

L'actualité médico-juridique nous conduit à reporter la suite de l'article précédent, relatif aux complications des extravasations de produits de contraste, pour aborder le problème complexe de la " jurisprudence perruche ". Nos lecteurs sont à nouveau invités à réagir par mail (vhazeb@noos.fr) et à proposer d'autres thèmes qui les intéresseraient pour cette " chronique de radio-vigilance "

Imagerie Médico-légale

À propos de l'échographie obstétricale, de la jurisprudence récente, et des suites législatives

La Cour de cassation a appliqué à l'échographie obstétricale sa jurisprudence dite PERRUCHE. Dans deux arrêts retentissants du 28 novembre 2001, l'assemblée plénière de Haute juridiction civile a affirmé que des enfants nés trisomiques pouvaient personnellement être indemnisés de leur handicap par les médecins qui n'avaient pas su faire le diagnostic de leurs anomalies et avaient, de ce fait, privé les mères de la possibilité (légale) de faire interrompre leur grossesse.

La motivation de ces décisions était limpide : assurer l'avenir financier des personnes handicapées, sans les faire dépendre de leurs parents. Si l'objectif est noble, la méthode est catastrophique !

Pour comprendre le débat qui s'en est suivi et notamment l'affrontement des logiques juridique et éthique, il importe de connaître les évolutions des jurisprudences civile et administrative.

La jurisprudence civile

Ces décisions s'inscrivent dans la logique d'un premier arrêt, dit *Perruche*, du 17 novembre 2000, et ne sont juridiquement novatrices qu'en ce qu'elles accordent directement à l'enfant une indemnisation, demandée par ses parents, au titre de son handicap. La Cour de cassation avait préalablement considéré qu'un handicap non diagnostiqué et privant les parents de la possibilité d'avoir recours à une interruption médicale ou volontaire de grossesse pouvait justifier l'indemnisation des parents par le médecin ou son assureur :

• Dans un arrêt du 26 mars 1996, la Cour de cassation avait posé le principe de l'indemnisation par le médecin d'une rubéole congénitale parce " ...qu'il était constaté que les parents avaient marqué leur volonté, en cas de rubéole, de provoquer une interruption de grossesse et que les fautes commises les avaient faussement induits dans la croyance que la mère était immunisée, en sorte que ces fautes étaient génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère... "

• Antérieurement, le 16 juillet 1991, la Cour de cassation avait condamné des médecins à indemniser les parents d'un enfant né avec une rubéole congénitale qu'ils n'avaient pas su diagnostiquer, en précisant " ...qu'en ne procédant pas aux examens qui leur auraient permis d'informer les époux X... des risques que présentait l'état de grossesse de l'épouse, Mmes L1 et L2 n'ont pas rempli l'obligation de renseignement dont elles étaient tenues à l'égard de leur patiente et qui aurait permis aux époux X... de prendre une décision éclairée quant à la possibilité de recourir à une interruption de gros-

sse thérapeutique... "

Les juristes restent cependant divisés sur le bien-fondé du raisonnement de la Cour de cassation aboutissant à faire indemniser le handicap non diagnostiqué par le médecin, au motif que " ...l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse... ". Dans trois arrêts du 13 juillet 2001, la Cour de cassation réaffirme ce principe en précisant que l'indemnisation est conditionnée au fait " ... qu'il soit établi, ou tout au moins non discuté par les médecins attaqués, que les conditions médicales réglementaires d'une interruption médicale de grossesse étaient réunies " .

La jurisprudence administrative

Le Conseil d'État avait également eu à connaître d'une affaire de trisomie congénitale non diagnostiquée du

fait d'un examen cytogénétique défectueux après une amniocentèse (arrêt Quarez du 14 février 1997), et avait choisi une voie différente pour l'indemnisation du handicap.

Rejetant la possibilité pour les parents d'agir au nom de l'enfant et de revendiquer pour son compte une indemnisation fondée sur la privation de n'avoir pas eu à naître et à, de ce fait, devoir vivre avec son handicap, le Juge administratif avait pourtant accepté le principe de l'indemnisation du handicap par l'hôpital.

