

le sujet du trimestre 2•4

la dépendance
des personnes âgées

**Actualité juridique, économique
et sociale** 5•6

La transposition
des directives "assurance"
au secteur mutualiste

Libres opinions 7•8

De la naissance
à la vie préjudiciable

Pour aller plus loin 8

DE
VOUS
A
NOUS,

l'actualité juridique,
économique et sociale
des travailleurs indépendants et
des petites entreprises leur
ressemble : elle bouge tout le temps.
Cette lettre en est un bon résumé.

la lettre de l'observatoire

édito

Ce trimestre, l'actualité a été particulièrement riche dans le domaine de la protection sociale.

Le projet de loi relatif à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie, déposé le 7 mars 2001 à l'Assemblée nationale par Elisabeth GUIGOU, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité, a été adopté le 20 juillet 2001 (JO 21 juill. 2001). Cette loi entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2002.

La lettre de l'observatoire a donc choisi de revenir sur la dépendance des personnes âgées, plus précisément sur la détermination du risque de dépendance en y consacrant son **sujet du trimestre**. Le trimestre prochain, il sera question du financement de la dépendance.

Par ailleurs, la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 (JO 18 juill. 2001) portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel ratifie l'ordonnance n° 2001-350 du 19 février 2001 relative au Code de la mutualité et transposant les directives européennes 92-49/CEE et 92-96/CEE du Conseil des 18 juin et 10 novembre 1992.

Cette ordonnance est prise en application de la loi n° 2001-1 du 3 janvier 2001 qui habilitait le Gouvernement à transposer les directives communautaires par voie d'ordonnance. Marion DEL SOL, Maître de conférences à l'Université de Rennes 1, fait le point sur cette question de l'application du droit communautaire aux mutuelles relevant du Code de la mutualité dans notre rubrique **Actualité juridique et sociale**.

La responsabilité médicale est une nouvelle fois mise à mal par l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendu le 17 novembre 2000. Aline TERRASSON de FOUGÈRES, Maître de conférences à l'Université d'Orléans, revient, dans la rubrique **Libres opinions**, sur le débat suscité par cette décision. Cet arrêt majeur, qui considère que la naissance d'un enfant handicapé ouvre droit à réparation, est toujours d'actualité puisque l'Assemblée plénière a une nouvelle fois rendu trois arrêts le 13 juillet 2001 sur cette même question. Ces derniers viennent consacrer la jurisprudence Perruche en la nuancant : le principe de l'indemnisation est maintenu si l'enfant prouve que son handicap "est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin".

L'observatoire alptis de la protection sociale réunit les associations de prévoyance de l'ensemble alptis, des universitaires, des chercheurs et des personnalités représentant le monde des travailleurs indépendants et des petites entreprises qui composent son Conseil d'administration.

Son comité scientifique comprend un directeur scientifique : M. Piatecki, et des chercheurs dans différentes disciplines :

MM. Bichot, Duru, Riondet et
Mmes Demeester et Hennion-Moreau.

Son premier objectif est d'appréhender le problème de la protection sociale des travailleurs indépendants, des très petites entreprises et de leurs salariés.

Son rôle est de recueillir et traiter des informations dans ces domaines, et de les diffuser au moyen d'ouvrages et d'une lettre trimestrielle. Celle-ci porte un regard sur l'actualité sociale, économique et juridique de ces populations.

observatoire

alptis

de la protection sociale

La dépendance des personnes âgées

Le vieillissement de la population est l'enjeu majeur des toutes prochaines années. Si ce phénomène est souvent associé à la question du financement des pensions de retraite, depuis peu on l'évoque s'agissant de la dépendance des personnes âgées.

