

## **Droit et handicap 4/11**

### **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“

### **Révision de l'AI, volet 6a (1<sup>re</sup> partie): Examen des rentes dans le cadre des dispositions finales**

Le premier train de mesures de la 6<sup>e</sup> révision de l'AI (révision 6a de l'AI) a été adopté par le Parlement le 18.3.2010. Le Conseil fédéral entend le mettre en vigueur le 1.1.2012. Or, les dispositions réglementaires assez volumineuses sont encore en cours d'élaboration; le Conseil fédéral ne rendra sa décision à ce sujet vraisemblablement que courant novembre. C'est pourquoi il est un peu prématuré de présenter cette révision. Tout de même, nous pouvons parler d'ores et déjà de la disposition centrale de la révision qui a le plus échauffé les esprits, à savoir l'examen des rentes en cours. Nous présenterons les autres dispositions de la révision dans les éditions de „Droit et handicap“ de janvier et avril 2012.

On peut constater de manière générale que le premier train de mesures de la 6<sup>e</sup> révision de l'AI a été passé au forcing à travers les délibérations parlementaires, au même titre que précédemment la 5<sup>e</sup> révision de l'AI. Il a été renoncé à soumettre la révision précédente à une évaluation minimale et sérieuse du point de vue des effets des mesures de réinsertion nouvellement introduites. Et les réactions critiques de la part des organisations des milieux du handicap n'ont été entendues que concernant de très rares points. Il incombera vraisemblablement d'autant plus à la jurisprudence d'apporter les clarifications requises dans l'un ou l'autre de ces points.

### Rappel historique

Il est nécessaire, pour comprendre la disposition finale a du projet de révision, de jeter un bref coup d'œil rétroactif sur la dernière décennie. Alors que jusqu'en 2004, les offices AI examinaient dans tous les cas individuellement (souvent sur la base d'expertises) s'il fallait considérer une personne en état d'incapacité de gain et donc d'invalidité et, le cas échéant, à quel degré, le Tribunal fédéral a introduit, par son jugement du 12.3.2004 (130 V 352), une modification décisive de la pratique: depuis lors, on suppose que les personnes atteintes d'un trouble somatoforme douloureux sont en règle générale objectivement censées pouvoir le surmonter, raison pour laquelle un tel trouble n'est plus considéré comme étant de nature à fonder une invalidité. Cette supposition ne s'applique pas lorsque – dans des cas très rares – les critères dits de Förster sont remplis. Depuis lors, les personnes qui se voient accorder une rente de l'AI sur la base d'un trouble somatoforme douloureux sont devenues extrêmement rares.

Par la suite, le Tribunal fédéral a étendu sa jurisprudence à toute une série d'autres tableaux cliniques: la supposition de la surmontabilité objective s'applique également aux personnes atteintes de fibromyalgie, d'un syndrome de fatigue chronique et de troubles consécutifs à un traumatisme de distorsion cervicale sans déficits fonctionnels organiquement démontrables ainsi que (depuis tout récemment) d'hypersomnie. Depuis que le Tribunal fédéral a rendu ces jugements, les personnes qui présentent un de ces tableaux cliniques ne se voient pratiquement plus accorder de rente d'invalidité. À l'inverse, le Tribunal fédéral a constaté que les personnes touchant une rente qui leur a été accordée antérieurement (avant l'introduction de la nouvelle pratique) ne peuvent se la voir retirer ni sur la base du changement de jurisprudence, ni sur la base des dispositions de la 5e révision de l'AI, et ce aussi longtemps que leur état de santé reste inchangé (cf. „Droit et handicap“ 3/09).

Le but de l'administration et du Parlement a été de créer, dans le cadre d'une disposition transitoire, la base légale

nécessaire à l'examen systématique de ces anciennes rentes selon les nouveaux critères de la jurisprudence et d'uniformiser l'octroi des rentes selon les nouveaux critères, qui sont plus strictes.

### Quels tableaux cliniques sont visés?

Au beau milieu des débats parlementaires, est tombé le jugement du Tribunal fédéral concernant l'invalidité consécutive à un traumatisme de distorsion cervicale. Dans ce jugement du 30.8.2010 (136 V 279), le Tribunal fédéral a choisi une notion générique pour désigner tous les tableaux cliniques auxquels il entend appliquer la supposition d'une surmontabilité objective des douleurs: selon le Tribunal fédéral, il s'agit de „syndromes sans pathogenèse ni étiologie claires et sans constat de déficit organique“. Le Parlement s'est dépêché de modifier, en se basant sur ce jugement, le texte prévu dans le message: l'examen systématique dans le cadre de la disposition finale concerne par conséquent toutes les rentes octroyées durant les années passées sur la base de tels „syndromes sans pathogenèse ni étiologie claires et sans constat de déficit organique“.