Ainsi, bien que plusieurs juridictions tant civiles qu'administratives aient affirmé que "*la naissance de l'enfant n'est pas, par elle même, génératrice d'un préjudice de nature à ouvrir un droit à réparation*", le Juge administratif statuait que "*la naissance d'un enfant atteint d'un handicap ou d'une maladie grave et incurable constitue un préjudice pour ses parents*" et que "*...ce qui est indemnisable... c'est non la charge de l'enfant, mais les difficultés particulières tant psychologiques que matérielles que la mère rencontre... pour assumer cette charge*".

Par ailleurs, le Juge administratif affirmait également que "*des parents pourraient se prévaloir d'un préjudice issu de ce que, en raison de l'échec d'un examen prénatal - en l'espèce une échographie - ils n'avaient pas pu se préparer dans de meilleures conditions à la naissance d'un enfant malformé*".

Ainsi, au delà d'une nuance juridique, subtile quoique non insignifiante, les deux ordres de juridictions se rejoignent pour résoudre les difficultés matérielles des personnes handicapées et de leurs familles en tirant des créances sur la vache à lait des assureurs médicaux ou hospitaliers.

Mais cette vache à lait ne pourra pas tout assumer... et c'est bien le problème !

Les états généraux de l'échographie obstétricale (Paris, 5 janvier 2002)

Une réunion organisée à la faculté de médecine Necker (Paris), le 5 janvier 2002 a permis à de nombreux médecins concernés par l'échographie obstétricale ou représentant diverses sociétés savantes et collèges professionnels, assistés de quelques juristes, de faire le point sur ces questions, à la suite des travaux réalisés avec le cabinet du Ministre de la Santé. Bernard KOUCHNER exprimait depuis plusieurs mois la nécessité d'une initiative législative, ce qui n'emportait initialement pas l'adhésion de la Chancellerie.

Un arbitrage s'était tenu à Matignon le 4 janvier 2002, après la discussion parlementaire animée du 13 décembre 2001 qui démontrait la volonté de nombreux députés de l'opposition et de la majorité de couper court à la jurisprudence Perruche. Cet arbitrage avait abouti à un texte de consensus interministériel, discuté par les médecins qui l'ont jugé très insuffisant.

Les participants de la réunion des états généraux de l'échographie ont surtout souligné la nécessité d'aborder enfin le véritable problème de fond, à savoir la prise en charge sociétale du handicap. Ils ont démontré que les familles des personnes handicapées n'étaient souvent acculées à rechercher la faute du médecin échographiste ou obstétricien que par l'indigence de la prise sociale et éducative du handicap et par l'absence d'un mécanisme d'indemnisation de l'aléa médical.

A l'instar de nombreux médecins éminents et de diverses autorités morales - dont le Comité consultatif national d'Éthique et le Conseil national de l'ordre des médecins - les

participants, se plaçant sur le terrain de l'éthique, ont défendu l'argumentation selon laquelle **il est fondamentalement inconvenant :**

- **de croire que l'échographie pourrait répondre à une obligation de résultat** alors que dans les meilleures mains, avec les meilleurs outils, et dans les meilleures conditions, elle ne dépiste que 50 à 65 p. cent des anomalies.

- **d'imputer aux assurances médicales la prise en charge matérielle du handicap congénital, alors que, l'anomalie congénitale - éventuellement non diagnostiquée par les médecins - préexiste généralement à l'acte du médecin.** Ainsi, le lien de causalité, théoriquement indispensable au mécanisme de la réparation juridique du préjudice, n'est actuellement reconnu qu'au prix d'une construction juridique acrobatique qui s'approche du raisonnement de la *Wrongful life*, selon lequel "*certaines vies humaines ne mériteraient pas d'être vécues*", raisonnement qui blesse nombre de personnes handicapées et leurs familles.

- **d'obliger ainsi les familles des personnes handicapées à se retourner contre leurs médecins, au risque intolérable d'instaurer une dramatique iniquité entre les personnes handicapées :** celles de *première classe*, qui auront pu faire reconnaître par les tribunaux une faute médicale, réelle ou virtuelle, pour faire pallier par les assurances médicales à la médiocrité des aides matérielles délivrées aux personnes handicapées, et les autres, de *seconde classe*, qui devront se contenter d'aides et d'allocations nationales misérables.

