

## Droit et handicap 4/06

### Impressum

„Droit et handicap“ paraît en annexe des Informations trimestrielles de *Intégration Handicap*.

Éditeur: Service juridique *Intégration Handicap*

Bureau de la Suisse romande:  
Place Grand Saint-Jean 1  
1003 Lausanne  
Tél. 021 323 33 52

Consultations juridiques gratuites en matière de droit des personnes handicapées, en particulier dans le domaine des assurances sociales

„Droit et handicap“ peut être téléchargé sous [www.integrationhandicap.ch](http://www.integrationhandicap.ch) (publications).

Deutschsprachige Ausgabe: „Behinderung und Recht“

### Entrée en vigueur de la nouvelle loi sur le Tribunal fédéral

La nouvelle loi sur le Tribunal fédéral (LTF) entre en vigueur le 1.1.2007. Elle remplace l'actuelle loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ) datant de 1943. Dans cet article, nous présentons brièvement quelques nouveaux aspects qui ont leur importance dans la procédure de recours en instance supérieure dans le domaine du droit des assurances sociales.

### Le TFA constitue deux cours du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral des assurances TFA est désormais intégré au Tribunal fédéral et constitue deux cours de celui-ci. Au fond, cela ne change pas grand-chose aux procédures de recours: les cours du Tribunal fédéral compétentes en matière de droit des assurances sociales continueront de siéger à Lucerne (art. 4 LTF). Comme auparavant, les cours statueront à trois juges sur les recours; le tribunal statuera à cinq juges si la cause soulève une question juridique de principe ou si un juge en fait la demande (art. 20 LTF).

### Pas de monopole des avocats

Pendant longtemps, la question de savoir si, à l'avenir, le droit de représenter une personne devant le Tribunal fédéral doit être réservé aux seuls avocats inscrits au registre fut controversée au sein du Parlement. Ce dernier a finalement décidé de renoncer à un monopole des

avocats lorsqu'il s'agit de recours relevant du droit public (art. 40 LTF): par conséquent, les juristes n'ayant pas de brevet d'avocat, mais aussi d'autres personnes, pourront continuer de représenter les assurés lors de litiges en matière de droit des assurances sociales. Il est toutefois recommandé, étant donné que la procédure est devenue plus formaliste, de ne se faire représenter que par une personne qualifiée.

### La procédure de recours devient payante

La procédure de recours devant le Tribunal fédéral sera désormais payante, et ce également lorsqu'il s'agit de litiges concernant des prestations d'assurance sociale. Dans le domaine de l'assurance-invalidité, cette obligation de supporter les frais a été introduite de manière anticipée le 1.7.2006 (cf. „Droit et handicap“ 2/2006); depuis le 1.1.2007, elle s'applique donc à tous les autres secteurs du droit des assurances sociales. L'on a au moins garanti que ces frais ne soient pas prohibitifs. L'émolument judiciaire se situe entre 200 et 1'000 francs pour les affaires concernant des prestations d'assurance sociale (art. 65 LTF). En règle générale, le Tribunal fédéral demandera une avance de frais de 500 francs. Les personnes qui ne sont pas en mesure de payer cette avance pourront demander une assistance judiciaire gratuite; celle-ci est accordée lorsqu'une partie ne dispose pas des ressources financières suffisantes et que le recours ne paraît pas d'emblée voué à l'échec (art. 64 LTF).

D'un point de vue matériel, l'introduction d'une obligation de supporter des frais modérés pour les procédures de recours en instance supérieure devant le Tribunal fédéral ne donne en fait pas lieu à contestation. C'est pourquoi les organisations de personnes handicapées ne s'y sont pas opposées. En revanche, la réglementation spécifique dans la LAI, qui ne déclare payantes les procédures de recours dès l'instance cantonale que si elles relèvent de l'AI, reste inique.

### Restriction des motifs de recours

La restriction massive des motifs de recours porte encore

bien davantage à conséquence que l'introduction de l'obligation de supporter les frais. Jusqu'ici, il était non seulement possible, lors de recours devant le Tribunal fédéral des assurances concernant des litiges en matière de prestations d'assurance sociale, de faire recours en invoquant une violation du droit fédéral, mais aussi de faire valoir l'établissement incorrect des faits par l'instance inférieure ou l'inopportunité d'une décision rendue par celle-ci. A l'avenir, ces deux griefs ne pourront plus être invoqués.

