

Introduction générale

Plan

	N
I. Les assurances sociales en Suisse	1
A. Généralités	1
B. Aperçu historique	3
C. Caractéristiques générales	7
D. Corpus législatif	11
II. Distinctions	23
A. Aide sociale	24
B. Assurances privées	27
III. La loi sur la partie générale des assurances sociales	30
A. Point de départ	30
B. Processus législatif	31
C. Modifications depuis son entrée en vigueur	34
D. Révision en cours	35
IV. Points non traités dans la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales	38
A. Principes généraux	39
B. Eventualités non définies	52
V. La coordination internationale et européenne des régimes de sécurité sociale	59
A. Les conventions bilatérales	61
B. Les accords multilatéraux	69

Bibliographie

AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003; BERGER HADORN REGINA, La longue marche de la LPGa, in Dossier «La LPGa à la veille de son introduction», CHSS 5/2002 265 ss (cité: CHSS); BRULHART VINCENT, Droit des assurances privées, 2^e éd., Berne 2017; DUPONT ANNE-SYLVE, Assurances sociales: la surveillance des assurés et quelques autres actualités, in Weber (éd.), Personen-Schaden-Forum 2018, 183 ss (cité: PSF 2018); DUPONT ANNE-SYLVE, La protection des données confiées aux assureurs, in Dunand/Mahon (éd.), La protection des données dans les relations de travail, Genève 2017, 195 ss (cité: Protection des données); DUPONT ANNE-SYLVE, Assurances sociales: regard sur quelques actualités, in Fuhrer (éd.), Annuaire SDRCA 2016 11 ss (cité: SDRCA 2016); DUPONT ANNE-SYLVE, Le droit de la sécurité sociale au contact du droit des assurances privées, RDS 2014 II 347 ss (cité: Assurances privées); DUPONT ANNE-SYLVE, Incapacité de travail et incapacité de gain: la fin du mélange des genres?: commentaire des arrêts rendus par le Tribunal fédéral les 14 novembre 2012 (4A_304/2012) et 31 janvier 2013 (4A_529/2012), REAS 2013 124 ss (cité: REAS 2013); GREBER PIERRE-YVES, Les pensions en Suisse: architecture, régime de base public, régimes professionnels, CGSS 12 (1994) 59 ss (cité: Pensions); GREBER PIERRE-YVES, Les conventions bilatérales de sécurité sociale conclues par la Suisse, CGSS 1 (1986) 5 ss (cité: Conventions); KAHIL-WOLFF BETTINA, La coordination européenne des systèmes nationaux de sécurité sociale, in Meyer (éd.), SBVR, 167 ss (cité: SBVR).

Introduction générale 1-4

I. Les assurances sociales en Suisse

A. Généralités

- 1 Etat fédéral par excellence, la Suisse a vu ses assurances sociales se construire progressivement, au fur et à mesure de l'adoption, dans la Constitution fédérale, de normes attribuant à la Confédération la compétence de légiférer dans ce domaine¹.
- 2 Résultat des caractéristiques politiques et idéologiques de notre pays, la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales a été élaborée bien après le début de l'aventure législative en matière d'assurances sociales et la création d'une dizaine de régimes différents.

B. Aperçu historique

- 3 Si l'on fait abstraction de l'assurance militaire², la première compétence législative attribuée à la Confédération l'est en matière d'assurance-maladie et d'assurance-accidents (1890; art. 34^{bis} aCst.). Cette évolution constitutionnelle est directement inspirée de l'histoire allemande: à cette époque, Otto von Bismarck, Chancelier de l'Empereur Guillaume I^{er}, vient de créer une assurance-maladie destinée à certaines catégories de travailleurs, en réponse aux revendications des mouvements ouvriers et du Parti social-démocrate³. La Suisse, qui connaît des troubles sociaux similaires et réfléchit aussi à **améliorer la protection des ouvriers contre les risques encourus dans les entreprises**⁴, s'inspire des solutions prussiennes, s'agissant de la création d'une protection sociale par le biais de l'assurance à tout le moins. La LAMA, adoptée en 1911 et acceptée en votation populaire en février 1912, à une courte majorité, n'a en effet pas grand-chose à voir, pour son volet «maladie»⁵, avec l'assurance-maladie bismarckienne, puisqu'il s'agit uniquement d'une loi de subventionnement qui ne prévoit pas de couverture obligatoire.
- 4 Les compétences fédérales ont ensuite été étendues, **au fur et à mesure de l'évolution sociale et économique du 20^e siècle**. En 1925, la Confédération se voit enjoindre d'introduire une protection sociale contre les risques vieillesse, décès et invalidité (art. 34^{quater} aCst.). Les lois topiques seront adoptées en 1949 (LAVS) et en 1956 (LAI),

1 En Suisse, les cantons sont souverains tant que la compétence de légiférer dans tel ou tel domaine n'a pas été confiée à la Confédération, par le biais de l'adoption d'une disposition ad hoc dans la Constitution fédérale (art. 3 Cst.; cf. AUBERT/MAHON, art. 3 N 12).

2 Le caractère d'assurance sociale de l'assurance militaire peut être remis en question. Il s'agit en effet d'un régime destiné à couvrir les atteintes à la santé survenant pendant une période de service. Le financement est assuré par l'impôt, sous réserve des cotisations prélevées auprès des militaires de carrière, qui ne sont alors soumis ni à l'assurance obligatoire des soins, ni à l'assurance-accidents (cf. art. 2 al. 1 LAM). Dans ce sens, l'assurance militaire s'apparente plutôt à un régime de responsabilité de la Confédération. L'assurance militaire est entrée en vigueur en 1902.

3 GNAEGI, 42 s.

4 Une motion déposée le 2 mars 1885 par le Conseiller national Wilhelm Klein invitait le CF, premièrement, à soumettre une révision de la loi sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer et de navigation et des propriétaires de fabriques «dans le sens d'une plus grande extension de la responsabilité afin de faciliter la revendication des actions civiles qui en découlent», et à présenter, après étude, un rapport sur la question de savoir s'il n'y aurait pas lieu d'organiser une assurance générale obligatoire des ouvriers contre les accidents (FF 1886 II 665).

5 La LAMA comportait un volet «maladie», entré en vigueur le 1^{er} janvier 1914, et un volet «accident», entré en vigueur le 1^{er} janvier 1918. Ce second volet prévoyait une couverture obligatoire pour tous les travailleurs occupés dans des entreprises soumises au régime de la responsabilité du fabricant (loi sur les fabriques de 1877), tant pour les accidents professionnels que les accidents non professionnels.

et complétées par la suite (1966) par le régime des prestations complémentaires. Ce premier échelon de prévoyance est complété par celui de la prévoyance professionnelle, après la révision, en 1972, de l'art. 34^{quater} aCst., qui consacre en Suisse la prévoyance vieillesse, décès et invalidité selon le schéma dit des trois piliers (cf. l'actuel art. 111 Cst.). La loi sur la prévoyance professionnelle est adoptée en juin 1982 et entre en vigueur en 1985.

A la faveur d'un contexte économique favorable après la Seconde Guerre mondiale, la Confédération reçoit la compétence de légiférer en matière d'allocations familiales et de congé maternité. Si les travailleurs agricoles bénéficient assez rapidement – pour des raisons de politique économique, et non de politique sociale⁶ – d'un régime d'allocations familiales⁷, le régime général n'est adopté qu'en 2006. La législation sur le congé maternité ne l'a précédé que de peu (2003).

La protection contre le chômage a été confiée à la Confédération en 1947, mais de manière limitée⁸. La situation économique de l'époque, qui se caractérise par un retour au plein emploi, ne favorise pas une intervention législative très étendue, de sorte que seule une couverture facultative est prévue par une première loi de 1952. Cette législation montrera ses limites dans le contexte de la crise économique des années 1970, qui conduira à l'adoption, en 1982, de la loi que nous connaissons encore aujourd'hui et qui prévoit une couverture obligatoire.

C. Caractéristiques générales

Bien que d'inspiration bismarckienne (N 3), les assurances sociales en Suisse ont très rapidement été acquises à l'idée d'une **protection universelle** pour l'ensemble de la population résidant sur le territoire helvétique. De fait, sous réserve de l'assurance-accidents et de la prévoyance professionnelle, dont le champ d'application personnel est limité à certains travailleurs⁹, les assurances sociales en Suisse sont destinées à protéger l'ensemble de la population¹⁰.

Contrairement à bon nombre d'autres Etats, la Suisse ne connaît pas le système de l'affiliation groupée ou familiale. **L'affiliation aux différentes assurances sociales répond donc à des conditions individuelles** et doit faire l'objet d'un examen distinct pour chaque personne concernée. Il se peut en revanche que la situation familiale ouvre¹¹

6 Il s'agissait principalement de revaloriser le travail agricole dans un contexte d'exode rural à la faveur du développement économique des pôles urbains et industriels à la sortie de la Deuxième Guerre mondiale (« Trente Glorieuses »).

7 La LFA est adoptée en juin 1952.

8 RO 1947 1047.

9 Les deux assurances sont réservées, pour ce qui concerne la couverture obligatoire, aux travailleurs salariés. Les travailleurs indépendants peuvent s'assurer à titre facultatif. L'assurance-accidents ne déploie sa pleine protection (accidents professionnels et non professionnels) que pour les travailleurs qui travaillent au moins huit heures par semaine pour le même employeur. La prévoyance professionnelle est réservée aux travailleurs salariés qui réalisent un revenu minimum (CHF 21 150.– par année en 2017).

10 Bien que l'assurance-chômage soit principalement destinée aux travailleurs salariés, qui seuls versent des cotisations, il existe des situations dans lesquelles des personnes qui n'ont pas cotisé à l'assurance-chômage peuvent néanmoins bénéficier de prestations (cf. art. 14 LACI). Dans ce sens, l'assurance-chômage doit à notre sens être qualifiée d'universelle.

11 Dans le domaine de la coordination européenne des régimes de sécurité sociale par exemple, l'affiliation d'un travailleur ou d'une travailleuse à l'assurance-maladie en Suisse ouvre l'accès à cette assurance aux membres de sa famille résidant à l'étranger (cf. art. 4a LAMal).

Introduction générale 9-12

ou ferme¹² l'accès à un régime d'assurance, ou exclue le droit à certaines prestations¹³.

- 9 La colonne vertébrale du système suisse d'assurances sociales est constituée par le **régime des pensions, articulé en trois piliers** (cf. l'actuel art. 111 Cst.): le premier pilier offre une protection étatique destinée à couvrir les besoins vitaux des personnes assurées, le deuxième pilier améliore la prévoyance des travailleurs alors que le troisième pilier relève de l'initiative individuelle¹⁴. Ce système est un choix conscient du législateur, au début des années 1970. Il n'a pas été remis en cause dans le cadre des discussions sur la réforme des retraites (Prévoyance 2020) qui ont eu lieu entre 2014 et 2017 et qui ont abouti à l'adoption par les Chambres fédérales, le 17 mars 2017, de la loi fédérale sur la réforme de la prévoyance vieillesse 2020¹⁵. Cette loi a été soumise à la votation populaire le 24 septembre 2017 et a été refusée par 52,7% des suffrages exprimés¹⁶.
- 10 La **couverture des soins de santé** est principalement assurée par le biais de l'assurance obligatoire des soins, qui prévoit un catalogue large et exhaustif des prestations à charge de l'assurance sociale. Les personnes assurées doivent s'acquitter elles-mêmes d'une part des soins qu'elles reçoivent¹⁷. En cas d'accident, les travailleurs au bénéfice d'une couverture par le biais de l'assurance-accidents obligatoire voient l'intégralité des soins reçus pris en charge par cette assurance. Les jeunes de moins de 20 ans peuvent en outre bénéficier de soins de santé intégralement pris en charge par l'assurance-invalidité (art. 13 LAI) s'ils sont atteints d'une infirmité congénitale (sur cette notion, art. 9 al. 2 LPGA).

D. Corpus législatif

- 11 Résultat de l'évolution législative décrite ci-dessus (N3 ss), les assurances sociales helvétiques font l'objet de onze lois fédérales spéciales, toutes pourvues de leur législation d'application, auxquelles s'ajoute la loi sur la partie générale des assurances sociales. Les principales sources des assurances sociales helvétiques sont énumérées ci-dessous.
- 12 **Partie générale:**
- Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1);
 - Ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA; RS 830.11).