- **de conduire les juristes compassionnels à malmener le droit**

de la responsabilité médicale, pour y trouver les moyens d'indemniser le handicap lorsque celui-ci résulte, en réalité, d'une affection congénitale (par exemple génétique ou infectieuse) et non directement d'une faute médicale. La faute du médecin, pour autant qu'elle existe lorsqu'il s'agit d'un diagnostic "manqué", n'a pour réelle conséquence que de priver les parents de l'enfant de la possibilité d'interrompre la grossesse ou de les empêcher de se préparer moralement à la naissance d'un enfant handicapé.

Les médecins ont également répété qu'ils ne cherchent évidemment pas l'impunité en cas de faute réelle, cas auquel ils revendiquent d'assurer l'indemnisation de l'entier préjudice moral de la victime de cette faute et de sa famille. Simplement le handicap lui-même ne serait plus un préjudice matériel indemnisable si la Solidarité nationale en assumait dignement et convenablement les conséquences financières.

Les médecins demandaient donc avec force que les personnes handicapées soient enfin prises en charge de façon uniforme et décente par la Solidarité nationale, sans qu'il ne soit besoin d'artifices juridiques pour créer une faute virtuelle du médecin qui n'aurait pas su ou pu faire le diagnostic prénatal, afin de taxer son assureur ou celui de l'hôpital.

Ils ont également expliqué que la mise en œuvre d'une véritable politique de prise en charge, décente et équitable, du handicap permettrait d'optimiser, en accord avec les parents, les indications mêmes des interruptions médicales de grossesses alors que la tendance actuelle, résultant de la jurisprudence Perruche, est au contraire de pousser les médecins à favoriser les "

ruptions médicales de grossesse de prudence".

Un communiqué de presse était élaboré pour terminer cette journée, signé par toutes les associations présentes, dont le SRH :

"Le handicap congénital peut se révéler en période anténatale, à la naissance, voire bien des années plus tard. Il est directement lié à l'existence humaine et ne peut pas toujours être décelé avant la naissance ;

- une prise en charge équitable et décente du handicap par la solidarité nationale est une urgence ;

- le médecin ne doit pas être considéré comme la cause d'un handicap dû à une maladie congénitale ;
- l'obligation de moyens, soutenue par les règles de bonnes pratiques professionnelles doit demeurer l'élément fondamental de la responsabilité médicale ;

- lorsqu'un handicap est la conséquence directe d'une faute médicale, celle-ci ouvre droit à une indemnisation des parents, qui ne doit pas se substituer à la solidarité nationale pour l'enfant. "

Par la suite, le Sénat adoptait fin janvier 2002, en première lecture, un texte amélioré du projet d'amendement voté par l'Assemblée nationale. Ce texte restait cependant insatisfaisant et une seconde journée d'états généraux de l'échographie obstétricale était à nouveau organisée à la faculté Necker, le 2 février 2002. À l'issue de discussions toujours passionnantes, mais plus techniques que la première fois, un nouveau communiqué de presse était adopté par les participants, dont le SRH :

"L'ensemble des intervenants sont satisfaits de la qualité des travaux et les débats de haut niveau qui ont eu lieu à l'assemblée nationale et récemment au Sénat. Cela témoigne de l'importance accordée par les parlementaires au dépistage prénatal et à la prise en charge du handicap.

tal et à la prise en charge du handicap.

Le texte dans son dernier état contient des avancées indéniables :

- Le rappel du principe selon lequel la naissance n'est pas un préjudice indemnisable ;

- L'affirmation d'une meilleure reconnaissance sociale des personnes handicapées et la nécessité de leur prise en charge au titre de la Solidarité nationale ;

- La nécessité d'une causalité directe pour engager la responsabilité du médecin ;

- La mention d'une faute caractérisée ;

- La distinction entre l'indemnisation du préjudice directement dû à une faute médicale de celle des aléas de la vie et de la nature.

Malgré ces avancées, nous ne pourrions continuer à exercer le dépistage prénatal et l'échographie pour chaque grossesse :

- La question éthique née de la jurisprudence éthique demeure : les praticiens pourront encore être tenus pour juridiquement responsables d'un handicap qu'il n'ont pas causé.