L'introduction de cette notion a jeté un flou initial de taille: lors des débats parlementaires, des conseillers nationaux très divers ont attiré l'attention sur le choix extrêmement malheureux de cette notion, estimant que du point de vue médical, la quasi-totalité des pathologies psychiques pouvait en fait être rattachée à cette catégorie. Par la suite, le conseiller fédéral Burkhalter a souligné à plusieurs reprises que cela n'était pas le cas: la notion n'englobe ni les troubles dépressifs, ni les troubles de la personnalité ou encore les troubles anxieux ou obsessionnels; tous ces troubles ne sont pas concernés, a-t-il assuré. Par la suite, ces garanties ont incité une majorité des parlementaires à approuver la description proposée. En fin de compte, il incombera au Tribunal fédéral de décider s'il veut confirmer l'énoncé qu'il a créé, qui du point de vue purement médical permet une interprétation extensive, ou s'il veut suivre la volonté parlementaire.

Selon une estimation de l'administration, la disposition finale permettrait de supprimer près de 4'500 rentes „pondérées”, une mesure qui toucherait environ 6'000 rentiers et rentières. Cette estimation est toutefois d'ores et déjà très vague; si la nouvelle notion devait être interprétée de façon extensive, le nombre de bénéficiaires de rentes concernés pourrait alors rapidement doubler, voire tripler.

Il subsiste un autre manque de précision: il se pose en effet la question de savoir si de telles rentes peuvent également être examinées dans le cadre de la disposition finale si elles ont été accordées après le changement de jurisprudence. Si une personne s'est vu accorder en 2008, en connaissance de la pratique du Tribunal fédéral, une rente d'invalidité par exemple sur la base d'un diagnostic de trouble somatoforme douloureux, on ne comprend pas bien pourquoi cette décision devrait pouvoir être examinée une nouvelle fois même si l'état de santé de l'assuré est inchangé; car depuis lors, aucun changement n'est intervenu - ni au niveau de la jurisprudence ni au niveau de la loi - qui pourrait légitimer un nouvel examen. Des litiges sont en effet programmés étant donné que le Parlement a omis d'inscrire une quelconque date butoir dans la disposition finale.

### Cas dispensés du réexamen

Deux groupes de rentiers et rentières sont dispensés du réexamen: il s'agit des personnes qui au moment de l'entrée en vigueur de la révision, c.-à-d. le 1.1.2012, ont plus de 55 ans; de même que les personnes qui touchent une rente de l'AI depuis plus de 15 ans au moment de l'ouverture de la procédure de réexamen (disposition transitoire a, chiffre 4). Le fait que ces deux groupes puissent profiter dans une certaine mesure de la garantie des acquis se fonde sur l'expérience que les personnes de cet âge resp. celles ayant touché une rente pendant aussi longtemps n'ont guère de chances de réussir leur réinsertion.

### La procédure de réexamen

Les rentes doivent être réexaminées dans un délai de 3 ans, à savoir dans les années 2012, 2013 et 2014 (disposition transitoire a, chiffre 1). L'office AI devra déterminer dans chaque cas si l'assuré ne touche vraiment sa rente que sur la base d'un „syndrome sans pathogenèse ni étiologie claires et sans constat de déficit organique”. Si tel n'est pas le cas, il devra vérifier dans quelle mesure les autres atteintes sont de nature à fonder à elles seules une incapacité de gain. Sinon, il aura en outre à déterminer si, selon les critères de Förster, les conditions sont le cas échéant remplies pour ne pas appliquer, à titre exceptionnel, le critère de la surmontabilité de l'atteinte. Cette procédure, qui est exigeante, nécessitera certainement dans l'un ou l'autre cas le recours à une expertise externe. Certains épisodes de surcharge de travail sont à craindre notamment au niveau des SMR, dont les autres procédures pourraient également pâtir.

Lorsqu'une rente est supprimée ou diminuée suite au réexamen, la personne concernée a droit à des mesures de réadaptation au sens du nouvel art. 8a LAI (disposition transitoire a, chiffre 2), et ce indépendamment de la question de savoir si les conditions d'octroi usuelles sont remplies. Toutes les mesures qui correspondent aux capacités de la personne concernée et qui semblent proportionnelles sont envisageables. En revanche, de telles mesures ne sont accordées que tant que la personne y participe sérieusement.

