

HAVE

Jahrbuch SGHVR 2020/2021
Annales SDRCA 2020/2021

Anne-Sylvie Dupont, Helmut Heiss, Frédéric Krauskopf (Hrsg.)

CA/CH
75 F
JASG

Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht
Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances

Jahrbuch SGHVR 2020/2021 Annales SDRCA 2020/2021

Anne-Sylvie Dupont, Helmut Heiss,
Frédéric Krauskopf (Hrsg.)

Mit Beiträgen von

Anne-Sylvie Dupont, Walter Fellmann, Stephan Fuhrer,
Christine Chappuis, Vincent Brulhart, Jérôme Lorenz, Marc Hürzeler
(*Wissenschaftlicher Teil*)

Stephan Fuhrer, Basile Cardinaux, Bruno Schatzmann,
Volker Pribnow, Thierry Luterbacher
(*Jahresbericht*)

Université de Neuchâtel



1041661865

Schulthess § 2021



nedp 1591

- SCHNEIDER ALBERT/FICK, HEINRICH, Das Schweizerische Obligationenrecht samt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen, 2. Aufl., Zürich 1896
- REY HEINZ/WILDHABER ISABELLE, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Aufl., Zürich 2018
- REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich 2008
- WALTER HANS PETER, Interne richterliche Unabhängigkeit, Justice – Justitz – Giustizia 2005/1
- WEBER ROLF H., Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109, Bern 2000

✓ Quelques réflexions à propos des jugements de valeur en droit des assurances sociales

Table des matières

I.	Introduction	25
II.	Les jugements de valeur dans la création et le développement des assurances sociales	27
	A. Première moitié du 20 ^e siècle	28
	B. Trente Glorieuses et un peu plus	29
	C. De 1990 à nos jours	30
	D. Synthèse	32
III.	Les jugements de valeur comme outil (micro)politique	33
	A. Les personnes atteintes dans leur santé psychique	33
	1. Dans le domaine de l'assurance-invalidité	34
	2. Dans le domaine de l'assurance-accidents	35
	B. L'exigibilité	36
	C. Les facteurs bio-psycho-sociaux	38
	D. Les personnes travaillant à temps partiel	40
	E. Synthèse	41
IV.	Les jugements de valeur à géométrie variable	41
	A. Le dol éventuel	42
	B. Le caractère extraordinaire du facteur extérieur	43
	C. La proportionnalité dans la prise en charge des soins de santé	45
	D. Synthèse	47
V.	Conclusion	47
	Bibliographie	48

I. Introduction

Traiter des jugements de valeur en droit des assurances sociales suppose, au préalable, de s'entendre sur cette notion, qui peut paraître assez aisément compréhensible au premier abord, mais dont la déconstruction révèle un processus plus complexe. Dans un premier temps, le jugement de valeur suppose l'attribution d'une qualité, comprise ici dans le sens de caractéristique, à la personne, à l'objet ou à la

* Professeure, Facultés de droit de Neuchâtel et Genève.

situation qui fait l'objet de l'observation (« bien », « joli », « méchant », « sage », etc.). Dans un deuxième temps, le jugement découle de ce que l'on attribue – pour des motifs qui peuvent être de natures diverses – une valeur à ces différentes qualités, qui permet de les ordonner les unes par rapports aux autres au moyen des comparatifs « mieux que » ou « moins bien que ». L'attribution d'une qualité, ou caractéristique, est une opération descriptive qui ne comporte en soi pas d'appréciation subjective (« ce petit garçon est timide ») ; le jugement de valeur procède de ce que l'on attribue une valeur à cette qualité par rapport à une autre. En fonction de cette comparaison, la qualité est perçue comme positive ou négative (dans le référentiel que constitue notre société européenne du 21^e siècle, la timidité a moins de valeur que l'aisance en société, mais est préférée à l'exubérance, par exemple). Le référentiel peut être collectif (à l'échelle de la société dans son ensemble, comme dans notre exemple), limité à un cercle plus restreint (« dans notre famille, nous préférons les caractères réservés ») ou peut aussi être tout à fait individuel (« je n'aime pas les personnes timides »).

Sans prétendre réaliser ici une étude systématique ou exhaustive, nous aimerions, dans le cadre de cette contribution, nous intéresser à cet ordonnancement des valeurs dans la création et la mise en œuvre du droit des assurances sociales. Leur hiérarchie nous intéresse tant à l'échelle de la société dans son ensemble, lorsqu'il s'agit de légiférer en matière d'assurances sociales (II), que sur un plan individuel, lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre cette législation à l'occasion de situations particulières. Dans cette deuxième constellation, il s'agit encore de distinguer selon que ces décisions s'inscrivent, selon une approche micropolitique du droit, dans une logique créatrice de normes à leur tour applicables à d'autres situations individuelles¹ (III), ou selon qu'elles concernent des situations isolées sans forcément dégager de solution cohérente et pérenne, leur comparaison ne permettant pas ou ne permettant que difficilement de justifier objectivement des interprétations juridiques différentes (IV).

¹ A ce sujet, cf. l'ouvrage de MOOR cité en bibliographie.

II. Les jugements de valeur dans la création et le développement des assurances sociales

Dans un Etat de tradition libérale², dont l'action se limite par définition au strict nécessaire³, l'existence même de mécanismes de protection sociale, singulièrement d'assurances sociales, procède d'un jugement de valeur. La société helvétique ayant constitutionnellement placé la responsabilité individuelle au sommet de son échelle de valeurs, la mise en place de tels mécanismes suppose d'admettre que certaines situations excèdent les possibilités individuelles⁴, et doivent être assumées, à tout le moins partiellement, par la collectivité. En d'autres termes, l'intervention de l'Etat en matière de protection sociale suppose un consensus⁵, face à un problème donné, s'agissant de la supériorité de la mutualisation, voire de la solidarité⁶, sur la responsabilité individuelle.

L'histoire de la législation sociale helvétique est ainsi, en soi, révélatrice de l'évolution de ce consensus et, donc, de l'échelle des valeurs sociétales et peut servir de fil rouge lorsqu'il s'agit de comprendre comment, au fil du temps, cet incontournable arbitrage a pu influencer et influence encore le développement de la protection sociale, ou sécurité sociale, puisque c'est elle qu'il incombe à la Confédération de réaliser⁷.

Nous distinguerons, pour les besoins de l'exercice, trois périodes : une première allant de la fin du 19^e siècle à la Seconde Guerre mondiale, soit correspondant *grosso modo* à la première partie du 20^e siècle (A), une deuxième correspondant aux Trentes Glorieuses et à la décennie suivante (B) et, finalement, une dernière période allant de la crise économique de 1990 à nos jours (C). Précisons qu'il ne s'agit pas ici de dresser un historique complet⁸, ni de revenir sur la création de chacune des assurances sociales helvétiques, mais davantage de montrer les tendances qui ont guidé le législateur aux différentes époques.

² Au sujet de l'empreinte du libéralisme en Suisse, cf. BOUQUET.

³ Cf. art. 5a de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst ; RS 101).

⁴ Cf. art. 6 Cst.

⁵ Tout particulièrement dans une démocratie directe.

⁶ Sur la distinction entre mutualisation et solidarité dans le contexte de la protection sociale, cf. DUPONT (Solidarité).

⁷ Cf. art. 41 al. 1 let. a Cst.

⁸ Les lectrices et lecteurs trouveront les informations nécessaires en consultant l'ouvrage de GNAEGGI ou le site Internet www.histoiredelasecuritesociale.ch.

A. Première moitié du 20^e siècle

Sans revenir ici de manière détaillée sur l'amorce de la politique sociale en Suisse, rappelons que la fin du 19^e et la première moitié du 20^e siècle ont été marquées par plusieurs événements qui ont créé un climat favorable à l'émergence de la protection sociale : premièrement, les luttes prolétaires de la seconde moitié du 19^e siècle et la création, en Allemagne, des premières assurances qualifiées de sociales⁹ ; deuxièmement, la grève générale de novembre 1918, qui a mis sur le devant de la scène l'idée d'une assurance-vieillesse, survivants et invalidité ; troisièmement, l'augmentation et la paupérisation de la population âgée¹⁰.

Le message accompagnant la proposition de modification constitutionnelle tendant à octroyer à la Confédération la compétence de légiférer en matière d'assurance-vieillesse, invalidité et survivants révèle un véritable souci des masses laborieuses et de « la détresse de couches entières de la population », susceptible de « compromettre sérieusement la paix sociale indispensable à la prospérité de l'Etat » et fondant un « devoir moral » de l'Etat¹¹.