- En outre, les sociétés d'assurances, en l'état du texte proposé, restent dans l'incapacité d'éviter l'inflation insupportable des primes ce qui crée une médecine à deux vitesses, réservant le dépistage à quelques privilégiés.

Pour lever toute ambiguïté dans l'interprétation du texte les organisations signataires demandent que trois points du texte de loi soient plus clairement exprimés :

- "La personne née avec un handicap dû à une faute médicale ne peut obtenir, contre un professionnel ou un établissement de santé la réparation du préjudice résultant de son handicap que si ce dernier est dû à une faute qui l'a directement provoqué" ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures suscep-

tibles de l'atténuer.

- Le cantonnement de l'indemnisation au " **seul préjudice personnel** " des parents dans le cas du handicap non directement causé par le médecin.

- " La compensation du handicap doit être intégralement assumée par la Solidarité nationale.

A défaut, les professionnels représentés par les organisations signataires seront contraints de cesser toute activité de dépistage ; dans le même temps les membres de centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal s'engagent à démissionner. Ceci marquera l'arrêt de la médecine fœtale en France. "

Finalement, après une réunion très constructive de la Commission mixte paritaire, l'Assemblée nationale a adopté en seconde lecture l'ensemble du projet de loi relative aux droits du malade et à la qualité du système de santé. Cette loi comprend un titre premier consacré à " la solidarité envers les personnes handicapées " ainsi rédigé :

" Article 1er

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

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.

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 com-

pensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.

Les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation.

II. - Toute personne handicapée a droit, quelle que soit la cause de sa déficience, à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale.

III. - Le Conseil national consultatif des personnes handicapées est chargé, dans des conditions fixées par décret, d'évaluer la situation matérielle, financière et morale des personnes handicapées en France et des personnes handicapées de nationalité française établies hors de France prises en charge au titre de la solidarité nationale, et de présenter toutes les propositions jugées nécessaires au Parlement et au Gouvernement, visant à assurer, par une programmation pluriannuelle continue, la prise en charge de ces personnes.

IV. - Le présent article est applicable en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie, dans les îles Wallis et Futuna ainsi qu'à Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon.

Article 2

I. - Le dernier alinéa (2°) de l'article L. 344-5 du code de l'action sociale et des familles est complété par une phrase ainsi rédigée :

" Les sommes versées, au titre de l'aide sociale dans ce cadre, ne font pas l'objet d'un recouvrement à l'encontre du bénéficiaire lorsque celui-ci est revenu à meilleure fortune. "

II. - Les pertes de recettes résultant pour les départements du I sont compensées par une augmentation, à due concurrence, de la dotation globale de fonctionnement. Les pertes de recettes résultant pour l'Etat du I sont compensées par une taxe additionnelle aux droits prévus aux

articles 575 et 575 A du code général des impôts. "

Cette loi a été promulguée le 4 mars 2002 sous le numéro 2002-303 et publiée au Journal officiel du 6 mars dernier. Elle est consultable et téléchargeable sur le site officiel suivant : www.legifrance.gouv.fr

Les juristes consultés et les assureurs médicaux sont convenus que cette loi est de nature à rassurer partiellement les échographistes : elle va certainement contribuer à limiter le nombre et le montant des condamnations de médecins à réparer un handicap congénital, ne serait-ce qu'en excluant le recours contre les médecins des organismes sociaux ayant contribué à la prise en charge du handicap et en affirmant que la compensation du handicap relève de la solidarité nationale et non de l'indemnisation pour faute des médecins. Cependant il semble que la couverture de cette loi soit imparfaite.

Pour savoir si les inquiétudes des familles de personnes handicapées et des médecins doivent désormais s'apaiser, il faut maintenant attendre l'application de cette loi qui appelle d'autres développements dans cette chronique : en effet, au-delà de la prise en charge financière du handicap congénital, elle instaure une réparation de l'aléa médical et réforme notamment le secret professionnel du médecin, la durée de prescription de la responsabilité médicale (uniformisée à 10 ans pour les secteurs public et privé), le fonctionnement des instances ordinales, la sélection des experts judiciaires, la formation continue des médecins etc.

Dr Vincent HAZEBROUCQ
MCU-PH à l'Université René
DESCARTES - Paris 5