LA DÉPENDANCE : UN RISQUE NOUVEAU

Il faut savoir que le vieillissement de la population est dû à deux facteurs : la baisse des naissances et l'allongement de la durée de la vie. Savoir que notre espérance de vie continue de s'accroître met en évidence le fait que notre qualité de vie est meilleure qu'auparavant et que la médecine a fait d'indéniables progrès au fil des ans. Aujourd'hui, l'espérance de vie à la naissance augmente globalement d'un an tous les quatre ans¹. Une nouvelle question se profile à l'horizon : notre état de santé. Certes, on bénéficie d'années supplémentaires de vie, mais **dans quelle condition physique serons-nous ?**

Au regard des études menées tant par l'INSEE que par l'INSERM², il apparaît que **les années de vie supplémentaires que l'on gagne seront en grande partie des années sans dépendance**. L'étude de l'INSERM a mis en évidence des éléments relatifs à la qualité des années vécues à partir de 65 ans :

- pour les hommes : l'espérance de vie sans incapacité a augmenté et la durée de vie en incapacité modérée est relativement stable ;
- pour les femmes : l'espérance de vie sans incapacité a été gagnée sur la période de vie en incapacité modérée et la durée de vie en incapacité sévère est restée relativement stable.

Cet aspect positif ne doit pas faire oublier que **des pathologies incapacitantes apparaissent** et "qui, **alliées aux effets du vieillissement, vont créer un état d'équilibre instable chez les personnes âgées pouvant du jour au lendemain basculer vers la dépendance**"³. Christel ALLAGA relève également dans son article consacré à "L'aide à domicile en faveur des personnes âgées"⁴ :

"L'avancée en âge s'accompagne de modifications fondamentales tant familiales qu'individuelles comme la perte du conjoint, des problèmes de santé plus fréquents, l'apparition et la multiplication des incapacités à effectuer des actes de la vie quotidienne. (...) L'aide d'un tiers, proche ou professionnel, prend alors tout son sens jusqu'à devenir indispensable au maintien d'une vie à domicile".

La question que soulève la dépendance n'est pas nouvelle mais relève tout de même d'une prise de conscience tardive tant de la part de nos dirigeants que des citoyens eux-mêmes (ils sous-estiment le risque). Il s'agit également d'une **question délicate** dans la mesure où elle est **à la croisée du médical, du social et du juridique**. Si la dépendance n'est pas à proprement parler un phénomène nouveau - beaucoup ont connu un parent dont les capacités physiques et mentales se sont altérées avec le temps -, c'est un risque nouveau en terme d'assurance. Les seules statistiques disponibles à ce jour proviennent de l'étranger, et notamment des États-Unis. Les premiers contrats français d'assurance dépendance datant de 1985, il n'y a pas encore de recul nécessaire pour apprécier pleinement le risque. La dépendance, qui reste encore mal connue, est tout de même à rapprocher de certaines situations voisines.

DES NOTIONS VOISINES

La dépendance peut s'analyser en un **processus de dégénérescence** de l'être humain. Autrement dit, la dépendance est un phénomène évolutif et quasi-irréversible. En effet, les notions voisines, auxquelles il sera fait référence et qui résultent de la classification internationale des handicaps dressée par l'Organisation Mondiale de la Santé en fonction des effets des maladies et états chroniques invalidants, appartiennent le plus souvent au processus de dépendance.

Une personne sera considérée comme **déficiente** lorsque qu'apparaîtra une carence ou un besoin

¹Les femmes atteignent l'âge moyen de 83 ans et les hommes celui de 74,5 ans. Catherine CENREAUD (actuaire marketing développement, Swiss Re Life & Health), "Evolution du risque dépendance", Dossier CNP Assurances, mars 2000.

²Enquête de l'INSEE sur la santé et les soins médicaux effectuée de 1980 à 1991 ; enquête de l'INSERM menée en 1993 in Catherine CENREAUD (actuaire marketing développement, Swiss Re Life & Health), "Evolution du risque dépendance", Dossier CNP Assurances, mars 2000.

³Catherine CENREAUD (actuaire marketing développement, Swiss Re Life & Health), "Evolution du risque dépendance", Dossier CNP Assurances, mars 2000.

⁴Christel ALLAGA (division Conditions de vie des ménages, INSEE), "L'aide à domicile en faveur des personnes âgées", INSEE Première n° 744, octobre 2000.

d'ordre anatomique ou physiologique qui peut être permanent ou temporaire, accidentel ou consécutif à une maladie. L'état de déficience ne peut vraisemblablement pas être considéré comme de la dépendance puisque cette notion implique le recours à un tiers pour les actes de la vie courante.