Une fois cette compétence inscrite dans la Constitution¹², il faudra attendre de longues années pour que l'assurance-vieillesse et survivants voie le jour, en 1946. Le message qui accompagne le projet de loi ne fait plus mention de l'idéal solidaire exprimé dans les travaux mentionnés au paragraphe précédent. Il en ressort au contraire que l'idée même de voir l'Etat intervenir a été remise en cause dans le cadre de la procédure de consultation, les opposants partant de l'idée « que la réalisation de l'assurance incombait en premier lieu à l'initiative privée, soutenue par la famille, les entreprises et les communautés professionnelles, et que l'aide de l'Etat ne doit avoir qu'un caractère subsidiaire »¹³.

Le Conseil fédéral a insisté sur la validité, toujours acquise, des arguments avancés en 1919 à l'appui de l'introduction d'une assurance sociale, jugeant que « cette nécessité se fait sentir d'une manière encore plus impérieuse aujourd'hui qu'autrefois »¹⁴. De fait, la vieillesse et le décès ont réussi à fédérer l'opinion publique autour de la nécessité d'une intervention étatique, dans le but d'éviter la

⁹ Pour une réflexion à ce sujet, cf. DUPONT (Solidarité), II.3.

¹⁰ Pro Senectute, alors organisation à vocation charitable, est fondée en 1920.

¹¹ Message du Conseil fédéral du 21 juin 1919 concernant l'attribution à la Confédération du droit de légiférer en matière d'assurance-vieillesse, invalidité et survivants, et la création des ressources nécessaires à la Confédération pour les assurances sociales, FF 1919 IV 1, 2.

¹² Il s'agissait à l'époque de l'art. 34^{quater} Cst. 1874, devenu par la suite l'art. 112 Cst.

¹³ Message du Conseil fédéral du 24 mai 1946 relatif à un projet de loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, FF 1946 II 353, 362.

¹⁴ Message LAVS (note 13), 364.

paupérisation des personnes concernées. L'invalidité en a fait de même quelques années plus tard, dans le prolongement des mêmes réflexions.

Ces quelques éléments montrent que dans la première moitié du 20^e siècle, il existait un consensus autour de la nécessité de l'intervention de l'Etat en faveur de personnes frappées dans leur existence par des événements susceptibles de les exposer à la pauvreté, alors même qu'elles n'assumaient aucune responsabilité dans la survenance de l'événement en question. Ce même consensus existait déjà à propos de la maladie et de l'accident, et avait permis l'entrée en vigueur de la loi sur l'assurance-maladie et accidents (LAMA), même si la couverture de la maladie ne faisait à l'époque pas l'objet d'une véritable assurance sociale telle que nous la connaissons aujourd'hui.

B. Trente Glorieuses et un peu plus

Bon nombre de fondements constitutionnels pour nos assurances sociales actuelles ont été adoptés dans les années qui ont suivi la fin de la Seconde Guerre mondiale. Ainsi, la Confédération a reçu la compétence de légiférer en matière d'assurance-maternité et d'allocations familiales en 1945, en matière d'assurance-chômage et d'allocation pour perte de gain en cas de service militaire en 1947, puis de prévoyance professionnelle obligatoire en 1972.

Il est plus difficile, pour cette période, de déduire de ces attributions de compétence un positionnement clair quant à la préférence de la mutualisation, au détriment de la responsabilité individuelle. En effet, les réflexions qui les ont précédées ne relèvent pas nécessairement de la politique sociale et, comme cela est coutumier en Suisse, sont le fruit de la convergence d'intérêts divers¹⁵. A titre d'exemple, l'attribution d'une compétence en matière de congé maternité et d'allocations familiales avait pour but de relancer la natalité au sortir de la guerre (politique familiale) et de favoriser la cellule familiale traditionnelle de manière à libérer pour les hommes les postes de travail qui avaient été occupés par les femmes pendant la Mobilisation (politique économique). Les allocations familiales pour les travailleuses et les travailleurs de l'agriculture ont fait l'objet d'une loi en 1952 déjà, essentiellement pour des motifs de politique économique et régionale, c'est-à-dire pour contrer l'exode rural et assurer l'approvisionnement du pays.

Il peut être intéressant, dans ce contexte, de rappeler avec quelle rapidité – plutôt inhabituelle dans cette matière¹⁶ – l'assurance-chômage obligatoire est entrée en

¹⁵ Pour une réflexion plus étendue à ce sujet, cf. DUPONT (Solidarité), III.1 ; BERENSTEIN, 17 ss.

¹⁶ Cf. DUPONT (Suisse), I et II.

vigueur, six ans à peine après la révision de la disposition constitutionnelle correspondante (en 1976). Cette dernière, délaissant le régime provisoire prévu par celle de 1947, imposait désormais à la Confédération la mise en place d'un mécanisme de protection contraignant. Cette rapidité s'explique par la crise économique déclenchée par le choc pétrolier de 1973, et par la crainte d'une augmentation massive du chômage¹⁷.

C. De 1990 à nos jours

Les années 1990, caractérisées par les crises financières successives¹⁸, sont surtout marquées par l'adoption de l'actuelle loi sur l'assurance-maladie (LAMal¹⁹), qui consacre une assurance obligatoire pour l'ensemble de la population domiciliée en Suisse, soit la mutualisation des ressources pour financer les soins de santé découlant de maladie et de maternité ou encore, subsidiairement, d'accident ou d'infirmité congénitale.

Les années 2000 voient ensuite l'adoption du congé de maternité, entré en vigueur en 2005, puis du régime général des allocations familiales, en 2009, d'abord réservé aux travailleuses et travailleurs salariés et aux personnes sans activité lucrative, avant d'être étendu aux personnes de condition indépendante. A ce moment-là, les arguments qui avaient été mis en avant au moment de l'adoption de la norme constitutionnelle n'avaient naturellement plus cours, et l'on peut, à notre sens, parler ici d'une évolution des valeurs helvétiques, dans ce sens que le développement de ces prestations sociales est dû, au moins en partie²⁰, à une volonté qui s'est largement répandue de favoriser la situation des mères qui viennent d'accoucher et des familles en général. Il faut cependant relativiser cette évolution, dans ce sens que le congé de maternité repose sur un mécanisme de mutualisation, sans dimension redistributive. La solidarité est également absente du régime des allocations familiales²¹.

Plus récemment, le début des années 2020 a vu aboutir plusieurs projets en matière de protection sociale. Tout d'abord, le congé de paternité a été introduit au 1^{er} janvier 2021, permettant aux pères de consacrer deux semaines à leur enfant²². A cette

¹⁷ A ce propos, cf. GNAEGI, 77.

¹⁸ Cf. GNAEGI, 83 ss.

¹⁹ Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10).

²⁰ Pour une autre raison s'agissant des allocations familiales, cf. DUPONT (Solidarité), III.1.

²¹ Cf. DUPONT (Solidarité), III.1.

²² Cf. art. 16i ss de la loi fédérale du 5 septembre 1952 sur les allocations en cas de service, de maternité et de paternité (LAPG ; RS 834.1) et art. 329g de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livres cinquième : droit des obligations) (CO ; RS 220).

même date est entrée en vigueur une loi visant l'amélioration de la conciliation entre la carrière professionnelle et la prise en charge de proches²³ ; cette loi prévoit notamment un congé de 14 semaines pour la prise en charge d'un enfant gravement atteint dans sa santé²⁴. Comme les congés de maternité et de paternité, ce congé donne droit à des indemnités journalières versées par le régime des APG, mais contrairement à eux, ces prestations ne sont pas financées par les cotisations²⁵. Contrairement aussi au congé de paternité, qui a donné lieu à de vifs débats et qui, lancé par une initiative populaire, doit toutefois son succès au contre-projet proposé par le Conseil fédéral, le congé pour la prise en charge d'un enfant malade n'a pour ainsi dire fait l'objet d'aucune discussion²⁶.

Le début des années 2020 a également vu se renforcer la protection offerte aux travailleuses et aux travailleurs âgés, grâce à l'adoption, là encore sans discussions ou presque, de la loi sur les prestations transitoires pour les chômeurs âgés²⁷. Cette loi permet désormais²⁸ aux personnes qui arrivent en fin de droit à l'assurance-chômage après avoir atteint 60 ans révolus de bénéficier de prestations similaires aux prestations complémentaires à l'AVS/AI, afin qu'elles n'émargent pas à l'aide sociale.

Parallèlement à cette évolution positive pour les familles et les travailleuses et les travailleurs âgés, il faut cependant faire état de plusieurs révisions de l'assurance-invalidité²⁹ qui, dans la même ligne que la jurisprudence que nous décrivons ci-dessous³⁰, voire à sa suite, ont durci les conditions d'accès aux prestations de l'assurance sociale, tout particulièrement aux rentes, et limité son champ de protection. Dans le même ordre d'idée, il faut également mentionner la récente révision de la loi sur les prestations complémentaires à l'AVS/AI³¹, également entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2021, qui a durci les conditions d'accès à ces prestations destinées à permettre la couverture des besoins vitaux des personnes assurées les plus démunies. Avant cela, le 1^{er} janvier 2019 avait vu l'entrée en vigueur des art.