### Maintien du versement de la rente limité

Si des mesures de réadaptation sont mises en œuvre, l'assuré continue de toucher sa rente jusqu'à la fin de la réadaptation, mais au maximum pendant 2 ans à compter de la décision de suppression resp. de réduction de la rente (disposition transitoire a, chiffre 3). Cela atténue quelque peu l'effet de la décision de suppression ou de réduction de la rente.

Le maintien du versement de la rente pendant 2 ans au maximum est lié à la mise en œuvre de mesures de

réadaptation. Les personnes concernées devront veiller à ce que les offices AI n'essayent pas de n'accorder les mesures de réadaptation que pour une période limitée (p. ex. 6 mois) afin d'empêcher que la rente continue d'être versée. Tous les assurés qui n'acceptent pas la décision de suppression de la rente et veulent la contester devant un tribunal se trouvent par ailleurs devant un dilemme: s'ils ne veulent pas mettre en péril le maintien du versement de la rente pendant 2 ans, ils doivent participer à des mesures de réinsertion même s'ils sont persuadés d'être en incapacité de gain et de toucher leur rente à juste titre.

### Conséquences sur les autres assurances

En ce qui concerne les rentes de la prévoyance professionnelle, le législateur a prévu une disposition finale dans la LPP: si une rente de l'AI est réduite ou supprimée en application des dispositions finales, le droit de la personne assurée à des prestations de la prévoyance professionnelle en cas d'invalidité est réduit ou supprimé au même moment; au moment de la suppression ou de la réduction, la personne concernée a droit à une prestation de sortie. Si la rente AI continue d'être versée pendant la mise en œuvre des mesures de réinsertion (jusqu'à 2 ans au maximum), les prestations d'invalidité de la LPP continuent elles aussi d'être versées.

Le législateur n'a pas prévu de telles dispositions finales pour l'assurance-accidents ou l'assurance militaire. Par conséquent, les rentes de ces assurances ne peuvent pas, à leur tour, être réduites ou supprimées. Au dernier moment, suite à une requête de la conseillère nationale Humbel, le Parlement a toutefois ajouté un article supplémentaire aux dispositions finales a (chiffre 5) qui est tout sauf clair: cette disposition prévoit que les modifications des droits à une rente AI ne doivent ni entraîner une modification des droits à une rente selon la LAA (rente complémentaire) ni donner lieu à une quelconque prétention en compensation de la part des assurés.

Cette disposition était censée empêcher que la réduction d'une rente AI ne soit simplement compensée par

une augmentation des rentes complémentaires LAA. Or, dans certains cas, cette disposition peut conduire à une situation absurde et guère justifiable où une personne dont la rente AI a été réduite touche au final moins de prestations que si elle n'avait p. ex. toujours touché dès le départ qu'une demi-rente de l'AI. Ce problème a été relevé lors des débats au Conseil national, mais il est caractéristique du Parlement de ne pas avoir voulu se pencher plus en détails sur la problématique.

Nul ne sait pour l'heure ce que veut dire „autres prétentions en compensation". Il ne s'agit vraisemblablement pas des prestations complémentaires destinées à couvrir les besoins vitaux, tel que le conseiller fédéral Burkhalter l'a d'ailleurs déjà fait entendre au Conseil national. Par conséquent, lorsqu'une rente AI est réduite et que la personne ne trouve pas d'emploi malgré tous ses efforts, cela augmentera le cas échéant son droit aux PC.

Georges Pestalozzi-Seger

### Assurance-maladie: nouveau règlement des suites du non-paiement des primes

Depuis le 1.1.2006, les caisses-maladie peuvent suspendre la prise en charge de prestations dans certaines conditions lorsqu'une personne assurée a du retard dans le paiement des primes et des participations aux coûts (franchise, quote-part). Ce règlement a entraîné des conséquences extrêmement insatisfaisantes non seulement au niveau du suivi médical des personnes concernées, mais aussi pour les prestataires (hôpitaux, médecins, pharmacies, etc.) dont une partie non négligeable des factures est restée impayée. C'est pourquoi le Parlement a décidé dès le 19.3.2010 de procéder à une nouvelle révision des dispositions légales correspondantes. D'autre part, le Conseil fédéral vient à son tour d'adopter les modifications de l'ordonnance et de mettre en vigueur la révision à compter du 1.1.2012.

#### Rappel et poursuites

Lorsqu'une personne n'a pas payé les primes ou les participations aux coûts échues, la caisse-maladie doit lui envoyer, après au moins un rappel écrit et au plus tard dans les 3 mois qui suivent l'exigibilité, une sommation et lui impartir un délai de 30 jours en attirant son attention sur les conséquences qu'elle encourt si elle n'effectue pas ses paiements dans ce délai (art. 64a al. 1 LAMal, art. 105b OAMal). Si le paiement (y compris l'intérêt moratoire) n'intervient pas dans le délai impartit, la caisse-maladie doit engager les poursuites (art. 64a al. 2 LAMal). Si les poursuites aboutissent au final à un acte de défaut de biens ou à un titre équivalent, la caisse-maladie doit en informer le canton (art. 64a al. 3 LAMal).