On est en présence d'une **incapacité** lorsque la défaillance d'un organe ou d'un système a des répercussions sur le fonctionnement de l'individu : il ne sera plus notamment capable de réaliser certains gestes ou certaines activités. Dans cette hypothèse, l'incapacité sera assimilée à un état de dépendance dès l'instant où l'aide d'une tierce personne sera nécessaire pour accomplir certains actes. Néanmoins, il ne s'agit là que d'une faculté dans la mesure où l'incapacité peut n'être que légère et ne pas occasionner d'aide extérieure.

Un **handicap**, qui constitue l'écart entre l'incapacité d'un individu et les ressources matérielles et sociales dont il dispose pour pallier ces incapacités, peut résulter d'éléments socio-démographiques tels que l'âge, le sexe ou la catégorie socio-professionnelle de la personne, de ses ressources personnelles et de son environnement (son logement...). Le handicap qui, à la base peut être physique, va devenir un désavantage social.

Pour parler de la dépendance, le législateur fait plutôt référence à la perte d'autonomie. Ce terme a été défini par l'arrêté du 13 mars 1985 *relatif à l'enrichissement du vocabulaire des personnes âgées, à la retraite et au vieillissement*.

La **perte d'autonomie** est "l'impossibilité pour une personne d'effectuer certains actes de la vie courante, dans son environnement habituel". Il est important de noter que c'est cette situation qui va entraîner l'état de dépendance, c'est-à-dire l'incapacité à effectuer certains actes de la vie courante, suite à une déficience.

LA DÉPENDANCE *STRICTO SENSU*

La "dépendance", en 1339, c'est le "rapport qui fait qu'une chose dépend d'une autre"⁵. Autrement dit,

on fait référence à l'idée de corrélation, d'interdépendance, de solidarité⁶. En 1636, on est passé à l'idée d'asservissement puisque c'est le "fait pour une personne de dépendre de quelqu'un ou de quelque chose"⁷. Aujourd'hui, **une situation de dépendance a une connotation négative, synonyme de souci financier et de problème de société**⁸. C'est peut-être parce que le sens du mot "dépendance" a évolué qu'il s'est écoulé du temps avant que l'on ne précise véritablement de quoi il s'agissait.

Les prémices d'une définition trouvent leurs sources dans différents rapports remis au Premier ministre dès les années 80 mais surtout dans le rapport Schopflin (rapport du Commissariat général au Plan) de 1991.

Ce n'est qu'avec l'**article 2, alinéa 3 de la loi n° 97-60 du 24 janvier 1997**⁹ que l'on découvre, officiellement, que la dépendance est "l'état de la personne qui, nonobstant les soins qu'elle est susceptible de recevoir, a besoin d'être aidée pour l'accomplissement des actes essentiels de la vie ou requiert une surveillance particulière".

C'est le droit communautaire, par le biais d'une **recommandation du Comité des ministres des États membres** du 18 septembre 1998, qui offre une définition affinée de la dépendance : "état dans lequel se trouvent des personnes qui, pour des raisons liées au manque ou à la perte d'autonomie physique, psychique ou intellectuelle, ont besoin d'une assistance et/ou d'aides importantes afin d'accomplir des actes courants de la vie".

Peu de définitions le font mais la dépendance des personnes âgées suppose de prendre en compte deux situations qui coexistent le plus souvent : la dépendance physique et la dépendance économique.

La *dépendance physique* est la situation dans laquelle la personne âgée ne peut plus accomplir, de façon autonome, ses besoins ménagers. Une analyse médicale permet de déterminer le degré de dépendance qui joue un rôle majeur dans l'attribution d'aides financières¹⁰.

⁵Le Petit Robert, 1996.

⁶Paulette GUINCHARD-KUNSTLER, *Vieillir en France. Enjeux et besoins d'une nouvelle orientation de la politique en direction des personnes âgées en perte d'autonomie*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 1999.

⁷Le Petit Robert, 1996.

⁸Voir en ce sens, Paulette GUINCHARD-KUNSTLER, *Vieillir en France. Enjeux et besoins d'une nouvelle orientation de la politique en direction des personnes âgées en perte d'autonomie*, Rapport au Premier ministre, La documentation française, 1999, p. 10.

⁹Loi n° 97-60, 24 janvier 1997, *tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance*, JO 25 janvier 1997, p. 1280.

¹⁰Le degré de dépendance est dorénavant un des critères pris en compte pour attribuer l'attribution personnalisée à l'autonomie.