²³ Loi fédérale du 20 décembre 2019 sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches (RO 2020 4525).

²⁴ Cf. art. 16n ss LAPG et 329i CO.

²⁵ La possibilité de relever le taux des cotisations en fonction de l'évolution des coûts de cette prestation a cependant été évoquée par le Conseil fédéral dans son message (cf. Message du Conseil fédéral du 22 mai 2019 concernant la loi fédérale sur l'amélioration de la conciliation entre activité professionnelle et prise en charge de proches, FF 2019 3941, 3987 s.).

²⁶ Sur ces nouveautés législatives, cf. DUPONT (Plaidoyer 6/2020).

²⁷ Loi fédérale du 19 juin 2020 sur les prestations transitoires pour les chômeurs âgés (LPtra ; RS 837.2)

²⁸ La loi est entrée en vigueur du 1^{er} juillet 2021 (RO 2021 373).

²⁹ 4^e révision (2004), 5^e révision (2008) et révision 6A (2012).

³⁰ Cf. *infra* III.

³¹ Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (LPC ; RS 831.30).

43a et 43b LPGA³², permettant la surveillance des personnes assurées en cas de soupçons quant à leur légitimité à percevoir des prestations sociales. Davantage que l'introduction de ces dispositions dans la loi, c'est surtout le climat de la discussion à leur propos, et la violence des opinions émises, y compris par les autorités fédérales dans le cadre des débats³³, qu'il faut garder à l'esprit.

D. Synthèse

Ce rapide tour d'horizon révèle qu'au plan collectif, les jugements de valeur en matière de protection sociale, autrement dit le fait de faire prévaloir, dans l'activité législative, l'intervention de l'Etat sur la responsabilité individuelle, dépendent largement de la santé économique du pays. Si des raisons idéales ont pu, avant la Seconde Guerre mondiale, être mises en avant au nom d'un certain devoir moral de l'Etat, les Trente Glorieuses ont davantage réduit les assurances sociales à des instruments de mutualisation, sans dimension redistributive. Si cette période a vu l'adoption ou la révision de plusieurs normes constitutionnelles contraignant la Confédération à légiférer en la matière, il faut garder à l'esprit que cela procédait moins de l'évolution de la politique sociale que de mesures de politique économique, régionale ou familiale. Il est certain en revanche que les périodes économiquement difficiles ont favorisé le consensus autour d'un projet commun.

Depuis le début des années 1990, il est intéressant de noter deux tendances qui s'opposent : notre arsenal législatif en matière de protection sociale s'est trouvé enrichi de nouvelles prestations, pour les pères, pour les proches aidants et pour les travailleuses et les travailleurs âgés. A l'inverse, les personnes atteintes dans leur santé, en particulier dans leur santé psychique³⁴, ont suscité des crispations qui ont conduit, d'une part, à les suspecter très systématiquement de malhonnêteté du moment qu'elles recourraient aux prestations de l'assurance-invalidité et, d'autre part, à restreindre les possibilités matérielles d'accéder à ces prestations.

A l'heure actuelle, il est possible que les arbitrages entre la responsabilité individuelle et l'intervention de la collectivité soit actuellement inspirés par une population plus jeune et plus aisée, davantage touchée par la parentalité et la conciliation de celle-ci avec la vie professionnelle, qui correspond à sa réalité, que par les difficultés rencontrées par les personnes fragilisées dans leur santé et leur survie économique. La première mérite la mise en commun des ressources, à l'inverse

³² Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1).

³³ A ce sujet, cf. DUPONT (JDS), 77 ss.

³⁴ Cf. *infra* III.A.

des secondes. En d'autres termes, plus une situation sociale correspond à la norme, ou à tout le moins à la réalité de la majorité de la population, ou aux craintes de cette dernière, meilleures sont les chances que le jugement de valeur favorise la mutualisation.

III. Les jugements de valeur comme outil (micro)politique

Une fois adoptées les différentes lois en matière d'assurances sociales, celles-ci sont mises en œuvre par les autorités administratives et par les tribunaux en cas de litige. D'une manière générale, les conditions d'accès aux différentes prestations sociales sont, comme il se doit dans une matière relevant du droit administratif, clairement circonscrites par la loi. Néanmoins, bon nombre d'entre elles revêtent la forme de notions juridiques indéterminées, raison pour laquelle les décisions de justice jouent un rôle considérable pour la mise en œuvre des assurances sociales. Dans ce contexte, les tribunaux doivent régulièrement procéder à la pondération des intérêts en jeu.

Si, parfois, la pondération n'a de valeur que pour l'affaire qui fait l'objet de la décision, respectivement du jugement à intervenir (cf. *infra* IV), elle peut également avoir une portée plus large et orienter pour l'avenir la mise en œuvre des assurances sociales et, par conséquent, la protection sociale en Suisse.

Nous avons choisi ici arbitrairement quelques exemples pour mettre ces mécanismes en lumière (A-D)³⁵. Avant de poursuivre, nous souhaitons attirer l'attention sur le fait que tout arbitrage par le juge ne signifie pas encore que celui-ci doive procéder à un jugement de valeur, autrement dit à l'attribution subjective d'une qualité comparée à une autre. Par exemple, le refus de la prise en charge d'un traitement médical au motif qu'il n'est pas scientifiquement reconnu repose sur des considérations objectives, soit l'existence ou non d'un large consensus au sein de la communauté scientifique, et non sur une perception subjective de l'utilité du traitement. En revanche, un même refus au motif que la condition de l'économicité n'est pas réalisée peut impliquer un jugement subjectif (cf. *infra* IV.C).

A. Les personnes atteintes dans leur santé psychique

La différence de traitement entre les personnes assurées atteintes dans leur santé physique et celles qui sont atteintes dans leur santé psychique, malgré des textes

³⁵ Cf. également *infra* IV.B et C.

législatifs qui les placent sur un plan d'égalité³⁶, révèle un jugement de valeur opéré par les tribunaux, singulièrement par le Tribunal fédéral. Les premières seraient « plus normales », ou à tout le moins « plus dignes » de l'aide de la collectivité, que les secondes, qui ne le seraient qu'à des conditions exceptionnelles. Dans tous les cas les premiers Ce jugement de valeur se manifeste principalement dans l'assurance-invalidité (1) et dans l'assurance-accidents (2).

1. Dans le domaine de l'assurance-invalidité

Depuis le début des années 1990, comme évoqué plus haut³⁷, le Tribunal fédéral a progressivement élaboré une jurisprudence très dure à l'égard des personnes atteintes de troubles non objectivables³⁸. Depuis lors, elles doivent démontrer la réalisation de conditions restrictives, qui ont évolué au fil du temps. Depuis l'ATF 141 V 281, ces conditions sont regroupées dans un processus appelé « procédure probatoire structurée ». La mise en œuvre de ce processus exige au préalable la mise en œuvre d'une expertise psychiatrique, elle-même encadrée par de nombreuses règles peu favorables à la personne assurée. Depuis la fin de l'année 2004, le Tribunal fédéral a en outre établi une liste de critères juridiques qui permettent d'écarter le diagnostic médical pour nier toute invalidité et refuser le droit aux prestations³⁹.

Cette analyse intervient dans le contexte plus général de la condition de l'exigibilité de la mise en œuvre d'une capacité de travail résiduelle, sur laquelle nous reviendrons plus loin⁴⁰. Dans l'assurance-invalidité, cette condition fait l'objet d'une analyse différenciée selon que la personne assurée est atteinte dans sa santé physique ou psychique, l'exigibilité étant plus facilement admise en cas de troubles psychiques, ou, dit autrement, l'inexigibilité est plus difficile à démontrer pour la personne assurée atteinte dans cet aspect de sa santé. Cette inégalité de traitement est le fruit d'un jugement de valeur, qui consiste à penser qu'une personne atteinte dans sa santé psychique peut plus facilement mobiliser ses ressources résiduelles

³⁶ A ce sujet, cf. DUPONT (JaSo 2018), 119.

³⁷ Cf. *supra* II.C.

³⁸ On parle, de manière plus technique, de « syndromes et pathologies sans étiologie claire ni constat de déficit organique » (SPECDO). Il s'agit, par exemple, des troubles somatoformes douloureux, de la fibromyalgie, du syndrome de fatigue chronique, du trouble de conversion ou encore du syndrome de stress post-traumatique.