#### Plus de suspension des prestations

Contrairement au règlement actuel, l'engagement de poursuites légales n'entraîne plus de suspension de l'obligation de prise en charge des prestations. Les caisses-maladie doivent donc continuer de fournir les prestations légales. Elles sont indemnisées par le canton qui prend en charge 85% des créances ayant fait l'objet

des actes de défaut de biens (art. 64a al. 4 LAMal). La caisse-maladie, quant à elle, prend en charge les 15% restants. Elle conserve les actes de défaut de biens jusqu'au paiement intégral des créances arriérées. Dès que l'assuré a payé tout ou partie de sa dette, la caisse-maladie doit rétrocéder au canton 50% du montant versé par l'assuré (art. 64a al. 5 LAMal).

Tant qu'une personne n'a pas payé l'intégralité des primes et des participations aux coûts arriérées, y compris les intérêts moratoires et les frais de poursuite, elle n'est pas autorisée (comme actuellement) à changer d'assureur (art. 64a al. 6 LAMal, art. 105l OAMal). Ainsi, les personnes concernées se voient néanmoins encore incitées dans une certaine mesure à payer leur dette, même si la conséquence de la suspension des prestations n'est plus appliquée.

#### Compétence cantonale de tenir des listes

Mais finalement, le Parlement n'a pas encore entièrement adopté ce changement réjouissant de système; il a accordé aux cantons la possibilité de tenir une liste des personnes qui ne paient pas leurs primes malgré les poursuites. Si la législation cantonale le prévoit, le fait qu'un assuré soit porté sur cette liste autorise à nouveau la caisse-maladie à suspendre la prise en charge de prestations (à l'exception des traitements relevant de la médecine d'urgence). La suspension des prestations n'est annulée que lorsque l'assuré s'est acquitté de ses créances (art. 64a al. 7 LAMal).

On ignore pour l'instant quels cantons feront usage de telles listes, et selon quels critères, et quels sont les cantons qui y renonceront. Il est à craindre que cela conduise à nouveau à un patchwork de solutions cantonales, comme cela s'est déjà produit pour le financement des soins.

#### Règlement transitoire

Le législateur a conféré, également dans le cadre des dispositions transitoires, de larges compétences aux

cantons: si un canton prend en charge les primes et participations aux coûts échues jusqu'au 31.12.2011 pour lesquelles un acte de défaut de biens a été délivré, y compris les intérêts moratoires et frais de poursuite, la caisse-maladie doit rembourser les prestations échues à cette date. Il incombe au canton de déterminer si, dans ce cas, le remboursement est versé aux assurés ou aux prestataires ou au canton (disposition transitoire, chiffre 1).

Si le canton renonce à la prise en charge des primes et participations aux coûts arriérées échues jusqu'au 31.12.2011, les suspensions faisant l'objet d'une décision fondée sur l'ancien droit sont maintenues, et les prestations fournies jusqu'au 31.12.2011 ne sont pas remboursées tant que l'intégralité des créances n'a pas été payée (disposition transitoire, chiffre 2). Là aussi, il n'est en partie pas encore connu pour quelle solution les différents cantons vont opter.

### **Réduction de prime et prestations complémentaires: versement direct à la caisse-maladie**

Le législateur a au moins décidé de procéder à une certaine uniformisation dans le domaine des réductions de primes. Celles-ci seront désormais versées directement à la caisse-maladie et non plus aux assurés (art. 65 al. 1 LAMal). Les cantons doivent communiquer aux caisses-maladie les données concernant les bénéficiaires et le montant de la réduction suffisamment tôt pour que celles-ci puissent en tenir compte dès le début de la facturation des primes.

Les cantons qui ne connaissent pas encore ce système doivent l'introduire dans un délai de 2 ans, c.-à-d. au plus tard au 1.1.2014. Tant qu'il ne l'ont pas fait, ils sont tenus de prendre en charge, en dérogation de la règle générale, 87% (au lieu de 85%) des primes et participations aux coûts non couvertes. Il reste à espérer que le changement de système, qui évite l'usage des prestations publiques à des fins autres que prévues, sera rapidement introduit dans tous les cantons.