La *dépendance économique* est la situation dans laquelle "l'état physique ou psychique (de la personne) impose un placement dans un établissement non pris en charge par le système de protection sociale ou lorsque leurs revenus ne suffisent pas ou plus à assumer la dépense".

Toutes les définitions de la dépendance tournent finalement autour de deux éléments : la **nécessité d'un tiers** compte tenu des difficultés ou de l'**impossibilité de réaliser des actes ordinaires ou essentiels de la vie**. Même s'il s'agit d'éléments récurrents, la dépendance reste un "sinistre flou"¹¹ dans la mesure où elle suscite une **large part de subjectivité dans l'appréciation du sinistre**.

L'APPRÉCIATION DE L'ÉTAT DE DÉPENDANCE

De façon générale, l'état de dépendance se mesure par référence à l'**autonomie dans la réalisation des actes de la vie courante**. Une définition plus complète de la dépendance préciserait qu'il s'agit de la "situation d'une personne qui, en raison d'un déficit anatomique ou d'un trouble physiologique, ne peut remplir des fonctions, effectuer des gestes essentiels à la vie quotidienne, sans le concours d'autres personnes ou le recours à une prothèse". Toutefois, il faut se montrer prudent dans la mesure où les pouvoirs publics, pour attribuer la prestation spécifique dépendance, se fondent sur la grille AGGIR¹². Les compagnies d'assurance, qui vendent des contrats dépendance, ont souvent leur propre grille d'évaluation¹³, basée sur l'aptitude à pouvoir effectuer seul(e) certains **actes ordinaires de la vie** (se laver, se nourrir, se déplacer, s'habiller) et la **justification d'une prescription médicale** (hospitalisation en centre de long séjour, assistance d'une tierce personne, hébergement en cure médicale ou séjour dans un hôpital psychiatrique). Ce type d'évaluation a l'avantage d'être simple et moins coûteux car il conduit à une appréciation restrictive de l'état de perte d'autonomie. Les compagnies ont également la possibilité d'utiliser la grille AGGIR, qui est officielle, et présente l'intérêt de mesurer la dépendance physique ainsi que l'état psychologique de la personne. L'inconvénient pour le souscripteur est que les cotisations sont plus élevées.

Certaines compagnies ont pris le parti de combiner la grille AGGIR et celle qui fait référence aux actes de la vie quotidienne.

Au final, la dépendance est partielle quand la personne est dans l'impossibilité permanente de pouvoir effectuer seule au moins deux des quatre actes ordinaires de la vie ; elle est totale lorsque trois des quatre actes sont concernés.

En conclusion, il faut préciser qu'il n'y a pas de définition unique de la dépendance. Il faut se montrer particulièrement vigilant lorsque l'on désire souscrire un contrat d'assurance dépendance auprès d'une compagnie d'assurance dans la mesure où chacune dispose de sa propre définition de la dépendance (c'est surtout la dépendance partielle qui est source de conflit) mais également d'une grille d'évaluation personnelle. Nous reviendrons sur cette question lors du prochain article de la lettre de l'observatoire relatif au financement de la dépendance des personnes âgées.

¹¹ Sandrine LEMOINE, "La dépendance est un sinistre "flou", Argus 29 août 1997, p. 14 : "Il existe un fossé entre la définition de la dépendance dans les contrats et la perception que s'en font les souscripteurs".

¹² La grille AGGIR est l'instrument qui permet d'apprécier le degré de dépendance des personnes âgées. Elle prend en compte 10 types d'actes essentiels de la vie quotidienne (se laver, s'habiller, manger, se déplacer, communiquer...) et 7 activités dite de "confort quotidien" (gérer ses affaires, utiliser les transports, pratiquer des activités de loisirs...).

¹³ "4^e âge et dépendance. Les assureurs sont présents", Dossier CNP Assurances, juin 1999.