12 Les membres de la famille de l'employeur travaillant dans l'entreprise, qui ne touchent pas de salaire en espèces et ne payent pas de cotisations à l'AVS, sont exclus de l'assurance-accidents obligatoire (art. 2 al. 1 let. a OLAA).

13 Par exemple, la contribution d'assistance de l'AI ne peut être versée ni pour rémunérer une personne mariée avec l'assuré, vivant avec lui sous le régime du partenariat enregistré ou menant de fait une vie de couple avec la personne assurée ni pour rémunérer un parent en ligne directe (cf. art. 42^{quinquies} let. b LAI).

14 Elle est encouragée fiscalement (cf. art. 7 OPP 3).

15 FF 2015 1, 12 s. Cf. également objet 14.088 Prévoyance vieillesse 2020. Réforme, sous <<http://www.parlement.ch>> (consulté le 31 mars 2018).

16 FF 2017 7399. Cf. <<https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20170924/det615.html>> (consulté le 31 mars 2018).

17 Les assurés adultes doivent payer eux-mêmes une franchise (comprise entre CHF 300.– et CHF 2500.– par année civile; cf. art. 103 al. 1, art. 93 al. 1 OAMal), une quote-part (10%, plafonnée à CHF 700.– par année civile; cf. art. 103 al. 2 OAMal) et, cas échéant, un forfait journalier d'hospitalisation (CHF 15.– par jour; cf. art. 104 OAMal).

Assurance-vieillesse et survivants:

13

- Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10);
- Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS; RS 831.101);
- Ordonnance du 26 mai 1961 concernant l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité facultative (OAF; RS 831.111);
- Arrêté fédéral du 4 octobre 1962 concernant le statut des réfugiés et des apatrides dans l'assurance-vieillesse et survivants et dans l'assurance-invalidité (RS 831.131.11);
- Ordonnance du 28 août 1978 concernant la remise de moyens auxiliaires par l'assurance-vieillesse (OMAV; RS 831.135.1).

A noter que les montants en francs dans les domaines de l'AVS, de l'AI et de l'APG sont en principe adaptés tous les deux ans (années impaires) à l'évolution des salaires et des prix. Les montants actuels découlent de l'ordonnance du 15 octobre 2014 sur les adaptations à l'évolution des salaires et des prix dans le régime de l'AVS, de l'AI et des APG (RS 831.108). Il n'y a en effet pas eu d'adaptation en 2017¹⁸.

Assurance-invalidité:

14

- Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI; RS 831.20);
- Règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI; RS 831.201);
- Ordonnance du 9 décembre 1985 concernant les infirmités congénitales (OIC; RS 831.232.21);
- Ordonnance du DFI du 29 novembre 1976 concernant la remise de moyens auxiliaires par l'assurance-invalidité (OMAI; RS 831.232.51).

Prestations complémentaires:

15

- Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (Loi sur les prestations complémentaires [LPC]; RS 831.30);
- Ordonnance du 15 janvier 1971 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (OPC-AVS/AI; RS 831.301).

A noter que les montants en francs dans le domaine des prestations complémentaires sont en principe adaptés tous les deux ans (années impaires) à l'évolution des salaires et des prix. Les montants actuels découlent de l'ordonnance du 15 octobre 2014 concernant les adaptations dans le régime des prestations complémentaires à l'AVS/AI (RS 831.304). Il n'y a en effet pas eu d'adaptation en 2017 (cf. N 13).

Prévoyance professionnelle:

16

- Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40);
- Ordonnance du 3 octobre 1994 sur l'encouragement à la propriété du logement au moyen de la prévoyance professionnelle (OEPL; RS 831.411);
- Loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Loi sur le libre passage [LFLP]; RS 831.42);
- Ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (Ordonnance sur le libre passage [OLP]; RS 831.425);

¹⁸ Cf. communiqué de presse du CF du 6.7.2016, «maintien au niveau actuel du montant des rentes AVS/AI».

Introduction générale 17-20

- Ordonnance du 16 septembre 1987 sur l'adaptation des rentes de survivants et d'invalidité en cours à l'évolution des prix (RS 831.426.3);
- Ordonnance du 22 juin 2011 sur la surveillance dans la prévoyance professionnelle (OPP 1; RS 831.435.1);
- Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2; RS 831.441.1);
- Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3; RS 831.461.3).

Le droit de la prévoyance professionnelle est par ailleurs complété par du droit autonome, en l'occurrence les **règlements adoptés par les institutions de prévoyance** (art. 49 LPP).

17 Assurance-maladie:

- Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal; RS 832.10);
- Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal; RS 832.102);
- Ordonnance du 3 juillet 2013 sur la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire (OLAF; RS 832.103);
- Ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins [OPAS]; RS 832.112.31);
- Loi fédérale du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (Loi sur la surveillance de l'assurance-maladie [LSAMal]; RS 832.12);
- Ordonnance du 18 novembre 2015 sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (Ordonnance sur la surveillance de l'assurance-maladie [OSAMal]; RS 832.121).

18 Assurance-accidents:

- Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA; RS 832.20);
- Ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (OLAA; RS 832.202);
- Ordonnance du 18 octobre 1984 sur la remise de moyens auxiliaires par l'assurance-accidents (OMAA; RS 832.205.12).

19 Assurance militaire:

- Loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire (LAM; RS 833.1);
- Ordonnance du 10 novembre 1993 sur l'assurance militaire (OAM; RS 833.11).

20 Allocations pour perte de gain:

- Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (Loi sur les allocations pour perte de gain [LAPG]; RS 834.1);
- Règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG; RS 834.11).

Le **congé maternité** est prévu par la LAPG (art. 16b à 25). Le régime fédéral est un régime obligatoire de base, qui peut être amélioré par le droit cantonal¹⁹. Les différents statuts de la fonction publique, les conventions collectives de travail ou encore les contrats individuels de travail peuvent également prévoir des régimes plus favorables pour les tra-

¹⁹ P.ex. le canton de Genève a conservé sa législation en matière de congé maternité, qui existait avant l'introduction du congé maternité fédéral. Ce régime est plus généreux notamment parce qu'il prévoit le droit à un congé plus long, des indemnités journalières qui peuvent être plus élevées et la possibilité de bénéficier de ce congé en cas d'adoption (cf. loi genevoise du 21 avril 2005 instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption [LAMat; RS-GE J 5 07] et son règlement d'application [RAMat; RS-GE J 5 07.01]).

vailleuses. Cas échéant, les employeurs recourent à des couvertures d'assurances privées pour s'acquitter de leur obligation. Il ne s'agit plus ici de protection sociale à proprement parler.

Allocations familiales:

- Loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA; RS 836.1);
- Règlement du 11 novembre 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture (RFA; RS 836.11);
- Loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales (Loi sur les allocations familiales [LAFam]; RS 836.2);
- Ordonnance du 31 octobre 2007 sur les allocations familiales (OAFam; RS 836.21).

21

Les montants fixés dans la loi fédérale pour les différentes allocations représentent un minimum, que les cantons sont libres d'améliorer. Les cantons romands prévoient tous des montants plus élevés, de même que certains cantons alémaniques.

Assurance-chômage:

- Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage [LACI]; RS 837.0);
- Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Ordonnance sur l'assurance-chômage [OACI]; RS 837.02);
- Ordonnance du 3 mars 1997 sur la prévoyance professionnelle obligatoire des chômeurs (RS 837.174).

22

II. Distinctions

Les assurances sociales doivent être distinguées de l'aide sociale d'une part (A) et des assurances privées d'autre part (B).

23

A. Aide sociale

S'inscrivant dans le cadre de l'art. 12 Cst., qui consacre le droit de «quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien» d'être «aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine», l'aide sociale peut être définie comme un ensemble de mesures ayant pour but de garantir leur existence aux personnes dans le besoin, de favoriser leur indépendance économique et personnelle et d'assurer leur intégration sociale et professionnelle²⁰.

24

Sur un plan matériel, l'aide sociale se distingue principalement des assurances sociales en ce que l'octroi des mesures dépend en règle générale d'une **condition de besoin**²¹, qui fait l'objet d'un calcul individuel en fonction de ce dernier, le bénéficiaire étant à cet égard soumis à un contrôle constant.

25

20 Normes CSIAS, ch.A.I.

21 A cet égard, mentionnons que le régime fédéral des prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI, qui est en principe reconnu comme une assurance sociale, fait office d'exception puisque son objectif – la couverture des besoins vitaux des assurés dont les rentes sont insuffisantes à cet effet – implique de considérer le besoin effectif des personnes qui le sollicitent. En matière de droit des étrangers, les prestations complémentaires sont considérées comme de l'aide sociale (TF, 2.4.2012, 2C_989/2011, c. 3.3.3; ATF 135 II 265, c. 3.7).

- 26 Sur un plan formel, la législation en matière d'aide sociale relève de la compétence des cantons, de même que son financement, qui est assuré par le biais de l'impôt.

B. Assurances privées

- 27 Alors que les assurances sociales incarnent la protection garantie par l'Etat à tout ou partie de la population résidant sur son territoire, les assurances privées sont des contrats dont la conclusion et le contenu relèvent en principe²² de l'initiative privée. Les obligations respectives de l'assureur et de la personne assurée dépendent ainsi de conventions individuelles, alors que pour les assurances sociales, la loi définit de manière exhaustive le cercle des personnes assurées, les risques couverts et les prestations.
- 28 Les assurances privées sont exclusivement financées par les primes de la personne assurée, dont le montant dépend du risque qu'elle représente. Les assurances sociales, à l'inverse, sont financées par des primes ou par des cotisations dont le montant dépend en principe des revenus de la personne assurée²³. L'employeur participe également au financement de la majorité des assurances sociales²⁴ et les pouvoirs publics complètent par le biais de l'impôt les ressources des régimes de pension du premier pilier²⁵ (financement tripartite).
- 29 Le contentieux en matière d'assurances privées relève de la procédure civile, alors que le droit des assurances sociales est une branche du droit administratif, son contentieux étant soumis à la procédure administrative.

III. La loi sur la partie générale des assurances sociales

A. Point de départ

- 30 L'idée d'harmoniser les nombreux textes régissant les assurances sociales en Suisse est née progressivement, au fil d'interventions parlementaires qui avaient pour point commun de souligner les effets néfastes de l'absence de coordination entre les différents régimes d'assurance sociale²⁶. Les milieux scientifiques étaient de leur côté également convaincus de la nécessité de donner un socle commun aux assurances sociales suisses. En 1984, un groupe de travail, formé à cet effet en juin 1978 au sein de la Société suisse de droit des assurances, a présenté un rapport préconisant la création d'une partie générale du droit des assurances sociales et contenant un projet de loi entièrement for-

22 Il existe des assurances privées dont la conclusion est obligatoire, par exemple en matière de responsabilité civile. Il se peut aussi que la conclusion de polices d'assurance soit encouragée par les pouvoirs publics, par le biais de subventions. C'est notamment le cas dans certains cantons qui incitent les personnes au chômage à conclure des assurances perte de gain en cas de maladie.

23 En Suisse, l'assurance obligatoire des soins (LAMal) représente une exception à ce principe, la prime étant fixée par tête, en fonction des coûts globaux de la santé (cf. art. 61 LAMal).

24 Fait à nouveau exception sur ce point l'assurance obligatoire des soins.

25 L'AVS et l'AI. A noter que les prestations complémentaires à l'AVS/AI sont exclusivement financées par l'impôt. Les pouvoirs publics participent également au financement de l'assurance obligatoire des soins par le biais des subsides accordés aux assurés de condition modeste, et à celui de certaines prestations dans d'autres régimes d'assurance (p.ex. les mesures relatives au marché du travail dans l'assurance-chômage et les allocations familiales pour les personnes sans activité lucrative).