Enfin, un nouvel article a également été introduit dans la LPC (art. 21a LPC): il prévoit qu'une partie de la prestation complémentaire annuelle, correspondant au montant forfaitaire pour l'assurance-maladie obligatoire (prime moyenne cantonale), ne sera désormais plus versée à la personne assurée mais directement à la caisse-maladie. Si la prime effective est inférieure à ce montant forfaitaire, la caisse-maladie rembourse la différence à la personne assurée (art. 106c al. 5 OAMal). Les cantons qui attendent 2013 ou 2014 pour introduire le changement de système concernant les réductions de primes ne pourront en faire autant pour les prestations complémentaires également qu'à ce moment-là.

Georges Pestalozzi-Seger

## **Jugement de principe du Tribunal fédéral concernant l'égalité des armes et l'équité dans la procédure AI**

La pratique de l'AI concernant la demande d'expertises suscite depuis relativement longtemps la critique de milieux très divers. En février 2010, les organisations d'aide aux personnes handicapées ont pour leur part rédigé un document de position dans lequel elles critiquent la dépendance factuelle des instituts d'expertise (notamment du COMAI) par rapport à l'administration ainsi que l'absence d'un contrôle systématique et indépendant de la qualité, et dans lequel elles développent une série de propositions visant à garantir une procédure équitable.

Une expertise juridique des professeurs Müller et Reich en est finalement arrivée à la conclusion que les expertises du COMAI demandées par les offices AI devaient être considérées comme des moyens de preuve d'une partie, d'où l'apparence de partialité inhérente à l'ensemble de la procédure d'évaluation. Selon les auteurs, ce constat met à son tour en cause le principe d'équité et de parité des armes exigé par la CEDH dans la procédure, et ce d'autant plus que les instituts d'expertise externes dépendent économiquement de l'assurance-invalidité. Le Tribunal fédéral, quant à lui, a qualifié à plusieurs occasions d'infondée la critique des experts juridiques; or, il a lui-même régulièrement constaté l'inégalité des armes dans la procédure visant à déterminer le droit aux prestations de l'assurance-invalidité, estimant alors qu'il fallait examiner la mise en place de certains correctifs pour garantir l'équité de la procédure. Dans le rapport annuel 2009, le Tribunal fédéral a explicitement demandé à l'OFAS de se pencher sur cette thématique et d'élaborer des propositions d'amélioration.

Pendant de longues années, l'administration ne s'est pas laissé convaincre de la nécessité d'apporter de sérieux correctifs à la procédure lors de la demande d'expertises et du contrôle de la qualité. C'est seulement ces derniers temps qu'elle a commencé à discuter de certaines propositions. Face à ce manque de volonté de réforme,

les juges ont commencé à se montrer de plus en plus impatients et ont finalement saisi l'occasion, dans un jugement de principe du 28.6.2011 (9C\_243/2010), d'apporter certains correctifs à la pratique actuelle. Ce jugement inhabituellement long et extrêmement approfondi, qui explique la pratique actuelle et contient de nombreuses réflexions de droit comparé, ne peut être présenté ici dans tous les détails. Nous proposons en revanche ci-après un résumé et un bref commentaire des principales conclusions.

### **Renforcement des droits d'être entendu et de participer lors de la demande d'expertises administratives**

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral a constaté que le principe d'une procédure équitable exigeait d'abord de l'office AI de veiller à ce que les pouvoirs usuels dans une procédure administrative générale soient assurés sous le titre de garantie du droit d'être entendu. Cela inclut notamment l'acceptation des réquisitions de preuves pertinentes et la participation à l'administration des preuves. Le droit de participer doit être applicable avant que des effets préjudiciables ne se produisent.

Selon l'avis du Tribunal fédéral, les efforts visant à commanditer une expertise d'un commun accord sont à mettre au premier plan. L'office AI et la personne assurée doivent autant que possible se mettre d'accord sur le choix de l'expert et du questionnaire auquel il s'agit de répondre; une expertise basée sur le consentement mutuel permet en effet d'aboutir à des résultats plus solides et en règle générale mieux acceptés par la personne concernée.

En cas de désaccord, la demande d'une expertise par l'office AI doit, contrairement à l'usage antérieur, revêtir la forme d'une décision notifiée à l'assuré. D'un point de vue juridique, il s'agit là d'une décision intermédiaire pouvant être attaquée en justice si la présence d'un désavantage irréparable est admise. Le Tribunal fédéral estime qu'à l'avenir, il devra p. ex. être possible de critiquer, outre les motifs de récusation proprement dits à

l'égard d'un expert, le manque de compétences spécialisées de l'expert. D'autre part, il doit également être possible de faire valoir que l'expertise envisagée est inutile parce que la situation a déjà fait l'objet d'une évaluation détaillée et que l'expertise complémentaire ne constituerait qu'un „second avis“. En ce qui concerne ces griefs, le Tribunal fédéral a estimé qu'il fallait en principe admettre la présence d'un désavantage irréparable.