La transposition des directives “assurance” au secteur mutualiste

par Marion Del Sol

Maître de conférences à l'Université de Rennes 1

Longtemps retardée pour le secteur mutualiste, la transposition en droit français des directives européennes 92-49/CEE et 92-96/CEE relatives à l'activité d'assurance (dites directives de troisième génération) est récemment intervenue par une ordonnance du 19 avril 2001. Ce texte emporte réforme du Code la mutualité afin d'instaurer, au bout du compte, la libre prestation de service en matière d'assurance. En effet, sur le marché de la protection sociale complémentaire (maladie, prévoyance, retraite), les mutuelles développent une activité assurantielle en concurrence avec les institutions paritaires de prévoyance et de retraite (organismes à but non lucratif) et les sociétés d'assurance (organismes à but lucratif).

LA PROBLÉMATIQUE DE LA TRANSPOSITION DES DIRECTIVES “ASSURANCE” AU SECTEUR MUTUALISTE

L'histoire longue et mouvementée de la transposition des directives “assurance” tient pour l'essentiel à la volonté des mutuelles de ne pas être banalisées en tant qu'offres d'assurance. Pour ce faire, elles font valoir des spécificités.

La pluri-activité mutualiste. Le droit européen pose, en matière d'assurance, un principe de spécialité. Les entreprises doivent en effet *“limiter leur objet social à l'activité d'assurance et aux opérations qui en découlent directement, à l'exclusion de toute autre activité commerciale”* et ce, afin de mieux protéger les assurés en évitant que les ressources provenant de l'activité d'assurance soient utilisées à d'autres fins empêchant l'assureur d'honorer ses engagements à l'égard des souscripteurs. Or, de nombreux groupements mutualistes développent une pluri-activité : offreurs de contrats d'assurance en situation de concurrence, ils sont également impliqués dans la gestion de réalisations sanitaires et sociales (établissements médicaux, paramédicaux et sociaux). Dès lors, comment concilier cette pluri-activité avec l'exigence de spécialité requise des entreprises d'assurance ?

Le principe de non-sélection. En matière strictement assurantielle, les mutuelles font valoir une spécificité : elles se refuseraient à pratiquer une

sélection de leurs adhérents en fonction du risque dont ils sont porteurs, pratiquant dès lors une tarification non discriminante. Ce sont ces règles solidaristes qui justifient un régime fiscal particulier des mutuelles en matière de contrats de santé puisque, contrairement aux compagnies d'assurance, elles sont exonérées de la taxe de 7% frappant ce type de contrat.

LA PLURI-ACTIVITÉ MUTUALISTE APRÈS LA TRANSPOSITION

Le nouvel article L.111-1 du Code la mutualité élargit le champ des opérations d'assurance susceptibles d'être mises en œuvre par les mutuelles. Il confirme que les organismes mutualistes peuvent continuer à offrir des produits de protection sociale complémentaire. Mais, il innove en autorisant les mutuelles à pratiquer de nouvelles branches d'assurance telles que la protection juridique, l'assistance, les opérations de cautionnement (prêts immobiliers). Par ailleurs, **n'est pas remise en cause la capacité à gérer des réalisations sanitaires et sociales.**

En revanche, **les conditions d'exercice de ces différentes activités (ou missions) se trouvent assez profondément modifiées afin que la règle de spécialité trouve application.** En principe, la gestion de réalisations sanitaires et sociales ne pourra être le fait que de mutuelles ne développant pas d'activité de type assurantielle et dont ce sera l'objet exclusif (mutuelles dédiées). En conséquence, l'accès à ces œuvres sera ouvert à tous (y compris à des tiers non mutualistes) soit par le biais de conventionnement avec les caisses primaires d'assurance maladie, soit par le biais de la participation au service public de santé. Cependant, le nouveau Code maintient, mais à des conditions strictes, la possibilité pour les mutuelles qui développent une activité d'assurance de gérer des réalisations sanitaires et sociales. Autrement dit, la pluri-activité ci-dessus évoquée reste permise à l'intérieur d'une même structure juridique, mais elle est sévèrement encadrée. En effet, l'activité de gestion doit nécessairement être accessoire à l'activité d'assurance, l'accès aux réalisations n'étant

qu'une conséquence de l'existence d'un contrat d'assurance souscrit auprès de la mutuelle. Par conséquent, seuls les mutualistes pourront bénéficier des services offerts par ces réalisations ; il s'agira là de prestations en nature pouvant venir "compléter" les prestations en espèces découlant du contrat mutualiste souscrit. Le nouveau texte réserve toutefois la possibilité d'ouvrir le bénéfice des réalisations sanitaires et sociales à des souscripteurs d'autres organismes assureurs, ce qui supposera la conclusion d'une convention entre ceux-ci et la structure mutualiste.