26 Cf. not. Motion Meier d'octobre 1973 (BO CN 1993 1828); Intervention du Parti social-démocrate de décembre 1976 (BO CN 1976 1341); Postulat Jelmini d'octobre 1983 (BO CN 1983 1506); cf. FF 1991 II 181, 232.

mulé²⁷. Ce projet de loi a servi de base de discussion aux travaux législatifs après qu'une motion, déposée par la Conseillère aux Etats Josi Meier le 7 février 1985 et demandant l'élaboration d'une loi sur la base du rapport de la Société suisse de droit des assurances²⁸, a été adoptée.

B. Processus législatif

Le projet de loi élaboré par le groupe de travail de la Société suisse de droit des assurances a été soumis à consultation. D'une manière générale, la nécessité de coordonner les assurances sociales a fait l'objet d'un large consensus, même si de nombreux points de détails ont fait l'objet de discussions et d'objections²⁹. 31

Les travaux parlementaires, en particulier les débats dans les Commissions de la sécurité sociale et de la santé des deux conseils³⁰, ont pris un temps considérable. Ils ont en effet débuté en avril 1987 pour s'achever le 6 octobre 2000, date de la votation finale³¹. Cette longueur est en partie imputable à des critiques émises au milieu des années 90 par les milieux de l'assurance, qui ont entraîné un allègement conséquent du projet³². Un compromis acceptable du point de vue politique et économique a été trouvé en été 1997 et adopté en commission sous le nom de «LPGA light». On a principalement renoncé à soumettre la prévoyance professionnelle à la nouvelle loi, et supprimé des dispositions concernant le droit médical (notamment le caractère économique du traitement médical) et la tarification, la fixation du salaire déterminant et la coordination des indemnités journalières³³. La version finale de la loi correspond dans une très large mesure aux propositions faites par la Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national dans son rapport du 26 mars 1999³⁴. 32

La date de l'entrée en vigueur de la loi a été fixée au 1^{er} janvier 2003, soit un peu plus de deux ans après son adoption. Ce délai a été justifié par l'ampleur de la réglementation d'application à élaborer. Ce n'est pas tant la rédaction de l'ordonnance précisant la LPGA qui devait prendre du temps, que l'adaptation des nombreuses ordonnances concrétisant les différentes lois spéciales. 33

C. Modifications depuis son entrée en vigueur

Depuis le 1^{er} janvier 2003, la LPGA a fait l'objet de quelques modifications et compléments, en principe à l'occasion de la révision d'autres textes législatifs. Les art. 7 et 8 LPGA, notamment, ont été successivement adaptés lors de la 4^e, puis de la 5^e révision de l'AI³⁵. L'entrée en vigueur de la LPart a introduit dans la LPGA l'art. 13a, reconnaissant 34

27 Cf. Rapport P-LPGA 2017.

28 BO CE 1985 276.

29 FF 1991 II 181, 236.

30 Cf. Rapport Commission CE, FF 1991 II 181 ; Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168. Cf. aussi Avis CF, FF 1991 II 888 et Avis approfondi CF, FF 1994 V 897.

31 Pour le récit détaillé des travaux en commission ainsi que des débats parlementaires, cf. BERGER HADORN, CHSS, 265 ss et KIESER, ATSG-Kommentar, Vorbem. N 35 ss.

32 Pour un aperçu des dispositions du projet qui ont été biffées, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, Vorbem. N 51 ss.

33 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4175 ss. Cf. également KIESER, ATSG-Kommentar, Vorbem. N 51 ss.

34 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4180 ss.

35 Respectivement au 1^{er} janvier 2004 (FF 2001 3045) et au 1^{er} janvier 2008 (FF 2005 4215).

au partenaire enregistré un statut identique à celui d'un conjoint³⁶. La réforme de l'organisation judiciaire fédérale, au 1^{er} janvier 2007³⁷, singulièrement l'entrée en vigueur de la LTF, a également modifié, respectivement introduit quelques dispositions dans la LPGA (art. 38 al. 2^{bis} al. 3 et 4 let. c, art. 55 al. 1^{bis}, art. 62 LPGA). En dehors de ces quelques modifications, la LPGA n'a, depuis son entrée en vigueur, pas connu de révision à proprement parler.

D. Révision en cours

- 35** En février 2017, le DFI a mis en consultation un projet de révision partielle de la LPGA, dont la version définitive a été adoptée par le Conseil fédéral le 2 mars 2018, en même temps que le message l'accompagnant³⁸. Initialement, la révision devait porter sur deux points, en réponse à deux motions parlementaires qui demandaient, respectivement, l'introduction de frais de justice pour toutes les procédures en matière d'assurances sociales³⁹ et la modification de l'art. 21 al. 5 LPGA afin que la personne qui se soustrait à l'exécution d'une peine de justice voie également suspendu son droit aux prestations destinées à compenser sa perte de gain depuis le moment où elle aurait dû l'exécuter⁴⁰.
- 36** A la suite de l'arrêt *Vukota-Bojic c. La Suisse* rendu par la CourEDH le 18 octobre 2016, il s'est avéré incontournable de prévoir dans la LPGA une base légale permettant aux assureurs sociaux de faire procéder à des observations par des détectives privés. En effet, les juges strasbourgeois ont condamné la Suisse à la suite d'une surveillance opérée par un assureur-accidents, sans base légale qui satisfasse aux requisits de l'art. 8 CEDH. Pour mémoire, en 2008, lors de la première tentative de révision de la loi sur l'assurance-accidents, le Conseil fédéral avait proposé l'introduction, dans la LPGA, d'un nouvel art. 44a, précisément consacré à la question de la surveillance des assurés⁴¹. Cette tentative de révision de la LAA ayant échoué, cette disposition a disparu de la deuxième proposition qui a, elle, abouti à la révision de la LAA entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2017. Envisagée dans un premier temps dans le cadre de la révision de la LPGA initiée en février 2017, la surveillance des assurés connaît désormais un destin propre, puisque la disposition prévue à ce sujet a été, dans l'intervalle, soumise aux Chambres fédérales dans le cadre d'une interpellation parlementaire traitée en un temps record⁴². L'actuel projet de révision de la LPGA entend compléter le dispositif voté par le Parlement en permettant à l'assureur social de mettre les frais d'enquête à la charge de l'assuré qui a tenté d'obtenir ou a obtenu des prestations de l'assurance en fournissant sciemment des indications fausses ou d'une autre manière illicite (art. 45 al. 4 P-LPGA 2018).

36 De sexe masculin, même quand il s'agit de partenaires de sexe féminin (cf. art. 13a N9, N 16 ss; TF, 5.10.2009, 9C_52/2008, c. 5).

37 FF 2001 4000 ss, RO 2006 1069.

38 Cf. Message concernant la modification de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, version provisoire du Conseil fédéral du 2 mars 2018 (FF 2018 1597 ss).

39 Motion 09.3406 (CN Groupe UDC).

40 Motion 12.3753 (CN Lustenberger). Cette motion fait suite à un arrêt du TF dans lequel celui-ci a interprété l'art. 21 al. 5 LPGA de telle manière que les prestations ne peuvent être suspendues qu'à partir du moment où la peine était effectivement exécutée (ATF 138 V 281, c. 4).

41 Cf. Message du CF relatif à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (Assurance-accidents et prévention des accidents; organisation et activités accessoires de la CNA) du 30 mai 2008, FF 2008 4877, 4926. Cf. ég. MOSER-SZELESS, 145 ss; DUPONT, Protection des données, 205 s.

42 A ce sujet, cf. DUPONT, PSF 2018, 184 ss. Cf. ég. l'objet 16.479 du 8.11.2016 sur le site Internet du Parlement (<<http://www.parlement.ch>>).

Parmi les autres mesures proposées dans la présente révision, citons :

- davantage de moyens pour l'assureur qui a des soupçons sur la réalité du droit aux prestations d'un assuré⁴³;
- l'amélioration du régime du recours subrogatoire de l'assureur social à l'encontre d'un tiers responsable (art. 28 al. 2 et 3, 72 al. 3 ainsi que 74 al. 2 let. c et h P-LPGA 2018);
- l'adaptation du droit suisse au contexte international, en renforçant le dispositif législatif sur l'entraide administrative (art. 75a à 75c P-LPGA 2018).

Les révisions proposées sont, pour autant que de besoin, discutées dans les commentaires individuels des dispositions légales concernées.

IV. Points non traités dans la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales

Malgré son caractère de «partie générale» et son objectif affiché de définir «les principes, les notions et les institutions du droit des assurances sociales» (art. 1 let. a LPGA; art. 1 N 4 ss), la LPGA ne contient pas de chapitre consacré à la description des principes généraux sur lesquels le système suisse des assurances sociales s'appuie (A). Elle ne définit pas non plus l'ensemble des risques sociaux pris en compte par ce système (B).

A. Principes généraux

Si les mécanismes généraux qui caractérisent un système de sécurité sociale mis en œuvre par des assurances sociales sont absents de la LPGA (1), certains principes généraux communs à presque toutes les branches d'assurance et nécessaires au bon fonctionnement du système y sont codifiés, à tout le moins partiellement (2).

1. Mécanismes fondamentaux des assurances sociales

Comme les assurances privées⁴⁴, les assurances sociales reposent sur la technique de la **mutualisation**, qui consiste à transférer sur un groupe les conséquences économiques de la réalisation d'un risque chez l'un des membres de ce groupe. Pour ce faire, on crée des communautés d'assurés qui alimentent financièrement le régime d'assurance par le paiement de primes ou de cotisations, et reçoivent des prestations en fonction de leur contribution au système, dans la mesure toutefois où ils faisaient partie de la communauté au moment où le risque s'est réalisé (**principe** ou **condition d'assurance**⁴⁵).

Si, pour les assurances privées, l'appartenance à la communauté des assurés est en règle générale un choix de la personne assurée⁴⁶, le bon fonctionnement des assurances sociales repose sur le **principe de l'affiliation obligatoire**, pour assurer la présence d'une

43 Prolongation à trois ans du délai à disposition de l'assureur pour demander la restitution de prestations versées à tort (art. 25 al. 2, 1^{re} phrase, P-LPGA 2018); suspension du versement des prestations à titre provisionnel si l'assuré a manqué à ses obligations d'informer (art. 52a P-LPGA 2018).

44 Cf. BRULHART, N 16 ss.

45 Cf. GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 65 ss N 17 ss.

46 La conclusion de certaines assurances privées est obligatoire. L'assuré a alors généralement le libre choix de la compagnie auprès de laquelle il s'assure (par exemple pour l'assurance RC obligatoire du détenteur automobile, cf. art. 63 LCR). Parfois, il est obligé de s'adresser à l'établissement d'assurance désigné (c'est principalement le cas pour les régimes cantonaux d'assurance en cas d'incendie et de dégâts naturels).

communauté de payeurs la plus large possible et éviter des lacunes de protection. Ainsi, les assurances sociales en Suisse prévoient l'assujettissement obligatoire, soit de la totalité, soit d'une partie seulement de la population qui y réside ou qui y exerce une activité lucrative⁴⁷, en l'occurrence les travailleurs salariés. Dans la majorité des cas, l'assujettissement est automatique, du simple fait que la personne concernée remplit les conditions d'affiliation. Dans le cas de l'assurance-maladie, l'assuré doit faire la démarche de s'assurer, la loi prévoyant un mécanisme d'affiliation d'office dans l'hypothèse où il ne remplirait pas ses obligations⁴⁸.

- 42 Pour des motifs de politique sociale, le principe de l'assurance est atténué par le **principe de solidarité**. Ce principe s'exprime sur deux axes, traditionnellement qualifiés respectivement de vertical et d'horizontal. La **solidarité verticale** désigne la solidarité entre les revenus et s'exprime d'une part à travers une participation au financement du système en fonction de son revenu, d'autre part à travers un droit aux prestations qui ne reflète pas nécessairement la contribution apportée. L'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité est la meilleure illustration de ce versant du principe de solidarité: les assurés cotisent en fonction de leurs revenus (art. 4 LAVS), respectivement en fonction de leur situation sociale (art. 10 LAVS), sans limite, alors que les prestations sont plafonnées (art. 34 al. 3 LAVS). Le principe de solidarité est en revanche absent d'autres branches d'assurance, comme l'assurance-maladie ou la prévoyance professionnelle.
- 43 **Dans sa dimension horizontale**, le principe de solidarité rejoint celui de la mutualisation et désigne la solidarité à l'intérieur de la communauté de risques. Les personnes qui ne doivent pas subir la réalisation d'un risque social financent, par leurs primes ou cotisations, le coût de la réalisation des risques chez ceux qui en sont victimes. Cet aspect du principe de solidarité est très présent dans l'assurance obligatoire des soins (assurance-maladie) ou dans tous les régimes qui fonctionnent selon un système de répartition⁴⁹, comme l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité, l'assurance-accidents ou l'assurance-chômage⁵⁰.