³⁹ Cf. ATF 141 V 281 c. 2.2 et ATF 131 V 49. Ainsi, même si les médecins ont, *lege artis*, posé un diagnostic, celui-ci pourra être écarté au motif, par exemple, d'une divergence entre les plaintes décrites et le comportement de la personne assurée ou l'anamnèse, ou encore de plaintes mal systématisées.

⁴⁰ Cf. *infra* III.B.

qu'une personne atteinte dans sa santé physique, présumé qui ne fait l'objet d'aucune vérification scientifique.

Il faut, néanmoins, exposer l'évolution opérée ces dernières années au sujet des seuls troubles psychiques⁴¹. S'agissant tout d'abord des troubles non objectivables, la jurisprudence antérieure à l'ATF 141 V 281 s'articulait autour de la présomption de l'absence de tout caractère invalidant. Depuis cette jurisprudence, cette présomption a disparu au profit de la procédure probatoire structurée mentionnée plus haut. Si, dans les faits, ce changement n'a pas réellement facilité l'accès aux prestations de l'assurance-invalidité pour les personnes concernées, il traduit néanmoins une amélioration du regard porté sur ces dernières. Au printemps 2016, le Tribunal fédéral avait adopté une jurisprudence radicale à l'égard des personnes atteintes de troubles dépressifs et moyens, leur pathologie étant présumée non invalidante, au motif notamment de leur caractère curable⁴². Très critiquée, cette jurisprudence a été abandonnée quelques 18 mois plus tard, à l'occasion de deux arrêts qui ont eu pour effet d'entraîner l'application de la procédure probatoire structurée dans presque toutes les situations d'atteintes à la santé psychique⁴³. Dernière étape de cette évolution, les syndromes de dépendance aux substances psychotropes, qui faisaient eux aussi l'objet d'une jurisprudence discriminante depuis le milieu des années 1960, se sont vu reconnaître un statut de maladie psychique « comme les autres », et leur caractère invalidant doit également, depuis l'ATF 145 V 215, faire l'objet d'une procédure probatoire structurée. Cette dernière étape est à notre sens particulièrement importante dans le contexte de notre analyse, car la jurisprudence antérieure à cet arrêt était empreinte de jugements moraux qui n'ont pas lieu d'être dans la mise en œuvre des assurances sociales⁴⁴.

2. Dans le domaine de l'assurance-accidents

En dehors des traumatismes psychiques, dont il sera question plus loin⁴⁵, les atteintes à la santé psychique dites réactionnelles peuvent également, à certaines conditions, être considérées comme des accidents⁴⁶. Cela suppose notamment qu'il existe, entre l'atteinte à la santé et le facteur extérieur qui l'a provoquée, un lien de causalité naturelle et adéquate. Si l'analyse de la première est objective et relève

⁴¹ Pour une analyse plus complète, cf. DUPONT (Plaidoyer 1/2020).

⁴² Cf. ATF 140 V 538.

⁴³ ATF 143 V 409 et 418.

⁴⁴ Cf. également *infra* C et note 66.

⁴⁵ Cf. *infra* IV.B.

⁴⁶ Cf. art. 4 LPGA, qui mentionne les atteintes à la « santé physique, mentale ou psychique ». Cf. également CR LPGA-PERRENOUD, art. 4 N 63

de la compétence du médecin, la seconde relève de l'analyse juridique et représente une notion juridique indéterminée⁴⁷.

La causalité adéquate consiste à examiner, selon la formule consacrée⁴⁸, s'il est dans le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie que des circonstances telles que celles qui ont conduit à l'accident entraîne des troubles psychiques. Cette formule savante dissimule une réalité plus simple : on se demande s'il est normal de développer des troubles psychiques réactionnels après un accident. En soi, le simple fait de poser cette question est un jugement de valeur, dès lors qu'on ne se la pose pas pour les conséquences physiques d'un accident. Le Tribunal fédéral a depuis longtemps encadré cette analyse⁴⁹ de manière que seules des circonstances très particulières permettent d'admettre cette normalité⁵⁰, réduisant ainsi la protection sociale des personnes concernées. Cet exemple confirme que les personnes atteintes dans leur santé psychique sont moins dignes de l'aide de la collectivité.

B. L'exigibilité

En droit des assurances sociales, le principe constitutionnel de la proportionnalité⁵¹ s'incarne le plus souvent dans la condition de l'exigibilité de telle ou telle démarche attendue de la personne assurée. A ce titre, l'exigibilité a pour mission d'assurer l'harmonie entre les intérêts de la collectivité et ceux des personnes assurées prises individuellement, autrement dit d'incarner le compromis permettant d'éviter tout résultat qui « avantage les uns outre mesure, désavantageant pas là même injustement les autres »⁵².

Pour le Tribunal fédéral, la condition de la proportionnalité ne pourrait être remplie que si les prestations sociales peuvent être attribuées « de la même manière à tous ceux qui se trouvent dans une même situation »⁵³. On distingue déjà, à ce stade de l'analyse, la vocation limitatrice du principe de la proportionnalité, dès lors qu'il tombe sous le sens que si, demain, l'ensemble de la population assurée devait solliciter (et avoir droit à) des prestations de l'assurance-chômage, de l'assurance-invalidité, ou encore un traitement très onéreux de l'assurance-maladie

⁴⁷ Cf. CR LPGA-PERRENOUD, art. 4 N 53 ss.

⁴⁸ Cf. CR LPGA-PERRENOUD, art. 4 N 53 et les références citées en note 174.

⁴⁹ Cf. ATF 115 V 133 (jurisprudence « Garcia »). Cf. également DUC, 16 ss.

⁵⁰ Pour plus de détails sur l'analyse du Tribunal fédéral, cf. CR LPGA-PERRENOUD, art. 4 N 63 ss.

⁵¹ Cf. art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale de la Constitution suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101).

⁵² Cf. MÜLLER, 18.

⁵³ ATF 136 V 395 c. 7.7. La traduction est empruntée à MÜLLER, 18 s.

(une chimiothérapie par exemple), les ressources des assurances sociales seraient insuffisantes et l'octroi serait impossible.

Incarnée dans la condition de l'exigibilité, la proportionnalité sert précisément à mettre en œuvre cet arbitrage entre responsabilité individuelle et intervention de l'Etat⁵⁴. En soi, cet arbitrage est incontournable, et la diversité des situations présentes dans l'administration des différentes assurances sociales empêche naturellement le législateur d'être plus précis dans les normes qu'il adopte. C'est ici davantage la méthode par laquelle cette condition est mise en œuvre et contrôlée qui est discutée⁵⁵.

En droit des assurances sociales, le point de départ de la réflexion à ce propos est l'obligation de diminuer le dommage. Principe général, il est codifié à plusieurs endroits dans la législation en matière d'assurances sociales. L'art. 21 al. 4 LPGA impose à la personne assurée atteinte dans sa santé et menacée dans sa capacité de gain de se soumettre aux traitements et aux mesures de réadaptation raisonnablement exigibles⁵⁶. L'exigibilité est également très présente dans la législation en matière d'invalidité, la notion d'invalidité elle-même supposant que l'incapacité de gain subsiste « après les traitements et les mesures de réadaptation raisonnablement exigibles »⁵⁷, ainsi que dans l'assurance-chômage.

A priori formulée de manière ouverte, la condition de l'exigibilité raisonnable est censée faire l'objet d'un examen individualisé, à la lumière de toutes les circonstances du cas d'espèce. Objectivement, l'exigibilité doit être niée lorsque les exigences à l'égard de la personne assurée sont disproportionnées par rapport au bénéfice économique escompté pour l'assurance sociale ; subjectivement, il faut néanmoins admettre que certaines circonstances sont de nature à empêcher, ou à tout le moins à compliquer de manière importante, l'accomplissement des mesures attendues⁵⁸. En réalité, cet examen a été encadré de manière assez schématique. Ainsi, dans le domaine de l'assurance-invalidité, l'art. 7a LAI présume que toute mesure servant à la réadaptation de la personne assurée est raisonnablement exigible, à l'exception des mesures qui ne sont pas adaptées à son état de santé. Dans l'assurance-chômage, la prise d'un emploi en vue de diminuer le dommage est exigée à condition que cet emploi soit convenable, condition dont la réalisation est

⁵⁴ Cf. *supra* II.

⁵⁵ Sur la distinction entre le principe et la méthode, cf. MÜLLER, 16 s.

⁵⁶ Pour une exégèse plus complète de cette disposition, cf. CR LPGA-DUPONT, art. 21 N 50 ss et DUPONT (Schadenminderungspflicht), III.

⁵⁷ Art. 8 et 7 al. 1 *in fine* LPGA.

