particulier ajouté aux charges normales de la maternité. La Cour de cassation a en effet retenu, comme le Conseil d'Etat, que l'existence de l'enfant qu'elle avait conçu ne pouvait constituer pour sa mère un préjudice juridiquement réparable, même si la naissance était survenue après une intervention pratiquée sans succès en vue de l'interruption de la grossesse (**1^{re} Civ. 25 juin 1991, Bull. 1991, I, n° 213 p. 139, pourvoi n° 89-18.617**).

2.2.1.2.3.2. Le handicap lié à une faute

Les parents et l'enfant lui-même peuvent demander réparation de l'ensemble des préjudices subis du fait de ce handicap. Cette réparation, admise tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'Etat n'a jamais été discutée. Elle a été étendue par le Conseil d'Etat au cas dans lequel le handicap a été provoqué en voulant pratiquer une interruption volontaire de grossesse n'ayant pas abouti (**CE, 3 et 5^{èmes} ssr., 27 septembre 1989, n° 76105, publié au Recueil Lebon**).

L'article 1^{er}, I, de la loi du 4 mars 2002 a consacré la possibilité pour l'enfant d'agir

lui-même en énonçant que la personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

2.2.1.2.3.3. Le handicap non décelé

La Cour de cassation a admis que l'enfant et ses parents pouvaient, sous certaines conditions, demander réparation du préjudice résultant d'un handicap non décelé par un médecin ou un laboratoire.

Elle a affirmé que, dès lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec une femme enceinte 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 pouvait demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues (**Ass. Plén., 17 novembre 2000, Bull. 2000, Ass. Plén., n° 9, p. 15, pourvoi n° 99-13.701**). Elle a précisé que le handicap devait être en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin (**Ass. Plén., 13 juillet 2001, Bull. 2001, Ass. Plén., n° 10, p. 15, pourvoi n° 97-17.359**) et que le préjudice de l'enfant né handicapé n'était pas constitué par une perte de chance mais par le handicap et devait être intégralement réparé (**Ass. Plén., 28 novembre 2001, Bull. 2001, Ass. Plén., n° 16, p. 21, pourvoi n° 00-11.197**).

Elle a également retenu que les parents pouvaient demander la réparation du préjudice matériel résultant pour eux du handicap en relation de causalité directe avec la faute retenue (**Ass. Plén., 28 novembre 2001, Bull. 2001, Ass. Plén., n° 15, pourvoi n° 00-14.248**).

Une telle réparation nécessitait, si les délais pour solliciter une interruption de grossesse pour motif personnel étaient expirés, que les conditions médicales d'une interruption de grossesse pour motif thérapeutique fussent réunies (**Ass. Plén., 13 juillet 2001 et 28 novembre 2001 précités**). Une interruption de grossesse pour motif thérapeutique impliquait selon l'article L.162-12 du code de la santé publique, issu de la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse, alors applicable, qu'il eût existé une forte probabilité que l'enfant à naître fût atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic et que l'existence de ces circonstances fût attestée par deux médecins dont l'un devait exercer son activité dans un établissement autorisé à recevoir des femmes en état de grossesse et l'autre devait être inscrit sur une liste d'experts près la Cour de cassation ou près d'une cour d'appel. Depuis la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 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, l'un de ces deux médecins doit exercer son activité dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire.

Depuis la loi du 4 juillet 2001, les deux médecins doivent y exercer.

Il était également nécessaire d'établir qu'informés de l'existence d'une forte probabilité que l'enfant à naître fût atteint d'une telle affection, les parents auraient demandé une interruption de la grossesse.

Le Conseil d'Etat a, parallèlement, affirmé que les parents pouvaient être indemnisés de leur préjudice moral et de leur préjudice matériel correspondant aux charges particulières notamment en matière de soins et d'éducation spécialisée découlant de l'infirmité de leur enfant et retenu qu'une rente mensuelle pendant toute la durée de vie de leur enfant pouvait leur être allouée (**CE, sect., 14 février 1997, CHR de Nice/époux Quarez, n° 133238, publié au Recueil Lebon**). Il a, par contre, estimé que l'enfant ne subissait pas de préjudice propre en l'absence de lien de causalité entre la faute et le handicap.

L'article 1er I de la loi du 4 mars 2002 dispose:

« Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

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 pendant 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 ».

Cette disposition, dont la rédaction a suscité des interrogations et des interprétations différentes, visait en premier lieu, selon les travaux préparatoires, à mettre un terme à la jurisprudence de la Cour de cassation relative au recours de l'enfant. Mais elle a également porté atteinte au droit des parents d'obtenir la réparation de l'ensemble des préjudices subis à la suite de la naissance de leur enfant. Le préjudice des parents, seul susceptible d'être indemnisé, n'a cependant pas été précisément défini par le législateur. Si le texte finalement adopté ne limite pas expressément l'indemnisation au préjudice moral, il exclut cependant la réparation des charges liées au handicap. Il y a lieu, aussi, de déterminer ce que recouvre la notion de faute caractérisée, consacrée jusque là uniquement en droit pénal par la loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la notion des délits non intentionnels ; l'appréciation de la faute caractérisée reposant dans ces cas sur un double critère, le premier tenant à l'intensité et à la gravité de la faute commise, le second à l'évidence de cette faute.

L'article 1^{er} I, applicable aux instances en cours, à l'exception de celles où il avait été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation, a eu immédiatement des conséquences majeures en termes d'indemnisation. La Cour européenne des droits de l'homme a donc été saisie par des parents dont les indemnités avaient été réduites dans de très importantes proportions par les juridictions administratives, à la suite de l'application de cette disposition aux instances en cours.

La Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que la France avait violé l'article 1er du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le respect des biens dans la mesure où l'article 1er I de la loi du 4 mars 2002 concernait des instances qui étaient en cours, le 7 mars 2002, date de son entrée en vigueur. Elle a énoncé que lorsqu'ils avaient introduit leur recours, les requérants avaient une espérance légitime d'obtenir la réparation intégrale des préjudices subis du fait du handicap de leur enfant, que cette ingérence s'analysait en privation de propriété au sens de l'article de 1^{er}, qu'une atteinte aussi radicale au droit des intéressés avait rompu le juste équilibre devant régner entre, d'une part, les exigences de l'intérêt général et, d'autre part, la sauvegarde du droit au respect des

biens (CEDH, 6 octobre 2005, **Draon c. France, requête n° 1513/036 et Maurice c. France, requête n° 11810/03**).

La Cour de cassation a, ensuite, retenu que, dès lors que la faute commise par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec la mère avait empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse pour motif thérapeutique afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap et que les conditions médicales d'une telle interruption étaient réunies, les parents ou l'enfant pouvaient, avant l'entrée en vigueur de l'article 1er I de la loi du 4 mars 2002, demander la réparation respectivement des charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie ou du préjudice résultant du handicap et causé par les fautes retenues à la charge du médecin et que si une personne pouvait être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'était à la condition, selon l'article 1er du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que fût respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens.

Elle a énoncé que tel n'était pas le cas en l'espèce dès lors que l'article 1^{er} I, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, avait institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale, quand les parents pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable légitimement espérer que leur préjudice inclurait les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant du handicap ou que leur enfant serait indemnisé au titre du préjudice résultant de son handicap. Elle en a donc déduit que cette disposition n'était pas applicable aux litiges en cours lors de l'adoption de la loi (**1^{re} Civ., 24 janvier 2006, Bull. 2006, I, n° 29, 30 et 31, p. 26, 28 et 29, pourvois n° 01-16.684, 02-12.260 et 02-13.775 ; 1^{re} Civ., 21 février 2006, Bull. 2006, I, n° 94, p. 88, pourvoi n° 03-11.917**).

Le Conseil d'Etat a affirmé lui aussi que, si selon l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une personne pouvait être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'était à la condition que fût respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens et que l'article 1^{er} I de la loi du 4 mars 2002, en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de sa vie, en subordonnant l'engagement de la responsabilité de l'auteur de la faute à une faute caractérisée et en instituant un mécanisme de compensation forfaitaire des charges découlant du handicap ne répondant pas à l'obligation de réparation intégrale, avait porté une atteinte disproportionnée aux créances en réparation que les parents d'un enfant né porteur d'un handicap non décelé avant sa naissance par suite d'une faute pouvaient légitimement espérer détenir sur la personne responsable avant l'entrée en vigueur de cette loi.

Il en a déduit que les dispositions de l'article 1^{er} I de la loi du 4 mars 2002, en ce qu'elles s'appliquaient aux instances en cours sous la seule réserve qu'elles n'aient pas donné lieu à une décision statuant irrévocablement sur le principe de l'indemnisation, étaient incompatibles avec l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et qu'il suivait de là que les règles édictées par la loi nouvelle

restrictives du droit de créance dont se prévalaient les parents d'un enfant né avec un handicap non décelé ne pouvaient recevoir application à l'instance engagée par eux pour obtenir réparation des conséquences dommageables résultant de la naissance de cet enfant (**CE, 4 et 5^{ème} srr, 24 février 2006, n° 250704, publié au *Recueil Lebon***). Au vu de ces décisions, l'article 1er I ne peut être appliqué aux instances engagées avant son entrée en vigueur, le 7 mars 2002.

Dans un arrêt récent non publié et ne constituant dès lors pas un arrêt de principe, la première chambre civile a retenu, pour écarter l'application de l'article 1^{er} I de la loi du 4 mars 2002, le fait que le dommage avait été révélé avant l'entrée en vigueur de cette loi. Elle a relevé dans cette affaire que les parents avaient assigné, le 8 novembre 2000, le médecin en référé-expertise, que le rapport d'expertise avait été déposé le 7 mars 2002 et qu'ils avaient ensuite, le 13 octobre 2002, assigné au fond le praticien (**1^{re} Civ., 30 octobre 2007, pourvoi n° 06-17.325**). Il y aura lieu ultérieurement de préciser expressément à quelle date les parents peuvent, dans de telles situations, se prévaloir d'un droit de créance.

Lorsque l'article 1^{er} I est applicable, les parents peuvent uniquement invoquer un préjudice, au moins moral, s'ils ont été privés de la possibilité de recourir à une interruption de grossesse pour motif thérapeutique ou, depuis la loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse, à une interruption de grossesse pour motif médical ; cette loi imposant toujours l'existence d'une forte probabilité que l'enfant à naître fût atteint d'une affection d'une particulière gravité et prévoyant que le motif médical est attesté par deux médecins membres d'une équipe pluridisciplinaire d'un centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal après avis consultatif de cette équipe. Un recours des tiers payeurs n'est pas envisageable en l'absence de réparation des charges particulières découlant du handicap.

Certaines juridictions du fond ont admis, en outre, l'existence d'un préjudice moral subi par les parents lorsqu'il n'est pas établi que les conditions pour solliciter une telle interruption de grossesse auraient été remplies. Elles ont estimé que la faute imputable au médecin, à l'établissement de santé ou au laboratoire d'analyses avait privé les parents d'une information au cours de la grossesse sur l'affection dont souffrait l'enfant et donc de la possibilité de se préparer à la naissance d'un enfant handicapé.