2. Quelques principes généraux codifiés ou partiellement codifiés

a) Obligation de diminuer le dommage

- 44 Le principe de l'obligation de diminuer le dommage commande à l'assuré, une fois que l'éventualité s'est réalisée, de mettre en œuvre **tout ce qui est raisonnablement exigible de sa part pour solliciter le moins lourdement possible le régime d'assurance amené à lui verser des prestations**. La mesure du «raisonnablement exigible» diffère selon la branche d'assurance considérée et la question qui se pose en pratique⁵¹. Ainsi, l'art. 7a LAI présume le caractère raisonnablement exigible de toute mesure servant à la réadaptation de l'assuré, sous réserve de celles qui ne sont pas adaptées à son état de santé. Dans

47 C'est le cas de l'assurance-accidents (LAA) et de la prévoyance professionnelle (LPP). Les autres assurances sociales ont une vocation universelle.

48 Pour davantage de détails sur l'affiliation obligatoire, cf. GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FEL-LAY/MOLO, 73 ss N 27 ss.

49 Dans un système de répartition, les recettes de l'assurance sont immédiatement utilisées pour financer les prestations qui doivent être versées. Un tel système s'oppose à celui de la capitalisation (cf. SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 5 N 53 ss).

50 Pour d'autres exemples de la concrétisation du principe de solidarité, cf. GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FEL-LAY/MOLO, 70 N 25.

51 Sur cette question, cf. DUPONT, REAS 2013, 125.

le même esprit, l'art. 16 LACI présume convenable, et donc devant être accepté par le chômeur (art. 15 al. 1 et 16 al. 2 LACI), tout travail qui ne peut pas, en raison de circonstances individuelles limitativement énumérées (art. 16 al. 2 LACI), valablement être refusé⁵².

Le Tribunal fédéral reconnaît à l'obligation de diminuer la valeur de **principe général**⁵³. La violation de son obligation par l'assuré conduit en principe à la réduction, voire à la suppression, temporaire ou définitive, des prestations. Dans la LPGA, une telle sanction est prévue à l'encontre de celui qui «se soustrait ou s'oppose, ou encore ne participe pas spontanément, dans les limites de ce qui peut être exigé de lui, à un traitement ou à une mesure de réinsertion professionnelle raisonnablement exigible et susceptible d'améliorer notablement sa capacité de travail ou d'offrir une nouvelle possibilité de gain» (art. 21 al. 4 LPGA; art. 21 N 55 ss). La sanction doit être précédée d'un avertissement (art. 21 al. 4, 2^e phrase, LPGA; art. 21 N 66 s.).

b) Réduction des prestations pour faute

Le comportement de l'assuré ou de ses proches, en amont de la réalisation du risque, peut également donner lieu à la réduction, voire à la suppression des prestations d'assurance, en principe des prestations en espèces. La LPGA a codifié ce principe à l'art. 21 al. 1 et 2 LPGA: s'exposent ainsi à pareille sanction l'assuré qui a aggravé le risque ou en a provoqué la réalisation intentionnellement ou en commettant intentionnellement un crime ou un délit, ainsi que les proches ou les survivants de l'assuré. Les prestations de ces derniers ne sont réduites ou refusées que s'ils ont provoqué la réalisation du risque intentionnellement ou en commettant intentionnellement un crime ou un délit (art. 21 N 9 ss). Certaines lois spéciales dérogent à la règle générale de l'art. 21 LPGA et prévoient leur propre modèle de sanctions en cas de faute de l'assuré⁵⁴. Ces points sont traités en détail dans le commentaire de l'art. 21 LPGA.

c) Protection des droits acquis

Déduite des art. 5 al. 3 et 9 Cst., qui protègent l'administré contre toute intervention étatique contraire à la bonne foi ou arbitraire, la protection des droits acquis garantit à l'assuré de conserver à l'égard de l'Etat les créances patrimoniales acquises en contrepartie d'une contribution propre⁵⁵. En matière d'assurances sociales, cette protection est nécessaire parce que **la relation administrative s'inscrit dans la durée**. Il se peut ainsi que la personne assurée cotise durant des années en fonction d'une certaine législation, qui se modifiera peut-être avant le moment où elle touchera les prestations auxquelles elle s'attendait à avoir droit. En cas de changement législatif, il est en conséquence impératif de prévoir un régime transitoire tenant compte des intérêts des personnes affectées dans leurs droits par la modification⁵⁶.

La protection des droits acquis s'exprime également à travers le fait que lorsque la créance de la personne assurée à l'égard de l'Etat **a été fixée par le biais d'une décision entrée en force**, une modification de la situation ne peut intervenir qu'à des conditions

52 Pour d'autres cas d'application dans les lois spéciales, cf. GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 85 ss N 42 s.

53 ATF 114 V 285, c. 3; cf. é.g. TAF, 10.2.2015, C-6408/2013.

54 Il s'agit principalement de la LAA et de la LACI.

55 Cf. é.g. GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 95 N 49.

56 Cf. GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 95 N 50 ss.

Introduction générale 49-52

restrictives. La LPGA prévoit à cet égard deux types d'états de fait: il se peut tout d'abord que la situation matérielle évolue, donnant ainsi lieu à une révision des droits de la personne assurée. Une révision ne peut toutefois intervenir qu'en cas de changement notable des circonstances factuelles, ce qui implique aussi une notion de durée (art. 17 LPGA; art. 17 N 11 ss). Il se peut ensuite que la décision soit matériellement erronée. Dans ce cas, elle peut être revue aux conditions de l'art. 53 LPGA, soit lorsque l'assuré a découvert après que la décision a été rendue des faits nouveaux importants ou des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient pas être produits auparavant (art. 53 al. 1 LPGA [révision procédurale]; art. 53 N 40 ss) ou lorsque l'erreur est manifeste et que la rectification revêt une importance notable (art. 53 al. 2 LPGA [reconsidération]; art. 53 N 69 ss).

d) Interdiction de la surindemnisation

- 49** Il convient finalement de mentionner, au titre des principes généraux, celui de l'interdiction de la surindemnisation. Ce principe, corollaire nécessaire de l'intervention possiblement conjointe de plusieurs assurances sociales, commande que le cumul de prestations sociales ne puisse placer l'assuré dans une situation économiquement plus favorable que celle qui était la sienne avant la survenance du risque assuré.
- 50** Il faut relever qu'avant d'être consacré dans la LPGA, l'existence d'un principe général prohibant la surindemnisation était controversée en doctrine et avait systématiquement été rejetée par le Tribunal fédéral⁵⁷. Ce principe est désormais exprimé à l'art. 69 al. 1 LPGA (cf. art. 69 N 1 ss). Selon l'art. 69 al. 2 LPGA, «il y a surindemnisation dans la mesure où les prestations sociales légalement dues dépassent, du fait de la réalisation du risque, à la fois le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé, les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches». Cette définition connaît cependant plusieurs dérogations importantes, notamment en cas de cumul de rentes (art. 20 al 2 LAA; art. 24 OPP 2).
- 51** La formulation claire de l'art. 69 al. 1 LPGA limite le champ d'application du principe de l'interdiction de la surindemnisation à la coordination intersystémique, ou autrement dit à la coordination des prestations versées par plusieurs assureurs sociaux. En revanche, ce principe n'a pas valeur de principe général dans les cas de coordination extrasystémique, autrement dit lorsqu'il s'agit de coordonner les assurances sociales avec les autres régimes indemnitaires, comme la responsabilité civile ou les assurances privées⁵⁸.

B. Eventualités non définies

- 52** La Convention n° 102 de l'Organisation internationale du travail⁵⁹ dresse la liste des risques sociaux – ou eventualités – «classiques» de la sécurité sociale. Au nombre de neuf (maladie, accident, invalidité, impotence, maternité, vieillesse, décès, chômage et charges familiales), ces eventualités ne sont pas définies dans la Convention, chaque Etat restant libre de lui donner le contenu qu'il entend.

⁵⁷ Cf. FF 1999 4168, 4291, qui relate la querelle doctrinale et mentionne les ATF 113 V 148 et 107 V 212.

⁵⁸ Cf. DUPONT, Assurances privées, 385 s. et les références citées.

⁵⁹ RS 0.831.102.

Les assurances sociales suisses couvrent la totalité des éventualités énumérées dans la Convention n° 102⁶⁰. Elles ne sont toutefois pas toutes définies dans la LPGA, cette dernière ne traçant les contours que de cinq d'entre elles⁶¹. Les quatre autres sont définies dans les lois spéciales, soit explicitement, soit par déduction.

1. La vieillesse

La vieillesse est définie par référence à l'âge qu'il faut atteindre pour pouvoir bénéficier de prestations de vieillesse. Actuellement, cet âge est fixé à 65 ans pour les hommes et 64 ans pour les femmes (art. 21 al. 1 LAVS [cf. également art. 13 al. 1 LPP]). Il s'agit d'une option normative du législateur, susceptible de changer au fil du temps⁶².

2. Le décès

Le décès n'est pas défini dans la législation applicable aux assurances sociales. Le seul texte législatif donnant une définition de ce moment est la loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules⁶³. Selon son art. 9 al. 1, «une personne est décédée lorsque les fonctions du cerveau, y compris du tronc cérébral, ont subi un arrêt irréversible». Cette définition correspond à la notion médicale actuellement admise; la législation en matière de transplantation se réfère d'ailleurs aux directives médico-éthiques de l'Académie suisse des sciences médicales relatives au diagnostic de la mort dans le contexte de la transplantation d'organes⁶⁴.

3. Le chômage

Le chômage est défini à l'art. 10 LACI, par le biais de trois conditions que doit remplir celui qui prétend au versement des indemnités de chômage: «est réputé sans emploi celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité» à plein temps (al. 1) ou à temps partiel (al. 2), et qui s'est annoncé à l'office du travail de son lieu de domicile aux fins d'être placé (al. 3).

La définition helvétique du chômage est ainsi plus étroite que la définition de l'OIT, pour qui le chômage est «(...) la perte de gain due à l'impossibilité d'obtenir un emploi convenable (...) pour une personne capable de travailler, disponible pour le travail et effectivement en quête d'emploi»⁶⁵. Le Conseil de l'Europe connaît une définition similaire⁶⁶.

60 La Suisse a ratifié la Convention n° 102 en 1977. A cette époque, tous les risques sociaux étaient pris en considération par son système d'assurances sociales, même si, parfois, de manière très partielle (les allocations familiales n'étaient, à cette époque, destinées qu'aux travailleurs agricoles).

61 La maladie (art. 3 LPGA), l'accident (art. 4 LPGA), l'invalidité (art. 7 et 8 LPGA), l'impuissance (art. 9 LPGA) et la maternité (art. 5 LPGA).

62 Selon le nouvel art. 21 LAVS, tel que modifié par la loi fédérale du 17 mars 2017 sur la réforme de la prévoyance vieillesse 2020 (cf. N 9 et n. 15), l'âge ouvrant le droit à une rente de vieillesse, sans réduction ni supplément, sera de 65 ans pour les femmes comme pour les hommes; cette loi a cependant été rejetée par votation populaire, le 24 septembre 2017 (N9 *in fine*).

63 Loi sur la transplantation; RS 810.21.

64 Cf. annexe 1 à l'ordonnance du 16 mars 2007 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (ordonnance sur la transplantation; RS 810.211), ch. 1. Ces directives sont disponibles sur le site Internet <<http://www.samw.ch>> (consulté le 31 mars 2018).