⁵⁸ Cf. CR LPGA-DUPONT, art. 21 N 60.

présumée, sous réserve d'exceptions exhaustivement prévues par la loi⁵⁹. Dans ce domaine, le curseur a été déplacé à l'occasion d'une révision de la LACI intervenue au 1^{er} janvier 1996. Sous l'empire de l'ancienne réglementation, l'analyse était inversée et seuls les postes de travaux correspondant à certains critères étaient jugés convenables. Par ailleurs, la modification de 1996 a été l'occasion de durcir les conditions auxquelles une exception au principe de l'exigibilité pouvait être admise⁶⁰.

En définitive, le résultat de l'analyse de l'exigibilité est rarement favorable aux personnes assurées.

Dans le domaine de l'assurance-invalidité, il est intéressant pour notre analyse de revenir sur quelques aspects chronologiques. L'art. 7a LAI, de même que la modification de l'art. 7 LPGa dans le but d'y introduire la mention de l'exigibilité, sont l'un des fruits de la cinquième révision de l'assurance-invalidité, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008. Il s'agissait alors de limiter l'accès à la rente d'invalidité⁶¹. Pour ce faire, il a tout simplement été proposé d'ancrer dans la loi les solutions dégagées par la jurisprudence⁶², dans le but clairement assumé de déplacer le curseur entre responsabilité individuelle et mutualisation⁶³.

C. Les facteurs bio-psycho-sociaux

A l'occasion de la 5^e révision de l'assurance-invalidité, dont il vient d'être question à propos de l'exigibilité⁶⁴, toujours dans la même idée de définir plus strictement les contours de l'invalidité pour limiter l'accès aux rentes, le Conseil fédéral a insisté sur l'importance de l'élément médical à l'origine de l'incapacité de gain, qu'il convenait à tout prix de distinguer d'autres facteurs, étrangers à l'invalidité, ou mieux connus encore sous la désignation – péjorative – de facteurs biopsychosociaux. Pour le Conseil fédéral, la distinction entre les deux catégories semble évidente, et il ne s'agit, une fois encore, que d'ancrer dans la loi les solutions dégagées au préalable par la jurisprudence⁶⁵. On compte, au nombre des facteurs dits étrangers à l'invalidité, notamment l'âge, le manque de formation, les difficultés

⁵⁹ Cf. art. 16 al. 1 et 2 *a contrario* de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage (LACI ; RS 837.0).
⁶⁰ Cf. Message du Conseil fédéral du 29 novembre 1993 à l'appui de la deuxième révision partielle de l'assurance-chômage, FF 1994 I 340, 357.
⁶¹ Cf. Message du Conseil fédéral du 22 juin 2005 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'AI), FF 2005 4215, 4216 et 4282 ss.
⁶² Cf. Message 5^e révision LAI (note 61), 4283.
⁶³ Cf. Message 5^e révision LAI (note 61), 4286.
⁶⁴ Cf. *supra* B.
⁶⁵ Cf. Message 5^e révision LAI (note 61), 4285.

à se faire comprendre, les circonstances socioculturelles et l'exagération des plaintes⁶⁶.

Pour le Conseil fédéral, la différenciation entre les atteintes à la santé et les facteurs biopsychosociaux intervient au stade de l'analyse de la causalité naturelle, seule l'incapacité de gain imputable à un diagnostic reconnu par une classification internationale (CIM ou DSM) pouvant être prise en considération. Cette conception recèle naturellement déjà, en soi, un jugement de valeur, dès lors qu'une hiérarchie est instaurée entre deux complexes de faits pouvant se répercuter sur la capacité de gain de la personne assurée⁶⁷. Elle est calquée sur une approche biomédicale des pathologies, par opposition à une approche biopsychosociale, quand bien même la sociologie médicale ne privilégie ni l'une, ni l'autre.

En pratique, c'est à nouveau davantage sous l'angle de l'exigibilité que ces questions sont abordées, d'une part lorsqu'il s'agit, pour les personnes atteintes dans leur santé psychique, de déterminer les ressources dont elles disposent⁶⁸, d'autres part lorsqu'il s'agit de vérifier, d'un point de vue subjectif, si l'on peut exiger d'elles qu'elles diminuent leur dommage⁶⁹. Dans ce contexte, l'âge, par exemple, n'est pas du tout banni de l'analyse : le Tribunal fédéral admet que les personnes assurées proches de l'âge de la retraite au moment où leur situation médicale est évaluée en vue de l'octroi d'une rente doivent bénéficier d'une analyse plus fine de l'exigibilité, à leur égard, d'une reconversion professionnelle⁷⁰. D'autres particularités socioculturelles peuvent également contraindre à une analyse plus circonstanciée de l'exigibilité : ainsi, le fait d'appartenir à une communauté protégée par les conventions internationales, en l'espèce à la communauté suisse des gens du voyage⁷¹, empêche d'admettre l'exigibilité d'une reconversion professionnelle si celle-ci implique, pour la personne assurée, d'abandonner son mode de vie⁷².

L'exemple des facteurs biopsychosociaux est révélateur d'un phénomène intéressant : l'on tente de mâliner d'objectivité scientifique l'incapacité de gain et les circonstances qui l'ont provoquée (la causalité naturelle est ou n'est pas). Il traduit pourtant un jugement moral : les personnes assurées sont responsables de leur

⁶⁶ Cf. Message 5^e révision LAI (note 61), 4285. Le message mentionne également les purs syndromes de dépendance, mais le Tribunal fédéral considère désormais différemment ces pathologies (cf. *supra* III.A.1).
⁶⁷ EGLI, 94.
⁶⁸ Cf. *supra* III.A.1.
⁶⁹ Cf. *supra* III.B.
⁷⁰ A ce sujet, cf. CR LPGa-MOSER-SZELESS, art. 7 N 30.
⁷¹ Cette communauté fait partie des minorités protégées par la Convention-cadre du 1^{er} février 1995 pour la protection des minorités nationales (RS 0.441.1). A ce propos, cf. ATF 138 I 205 c. 5.2.
⁷² ATF 138 I 205.

histoire de vie, et non de leur histoire médicale, de sorte que la société n'a pas à intervenir pour les conséquences de la première. La réalité est plus nuancée, plus complexe, et laisse la place à une grande subjectivité.

D. Les personnes travaillant à temps partiel

L'assurance-invalidité étant une assurance sociale universelle à vocation finale, elle doit en principe offrir la même couverture à toutes les personnes protégées pour le cas où elles deviennent invalides. Dans un ATF 142 V 149, le Tribunal fédéral a pourtant jugé que les personnes qui travaillaient à temps partiel sans consacrer pleinement le temps résiduel à leur foyer et à leurs enfants ne pouvaient bénéficier de la même couverture que les personnes travaillant à temps plein, ni même que les personnes sans activité lucrative. Alors que ces deux catégories de personnes assurées peuvent, possiblement, voire leur taux d'invalidité fixé à 70 % ou plus, ce qui leur permet de bénéficier de rentes entières, le taux d'invalidité des personnes travaillant à temps partiel sans travaux habituels doit être plafonné, pour le Tribunal fédéral, au taux de l'activité professionnelle exercée. Si ce taux est inférieur à 70 %, la personne assurée ne peut, de facto, bénéficier d'une rente entière de l'assurance-invalidité, quand bien même elle serait privée de l'entier de sa capacité de travail.

L'aspect problématique de cette jurisprudence est le jugement de valeur porté sur la manière dont les personnes assurées occupent leur temps, singulièrement la part de leur temps qui n'est pas dévolue à leur activité lucrative. Dans l'arrêt de principe mentionné ci-dessus, le Tribunal fédéral considère la situation concrète de l'assurée, qui vivait seule dans un appartement de 4,5 pièces, et a estimé que les 40 % qu'elle ne consacrait pas à son activité lucrative n'étaient pas nécessaires pour entretenir un foyer de ce type. En conséquence, le temps consacré à l'entretien du foyer ne pouvait pas du tout être pris en considération.

Cette approche est d'autant plus délicate que depuis l'arrêt dont il est question ici, l'art. 27 RAI⁷³, qui circonscrit la notion de travaux habituels pertinente pour les personnes assurées travaillant à temps partiel, a été modifié⁷⁴, réduisant ces dernières aux « activités nécessaires dans le ménage » et aux « soins et [à] l'assistance apportés aux proches »⁷⁵. La nouvelle formulation de l'art. 27 RAI, conjuguée avec l'analyse lucernoise à l'ATF 142 V 149, est de nature à permettre désormais des

⁷³ Règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RS 831.201).

⁷⁴ La modification est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2018 (RO 2017 7581).

⁷⁵ L'art. 27 RAI, dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2017, intégrait en outre les activités artistiques ou d'utilité publique.

appréciations subjectives, en fonction notamment de la sympathie que la personne assurée parviendra à susciter, de ce qu'il convient de qualifier d'« activités nécessaires » pour l'entretien du foyer. La couverture sociale de la personne assurée en cas d'invalidité dépendra donc directement de l'appréciation subjective de l'administration, respectivement des juges, s'agissant du temps raisonnable dont celle-ci a besoin pour entretenir son foyer.