Le Tribunal fédéral a en outre précisé que les offices AI devront à l'avenir permettre à la personne assurée de se prononcer sur des questions ayant trait à l'expertise et de proposer des questions complémentaires, en analogie à la pratique actuelle dans le domaine de l'assurance-accidents. Cela correspond à une ancienne exigence régulièrement formulée par les organisations des milieux du handicap et les avocats des assurés.

### **Procédure devant le Tribunal cantonal des assurances: expertise judiciaire au lieu d'un renvoi**

Lorsque les tribunaux cantonaux des assurances concluent aujourd'hui à la nécessité de procéder à des clarifications supplémentaires parce qu'une expertise administrative demandée par l'administration suscite trop de doutes dans le contexte de la situation générale du dossier, ils décident généralement de renvoyer l'affaire à l'administration pour investigations complémentaires. Seuls quelques juges de quelques rares tribunaux cantonaux ont l'habitude de mettre en œuvre des expertises par-devers eux.

Le Tribunal fédéral a développé de nouveaux principes à cet égard également. Désormais, les tribunaux cantonaux doivent demander eux-mêmes une expertise judiciaire lorsqu'ils considèrent que les faits médicaux nécessitent d'être clarifiés par le biais d'une expertise ou qu'une expertise administrative n'a pas valeur probante dans un point pertinent. Les tribunaux des assurances ne sont donc plus libres d'opter soit pour le renvoi, soit pour clarifier eux-mêmes les faits. Le renvoi à l'office AI reste toutefois possible s'il se fonde sur la nécessité de clarifier une question jusqu'ici entièrement inabordable. La possi-

bilité du renvoi est en outre maintenue s'il est uniquement nécessaire de clarifier, préciser ou compléter des propos contenus dans une expertise. Le Tribunal fédéral a en outre constaté que les actuels COMAI restaient au premier plan pour effectuer ces expertises judiciaires lorsqu'une expertise interdisciplinaire s'avère nécessaire. Les frais y relatifs incombent aux offices AI.

Du point de vue des assurés, on peut d'emblée certainement se féliciter des nouveaux principes développés par le Tribunal fédéral. Cela pourrait permettre non seulement d'aboutir plus rapidement à un résultat lorsque le tribunal commande une expertise sur laquelle il se base ensuite pour rendre sa propre décision matérielle, mais aussi de mieux garantir les droits de participation au sens du principe de l'égalité des armes. D'un autre côté en revanche, ce changement de pratique entraîne une charge supplémentaire pour les tribunaux cantonaux. C'est pourquoi il faut absolument veiller à les doter de suffisamment de personnel pour leur permettre de faire face à leurs nouvelles tâches. Sinon, on risque soit que les procédures se prolongent, soit que les tribunaux, pour alléger leur charge, n'évaluent plus les décisions de l'administration avec le sens critique nécessaire et tendent davantage à les expédier.

### **Appel à l'administration en vue d'autres réformes**

Outre les changements de pratique proprement dits, le jugement du Tribunal fédéral contient également une série de suggestions à l'intention du pouvoir réglementaire et de l'autorité de surveillance (OFAS) visant à garantir l'équité de la procédure. Il s'agit pour l'instant d'un "Appellentscheid" (décision qui en appelle à la responsabilité des instances compétentes pour procéder aux choix législatifs qui s'imposent) concernant ces points. Ce n'est que si les autorités compétentes devaient ne pas examiner les questions soulevées dans un délai approprié que le Tribunal se réserve la possibilité, en se basant sur les garanties découlant des conventions correspondantes en vigueur, de procéder à des correctifs plus précis et ayant force obligatoire.

Une de ses premières suggestions concerne la pratique d'attribution des mandats: le Tribunal fédéral se rallie à la conviction exprimée par des parties très diverses (dont les organisations du milieu du handicap) selon laquelle c'est le choix aléatoire de l'expert qui est le mieux à même de remplir l'exigence d'une indépendance optimale des expertises; du moins en ce qui concerne les expertises pluridisciplinaires. C'est pourquoi le Tribunal fédéral invite l'OFAS à poursuivre sans tarder la mise en place d'une plateforme IT en vue d'améliorer et d'harmoniser l'attribution des mandats d'expertise, d'autant qu'une telle plateforme peut également servir d'instrument d'évaluation d'expertises ponctuelles.