65 Art. 10 de la Convention n° 168 de l'OIT sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage (RS 0.822.726.8).

66 «La suspension du gain – telle qu'elle est définie par la législation nationale – due à l'impossibilité d'obtenir un emploi convenable dans le cas d'une personne protégée qui est capable de travailler et disponible pour le travail» (art. 20 CESS; RS 0.831.104).

4. Les charges familiales

- 58 La définition des charges familiales se déduit du but assigné aux allocations familiales selon l'art. 2 LAFam: «les allocations familiales sont des prestations en espèces, uniques ou périodiques, destinées à compenser partiellement la charge financière représentée par un ou plusieurs enfants». La LAFam désigne les enfants qui donnent droit aux allocations (art. 4 LAFam), ainsi que les règles de coordination pour désigner le parent bénéficiaire (art. 7 LAFam).

V. La coordination internationale et européenne des régimes de sécurité sociale

- 59 La LPGa a pour vocation de coordonner la législation interne applicable aux différentes assurances sociales. Son application à un cas d'espèce suppose, sur le principe, qu'il soit soumis au droit suisse. Déterminer le droit applicable à une situation présentant un ou plusieurs éléments d'extranéité nécessite de recourir aux conventions internationales de coordination. Ces conventions peuvent être conclues entre la Suisse et un autre Etat, auquel cas on parle de conventions bilatérales (A), ou entre la Suisse et plusieurs Etats ou des entités supra-étatiques, auquel cas il est question d'accords multilatéraux (B).
- 60 Les conventions de coordination doivent être distinguées des conventions d'harmonisation. Ces dernières sont conclues sous l'égide d'organisations internationales, principalement l'OIT et le Conseil de l'Europe, et s'adressent aux législateurs nationaux dans le but de réaliser des standards communs ou minimaux en matière de sécurité sociale⁶⁷.

A. Les conventions bilatérales

- 61 La Suisse a conclu des conventions de sécurité sociale avec une trentaine d'Etats, dont tous les membres de l'Union européenne⁶⁸. Outre la désignation du droit applicable, ces conventions ont en principe toutes pour objet de consacrer l'égalité de traitement entre les ressortissants des deux Etats signataires, et de garantir le maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition⁶⁹.
- 62 Si le contenu des conventions varie nécessairement en fonction du résultat des négociations⁷⁰, leur schéma est en principe constant. Après des dispositions générales permettant de donner des **définitions communes** aux termes employés, elles circonscrivent généralement leur **champ d'application matériel**, soit les branches d'assurances sociales auxquelles elles ont vocation à s'appliquer. Toutes les conventions s'appliquent à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité. Les conventions conclues avec des pays européens s'appliquent souvent également à l'assurance-accidents, aux allocations familiales et/ou à l'assurance militaire.

67 A titre d'exemples principaux de textes ratifiés par la Suisse, mentionnons le Code européen de sécurité sociale, adopté sous l'égide du Conseil de l'Europe (RS 0.831.104), ou encore la Convention n° 102 concernant la norme minimum de la sécurité sociale (RS 0.831.102), la Convention n° 128 concernant les prestations de vieillesse, de survivant et d'invalidité (RS 0.831.105) et la Convention n° 168 sur la promotion de l'emploi et la protection contre le chômage (RS 0.822.726.8), adoptées sous l'égide de l'OIT.

68 La liste complète des conventions en vigueur est disponible sur le site Internet de l'OFAS (<<http://www.bsv.admin.ch>>) (consulté le 31 mars 2018).

69 Cf. GREBER, Conventions, 20 ss N 30 ss.

70 Cf. GREBER, Conventions, 18 N 24.

Le **champ d'application personnel** des conventions est en principe limité aux ressortissants des Etats signataires et aux membres de leur famille. Il est parfois étendu aux réfugiés et/ou aux apatrides⁷¹, plus rarement aux ressortissants d'Etats tiers qui ont été soumis à la législation d'un Etat contractant ou qui ont acquis des droits en vertu de l'une ou l'autre des législations⁷². Certaines dispositions des conventions s'appliquent en outre quelle que soit la nationalité de la personne assurée⁷³. 63

En principe⁷⁴, les personnes exerçant une activité lucrative, dépendante et indépendante, sont **rattachées à la législation de l'Etat dans lequel elles travaillent** (*lex loci laboris*)⁷⁵. Les personnes sans activité lucrative sont quant à elles rattachées à la législation de l'Etat de résidence⁷⁶. 64

La consécration de l'**égalité de traitement** vise à remédier aux conditions souvent plus restrictives que les législations nationales prévoient pour les étrangers⁷⁷. L'égalité de traitement s'étend en tout cas à l'assujettissement et au montant des cotisations. Elle ne s'étend en revanche pas nécessairement à toutes les prestations. Les prestations dites à caractère non contributif, c'est-à-dire les prestations qui ne dépendent pas du versement de cotisations (art. 13 N 31)⁷⁸, sont généralement subordonnées à une condition de nationalité et/ou de résidence⁷⁹, ce qui est toléré dans la mesure où elles revêtent un caractère d'assistance. 65

Le **maintien des droits acquis ou en cours d'acquisition** a pour conséquence que l'assuré qui peut se prévaloir de l'application de la convention n'est pas désavantagé, lorsque le calcul de ses prestations sociales dépend d'une durée de cotisation, par le fait qu'il a cotisé dans l'un et l'autre pays. Les périodes de cotisation sont ainsi en principe totalisées⁸⁰. Le maintien des droits acquis signifie également que l'assuré ressortissant d'un Etat contractant doit pouvoir toucher les prestations acquises dans l'autre Etat et versées par ce dernier. Parfois, l'exportation n'est possible qu'entre les deux Etats contractants (cf. art. 5 ch. 1 de la Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et l'Aus- 66

71 Cf. art. 3 let. b et c de la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et le Canada (RS 0.831.109.232.1); art. 3 de la Convention concernant la sécurité sociale entre l'Allemagne, la Principauté de Liechtenstein, la République d'Autriche et la Confédération suisse (RS 0.831.109.136.2); art. 3 let. b de la Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République de Chypre (RS 0.831.109.258.1).

72 Cf. art. 3 let. d de la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et le Canada (RS 0.831.109.232.1); art. 2 de l'Accord concernant la sécurité sociale des bateliers rhénans (RS 0.831.107).

73 P.ex. les dispositions traitant des travailleurs détachés (cf. art. 3 al. 2 de la Convention sur la sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne [RS 0.831.109.136.1]; art. 2 de l'Accord concernant la sécurité sociale des bateliers rhénans).

74 Des règles spéciales s'appliquent en particulier aux travailleurs détachés, qui restent affiliés dans leur Etat d'origine, pendant un certain temps en tout cas.

75 Cf. art. 4 de la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et le Portugal (RS 0.831.109.654.1); art. 6 de la Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République de Chypre.

76 Cf. art. 4 de la Convention sur la sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne (RS 0.831.109.136.1).

77 En droit suisse, cf. p.ex. art. 6 al. 2 LAI ou art. 5 LPC.

78 En droit suisse, mentionnons principalement les rentes extraordinaires de l'AVS/AI, les prestations complémentaires ou encore les allocations pour impotent de l'AVS/AI.

79 Cf. GREBER, Conventions, 20 N 30; cf. ég. art. 16 et 17 de la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et le Canada (RS 0.831.109.232.1).

80 Cf. art. 20 de la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et le Portugal.

tralie [RS 0.831.109.158.1]), parfois elle est possible quel que soit l'endroit où le bénéficiaire souhaite recevoir ses prestations (art. 21 ch. 1, 1^{re} phrase Règlement 883/2004).

- 67 Finalement, les conventions s'emploient à assurer la **coopération et l'entraide administrative** entre les autorités et les institutions des Etats contractants.
- 68 L'application des conventions bilatérales de sécurité sociale conclues avec les Etats membres de l'Union européenne (UE) et de l'Association européenne de libre-échange (AELE) est suspendue depuis l'entrée en vigueur de l'ALCP, respectivement de la Convention instituant l'AELE (art. 20 ALCP; art. 8 ch. 1, 1^{re} phrase, Règlement 883/2004). Elles demeurent toutefois applicables aux états de fait transfrontaliers qui ne tombent pas dans le champ d'application des accords multilatéraux, ou lorsque leur maintien, en tout ou partie, a été expressément stipulé (art. 8 ch. 1, 2^e phrase, Règlement 883/2004).

B. Les accords multilatéraux

- 69 La Suisse est membre à part entière de l'**Association européenne de libre-échange** (AELE), une organisation internationale dont l'objectif est de promouvoir, au profit de ses membres, le libre-échange et l'intégration économique. Les autres membres de l'AELE sont le Liechtenstein, la Norvège et l'Islande. La Convention instituant l'AELE⁸¹ assure la libre circulation des personnes (art. 20 Convention AELE) et, dans ce cadre, singulièrement la coordination des régimes de sécurité sociale (art. 21 Convention AELE).
- 70 La Suisse a par ailleurs conclu des accords avec l'**Union européenne**⁸², dont l'Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP)⁸³. Dans ce cadre, la coordination des régimes de sécurité sociale est également prévue (art. 8 ALCP).
- 71 La Convention AELE et l'ALCP définissent les **besoins en termes de coordination** des régimes de sécurité sociale en reprenant les éléments fondamentaux que nous avons déjà mentionnés au sujet des conventions bilatérales (cf. N 57 ss), à savoir: l'égalité de traitement; la détermination de la législation applicable; la totalisation, pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations, ainsi que pour le calcul de celles-ci, de toutes périodes prises en considération par les différentes législations nationales; le paiement des prestations aux personnes résidant sur le territoire des parties contractantes; l'entraide et la coopération administratives entre les autorités et les institutions (art. 8 ALCP; art. 21 Convention AELE).
- 72 Dans leurs rapports tant avec l'AELE qu'avec l'UE, les autorités suisses appliquent, lorsqu'une situation impliquant un élément transfrontalier entre dans le champ d'application des conventions respectives, le **Règlement 883/2004** du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale⁸⁴, ainsi que son règlement d'application, le **Règlement 987/2009** du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009⁸⁵. Ces textes sont applicables par les autorités suisses

81 RS 0.632.31.

82 Les Etats membres de l'Union européenne sont, à ce jour (par ordre alphabétique), l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, le Royaume-Uni, la Slovaquie, la Slovénie et la Suède.

83 Sur la nature de l'ALCP, cf. KAHIL-WOLFF, SBVR, N 6.

84 RS 0.831.109.268.1. Cf. Annexe II, section A, ALCP et Annexe K, art. 8, Convention AELE.

85 RS 0.831.109.268.11.

dans leurs rapports avec l'UE depuis le 1^{er} avril 2012, et dans leurs rapports avec l'AELE depuis le 1^{er} janvier 2016⁸⁶. Pour autant, l'application de textes identiques ne doit pas faire perdre de vue que l'UE et l'AELE restent deux entités juridiquement distinctes⁸⁷.

Selon des mécanismes similaires à ceux des conventions bilatérales (cf. N 57 ss), le Règlement 883/2004 débute par un nombre important de définitions, avant de délimiter ses champs d'application personnel et matériel. **Sous l'angle personnel**⁸⁸, ce Règlement s'applique aux ressortissants des Etats membres⁸⁹, aux réfugiés et aux apatrides qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs Etats membres, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants (art. 2 ch. 1 Règlement 883/2004). Il s'applique en outre aux survivants des personnes qui ont été soumises à la législation d'un ou de plusieurs Etats membres, quelle que soit la nationalité de ces personnes, lorsque leurs survivants sont des ressortissants de l'un des Etats membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant dans l'un des Etats membres (art. 2 ch. 2 Règlement 883/2004). La Suisse n'applique pas le Règlement 1231/2010⁹⁰, qui étend son champ d'application aux assurés sociaux de l'un des pays membres qui ne sont pas couverts par le Règlement du seul fait de leur nationalité.

Sous l'angle matériel, il est admis que le Règlement 883/2004 s'applique à toutes les branches d'assurances sociales en Suisse⁹¹, bien que les désignations varient parfois⁹². En revanche, il ne s'applique pas à l'aide sociale (art. 3 ch. 5 let. a Règlement 883/2004) ni aux assurances complémentaires soumises à la LCA⁹³.