Désormais, le Tribunal fédéral n'aura plus compétence d'examiner que des recours formés pour violation du droit fédéral, du droit international et de droits constitutionnels cantonaux (art. 95 LTF). Par conséquent, l'établissement des faits ne pourra plus être critiqué que si les faits ont été établis „de façon manifestement inexacte“ ou en violation de dispositions du droit fédéral (art. 97 LTF): cette dernière condition s'avèrerait par exemple établie en cas d'inobservation de l'obligation d'examiner les faits, d'un refus de prendre en compte des moyens de preuve pertinents, de violation des règles concernant la demande d'expertises ou, de manière générale, d'inobservation du principe de l'appréciation souveraine des preuves. Enfin, le Tribunal fédéral ne pourra plus non plus examiner les décisions discrétionnaires pures.

### Exception: litiges en matière de prestations en espèces de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire

Le législateur a prévu une seule exception: lors de litiges en matière de prestations en espèces (rentes, indemnités journalières, allocations pour impotent, indemnités pour atteinte à l'intégrité) de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire, il reste possible de faire recours pour constatation incorrecte ou incomplète des faits. Initialement, il était prévu d'appliquer cette exception à titre de compromis politique aux prestations en espèces de l'AI également; or, le Parlement l'a éliminée de la loi peu de temps après l'adoption de la LTF. Le fait qu'il existe désormais une réglementation spécifique pour les

seuls domaines de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire n'a toutefois plus guère de sens. Cela risque même de conduire à des évaluations divergentes du degré d'invalidité pour la même atteinte à la santé, étant donné que les possibilités de voir une décision cantonale en matière d'AI examinée par le Tribunal fédéral seront désormais restreintes, alors que celui-ci peut examiner une décision cantonale lorsqu'elle concerne le domaine de l'assurance-accidents.

### Conséquences massives dans la pratique

Les organisations de personnes handicapées se sont opposées pendant longtemps à la restriction des motifs de recours parce que, en matière de droit des assurances sociales, les questions relevant de l'état de fait sont, d'une part, étroitement liées aux questions juridiques et, d'autre part, d'une importance centrale pour la pratique. On peut effectivement craindre qu'à l'avenir, la pratique des tribunaux cantonaux devienne inégale du point de vue de la rigueur appliquée, ayant pour conséquence de voir le domicile d'une personne influencer sur la décision d'allouer ou non des prestations des assurances sociales fédérales.

Dans un jugement récent (daté du 28.9.2006; I 618/06), le Tribunal fédéral des assurances a fait connaître sa prise de position détaillée sur le problème de savoir ce qui devait être considéré comme relevant de l'état de fait (ne pouvant plus être vérifié), et ce qui devait être considéré comme une question de droit (librement vérifiable): la constatation de l'atteinte à la santé (constatations médicales, diagnostic), ainsi que le pronostic de santé et la pathogenèse (origine de l'atteinte à la santé), ont été qualifiés d'éléments relevant de l'état de fait, de même que l'évaluation médicale des capacités fonctionnelles et (notamment lors d'atteintes à la santé psychique) l'accès aux ressources nécessaires pour surmonter une affection. Par ce jugement, le tribunal a qualifié l'incapacité de travail constatée dans le cas concret sur la base d'exams médicaux, d'élément relevant de l'état de fait, y compris l'aspect concernant l'exigibilité d'un travail. Ce n'est que dans la mesure où l'exigibilité des prestations de travail

est fondée sur l'expérience générale de la vie, a précisé le tribunal, qu'il s'agit d'une question de droit.

Une comparaison des revenus basée sur l'évaluation concrète des preuves est considérée comme une décision relevant de l'état de fait lors de l'évaluation de l'invalidité également. Seule la question de savoir de quelle manière le revenu d'invalidité exigible doit être déterminé (faut-il appliquer l'enquête sur la structure du salaire ou la DPT) est qualifiée de question de droit. Le tribunal a ajouté que la détermination, dans le cas concret, de l'abattement à effectuer à partir des barèmes de salaire constituait finalement une question typique d'appréciation qui, en dernière instance, ne pouvait plus être corrigée qu'en cas d'abus ou d'excès du pouvoir d'appréciation.