Le Tribunal fédéral constate en outre que la consigne donnée à l'expert de discuter ses résultats avec le médecin désigné par l'assuré (en règle générale le médecin traitant) irait au moins un peu dans le sens de l'idée d'une expertise paritaire telle que prévue par le modèle italien et français. Par conséquent, cette possibilité doit elle aussi être sérieusement examinée, estime le tribunal.

En ce qui concerne la rétribution de l'activité d'experts, le Tribunal fédéral qualifie d'inadéquat l'actuel système de rétribution forfaitaire (actuellement 9'000 francs pour chaque expertise du COMAI); c'est pourquoi il demande à l'OFAS d'élaborer un nouveau système de rémunération qui tienne compte du degré de difficulté de l'expertise et de l'étendue des investigations qu'elle nécessite.

D'une manière générale, le Tribunal fédéral considère qu'il incomberait à l'OFAS de veiller à ce que la qualité des expertises soit contrôlée selon des critères objectifs. Selon lui, l'OFAS pourrait par exemple émettre la directive que lorsqu'une expertise externe nécessite un simple complément de précisions, cela n'autorise en principe pas à changer d'expert, mais les points qui nécessitent précision doivent être discutés avec les experts ayant rédigé le document. La demande d'une deuxième expertise ne peut se justifier qu'en cas de graves défauts d'une expertise existante selon laquelle il ne semble plus possible d'établir une prise de position médicale impartiale.

D'autre part, le Tribunal fédéral considère qu'il incombe à l'autorité de surveillance d'établir des standards minimaux à respecter lors du déroulement des expertises, p. ex. en obligeant les centres COMAI à associer, lors des réunions de liaison, les médecins consultants à la formulation des conclusions de l'expertise. Il s'agit également de faire la transparence sur d'éventuelles „opinions différentes". Il faudrait par ailleurs régler le problème qui se pose lorsque l'on recourt aux services de médecins consultants d'origine étrangère qui ne sont pas familiarisés avec les exigences locales d'ordre assécurologique. Et enfin, le Tribunal fédéral suggère également la création d'une instance chargée de recueillir, de coordonner et de préparer – par domaine spécialisé – les directives à respecter lors des expertises, de les déclarer contraignantes et de veiller à la prise en considération de l'état actuel de la recherche et de la doctrine médicales.

Beaucoup de travail donc pour l'autorité de surveillance! Reste à espérer que l'OFAS prenne au sérieux l'appel du Tribunal fédéral et qu'il élabore activement un nouveau système qui réponde à l'idée fondamentale d'une procédure équitable. Les organisations du domaine du handicap sont disposées à coopérer à cette tâche.

Georges Pestalozzi-Seger

## **En cas de décision de renvoi, le retrait du recours doit être rendu possible**

En ce qui concerne la procédure de première instance, l'art. 61 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) prévoit que le tribunal cantonal des assurances n'est pas lié par les conclusions des parties et qu'il peut réformer la décision attaquée au détriment du recourant (ladite „reformatio in peius”); il doit cependant lui donner l'occasion de se prononcer ou de retirer le recours.

Selon la pratique actuelle, la possibilité d'un retrait du recours en cas de menace de reformatio in peius n'est accordée que dans les cas où le tribunal a réellement l'intention de modifier une décision en défaveur d'un assuré: par exemple lorsque l'office AI a octroyé une demi-rente à un assuré, que celui-ci fait recours en demandant une rente entière et que le tribunal en arrive finalement à la conclusion que l'assuré n'a droit à aucune rente.

De telles constellations sont toutefois assez rares. Il est beaucoup plus fréquent que le tribunal annule la décision ou la décision sur opposition et qu'il renvoie le dossier à l'administration pour clarifications complémentaires. Souvent, de telles décisions de renvoi se basent sur des considérations dont l'administration peut déduire qu'elle a interprété la situation juridique de manière trop généreuse. Un recourant risque, dans ces cas également, de se retrouver au final moins bien loti qu'initialement, par exemple lorsque l'administration en arrive finalement à la conclusion, suite à des examens médicaux complémentaires, que l'assuré n'a en fait aucun droit à une rente.

Dans un jugement du 18.7.2011 (9C\_310/2011), le Tribunal fédéral a décidé, en dérogation à la jurisprudence actuelle, que la partie recourante devait se voir offrir la possibilité de retirer son recours également dans le cas où une décision de renvoi est envisagée et que celle-ci vise à annuler une décision d'octroi de rente. Cette conclusion s'impose – selon le Tribunal fédéral – pour des raisons d'égalité de traitement. La nouvelle pratique

ne concerne en revanche pas les décisions cantonales de renvoi rendues suite à des décisions de non octroi d'une rente. En outre, l'obligation de renseigner peut être superflue si le tribunal cantonal déclare, dans les considérations de la décision de renvoi, la rente partielle octroyée par l'office AI ou admise par lui-même comme définitivement légitime et fondée.