Le Règlement 883/2004 consacre l'**égalité de traitement** entre toutes les personnes auxquelles il s'applique, tant sous l'angle des droits que sous l'angle des devoirs⁹⁴. Selon la formulation de son art. 4, il s'agit de mettre les assurés sociaux qui font valoir leur droit à la libre circulation au bénéfice des mêmes prestations et de les soumettre aux mêmes obligations que les ressortissants de l'Etat dans lequel ils se trouvent et perçoivent des prestations des assurances sociales. En matière de prestations de maladie et de maternité,

86 Avant que ces deux règlements ne s'appliquent, la coordination faisait l'objet du Règlement 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, et du Règlement 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application du règlement 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

87 P.ex., un travailleur norvégien ne pourra se prévaloir, à l'égard des assurances sociales suisses, de périodes de cotisations accumulées en France. La Convention AELE n'est pas applicable à cet état de fait qui s'est déroulé hors du territoire de l'AELE, et l'ALCP ne s'applique pas non plus, faute pour le travailleur d'avoir la nationalité d'un pays membre de l'UE. Cas échéant, les conventions bilatérales de sécurité sociale peuvent offrir une solution. Sur le champ d'application géographique du Règlement 883/2004, cf. KAHIL-WOLFF, SBVR, N 41.

88 Pour des explications plus détaillées, not. sur les notions de travailleur et d'activité salariée ou non salariée, cf. KAHIL-WOLFF, SBVR, N 31 ss.

89 La notion d'Etat membre inclut ici également la Suisse, du fait de l'ALCP.

90 Règlement 1231/2010 du Parlement européen et du conseil visant à étendre le Règlement 883/2004 et le Règlement 987/2009 aux ressortissants de pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces règlements uniquement en raison de leur nationalité (JO L 344/1).

91 Cf. KAHIL-WOLFF, SBVR, N 39.

92 Cf. art. 3 ch. 1 Règlement 883/2004. Dans les pays de l'UE, les accidents non professionnels ne sont pas couverts par un régime spécial, mais par le régime général d'assurance-maladie.

93 Cf. KAHIL-WOLFF, SBVR, N 39, N 61.

94 Pour des explications plus détaillées, cf. KAHIL-WOLFF, SBVR, N 50 ss.

Introduction générale 76-79

le Règlement met en place des mécanismes permettant à l'assuré qui séjourne sur le territoire d'un autre Etat que celui dans lequel il est assuré (Etat compétent) de bénéficier des mêmes prestations en nature (les soins médicaux principalement)⁹⁵.

- 76 Afin de favoriser la libre circulation, ou à tout le moins de ne pas l'entraver, le Règlement 883/2004 prévoit **l'assimilation des faits survenus sur le territoire d'un autre Etat membre** à des faits survenus dans l'Etat compétent pour verser des prestations sociales, dans la mesure où ces faits ont un effet juridique déterminant pour l'octroi de ces prestations⁹⁶. Il peut s'agir d'événements ponctuels (par exemple la naissance, le mariage, la perte d'emploi [art. 5 Règlement 883/2004]) ou durables (par exemple l'acquisition de cotisations [art. 6 Règlement 883/2004]).
- 77 La protection des droits acquis est également assurée par la **possibilité d'exporter toutes les prestations** (art. 7 Règlement 883/2004), à l'exception des prestations à caractère non contributif dans la mesure où elles sont énumérées à l'annexe X du Règlement (art. 13 N 31 s.)⁹⁷.
- 78 S'agissant de désigner le droit applicable à un état de fait présentant un élément d'extranéité⁹⁸, le Règlement 883/2004 pose tout d'abord le principe de **l'unicité du droit applicable** (art. 11 ch. 1 Règlement 883/2004). L'objectif est de rattacher l'assuré qui fait valoir son droit à la libre circulation à une seule législation nationale s'agissant de sa couverture sociale. Le travailleur est prioritairement rattaché au droit de l'Etat dans lequel il travaille (*lex loci laboris*) (art. 11 ch. 3 Règlement 883/2004), à l'exception des travailleurs détachés qui, durant un certain temps, restent assurés dans l'Etat où se trouve leur employeur (art. 12 Règlement 883/2004). En cas de double activité, salariée et indépendante, le droit de l'Etat dans lequel l'activité salariée est exercée l'emporte (art. 13 ch. 3 Règlement 883/2004). Des règles spéciales sont prévues pour les assurés qui exercent une activité dans deux ou plusieurs Etats membres (art. 13 Règlement 883/2004). Les personnes sans activité lucrative sont rattachées à leur Etat de résidence (art. 11 ch. 3 let. e Règlement 883/2004).
- 79 Dans les rapports entre l'Union européenne et la Suisse, le principe de l'unicité du droit applicable connaît une exception en matière d'assurance-maladie. Les frontaliers⁹⁹ travaillant en Suisse et résidant dans l'un des pays limitrophes (France, Allemagne, Au-

95 Cf. art. 17 ss Règlement 883/2004. Le TF a fait une interprétation singulière de ces dispositions, permettant qu'elles conduisent à une péjoration de la situation asséculogique d'une assurée par rapport à celle qui aurait été la sienne en application du seul droit suisse (cf. ATF 141 V 612, critiqué par DUPONT, SDRCA 2016, 131 ss).

96 Pour des explications plus détaillées, cf. KAHIL-WOLFF, SBVR, N 62 ss.

97 Pour la Suisse, cela concerne les prestations complémentaires selon la LPC et les prestations similaires prévues par les législations cantonales (les «PC Familles» que l'on trouve dans les cantons de Vaud et Genève, p.ex.), les anciennes rentes pour cas pénible de l'assurance-invalidité, les prestations non contributives de type mixte en cas de chômage prévues par les législations cantonales, et les rentes extraordinaires de l'assurance-invalidité. Bien qu'elle ne soit pas mentionnée dans la liste, l'allocation pour impotent de l'assurance-invalidité n'est pas non plus exportable (cf. ATF 142 V 2, c. 6.4, c. 6.5).

98 Pour des explications plus détaillées, cf. KAHIL-WOLFF, SBVR, N 54 ss.

99 Au sens du Règlement 883/2004, est un travailleur frontalier «toute personne qui exerce une activité salariée ou non salariée dans un Etat membre et qui réside dans un autre Etat membre où elle retourne en principe chaque jour ou au moins une fois par semaine» (art. 1 let. f Règlement 883/2004).

triche et Italie¹⁰⁰) peuvent exercer un **droit d'option** et opter pour une couverture en cas de maladie dans leur pays de résidence¹⁰¹.

Les **travailleurs frontaliers** sont soumis à des règles particulières s'agissant de l'**indemnisation de leur chômage**. Si leur affiliation à l'assurance-chômage suit la règle générale exposée ci-dessus (cf. N 73), l'indemnisation du chômage incombe à l'Etat de résidence si l'assuré est au chômage complet, c'est-à-dire s'il est totalement ou partiellement sans emploi (art. 65 ch. 2 Règlement 883/2004). Elle incombe à l'Etat de travail dans l'hypothèse d'un chômage qualifié de partiel (art. 65 ch. 1 Règlement 883/2004) par le Règlement 883/2004, ce par quoi il faut comprendre, selon l'acception du droit suisse, le chômage en cas de réduction de l'horaire de travail (aussi appelé chômage technique; art. 31 ss LACI). Dans le premier cas, des compensations financières sont prévues entre l'Etat de travail, dans lequel l'assuré a cotisé, et l'Etat de résidence, qui indemnise le chômage selon sa propre loi (art. 65 ch. 6 et 7 Règlement 883/2004). Le «faux frontalier», soit, principalement, la personne qui travaille dans deux ou plusieurs Etats différents¹⁰², bénéficie d'un régime particulier et peut choisir entre l'Etat de résidence et l'Etat de travail (art. 65 ch. 5 Règlement 883/2004). **80**

Le Règlement 883/2004 **facilite finalement la coopération** entre elles des autorités nationales (art. 76 à 83 Règlement 883/2004), en prévoyant notamment que les différentes institutions chargées de gérer les assurances sociales peuvent communiquer directement entre elles, sans devoir emprunter la voie protocolaire (art. 76 ch. 3 Règlement 883/2004) et la gratuité de l'entraide administrative (art. 76 ch. 2 Règlement 883/2004)¹⁰³. **81**

100 Certains résidents du Portugal et de la Finlande le peuvent également.

101 Annexe XI pour la Suisse, ch. 3 let. b Règlement 883/2004.

102 La notion de faux frontalier a été définie par la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale dans sa décision U2 du 12 juin 2009 (JO C 106 du 24.4.2010, 43).

103 Sur la question de la coopération des autorités nationales, cf. KAHIL-WOLFF, SBVR, N 70 ss.

Best

Préambule

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu les art. 112, al. 1, 114, al. 1, et 117, al. 1, de la Constitution,

vu le rapport d'une commission du Conseil des Etats du 27 septembre 1990,

vu les avis du Conseil fédéral des 17 avril 1991, 17 août 1994 et 26 mai 1999,

vu le rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 26 mars 1999,

arrête :

Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,

gestützt auf die Artikel 112 Absatz 1, 114 Absatz 1 und 117 Absatz 1 der Bundesverfassung,

nach Einsicht in den Bericht einer Kommission des Ständerates vom 27. September 1990

und in die Stellungnahmen des Bundesrates vom 17. April 1991,

vom 17. August 1994 und vom 26. Mai 1999

und in den Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 26. März 1999,

beschliesst:

L'Assemblea federale della Confederazione Svizzera,

visti gli articoli 112 capoverso 1, 114 capoverso 1 e 117 capoverso 1 della Costituzione federale;

visto il rapporto di una commissione del Consiglio degli Stati del 27 settembre 1990;

visti i pareri del Consiglio federale del 17 aprile 1991, del 17 agosto 1994 e del 26 maggio 1999;

visto il rapporto della Commissione della sicurezza sociale e della sanità del Consiglio nazionale del 26 marzo 1999,

decreta:

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Développement	2
A. Les normes constitutionnelles	2
B. Les travaux préparatoires	9

Bibliographie

BERGER HADORN REGINA, La longue marche de la LPG, CHSS 2002 265 ss; GÄCHTER THOMAS/BURCH STEPHANIE, Nationale und internationale Rechtsquellen, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 3 ss (cité: Rechtsquellen); MEYER ULRICH, Allgemeine Einführung, geschichtliche Grundzüge und Bedeutung der Bundessozialversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, 66 ss (cité: Wesenselemente).

Préambule 1-4

I. Introduction

- 1 Conformément à la technique législative appliquée par la Confédération¹, la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales comprend un **préambule**, qui suit directement le titre (avec le sigle [LPGA]) et la date d'adoption de la loi (le 6 octobre 2000), et précède les dispositions formant le corps de l'acte législatif. Il s'agit d'une seule phrase qui, tout en indiquant l'auteur de l'acte («L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse») et l'action qu'il accomplit («arrête»), énumère, d'une part, des dispositions de la Constitution autorisant le législateur fédéral à édicter la loi et, d'autre part, les travaux préparatoires sur lesquels se fonde la LPGA (sans les sources relatives aux débats parlementaires).