Le jugement du TFA montre clairement qu'à l'avenir, les questions litigieuses fréquentes dans le domaine de l'AI ne pourront plus être portées devant le Tribunal fédéral. Il est d'autant plus important, lors de procédures cantonales, de motiver de façon précise et exhaustive les griefs formulés à l'égard de l'état de fait, et de se procurer en temps utile d'éventuels moyens de preuve, tels que p. ex. des rapports médicaux. Il ne faut pas oublier qu'une décision du tribunal cantonal relevant de l'état de fait ne peut plus guère être contestée non seulement par la personne assurée (si la décision a été rendue en sa défaveur), mais aussi par les assurances qui ne peuvent plus demander (lorsqu'une décision a été rendue en faveur de la personne assurée) que le Tribunal fédéral réexamine la décision, resp. dans le seul cas où des erreurs ont été commises dans l'application du droit lors de la détermination de l'état de fait.

### Le TFA est lié aux conclusions des parties

Enfin, nous attirons l'attention sur un autre point nouveau de la procédure: jusqu'ici, le Tribunal fédéral des assurances n'était pas lié aux conclusions des parties; il pouvait donc, p. ex. dans le cas d'un recours formé par la personne assurée, lui attribuer plus qu'elle n'avait demandé, ou alors rendre une décision en sa défaveur

(reformatio in peius). Désormais, cela ne sera plus possible: le Tribunal fédéral ne peut plus aller au-delà des conclusions des parties, que ce soit en faveur ou en défaveur de la partie recourante (art. 107 LTF). En outre, vu que de nouvelles conclusions n'ayant pas déjà été formulées dans la procédure cantonale sont irrecevables devant le Tribunal fédéral (art. 99 LTF), il est important de faire valoir tous les chefs de conclusion matériellement requis dès la procédure cantonale.

Georges Pestalozzi-Seger

### Expertises: quels sont les droits des assurés?

Les expertises médicales ont un rôle décisif à jouer dans la détermination du degré d'invalidité et l'évaluation du droit à la rente. Les offices AI ordonnent un nombre toujours croissant de telles expertises; et il n'est pas un secret qu'ils choisissent pratiquement toujours de faire appel à des experts connus pour appliquer des critères stricts lors de la question de l'exigibilité d'une activité lucrative.

Dans ce contexte, se pose la question de savoir si les assurés ont une possibilité ou non de contester le choix de l'expert. Un certain nombre de jugements rendus ces derniers mois par le Tribunal fédéral des assurances sont venus clarifier la situation, quoique dans une mesure très restreinte au sens d'une meilleure prise en compte de l'avis des assurés. Nous proposons dans le présent article un bref résumé de la pratique.

### Prescription d'une expertise: pas de décision

La procédure à suivre lors de la prescription d'une expertise est fixée dans l'art. 44 LPGA: selon ces dispositions, l'assureur souhaitant recourir aux services d'un expert indépendant pour élucider les faits doit communiquer le nom de celui-ci à la personne assurée. L'assuré peut récuser l'expert pour des raisons pertinentes et présenter des contre-propositions.

Dans un premier temps, au terme de longues considérations, le TFA a décidé, dans un jugement du 8.2.2006 (I 745/03), que la prescription d'une expertise n'était pas à effectuer sous forme d'une décision. Cet acte administratif n'est par conséquent pas contestable en tant que tel par voie de recours devant le tribunal.

Ce n'est qu'à partir du moment où, suite à la prescription d'une expertise, la personne assurée fait valoir des raisons pertinentes au sens de l'art. 44 LPGA pour récuser l'expert qu'il convient de rendre une décision; mais que dans la mesure où des motifs de récusation proprement dits sont invoqués, et non pas lorsque l'assuré fait valoir

d'autres réserves à l'égard de l'expert.

### **Droit de connaître le nom de l'expert**

En cas de prescription d'une expertise à réaliser par un médecin particulier, la personne assurée est informée du nom de celui-ci dans la notification qui lui est adressée. Des problèmes peuvent se poser lorsque la réalisation de l'expertise est confiée à un service proposant de telles expertises, tels que p. ex. un COMAI. Dans ce cas, ne connaissant pas le nom des experts auxquels il a été fait appel, il n'est bien entendu pas possible de faire valoir dans les délais des motifs de récusation. C'est pourquoi le TFA a statué, dans un autre jugement (daté du 14.7.2006, I 686/05), que le COMAI devait communiquer à l'assuré les noms des experts, et ce suffisamment tôt (c.-à-d. en règle générale au moment de la convocation) pour lui permettre de faire valoir ses droits de collaborer ainsi que d'éventuels motifs de récusation.