LES NOUVELLES MODALITÉS D'EXERCICE DE L'ACTIVITÉ D'ASSURANCE

Le nouvel article L211-2 dispose que *"les mutuelles garantissent à leurs membres participants et aux ayants droit de ceux-ci le règlement intégral des engagements qu'elles contractent à leur égard"*. Par conséquent, dans le souci de protection de l'assuré "consommateur", la transposition des directives aux mutuelles emporte un accroissement des exigences financières et comptables. Les règles prudentielles sont donc renforcées.

Plus précisément, les mutuelles doivent dorénavant constituer des **provisions techniques** permettant d'assurer l'intégralité du règlement de leurs engagements et détenir des **actifs représentatifs** (montant au moins équivalent aux engagements réglementés) (art. L212-1). Elles sont tenues de garantir une **marge de solvabilité** renforcée par rapport à la marge actuelle de sécurité.

Par ailleurs, les règles nouvelles affirment la **liberté de réassurance**. Un organisme mutualiste pourra donc céder ses risques et ses engagements à une compagnie d'assurance ou encore à une institution paritaire de prévoyance. Autrement dit, l'adhérent qui souscrit un contrat auprès d'une mutuelle peut voir ses droits garantis en dernier ressort par un organisme auquel il n'a peut-être pas voulu confier ses intérêts parce qu'il ne partage pas les mêmes valeurs. L'adhésion mutualiste peut dès lors être analysée comme une sorte de fiction puisqu'en définitive, le véritable décideur est l'agent détenteur du pouvoir économique (le réassureur). Toutefois, l'article L211-4 rappelle que, malgré l'opération de réassurance, l'organisme mutualiste *"reste seul responsable de ses engagements vis-à-vis des personnes garanties"*. De plus, un gage de transparence est accordé : les modalités de réassurance doivent être prévues par les statuts et un droit à l'information est accordé aux mutualistes

en cas de cession de plus de la moitié des engagements auprès de sociétés d'assurance ou d'institutions paritaires.

LA FISCALITÉ DES CONTRATS DE SANTÉ : UNE REFORME À VENIR

Le droit français assujettit les seules compagnies d'assurance à une taxe de 7% sur les contrats maladie individuels, les institutions paritaires et les mutuelles en étant exonérées. La réforme du Code de la mutualité consécutive à la transposition des directives n'a pas modifié cette situation. Cependant, en février dernier, la Commission européenne a adressé à la France une injonction afin qu'elle prenne des mesures pour faire cesser les avantages fiscaux (aide d'État indirecte) bénéficiant aux organismes assureurs à but non lucratif. Selon Bruxelles, rien ne justifie cette différence de taxation car *"la prestation d'assurance maladie complémentaire est un service marchand, souscrit sur la base du volontariat, dont la gestion ne relève pas de la solidarité nationale... Le caractère non lucratif d'un établissement n'est pas un critère pertinent... Cette activité d'assurance complémentaire exercée par les mutuelles et institutions de prévoyance est donc soumise aux règles normales de la concurrence"*.

Face à cette injonction, le Gouvernement va devoir modifier les règles fiscales jusqu'alors en vigueur qui, selon le mouvement mutualiste, prennent en compte le "surcoût" induit par les pratiques tarifaires non discriminantes (idée de mauvais risque). Une des orientations envisagées consiste à **supprimer la taxe de 7% à condition qu'il ne soit pas pratiqué de sélection des risques ni recouru à un questionnaire médical préalable**. On se situerait dans une logique voisine de celle développée par Michel Rocard (président de la Commission de l'Emploi et des Affaires sociales au Parlement européen) dans un récent rapport relatif à l'assurance complémentaire maladie en Europe. En effet, ce document préconise l'élaboration d'un cadre de principes éthiques et non discriminatoires en matière d'assurance santé, ainsi que la mutualisation des coûts, notamment pour les pathologies onéreuses (fonds de garantie entre assureurs). Par ailleurs, il réclame une directive visant notamment à interdire l'utilisation d'informations médicales nominatives discriminatoires et des examens de santé préalables à la souscription d'un contrat d'assurance santé.