Du point de vue des recourants concernés, ce jugement est effectivement réjouissant. En cas d'un renvoi prévu, il leur permet d'évaluer une nouvelle fois les chances et les risques, même si cela peut s'avérer difficile et qu'il existe en outre un risque, dans l'un ou l'autre cas, qu'un recours soit retiré trop rapidement, par pure crainte d'une péjoration de la situation juridique. Mais parfois vaut-il effectivement mieux préférer un „tiens” à un „tu l'auras”...

Georges Pestalozzi-Seger

### Soins de base destinés aux enfants handicapés de naissance: obligation de prise en charge subsidiaire par l'assurance-maladie

Encore récemment, le Tribunal fédéral a décidé que l'assurance-invalidité ne devait financer les frais de soins pour les enfants ayant une infirmité congénitale que dans la mesure où il s'agit de soins de traitement et que ceux-ci ne peuvent être administrés par les parents eux-mêmes pour des raisons médicales; l'AI n'a en revanche pas d'obligation de prise en charge lorsqu'une organisation d'aide et de soins à domicile déleste les parents des soins de base (jugement du 7 juillet 2010, 8C\_81/2010). Nous avons rédigé un commentaire critique de ce jugement dans „Droit et handicap 4/10” et soulevé la question de savoir si, dans ces circonstances, il n'incomberait pas le cas échéant à l'assurance-maladie de prendre en charge, de manière subsidiaire, les frais liés aux soins de base.

Un récent jugement du Tribunal fédéral le 10 juin 2011 (9C\_886/2010) est venu clarifier cette question étonnamment vite. Le Tribunal fédéral, s'étant basé sur une interprétation systématique du droit en matière d'assurance-invalidité et d'assurance-maladie, en est arrivé à la conclusion que l'assurance-maladie avait effectivement une telle obligation subsidiaire de prise en charge des prestations. Ce jugement est très réjouissant pour les familles ayant des enfants handicapés de naissance: dans la mesure où l'AI ne prend pas en charge les frais liés aux soins fournis à domicile, les parents peuvent désormais s'adresser à leur caisse-maladie. Les craintes de voir s'instaurer une inégalité de traitement des enfants ayant une infirmité congénitale par rapport à ceux qui sont tombés malades ultérieurement ne sont donc plus fondées.

Tous les problèmes financiers des familles concernées ne sont toutefois pas pour autant résolus. Elles peuvent certes facturer à la caisse-maladie les mesures relatives aux soins de base (ainsi qu'aux soins de traitement dans la mesure où ils ne sont pas pris en charge par l'AI) four-

nis par les organisations d'aide et de soins à domicile. Les moyens mis en œuvre pour la surveillance (souvent encore plus intensive) d'un enfant handicapé ne constituent en revanche pas une prestation obligatoire de la part de l'assurance-maladie, précise le Tribunal fédéral dans son jugement. Cette prestation doit être financée par le biais du montant de l'allocation pour impotent et du supplément pour soins intenses, souvent insuffisant en cas de handicaps très lourds. C'est pourquoi il faut espérer que le Conseil fédéral prévoie, dans le cadre de la 6e révision de l'AI, d'accorder aux familles d'enfants lourdement handicapés l'accès à la future contribution d'assistance, tel que cela a déjà été mis en perspective dans les médias.

Ensuite se pose la question de savoir, dans chaque cas d'espèce, si la caisse-maladie peut réduire ses prestations en matière de soins de base en invoquant une surindemnisation. C'est en principe envisageable dans les cas où l'assuré s'est vu accorder par l'AI une allocation pour impotent et un supplément pour soins intenses. Le Tribunal fédéral a certes décidé que l'allocation pour impotent ne pouvait être prise en compte dans son intégralité, vu que seule une partie de celle-ci sert au financement des soins de base (127 V 94; cf. également „Droit et handicap 3/01”). Néanmoins: une partie importante de l'allocation pour impotent peut être prise en compte à titre de prestation destinée aux soins de base. D'autre part, se pose la question de la manière dont l'étendue des soins à rembourser peut être chiffrée si la majeure partie du travail est effectuée par les parents eux-mêmes et non par des tiers. Reste à espérer que les assureurs-maladie renonceront dans de tels cas à faire valoir une surindemnisation. Il n'est pas exclu que les tribunaux seront amenés à rendre encore l'une ou l'autre décision pour clarifier ces questions.

Georges Pestalozzi-Seger