E. Synthèse

Les exemples que nous avons présentés dans ce chapitre révèlent qu'en droit des assurances sociales, comme dans les autres domaines du droit d'ailleurs, les conditions formulées sous forme de notions juridiques indéterminées laissent place aux jugements de valeur de l'administration, respectivement des juges. Si, du point de de la science juridique, il n'y a rien à redire à cela, il est en revanche plus discutable que ces appréciations orientent la politique sociale en restreignant la protection prévue par les assurances sociales, sans consensus populaire à ce sujet. La ratification *a posteriori* par le biais d'un ancrage législatif n'est à notre sens pas suffisant, le débat politique se trouvant biaisé dès lors qu'il s'agit de mettre la loi en conformité avec la réalité.

IV. Les jugements de valeur à géométrie variable

Comme nous l'avons dit en introduction du chapitre précédent⁷⁶, les conditions d'octroi des prestations sociales ressortent en premier lieu de la loi. Lorsqu'elles sont des notions juridiques indéterminées, elles font parfois l'objet, comme nous l'avons vu, d'une interprétation claire et stable, qui peut même avoir trouvé, au fil du temps, un ancrage législatif. Dans certains cas, ces conditions sont cependant à ce point indéterminées qu'elles laissent, dans les cas particuliers, une place importante à des jugements de valeurs dont les fondements objectifs sont difficiles à cerner et qui laissent craindre des décisions « girouettes », en fonction de la sympathie que la personne assurée parvient à susciter. Nous avons choisi ici trois exemples de ce phénomène, empruntés aux domaines de l'assurance-accidents (A et B) et de l'assurance-maladie (C).

⁷⁶ Cf. *supra* III.



A. Le dol éventuel

La réalisation d'un accident au sens de l'art. 4 LPGA qui conditionne, pour une personne qui travaille en Suisse, l'intervention de l'assurance-accidents (LAA), suppose notamment que l'atteinte à la santé ait été causée involontairement. La volonté suppose en principe l'intention, qui doit porter sur l'atteinte, et non sur le comportement qui y conduit⁷⁷.

Dans une affaire qui a fait l'objet de critiques en doctrine⁷⁸, le Tribunal fédéral a dû examiner cette condition dans le cas d'un homme qui, à l'occasion d'un voyage en train, avait donné un coup de poing contre un mur sous l'effet du stress, de la colère ou de la rage, et s'était grièvement blessé à la main. Le Tribunal fédéral a confirmé le refus de prester décidé par l'assureur-accidents, au motif que l'assuré devait admettre, au stade du dol éventuel, qu'en adoptant ce comportement, il puisse se blesser grièvement.

Cette affaire mérite d'être lue en parallèle avec celle d'une jeune mère qui, épuisée par sa récente maternité, avait, dans un accès de colère, violemment tapé du pied par terre et s'était ainsi fracturé le talon. L'assureur-accidents avait refusé de prester au motif que le comportement avait été adopté volontairement, l'assurée n'ayant par ailleurs pas été privée de sa capacité de discernement. Le Tribunal fédéral, après avoir rappelé que la condition de la volonté porte sur l'atteinte, et non sur le comportement qui y conduit, a confirmé le caractère involontaire de l'atteinte et l'obligation de prester de l'assureur-accidents⁷⁹.

En présence de deux états de fait aussi semblables, la différence dans la solution juridique ne peut s'expliquer que par un jugement de valeur, un homme en colère n'étant visiblement pas digne de la même compassion judiciaire qu'une jeune mère épuisée. Pourtant, la législation en matière d'assurance-accidents aurait permis à l'assureur, dans la première affaire, d'admettre l'accident mais de réduire ses prestations au motif de la faute commise, la négligence grave étant suffisante pour cela⁸⁰. Notons que dans la seconde affaire, l'hypothèse du dol éventuel n'avait pas été examinée, et que dans la première, ce sont en réalité les juges de première instance qui en ont eu l'idée, reprise ensuite par les juges fédéraux.

⁷⁷ CR LPGA-PERRENOUD, art. 4 N 13 et les références citées en note 26.

⁷⁸ ATF 143 V 285. Cf. principalement SCHÖNENBERGER, 228 ss.

⁷⁹ ATF 139 V 327.

⁸⁰ Cf. art. 37 al. 2 de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA ; RS 832.20).

B. Le caractère extraordinaire du facteur extérieur

L'accident au sens de l'art. 4 LPGA suppose également que l'atteinte à la santé ait été causée par un facteur extérieur, qui doit être extraordinaire. L'on entend par là qu'il doit excéder ce que l'on peut objectivement qualifier de quotidien ou d'habituel, « autrement dit les péripéties de la vie courante »⁸¹. Cette condition fait l'objet d'une abondante jurisprudence, qui en a précisé la concrétisation en fonction d'une typologie de situations⁸².

D'un point de vue systémique, il est aisé de constater que selon les cas, la condition du caractère extraordinaire est utilisée pour éviter de mettre à charge de l'assurance sociale des situations susceptibles de se produire fréquemment. Ainsi, le caractère extraordinaire de lésions consécutives à des efforts doit être apprécié en fonction notamment des habitudes professionnelles de la personne assurée, et ne sera admis que si l'effort est manifestement excessif. Grâce à cette analyse, les travailleuses et les travailleurs devant habituellement déplacer ou soulever des charges lourdes dans leur travail – et, donc, statistiquement plus exposés à une atteinte à la santé – voient leur protection sociale diminuée dès lors que la qualité d'accident sera ainsi déniée aux atteintes qu'ils risquent le plus de subir.

D'un point de vue individuel, la prévisibilité de l'issue de l'analyse judiciaire peut, selon les cas, s'avérer plutôt hasardeuse. Il en va notamment ainsi en cas d'atteinte subie lors de la pratique d'un sport. L'on exige alors que se produise « un événement allant au-delà du risque inhérent à l'exercice du sport en cause »⁸³ (prévisibilité objective). Si tel est bien le cas, le Tribunal fédéral examine encore, de manière supplémentaire, si d'un point de vue subjectif la sportive ou le sportif devait compter avec l'interruption de son mouvement (prévisibilité subjective)⁸⁴. Au-delà du fait que les exigences sont ainsi plus élevées en cas d'événements survenus dans l'exercice d'une activité sportive et, que d'un point de vue collectif, l'on retrouve ici le même inconvénient que celui décrit au paragraphe précédent (l'accident est moins facilement admis chez celle ou celui qui pratique régulièrement son activité), il en résulte une impossibilité de prévoir avec une fiabilité suffisante l'issue d'une procédure judiciaire en cas de désaccord sur le droit aux prestations. Par exemple, concernant le hockey sur glace, être chargé par un adversaire contre la

⁸¹ ATF 129 V 402 c. 2.1. Cf. également CR LPGA-PERRENOUD, art. 4 N 25 et les autres références citées en note 54.

⁸² Sur cette typologie, cf. CR LPGA-PERRENOUD, art. 4 N 28 ss ; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, N 94 ss.

⁸³ CR LPGA-PERRENOUD, art. 4 N 30.

⁸⁴ Cf. DUPONT/LONGCHAMP, 303 s.

balustrade est extraordinaire⁸⁵, mais non une blessure découlant d'un *slapshot* mal maîtrisé⁸⁶. En équitation, la chute de la cavalière ou du cavalier qui découle de ce que les deux jambes avant du cheval ont « lâché » est extraordinaire⁸⁷, mais non le brusque changement d'allure de ce dernier⁸⁸. Il est extraordinaire de chuter de 2,5 mètres lorsque l'on pratique l'escalade en salle⁸⁹, mais il ne l'est pas de mal pénétrer la surface d'eau après un plongeon de 7 mètres⁹⁰. Ces exemples révèlent, au mieux, une compréhension parfois hésitante des risques inhérents aux différentes activités sportives, au pire l'expression d'un intérêt ou d'un désintérêt pour ces activités et les personnes qui les pratiquent.