Cet article n'engage que son auteur et non l'observatoire alptis de la protection sociale.

De la naissance à la vie préjudiciable

(A propos de l'arrêt Perruche, Ass. Pl. 17 nov. 2000)

par Aline Terrasson de Fougères

Maître de conférences à la Faculté de droit d'Orléans - Directeur de l'Institut de droit économique et des affaires

Fortement médiatisé, l'arrêt Perruche est une douloureuse affaire qui divise autant les juristes que l'opinion publique. Une femme enceinte, ayant peut-être la rubéole, son médecin traitant fait procéder à des tests par un laboratoire. Les résultats sont contradictoires : si un premier test laisse entendre que la femme n'est pas immunisée contre la rubéole, deux autres affirmeront le contraire, l'incitant ainsi à poursuivre sa grossesse.

Mais il s'avéra que la mère n'était pas immunisée. L'enfant naquit atteint de graves séquelles (surdité, fort retard intellectuel...). Les parents intentèrent une action en justice, estimant que les fautes du laboratoire et du médecin (manquement à son devoir d'information et de conseil, notamment) étaient en relation causale avec le préjudice subi par l'enfant.

Pour la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière le 17 novembre 2000 :

"dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme P. 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 peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues".

DES QUESTIONS RELATIVES À L'INDEMNISATION

Les traditionnelles questions relatives à l'indemnisation d'un préjudice sont ici extrêmement délicates à manier : *qui* peut être indemnisé, *pourquoi* et *de quoi* ?

Juridiquement, la demande d'**indemnisation des parents** n'a guère retenu l'attention : c'est le concept de "naissance préjudiciable" (*wrongful birth*). Ils ont été indemnisés du préjudice que leur causait la naissance de l'enfant, sur la toile de fond du contrat passé avec le corps médical, contrat entaché de fautes non discutées.

Au cœur des débats (passionnés) était **l'enfant : fallait-il l'indemniser ?** Y a-t-il un lien de causalité entre son handicap et les fautes médicales ?

Deux angles de vue sont possibles, et l'on découvre que la formulation de la question dictera la réponse.

Si la question posée est : "sans les fautes commises par les médecins, les séquelles auraient-elles pu être

évitables ?" La réponse ne semble pouvoir être qu'affirmative. Si les médecins n'avaient pas commis de fautes, la mère aurait pu choisir d'avorter, l'enfant ne serait pas né, il n'aurait donc pas été atteint de séquelles. C'est la voie qu'a suivie la Cour de cassation.

Mais si la question est : "les médecins pouvaient-ils empêcher que la rubéole n'affecte l'enfant ?" la réponse semble devoir tourner à la négative. Il n'était pas possible de soigner la mère de sa rubéole, la rubéole est seule à l'origine du handicap de l'enfant.

DES INTERROGATIONS QUANT À LA PORTÉE DE L'ARRÊT

En réalité, dans les deux cas, il y a impuissance des médecins à empêcher que la rubéole n'affecte l'embryon. L'alternative n'est que binaire : **ou bien l'enfant naît avec séquelles, ou bien l'enfant ne naît pas.**

On voit alors surgir d'autres points de dissensions autour de la douloureuse question de la naissance d'un enfant handicapé. Éviter à un enfant de naître handicapé, c'était ici "éviter" à un enfant de naître. On se demandera alors si une femme commet une faute en choisissant que son enfant naisse, fût-il handicapé. Et le débat doucement dérive vers une autre question : **vaut-il mieux ne pas vivre, que vivre handicapé ?** C'est retrouver le concept de "vie préjudiciable" (*wrongful life*).

Dès lors, la solution de droit a une résonance plus large. Il y a l'inquiétude d'une dérive eugénique, la réaction des parents d'enfants handicapés. Mais il y a aussi des incidences **corporatives et économiques**. La naissance d'un enfant lourdement handicapé entraînera une prise en charge par la Société : sécurité sociale, mutuelles et assurances seront nécessairement impliquées et sollicitées.