### **Motifs de récusation admis**

Mais quels sont donc ces motifs „pertinents" qui justifient la récusation d'un expert? Dans son jugement du 8.2.2006 mentionné ci-dessus, le TFA a constaté que seules les objections d'ordre formel qui sont de nature à éveiller le doute quant à l'impartialité de l'expert, donnent le droit de le récuser. C'est par exemple le cas lorsque l'expert a un intérêt personnel dans l'issue de la procédure ou qu'il apparaît comme prévenu dans l'affaire pour d'autres raisons. L'apparence de partialité peut p. ex. résulter de la manière dédaigneuse avec laquelle l'expert s'est adressé précédemment à l'assuré. Finalement, il n'est pas nécessaire de démontrer s'il s'agit vraiment de partialité; il suffit de circonstances permettant de démontrer l'apparence de partialité. Le doute doit toutefois sembler objectivement justifié. Or, selon l'expérience, il est très rare que de tels motifs formels soient reconnus.

En revanche, le fait qu'un expert établisse régulièrement des expertises pour le compte de l'AI et dépende donc financièrement de celle-ci ne constitue pas un motif de récusation recevable. Comme le TFA l'a déjà constaté à

d'autres occasions, ce seul fait ne saurait remettre en question l'indépendance de l'expert dans l'évaluation d'un cas d'espèce. Dans son jugement du 8.2.2006, le TFA n'a en outre pas accepté comme motif de récusation l'objection d'un assuré qui affirmait avoir déjà été expertisé par le médecin en question et ne pas s'être senti pris au sérieux par lui. Enfin, le tribunal a également rejeté l'objection d'un assuré bosniaque qui estimait ne pas pouvoir s'attendre à être expertisé en toute indépendance par un médecin de nationalité serbe.

### **Objections concernant les compétences de l'expert**

D'autre part, le TFA a constaté que les objections portant sur les compétences de l'expert, comme p. ex. le manque de qualification professionnelle pour évaluer une affection spécifique, ne pouvaient pas être considérées comme des motifs de récusation recevables. De telles objections d'ordre matériel, qui ne concernent pas l'impartialité, a-t-il ajouté, sont à faire valoir dans le cadre de la contestation de la décision matérielle concernant le droit à la prestation; elles doivent être jugées par le tribunal au moment où il examine, dans le cadre de l'appréciation des preuves, la question de savoir si l'expertise est à considérer comme concluante ou non. Dans ce contexte, le TFA a conclu que la personne assurée n'avait pas droit à un expert de son choix.

### **Commentaire**

Le TFA, par souci de voir la procédure de clarification par trop se judiciaire si des droits de collaboration trop étendus étaient accordés aux assurés, a développé une pratique restrictive. Bien qu'il soit évident que l'on ne peut conférer aux assurés le droit de recourir à l'expert de leur choix, il semble aujourd'hui que les parties ne se battent plus à armes égales. Il est notamment problématique qu'aucun profil des exigences n'ait été développé dans ce domaine, raison pour laquelle la tâche exigeante que représente l'établissement d'expertises médicales est loin aujourd'hui d'être confiée exclusivement à des médecins particulièrement qualifiés. Dans ce domaine, si l'on veut que la procédure continue de satisfaire au

critère d'équité, il est nécessaire d'agir rapidement vu le besoin manifeste de remise à niveau; et ce d'autant plus que le TFA a refusé d'autoriser les représentants des parties à assister à l'expertise pour permettre un certain contrôle de son déroulement (jugement du 14.8.2006; I 650/05).

Georges Pestalozzi-Seger

## **Reformatio in peius: nouvelle jurisprudence**

Lorsqu'un assuré fait opposition contre une décision (ce qui reste possible dans tous les domaines du droit des assurances sociales, excepté celui de l'assurance-invalidité), l'assureur n'est pas lié par les conclusions de la partie opposante: il peut donc également modifier la décision en défaveur de celle-ci. Si telle est son intention, il doit toutefois donner à l'assuré l'occasion de retirer son opposition (art. 12 OPGA).