II. Développement

A. Les normes constitutionnelles

- 2 Dans le projet de loi (N 9) élaboré par la Société suisse de droit des assurances (SSDA), les dispositions de droit constitutionnel prévoyant la compétence de la Confédération de légiférer dans différents domaines des assurances sociales qui auraient été citées dans le préambule étaient encore celles de la Constitution du 29 mai 1874. Il s'agissait de l'art. 18 al. 2 aCst. sur l'assurance militaire (qui prévoyait un droit à des secours de la Confédération uniquement si, en cas de décès ou d'une altération permanente de la santé, le militaire ou sa famille étaient «dans le besoin»), de l'art. 22^{bis} al. 6 aCst. sur l'assurance et les allocations pour perte de gain des personnes servant dans la protection civile, de l'art. 34^{bis} aCst. sur l'assurance-accidents et l'assurance-maladie, de l'art. 34^{quater} aCst. sur l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité et la prévoyance professionnelle, de l'art. 34^{quinquies} aCst. sur la protection familiale et l'assurance-maternité et de l'art. 34^{novies} aCst. sur l'assurance-chômage².
- 3 Le préambule proposé par la Commission du Conseil des Etats dans son projet de loi (N 11) faisait mention en plus de l'art. 34^{ter} al. 1 let. a, d et e aCst. sur l'assurance perte de gain par suite de service militaire et de l'art. 11 al. 1 des dispositions transitoires de l'ancienne Constitution sur les prestations complémentaires³. En revanche, il ne comportait plus l'art. 34^{quinquies} aCst., sur lequel la Confédération s'était fondée pour légiférer dans le domaine des allocations familiales mais en prévoyant uniquement celles destinées aux travailleurs agricoles et aux petits paysans. La Commission n'entendait en effet pas soumettre ce domaine, ni celui de la prévoyance professionnelle à la Partie générale⁴.
- 4 Entre-temps, en raison de l'adoption de la Constitution du 18 avril 1999 et de son entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2000⁵, ce sont les **normes constitutionnelles** correspondantes qui figurent dans le préambule de la LPGA, tel qu'adopté le 6 octobre 2000. Il s'agit de manière précise des règles constitutionnelles qui fondent la compétence du législateur fédéral d'édicter une loi particulière des assurances sociales; ne sont en revanche pas citées

1 Voir les Directives de la Confédération sur la technique législative (DTL) élaborées par la Chancellerie fédérale (et disponibles sur son site sous www.bk.admin.ch), qui règlent la présentation des actes législatifs fédéraux.

2 Rapport SSDA, 63.

3 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 182.

4 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 238 s.; cf. aussi art. 1 N 1 s.

5 RO 1999 2555.

les règles matérielles sur les principes et buts que celui-ci doit respecter lorsqu'il légifère dans chacun des domaines des assurances sociales (p.ex. art. 112 al. 2 ou 114 al. 2 Cst.).

Le préambule de la LPGA n'énumère pas toutes les dispositions de la Constitution qui attribuent à la Confédération la compétence d'élaborer et d'adopter des lois en matière d'assurances sociales. Seules sont citées les trois principales⁶ sur la compétence en matière d'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (art. 112 al. 1 Cst.), d'assurance-chômage (art. 114 al. 1 Cst.), ainsi que d'assurance-maladie et d'assurance-accidents (art. 117 al. 1 Cst.). **5**

Pour une liste complète, il faut également mentionner les dispositions suivantes: **6**

- art. 59 al. 5 et 61 al. 5 Cst. pour l'assurance militaire, la Confédération ayant reçu la compétence de prévoir une aide appropriée lorsque des personnes sont atteintes dans leur santé dans l'accomplissement de leur service militaire, de leur service de remplacement ou du service de protection civile;
- art. 59 al. 4, 61 al. 4 et 116 al. 3 et 4 Cst. sur la compétence en matière d'allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité, l'assurance-maternité ayant été mise en œuvre très tardivement par la Confédération avec l'introduction des art. 16b à 16h de la LAPG, entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2005⁷;
- art. 112a al. 2 Cst. sur la compétence en matière de prestations complémentaires (partagée entre la Confédération et les cantons), entré en vigueur au 1^{er} janvier 2008⁸;
- art. 112b al. 1 Cst. sur l'encouragement de l'intégration des invalides par la Confédération au moyen de ressources financières de l'assurance-invalidité et art. 112c al. 2 Cst. sur le soutien de la Confédération, au moyen des ressources financières de l'assurance-vieillesse et survivants, dans l'aide à domicile et aux soins à domicile en faveur des personnes âgées et des personnes handicapées à laquelle pourvoient les cantons; ces dispositions entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2008⁹ concernent deux domaines auxquels la LPGA ne s'applique que dans une mesure très limitée (art. 2 N 22 et N 24);
- art. 116 al. 2 Cst. sur la compétence facultative de la Confédération de légiférer sur les allocations familiales, dont le législateur fédéral a, sous réserve de la LFA, fait usage tardivement en adoptant la LAFam avec effet au 1^{er} janvier 2009¹⁰.

Au regard des régimes de l'assurance sociale auxquels s'applique la LPGA (art. 2 N 7), dont ne font pas partie la prévoyance professionnelle obligatoire et la prévoyance professionnelle plus étendue (cf. aussi art. 1 N 7 s.), l'art. 113 al. 1 Cst. sur la compétence législative dans ce domaine (en relation avec l'art. 122 al. 1 Cst. sur la compétence législative en matière de droit civil) ne figure logiquement pas dans le préambule de la loi. **7**

Il résulte des **trois dispositions constitutionnelles** figurant dans le préambule – complétées par celles se rapportant aux autres domaines concernés qui ne sont pas citées expressément (N 6) – que la législation dans le domaine des assurances sociales est du ressort (presque exclusif) de la Confédération. Il va de soi que le législateur fédéral est dès lors également autorisé à élaborer et à adopter une loi comportant des dispositions communes **8**

6 Conformément aux DTL (n. 1), selon lesquelles si un acte de l'Assemblée fédérale se fonde sur un nombre important de dispositions constitutionnelles, seules les principales seront citées (DTL, N 28).

7 RO 2005 1429.

8 RO 2007 5765.

9 RO 2007 5765.

10 RO 2008 131.

Préambule 9-11

aux lois spéciales d'assurance sociale et visant à faciliter leur application. **L'assise constitutionnelle de la LPGA**, fondée sur l'interprétation des normes constitutionnelles relatives aux différentes assurances sociales, ne fait donc aucun doute.

B. Les travaux préparatoires

- 9 Toujours dans la seule phrase qu'il forme, le préambule comprend trois autres incises complétant celle relative aux sources constitutionnelles. Chacune d'entre elles se rapporte à des **étapes successives du processus législatif** ayant débuté à l'issue des travaux préparatoires de la SSDA, qui se sont déroulés entre juin 1978 (création du groupe de travail «Partie générale du droit des assurances sociales») et mai 1984 (présentation du rapport avec un projet de loi à l'assemblée générale de la SSDA) sous la direction de Hans Naef, alors directeur suppléant de l'OFAS. Ces travaux avaient eux-mêmes été précédés et accompagnés par différentes interventions parlementaires visant à créer une réglementation légale englobant l'ensemble du système des assurances sociales afin d'obtenir une «coordination complète» de celles-ci. Le Conseiller national Josef Hofstetter avait ainsi requis en juin 1966, par un postulat, que soit établi un inventaire des «doubles emplois et des lacunes dans les assurances existant dans les structures d'assurance»; il avait été suivi par la Conseillère aux Etats Josi Meier qui, en automne 1973, avait demandé par une motion que les lacunes soient comblées, les surassurances supprimées et les assurances sociales coordonnées et adaptées pour en garantir l'harmonie¹¹.
- 10 Comme la loi est issue d'une initiative parlementaire (N 11), seuls sont cités dans le préambule les **rapports des Commissions parlementaires et les avis du Conseil fédéral**; celui-ci n'avait pas à élaborer de message qui aurait accompagné un projet d'acte qu'il aurait soumis à l'Assemblée fédérale¹².
- 11 Le 5 juin 1985¹³, le Conseil des Etats a rapidement décidé de donner suite à l'initiative parlementaire déposée par la Conseillère aux Etats Josi Meier (85.227, Droit des assurances sociales), le 7 février précédent, selon laquelle elle demandait que soit édictée une «loi fédérale réunissant la partie générale du droit des assurances sociales» s'inspirant du projet de la SSDA. Il a demandé à la Commission compétente d'élaborer un projet de loi correspondant. Celle-ci a requis du Conseil fédéral l'ouverture d'une procédure de consultation sur le projet de la SSDA, ce qu'il a fait en février 1986. En raison des résultats de la consultation qui ont mis en évidence des souhaits et des points de vue souvent opposés (certains avis s'exprimant p.ex. en faveur d'une loi d'harmonisation modifiant les différentes lois d'assurance sociale plutôt que d'une loi distincte parallèle aux lois spéciales existantes), la Commission du Conseil des Etats a décidé de poursuivre elle-même les travaux législatifs, en renonçant à une délégation au Conseil fédéral (au moyen d'une motion correspondante). Instaurant une sous-commission, elle a, avec l'aide d'experts, préparé un projet de loi qui a été soumis à une consultation dès décembre 1989. Après l'avoir adapté en fonction des résultats pour la plupart positifs de la consultation, la Commission du Conseil des Etats a, le 27 septembre 1990, adopté le **projet de loi avec un rapport explicatif** relatif à l'initiative parlementaire «Partie générale

11 Rapport SSDA, 16; pour l'ensemble des motions et postulats déposés dans ce cadre, ch. 123 du Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 232.

12 Cf. à l'époque, art. 43 ss de la loi du 23 mars 1962 sur les rapports entre les conseils (RO 1962 811); depuis le 1^{er} décembre 2003, art. 141 al. 1 de la loi sur l'Assemblée fédérale (RS 171.10); DTL (n. 1), N 22.

13 BO CE 1985 276.

du droit des assurances sociales (85.227)»¹⁴, près de six ans après le dépôt de celle-ci. C'est le **premier document des travaux législatifs** que mentionne le préambule. Le Conseil des Etats est entré en matière sur le projet et en a discuté une première fois le 25 septembre 1991, sans entrer en détail sur les dispositions particulières, brièvement commentées en bloc par le Rapporteur et Président de la Commission Zimmerli¹⁵. La Chambre des cantons a adopté à l'unanimité le projet de sa Commission à l'intention du Conseil national, tout en soulignant qu'il appartenait à celui-ci d'en mettre au point les détails.

Le **Conseil fédéral** s'est prononcé à trois reprises sur les étapes successives du projet de loi, ce que retient le **préambule en renvoyant à ses avis**. Le gouvernement fédéral a d'abord pris position sur le rapport de la Commission du Conseil des Etats, le 17 avril 1991¹⁶. Il a ensuite rendu un deuxième avis, le 17 août 1994¹⁷, comme le lui avait demandé au préalable la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, à laquelle le projet du Conseil des Etats avait été attribué. Cette Commission avait demandé et obtenu, le 2 mars 1992, une prolongation du délai d'examen du projet, afin d'attendre la fin des travaux de révision législative concernant la LAVS (10^e révision) ainsi que l'assurance-maladie et d'envisager «une éventuelle adaptation du droit suisse en matière d'assurance sociale au droit de l'EEE»¹⁸. Dans son deuxième avis, le Conseil fédéral a pris position de manière beaucoup plus détaillée sur le projet de la Commission du Conseil des Etats, en soulignant les difficultés liées à l'adaptation des lois spéciales pour savoir si et où la LPGA devrait s'appliquer. Il s'est exprimé une troisième fois, le 26 mai 1999¹⁹, sur les propositions de la Commission du Conseil national qui avait entre-temps repris ses travaux le 31 août 1994, en prenant connaissance du deuxième avis du gouvernement fédéral et en instaurant une sous-commission chargée d'un examen préalable.

Le résultat des travaux que la Commission du Conseil national a présenté un peu moins de cinq ans plus tard, le 26 mars 1999, soit son **rapport** relatif au projet de loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales (LPGA) du Conseil des Etats²⁰ est le **dernier document préparatoire mentionné par le préambule**. Il est issu des délibérations et consultations menées par une sous-commission qui ont abouti au projet adopté sous le nom de «LPGA light» et approuvé par la Commission du Conseil national lors d'une séance du 27 novembre 1997. Le projet «LPGA ; version allégée» («ATSG light») a permis de trouver une «solution politiquement et techniquement acceptable», fondée sur un compromis portant en particulier sur les points à exclure du projet de loi (à savoir le domaine de la prévoyance professionnelle et la réglementation sur le droit médical et la tarification, sur le gain assuré et le salaire déterminants, ainsi que sur la coordination des indemnités journalières) ou à adapter (soit la réglementation sur le refus et la réduction des prestations en fonction de l'art. 37 al. 2 LAA [modifié par la suite avec effet au

14 Publié in FF 1991 II 181 ; Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 235 ss.

15 BO CE 1991 773 ss. Auparavant, le Conseil des Etats avait prolongé à deux reprises le délai pour la présentation d'une proposition, les 11 juin 1987 (BO CE 1987 299) et 12 juin 1989 (BO CE 1989 247).