Finalement, toujours dans ce contexte, il faut mentionner le traitement réservé aux traumatismes psychiques (*Schreckereignis*)⁹¹. Alors que, lorsqu'il s'agit d'atteintes physiques, démontrer l'extraordinaire suppose, comme nous l'avons dit plus haut, d'établir que le facteur extérieur excède ce que l'on peut habituellement qualifier de normal, l'analyse de l'extraordinaire en cas de traumatisme psychique, aussi qualifié de choc émotionnel, suppose de démontrer avoir assisté à un « événement dramatique propre à faire naître une terreur subite même chez une personne capable de supporter certains chocs nerveux »⁹². Il faut en outre avoir été directement confronté à l'événement en question. D'une part, ces conditions plus sévères démontrent une volonté de ne pas ouvrir trop largement les portes de l'assurance-accidents aux personnes atteintes dans leur santé psychique⁹³. D'autre part, au niveau individuel, les issues différentes de certaines affaires très similaires sont parfois difficiles à comprendre pour les justiciables, comme cette différence entre le conducteur de train dont la locomotive écrase mortellement une personne qui avait décidé de mettre fin à ses jours⁹⁴, pour lequel le caractère extraordinaire est admis, et celui qui ne s'en rend compte qu'une fois arrivé à destination, pour

⁸⁵ ATF 130 V 117 c. 3.

⁸⁶ TF, arrêt 8C_141/2009 du 2 juillet 2009, c. 7.2. Un *slapshot* (ou tir frappé) est le coup le plus difficile à jouer dans ce sport.

⁸⁷ TFA, arrêt U 296/05 du 14 février 2006, c. 2.3.

⁸⁸ Cf. TFA, arrêt U 296/05 du 14 février 2006, c. 2.3.

⁸⁹ TF, arrêt 8C_410/2017 du 22 mars 2018.

⁹⁰ TFA, arrêt U 17/02 du 10 décembre 2002, c. 2.

⁹¹ Sur la distinction de cette notion d'avec celle des atteintes additionnelles, ou réactionnelles, à la santé psychique, cf. CR LPGA-PERRENOUD, art. 4 N 47.

⁹² CR LPGA-PERRENOUD, art. 4 N 44.

⁹³ Cf. *supra* III.A.2.

⁹⁴ TFA, arrêt U 93/88 du 20 avril 1990.

lequel il est nié⁹⁵. Avoir vécu le tsunami en Thaïlande est extraordinaire⁹⁶, mais non le fait d'avoir assisté à l'attentat de Nice le 14 juillet 2016⁹⁷.

C. La proportionnalité dans la prise en charge des soins de santé

En Suisse, les soins de santé peuvent être pris en charge par différentes assurances sociales, en fonction du risque qui s'est réalisé. L'assurance-maladie (LAMal), l'assurance-accidents (LAA) et l'assurance-invalidité (LAI), pour les jeunes jusqu'à 20 ans, sont aux premières loges. Dans les trois régimes, l'intervention de l'assurance sociale pour la prise en charge d'un traitement suppose que ce dernier soit efficace, approprié et économique⁹⁸. La condition du caractère économique, qui nous intéresse plus particulièrement dans le cadre de cette analyse, est interprétée d'une manière qui ne laisse a priori pas de place aux jugements de valeurs : en présence d'une alternative thérapeutique, autrement dit de deux traitements pareillement efficaces et adéquats, l'assurance sociale intervient pour la prise en charge du moins onéreux.

Dans le cadre de l'assurance-maladie, le Tribunal fédéral a développé une jurisprudence qui s'applique lorsqu'il n'existe pas d'alternative thérapeutique, autrement dit quand la comparaison entre deux traitements n'est pas possible. Dans un tel cas, l'analyse de la condition de l'économicité rejoint celle de la proportionnalité et revient à formuler un jugement de valeur pour arbitrer les intérêts de la communauté des payeurs de primes et ceux de la personne assurée. Le coût du traitement est opposé au bénéfice escompté pour la personne assurée, et le rapport entre les deux doit être jugé proportionné pour que l'assurance sociale soit obligée de prester.

D'une manière générale, l'issue de cet arbitrage est plutôt défavorable, raison pour laquelle nous avons hésité à en traiter dans le chapitre précédent. Néanmoins, les contradictions entre certains arrêts nous laissent penser que le risque principal est ici davantage celui de jugements de valeurs très individualisés, que celui de la création jurisprudentielle de normes.

A titre d'exemple, l'on peut mettre en regard l'ATF 136 V 395 (arrêt Myozyme I), l'ATF 142 V 144 (arrêt Ondine) et l'ATF 143 V 130 (arrêt Scenesse). Dans le premier arrêt, la prise en charge d'un médicament avait été refusée au motif que

⁹⁵ TF, arrêt 8C_376/2013 du 9 octobre 2013.

⁹⁶ TF, arrêt U 548/06 du 20 septembre 2007.

⁹⁷ TF, arrêt 8C_609/2018 du 5 décembre 2018.

⁹⁸ Art. 32 LAMal.

le coût du traitement était trop élevé par rapport au bénéfice escompté, quand bien même il n'existait pas d'alternative thérapeutique. Dans la deuxième affaire, le Tribunal fédéral avait contraint la caisse-maladie à prendre en charge des soins à domicile pour un montant extrêmement élevé, soulignant l'absence d'alternative thérapeutique. Dans la troisième, qui concernait à nouveau un médicament, il est revenu sur son analyse et a confirmé le refus de prise en charge malgré l'absence d'alternative thérapeutique.

D'un point de vue davantage systémique, cette jurisprudence a pour effet de limiter l'assurance-maladie aux personnes atteintes de pathologies « classiques », et à rendre l'accès aux soins plus difficile, voire impossible, pour les personnes atteintes de maladies rares ou orphelines⁹⁹.

Dans le même ordre d'idée, *mais avec une dimension micropolitique plus marquée encore*, il faut également faire état de la jurisprudence au sujet de l'analyse de la condition de l'économicité lorsqu'il s'agit de trancher entre la prise en charge de soins à domicile ou d'un placement en EMS. Il est en effet notoire que les soins dispensés en EMS sont moins coûteux pour l'assurance-maladie que les soins dispensés à domicile¹⁰⁰. Pourtant, le Tribunal fédéral refuse, dans ce domaine, d'appliquer le principe d'économicité dans toute sa rigueur, et tient compte de tous les facteurs du cas d'espèce pour, éventuellement, admettre une disproportion – qui peut être importante – entre les coûts des deux options. Il a ainsi confirmé l'obligation de prester de l'assurance-maladie pour des soins à domicile dispensés à une personne ayant conservé une activité lucrative (coût 3,5 fois plus élevé)¹⁰¹, à une assurée en formation (coût 4 fois plus élevé)¹⁰², ou encore à une mère de famille¹⁰³. Il a en revanche confirmé un refus lorsque les soins à domicile « ne permettaient à la personne assurée que de bénéficier d'une meilleure qualité de vie »¹⁰⁴, en admettant toutefois certains cas limites¹⁰⁵.

⁹⁹ Pour d'autres explications à ce sujet, cf. DUPONT (JaSo), 123 ss.

¹⁰⁰ Ceci en raison de la différence des contributions prévues par la LAMal (cf. art. 7a de l'ordonnance du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie [OPAS ; RS 832.112.31]).

¹⁰¹ ATF 126 V 334 c. 3a.

¹⁰² TFA, arrêt K 66/2000 du 5 octobre 2000, c. 3.

¹⁰³ TFA, arrêt K 52/1999 du 22 septembre 2000.

¹⁰⁴ Cf. ATF 139 V 135 c. 4.5 et les références citées.

¹⁰⁵ Cf. TF, arrêt 9C_940/2011 du 21 septembre 2012, c. 3.4

D. Synthèse

Ces exemples révèlent l'insécurité que peuvent entraîner des conditions formulées de manière trop ouverte, laissant la place à des appréciations subjectives de la part des juges, en fonction de la sympathie que leur inspire la situation de la personne assurée. Cette insécurité n'est à notre avis pas favorable à une saine administration de la justice, car dans le doute, il vaudra mieux conseiller de procéder contre une décision de refus, dans l'espoir d'une décision favorable. Il peut donc en découler une surcharge pour les tribunaux.

Lorsque ces décisions subjectives forment un tout cohérent, ou créent une tendance, la prévisibilité du droit s'en trouve certes améliorée, mais l'on doit alors se demander dans quelles mesures elles créent des normes et participent ainsi au pilotage de la politique sociale, sans consensus populaire à leur propos.

V. Conclusion

Les jugements de valeur, compris ici comme une hiérarchisation des intérêts collectifs et individuels, interviennent continuellement dans la création et la mise en œuvre du droit des assurances sociales. Nous avons montré de quelle manière, au travers de plusieurs exemples tirés de l'histoire de la législation sociale et de la pratique administrative et judiciaire.

En soi, le phénomène est normal et compréhensible, dès lors qu'il s'agit de tracer une ligne entre la responsabilité individuelle et la collectivisation des coûts entraînés par la réalisation d'un risque social. Il est intéressant de constater que certains risques sociaux suscitent davantage d'empathie que d'autres : la vieillesse et le décès sont des risques sympathiques, très probablement parce qu'ils concernent l'ensemble de la population, alternativement ou cumulativement ; la maladie et l'accident jouissent également d'une certaine popularité, à condition toutefois que la maladie reste de celles que nous pourrions tous contracter, et que l'accident ne survienne pas chez une personne qui pourrait « l'avoir cherché ». L'invalidité et le chômage, en revanche, font plutôt l'unanimité contre eux et suscitent aujourd'hui davantage le mépris que la compassion. Question d'époque, la parentalité (au sens large) fédère aujourd'hui sans trop de peine les volontés collectivistes.