Le même principe s'applique à la procédure devant les tribunaux cantonaux des assurances: l'art. 61 let. d LPGA stipule à ce propos que le tribunal des assurances n'est pas lié aux conclusions des parties et qu'il peut réformer la décision attaquée au détriment du recourant; il doit cependant lui donner l'occasion de se prononcer ou de retirer son recours.

Ces dernières années, la possibilité de se prononcer resp. de retirer le recours en cas de menace de reformatio in peius a été contournée par certaines pratiques de l'administration. Le Tribunal fédéral des assurances a rendu une série de décisions ayant clarifié la situation, rétablissant ainsi, heureusement, la sécurité juridique requise. Ci-après un bref résumé de certaines de ces décisions.

### **Annulation de l'arrêt sans décision matérielle?**

Il est arrivé régulièrement que des assureurs annulent leur décision après qu'une opposition ait été formée (déclarant ainsi la procédure d'opposition sans objet), et ce au motif que des clarifications complémentaires devaient être effectuées. Dans bien des cas, une nouvelle décision a été rendue ultérieurement, laquelle s'est avérée encore moins favorable à l'assuré que la décision initiale.

Dans un jugement du 23.9.2005 (I 37/05), le TFA a qualifié cette pratique d'illicite. Lorsqu'une opposition est formée, il n'est pas admis de procéder à une décision de cassation qui se contente d'annuler la décision attaquée au motif que d'autres clarifications sont nécessaires. Au

contraire, l'administration doit procéder aux clarifications nécessaires dans le cadre de la procédure d'opposition, sur lesquelles elle doit se baser pour rendre une décision mettant fin à l'instance. S'il est envisagé de réformer la décision en défaveur de l'assuré, celui-ci doit bien entendu se voir accorder l'occasion de retirer son opposition.

### **Arrêt d'une décision de reconsidération dans le cadre de la procédure d'opposition?**

Le TFA a également qualifié d'illicite la pratique d'un assureur consistant à annuler ou à modifier une décision attaquée par voie d'opposition, en rendant une décision de reconsidération au sens d'une reformatio in peius, tout en déclarant en même temps la procédure d'opposition sans objet (jugement du 23.9.2005; I 335/05): le tribunal a estimé que cela revenait à violer le principe constitutionnel garantissant le droit d'être entendu ainsi que l'obligation d'équité, et à exclure toute possibilité de retrait de l'opposition.

### **Arrêt d'une nouvelle décision dans le cadre de la procédure de recours?**

Lorsqu'un assuré a formé recours contre une décision, l'administration peut en principe reconsidérer cette décision lite pendente jusqu'à l'envoi de son préavis au tribunal dans le cadre d'une réponse sur recours (art. 53 al. 3 LPGA). Or, comme l'a précisé le TFA dans un jugement un peu plus ancien du 12.3.2004 (P 7/02), le principe selon lequel l'assuré doit se voir accorder la possibilité de se prononcer et de retirer éventuellement son recours s'il est envisagé de rendre une décision de reconsidération en sa défaveur, s'applique également à ce cas de figure.

### **Obligation de motiver lorsqu'une reformatio in peius est envisagée?**

En cas de menace d'une reformatio in peius de la part de l'administration dans le cadre d'une procédure d'opposition, ou de la part du Tribunal cantonal des assurances dans le cadre d'une procédure de recours, il ne ressort pas toujours clairement pour l'assuré pourquoi

une modification de la décision attaquée est envisagée. Dans le but de pouvoir évaluer s'il est indiqué de maintenir l'opposition ou le recours, ou plutôt de la/le retirer, il est nécessaire que les motifs à l'appui d'une menace de reformatio in peius soient connus. Or, ces motifs ne sont de loin pas communiqués dans tous les cas.

Dans un autre jugement rendu par le TFA (cf. arrêt du 25.9.2006; I 755/04), la question de savoir si le tribunal est lié par une obligation de motiver a malheureusement été laissée en suspens, et ce malgré le fait que le grief invoqué porte sur le refus du Tribunal cantonal des assurances d'expliquer les motifs justifiant son intention de procéder à une reformatio in peius. Dans ce domaine, il y a encore matière à clarification; car finalement, le droit d'être entendu ne peut être sérieusement respecté qu'en connaissance de l'état des faits.

Georges Pestalozzi-Seger