Quant au corps médical, il ne cache pas son appréhension. Il craint d'avoir à se protéger en ayant recours à l'éternel principe de précaution. Face au doute d'un diagnostic, il risque de déclarer handicapé le fœtus, renvoyant la responsabilité du choix d'interrompre sa grossesse à la mère. Effet boule de neige, la mère ne pourrait-elle pas craindre qu'un jour son enfant ne lui reprochât sa naissance, la faisant alors opter pour l'interruption de la grossesse ? Les assureurs réagiraient à leur tour, et ce

seraient alors des exclusions de garantie que l'on verrait naître...

Cet arrêt, dans sa rédaction actuelle, provoque moult remous. Une intervention législative (à l'occasion de la révision des lois bioéthiques) ou un correctif de la Cour de cassation elle-même d'ici quelques temps ne surprendraient pas.

La Cour de cassation s'est à nouveau réunie en Assemblée plénière, le 13 juillet 2001 autour de cette question. Pour les trois arrêts soumis à son examen, elle a repris la formule du 17 novembre 2000. L'arrêt Perruche devient ainsi un arrêt de principe.

On signalera rapidement que ces arrêts du 13 juillet (arrêts de rejet) concernaient des interventions "thérapeutiques" de grossesse et non des interruptions "volontaires". Entretemps intervenait d'ailleurs la loi du 4 juillet 2001 qui portait à 12 semaines le délai pour procéder à une IVG, et non plus 10. Les circonstances étaient différentes, mais les inquiétudes du corps médical (notamment les échographistes) demeurent les mêmes.

Cet article n'engage que son auteur et non l'observatoire alptis de la protection sociale.

Cour de cassation, Assemblée plénière, 17 novembre 2000.

(...)

Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche du pourvoi principal formé par les époux X, et le deuxième moyen du pourvoi provoqué, réunis, formé par la Caisse primaire d'assurance maladie de Z :

Vu les articles 1165 et 1382 du Code civil ;

Attendu qu'un arrêt rendu le 17 décembre 1993 par la Cour d'appel de D. a jugé, de première part, que M. Y, médecin, et le laboratoire de biologie médicale de B., aux droits duquel est M. A, avaient commis des fautes contractuelles à l'occasion de recherches d'anticorps de la rubéole chez Mme X alors qu'elle était enceinte, de deuxième part, que le préjudice de cette dernière, dont l'enfant avait développé de graves séquelles consécutives à une atteinte *in utero* par la rubéole, devait être réparé dès lors qu'elle avait décidé de recourir à une interruption volontaire de grossesse en cas d'atteinte rubéolique et que les fautes commises lui avaient fait croire à tort qu'elle était immunisée contre cette maladie, de troisième part, que le préjudice de l'enfant n'était pas en relation de causalité avec ces fautes ; que cet arrêt ayant été cassé en sa seule disposition relative au préjudice de l'enfant, l'arrêt attaqué de la Cour de renvoi dit que "l'enfant N. X ne subit pas un préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises" par des motifs tirés de la circonstance que les séquelles dont il était atteint avaient pour seule cause la rubéole transmise par sa mère et non ces fautes et qu'il ne pouvait se prévaloir de la décision de ses parents quant à une interruption de grossesse ;

Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X 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 peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues... casse et annule.

Pour aller plus loin

Christel ALIAGA, "L'aide à domicile en faveur des personnes âgées", INSEE Première n° 744, octobre 2000.

Michel BISCH, *Le risque de vie*, L'Argus éditions, 1995.

Paulette GUINCHARD-KUNSTLER, *Vieillir en France : enjeux et besoins d'une nouvelle orientation de la politique en direction des personnes âgées en perte d'autonomie*, la documentation française, Rapport au Premier ministre, 1999.

Albert MEMMI, *La dépendance*, éd. Gallimard, 1979, livre de poche.

Amédée THEVENET, *Le 4^{ème} âge*, 2^e éd., PUF, coll. "Que sais-je ?", 1992.

la lettre de l'observatoire

est une publication trimestrielle éditée par l'observatoire alptis de la protection sociale

12, rue Clapeyron - 75379 Paris Cedex 08

Tél : 01 44 70 75 64 - Fax : 01 44 70 75 70

E-mail : observatoire.alptis@wanadoo.fr

Directeur de publication : G. Coudert

A contribué à la rédaction de ce numéro : C. Habert

Réalisation : C. Dumollard

Dépôt légal en cours