Lorsque les jugements de valeur interviennent au niveau législatif, il est difficile d'y trouver quelque chose à redire, dès lors qu'ils procèdent de la logique propre au consensus dans un pays de démocratie directe. On peut ne pas approuver le résultat, mais le processus est difficilement critiquable. Il en va à notre avis différemment dans deux hypothèses : premièrement (hypothèse très rare), lorsque le

Gouvernement sort de sa réserve comme il a pu le faire dans le message accompagnant la révision de la LPGA, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2021, et davantage encore s'agissant des dispositions concernant la surveillance des personnes assurées ; deuxièmement, lorsque la législation proposée n'a pour effet que de valider une pratique jurisprudentielle bien établie, en tirant argument de que « cela correspond à la réalité ». Une telle manière de faire induit en effet dans l'esprit des votantes et des votants des biais qui vont favoriser l'approbation d'une pratique dont le fondement n'a jamais fait l'objet d'un débat populaire, et qui tient davantage aux *a priori* de certains magistrats, comme cela a pu être le cas lors de la cinquième révision de l'AI.

Les jugements de valeur intervenant à l'occasion de décisions de justice rendues dans des cas individuels semblent là encore inévitables. Il faut cependant être conscient du risque de décisions contradictoires qui en découle, et, par conséquent, de l'imprévisibilité quant à l'issue de certaines situations.

La véritable difficulté des jugements de valeur dans le droit des assurances sociales concerne ceux qui sont adoptés dans le cadre d'une pratique qui se veut politique, autrement dit dans le cadre d'une jurisprudence qui généralise une solution juridique restreignant le projet social initial, sans consensus populaire à ce propos. L'exemple le plus marquant est ici celui des personnes atteintes dans leur santé psychique, désormais structurellement discriminées, en raison de la pratique judiciaire amorcée au début des années 2000, en contradiction avec les textes de loi, qui n'opèrent pas de distinction. Un autre exemple est la restriction de la couverture sociale de certaines personnes travaillant à temps partiel.

Ces processus interviennent principalement lorsque augmentent, statistiquement, des situations qui n'avaient pas été prévues au moment de la création de la branche d'assurance sociale considérée. Il est normal, dans ce contexte, que les tribunaux soient en première ligne pour adapter le droit. La question reste pourtant de savoir à qui revient la mission de réaliser le projet social helvétique et d'affirmer ou de nier la prévalence de la responsabilité individuelle sur la mutualisation.

Bibliographie

- BOUQUET JEAN-JACQUES, « Libéralisme », in : Dictionnaire historique de la Suisse (DHS), version du 14 février 2018, <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/017459/2018-02-14>, consulté le 9 juin 2021.
- DUC JEAN-LOUIS, Le Tribunal fédéral, l'assurance-accidents et les névroses, in : RSAS 1/35 (1991), 16 ss.

- DUPONT ANNE-SYLVIE, Mitwirkungs- und Schadenminderungspflichten : Basics, in : Pärli (éd.), Mitwirkungs- und Schadenminderungspflichten, Zurich/Saint-Gall (*à paraître*) (cité : Schadenminderungspflicht).
- DUPONT ANNE-SYLVIE, Le rôle de la solidarité pour le droit des assurances sociales, in : Fuhrer/Kieser/Weber (éd.), Der mehrspurige Schadenausgleich, *à paraître* (cité : Solidarité).
- DUPONT ANNE-SYLVIE, Assurances sociales : une cuvée 2019-2020 plutôt intéressante mais ..., Plaidoyer 6/2020, 26 ss (cité : Plaidoyer 6/2020).
- DUPONT ANNE-SYLVIE, La Suisse et la sécurité sociale : ce qui prend du temps finit par être bien (chapitre XIII), in : Badel/Daugareilh (éd.), La Sécurité sociale – Universalité et modernité – Approche de droit comparé, Paris 2019, 193 ss (cité : Suisse).
- DUPONT ANNE-SYLVIE, Troubles psychiques et assurance-invalidité : un état des lieux, Plaidoyer 1/2020, 30 ss (cité : Plaidoyer 1/2020).
- DUPONT ANNE-SYLVIE, La solidarité à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal fédéral, in : Kieser/Lendfers (éd.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2018, Zurich/Saint-Gall 2018, 115 ss (cité : JaSo).
- DUPONT ANNE-SYLVIE, La surveillance des personnes assurées, ou l'urgence soudaine de légiférer, in : Juristes Démocrates de Suisse (éd.), 40 ans des Juristes Démocrates de Suisse (JDS) : résolu-e-s, impertinent-e-s, engagé-e-s, Berne 2018, 73 ss (cité : JDS).
- DUPONT ANNE-SYLVIE/LONGCHAMP GUY, L'accident sportif et l'assurance-accidents sociale, in : Rigozzi/Sprumont/Hafner (éd.), Citius, Altius, Fortius. Mélanges en l'honneur de Denis Oswald, Bâle 2012, 291 ss.
- DUPONT ANNE-SYLVIE/MOSER-SZELESS MARGIT, Partie générale des assurances sociales. Commentaire romand, Bâle 2018 (cité : CR LPGA-Auteur).
- EGLI PHILIPPE, «Invaliditätsfremde» Faktoren. Eine schwierige Abgrenzung, in : Kieser (éd.), Invalidität – Gradmesser eine Sondersituation, November-Tagung zum Sozialversicherungsrecht 2019, Zurich/Saint-Gall, 93 ss.
- EUGSTER GEBHARD, Die obligatorische Krankenpflegeversicherung, in : Meyer (éd.), Sécurité sociale, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, vol. XIV, 3^e éd., Bâle 2016, 385 ss.
- FRÉSARD JEAN-MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, L'assurance-accidents obligatoire (avec des aspects de l'assurance militaire), in : Meyer (éd.), Sécurité sociale, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, vol. XIV, 3^e éd., Bâle 2016, 885 ss.
- GNAEGI PHILIPPE, Histoire, structure et financement des assurances sociales en Suisse, 4^e éd., Zurich 2017.

SCHÖNENBERGER SIMON, Eventualvorsatz im Unfallversicherungsrecht, RSAS 3/2018, 227 ss.

MOOR PIERRE, Pour une théorie micropolitique du droit, Paris (PUF) 2005

MÜLLER MARKUS, Proportionnalité. Le Rubik's Cube du droit, Berne 2016.

Stephan Fuhrer*

✓ Vom Wandel der Werte im Privatversicherungsrecht

Inhaltsverzeichnis

I.	Wertewandel, Meilensteine und Megatrends	51
II.	Entwicklung des privaten Versicherungsvertragsrechts	55
III.	Schrankenlose Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert	58
IV.	Der Erlass des VVG	61
V.	Der lange Weg zur grossen Teilrevision	63
VI.	Aktuelle Trends	65
	A. Digitalisierung	65
	B. Internationalisierung	66
VII.	Fazit	67
	Literaturverzeichnis	68

I. Wertewandel, Meilensteine und Megatrends

Wertewandel ist primär ein Begriff aus der Soziologie und bezeichnet «einen Wandel gesellschaftlicher und individueller Normen und Wertvorstellungen»¹. Dabei denkt man an Entwicklungen wie z.B. die Säkularisierung der Gesellschaft und damit einhergehend eine Verschiebung der Gewichtung von kollektiven zu individuellen Interessen. Die Rechtsordnung schafft keinen Wertewandel, sie bildet diesen Wertewandels wieder. Sowohl die Gesetzgebung als auch die Rechtsprechung werden auch durch tagesaktuelle Ereignisse, geschickt durchgesetzte Partikularinteressen oder durch wirtschaftliche und nicht zuletzt auch klimatische Entwicklungen beeinflusst. Dies bewirkt mancherlei Zufälligkeiten. Um einen Wertewandel zu erkennen, müssen deshalb Entwicklungen in einem möglichst breiten Rahmen betrachtet werden. Dies bedeutet, dass längere Zeiträume und

* Prof. em. Dr. iur., Rodersdorf, Präsident der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht. Der Beitrag basiert auf früheren Aufsätzen sowie den Vorarbeiten zur 2. Auflage des Lehrbuches «Schweizerisches Privatversicherungsrecht» des Autors.

¹ Wikipedia (<www.wikipedia.org/wiki/Wertewandel>, zuletzt besucht am 27.05.2021).