16 Avis CF, FF 1991 II 888.

17 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897.

18 BO CN 1992 237 s. Une seconde prolongation a été acceptée le 15 décembre 1997 (BO CN 1997 2627 s.).

19 Non publié dans la FF, cf. BO CN 1999 1241 et 1242.

20 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168.

Préambule 14, 15

1^{er} janvier 1999²¹] et la renonciation au relèvement de la limite de la surindemnisation dans le sens de la prise en considération de certaines prestations de travail de proches en tant que frais supplémentaires)²². La Commission du Conseil national a également introduit dans son projet la technique législative du renvoi (art. 2 N 4).

- 14 Pour compléter les sources législatives, il convient de mentionner que les **débats parlementaires** concernant le projet proposé par la Commission du Conseil national ont eu lieu les 17 juin 1999²³ et 13 juin 2000²⁴ au Conseil national, ainsi que le 22 mars 2000 au Conseil des Etats²⁵. Les dernières divergences entre les deux Chambres ont été aplanies les 20 et 25 septembre 2000²⁶; elles ont porté avant tout sur l'application ou non de la procédure d'opposition (prévue à l'art. 52 LPGA) à toutes les branches des assurances sociales soumises à la Partie générale. La loi a été adoptée le 6 octobre 2000, à l'unanimité dans les deux Conseils²⁷.
- 15 Le vote final n'a pas marqué la fin des travaux législatifs. Conformément à la compétence que le Parlement s'était réservé à l'art. 83 al. 2 LPGA (art. 83 N 4) de mettre à jour l'annexe de la loi relative aux modifications des lois spéciales par voie d'ordonnance, avant l'entrée en vigueur de la Partie générale, il a adopté trois actes législatifs le 21 juin 2002²⁸. Il s'agit d'une ordonnance de l'Assemblée fédérale regroupant les adaptations qui s'imposaient en raison de diverses modifications des lois spéciales déjà en force avant l'entrée en vigueur de la LPGA (Révision 1 de l'annexe de la LPGA), d'une seconde ordonnance de l'Assemblée fédérale adaptant les lois spéciales à l'entrée en vigueur de l'ALCP (Révision 2 de l'annexe de la LPGA) et d'une loi corrigeant des omissions dans l'annexe de la LPGA relatives à la LACI (notamment, non-application de l'art. 21 LPGA et non-application partielle de l'art. 24 al. 1 LPGA; art. 1 al. 2 LACI) et introduisant une harmonisation des voies de droit de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité (Révision 3 de l'annexe de la LPGA)²⁹. Ces trois révisions sont entrées en vigueur avec la LPGA, le 1^{er} janvier 2003³⁰.

21 RO 1999 132; FF 1998 V 4201.

22 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4173 et 4175 ss.

23 BO CN 1999 1230 à 1254.

24 BO CN 2000 649 à 653.

25 BO CE 2000 171 à 191.

26 BO CE 2000 513 s.; BO CN 2000 967 s.

27 BO CE 2000 723 s.; BO CN 2000 1210.

28 BO CN 2002 789 ss, vote final, 1138; BO CE 2002 251 s., vote final, 552 s.

29 Cf. Message du CF du 7 novembre 2001 relatif à la modification de l'annexe de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (Révision de l'annexe de la LPGA), FF 2001 763.

30 Respectivement RO 2002 3453, 3472 et 3475.

Chapitre 1: Champ d'application

Art. 1

But et objet	La présente loi coordonne le droit fédéral des assurances sociales: a. en définissant les principes, les notions et les institutions du droit des assurances sociales; b. en fixant les normes d'une procédure uniforme et en réglant l'organisation judiciaire dans le domaine des assurances sociales; c. en harmonisant les prestations des assurances sociales; d. en réglant le droit de recours des assurances sociales envers les tiers.
Zweck und Gegenstand	Dieses Gesetz koordiniert das Sozialversicherungsrecht des Bundes, indem es: a. Grundsätze, Begriffe und Institute des Sozialversicherungsrechts definiert; b. ein einheitliches Sozialversicherungsverfahren festlegt und die Rechtspflege regelt; c. die Leistungen aufeinander abstimmt; d. den Rückgriff der Sozialversicherungen auf Dritte ordnet.
Scopo e oggetto	La presente legge coordina il diritto delle assicurazioni sociali della Confederazione e a tal fine: a. definisce principi, nozioni e istituti del diritto delle assicurazioni sociali; b. definisce le norme di una procedura uniforme e disciplina il contenzioso nell'ambito delle assicurazioni sociali; c. armonizza le prestazioni; d. disciplina il diritto di regresso delle assicurazioni sociali contro terzi.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	3
C. Objet, but et nature de la norme	4
II. Champ d'application	7
III. Les instruments de coordination	11
A. Les définitions (let. a)	11
B. La réglementation de la procédure (let. b)	16
C. L'harmonisation des prestations (let. c)	20
D. La réglementation du droit de recours envers les tiers (let. d)	23
IV. Cas d'application	24

Bibliographie

KAHIL-WOLFF BETTINA, Présentation générale, in Kahil-Wolff (éd.), *Partie générale*, 13 ss; LOCHER THOMAS, Bundesgesetz, 9 ss; MEYER-BLASER ULRICH, Das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) und das Schicksal der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Sozialversicherungsrechts, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), *Sozialversicherungsrechtstagung 2002, St-Gall 2002*, 119 ss (cité: Schicksal).

I. Introduction

A. Généralités

- 1 L'art. 1 est la première de deux dispositions consacrées au champ d'application de la loi. A l'origine, la Société suisse de droit des assurances avait prévu d'inscrire à l'art. 1 la liste des dix domaines de la législation fédérale des assurances sociales existant à l'époque, dans l'ordre de leur création – soit de «l'assurance-maladie et maternité» à la «prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité» –, auxquels s'appliquerait la Partie générale. Il lui semblait évident que celle-ci devait concerner la totalité du droit fédéral des assurances sociales¹. Considérant que les deux «systèmes marginaux» des allocations familiales dans l'agriculture et de la prévoyance professionnelle n'avaient pas une connexité suffisante avec les autres assurances sociales fédérales pour les soumettre à la Partie générale, la Commission du Conseil des Etats a toutefois renoncé à mentionner les deux lois correspondantes à l'article premier².
- 2 Après que le Conseil fédéral s'est prononcé en faveur de l'application de la Partie générale à toutes les branches des assurances sociales, sans exception et y compris les domaines à créer dans le futur³, la Commission du Conseil national s'est distanciée des propositions précédentes. Elle a prévu un nouveau concept de systématique législative, selon lequel ce n'est pas la loi qui détermine elle-même les lois spéciales auxquelles elle s'applique (art. 2 N 3 ss), et introduit un nouvel art. 1, entièrement reformulé, qui traite uniquement du but de la loi⁴. Décrivant les objectifs poursuivis et contribuant ainsi à l'interprétation des normes législatives, l'art. 1 a été adopté sans modification – autre que rédactionnelle et systématique (fusion des deux alinéas en un seul) – par le Parlement.

B. Systématique

- 3 Selon la conception de la Commission du Conseil national, la loi devait débiter par une disposition traitant de son but, dans l'esprit de la législation moderne⁵. L'art. 1 expose donc l'objectif assigné à la loi et sa fonction, tandis que la seconde disposition du chapitre 1 définit son champ d'application.

C. Objet, but et nature de la norme

- 4 Comme l'indique son titre marginal, l'art. 1 traite, d'une part, du but de la loi (la coordination du droit fédéral des assurances sociales) et, d'autre part, des moyens d'y parvenir («objet»); il ne crée pas directement de droit matériel.
- 5 Dès le début des travaux sur une Partie générale des assurances sociales, il n'a jamais été question d'unifier les différentes branches des assurances sociales, qui ont été créées à diverses époques pour répondre à des objectifs divergents. Si la multitude des aspects du système – sous l'angle déjà du risque couvert, du cercle des personnes assurées, du genre des prestations prévues ou du financement – rendait très difficile son unification, elle né-

1 Rapport SSSA, 25 s.; cf. art. 1 du Projet SSSA.

2 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 238 et 242.

3 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 905.

4 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4179 et 4184.

5 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4185.

cessitait en revanche une coordination. Celle-ci est assurée par les **quatre instruments de coordination** énumérés aux let. a à d de l'art. 1.

Cette énumération décrit également le contenu essentiel de la loi; la Partie générale comprend des définitions de notions juridiques, des règles de procédure (administrative et judiciaire) uniformes et sur l'organisation judiciaire, ainsi que des dispositions sur la coordination des prestations sociales et sur le droit de recours des assureurs sociaux envers les tiers. L'art. 1 correspond en quelque sorte à la **table des matières de la loi**. 6

II. Champ d'application

En se référant expressément au «droit fédéral des assurances sociales», sans aucune restriction quant à la branche d'assurance ou la nature (matérielle ou formelle) des règles fédérales, l'art. 1 indique que c'est l'ensemble des domaines des assurances sociales fédérales – soit les législations publiées sous le numéro 83 du Recueil systématique du droit fédéral – qui est visé par la coordination voulue par la loi. Le terme «coordination» met en évidence que le but de la loi n'est pas d'unifier tous les régimes de l'assurance sociale ou d'uniformiser le droit matériel y relatif, mais de les laisser subsister tout en harmonisant les notions et règles juridiques et en mettant le mieux possible en accord les différentes prestations pour en éviter le cumul au-delà d'une certaine limite. 7

La coordination n'est cependant pas globale, dans la mesure où elle concerne **dix⁶ des onze domaines des assurances sociales**. Il résulte de l'absence de renvoi général (art. 2 N 4) de la LPP à la LPGA que celle-ci ne s'applique pas au domaine de la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité. A titre d'exception, l'art. 34a LPP renvoie cependant aux règles sur la surindemnisation et sur la prise en charge provisoire des prestations d'une assurance sociale de la LPGA, de sorte que la Partie générale s'applique tout de même directement à la LPP mais dans une mesure très restreinte (art. 2 N 11). 8

Le droit cantonal des assurances sociales, qui n'est pas concerné par la LPGA, n'a qu'une portée marginale, parce que les cantons ne disposent de compétences qu'en matière de réduction des primes de l'assurance-maladie obligatoire et, pour des aspects restreints, dans le domaine des prestations familiales, des allocations pour perte de gain, des prestations complémentaires et de la procédure judiciaire cantonale⁷. 9

Il va sans dire que le domaine de l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie, qui ne relève pas de rapports d'assurance de droit public mais de droit privé, n'est pas soumis à la LPGA. 10

III. Les instruments de coordination

A. Les définitions (let. a)

Le premier (let. a) des quatre instruments législatifs de coordination prévu par l'art. 1 consiste à définir «les principes, les notions et les institutions du droit des assurances sociales». L'énumération de ces trois termes distincts – dont la délimitation n'est pas claire – montre que la loi peut **poser des définitions de manière étendue**. Cette formu- 11

6 LAVS, LAI, LPC, LAMal, LAA, LAM, LAPG, LFA, LACI et LAFam (qui, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, n'existait pas au moment de l'adoption de la LPGA).

7 Cf. art. 65 LAMal; art. 3 al. 2, 3^e phrase, LAFam; art. 16h LAPG; art. 2 al. 2 LPC; art. 61 LPGA.

lation large laisse également ouverte la possibilité d'introduire à l'avenir de nouvelles définitions dans la loi. Une telle définition complémentaire a ainsi été introduite avec l'art. 13a sur le partenariat enregistré, lors de l'entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2007, de la LPart.

- 12 Par « principes », il faut avant tout comprendre les principes généraux du droit⁸ reconnus par la jurisprudence en droit des assurances sociales. En reprenant certains de ces principes, la loi les a codifiés en une règle écrite, de sorte que leur application à l'ensemble des branches des assurances sociales est claire. On peut citer à titre d'exemples la restitution des prestations indûment touchées (art. 25) ou la reconsidération et la révision procédurale, qui permettent de revenir sur une décision administrative entrée en force (art. 53).
- 13 La loi définit ensuite les « notions » du droit des assurances sociales, en reprenant des définitions légales qui étaient déjà prévues dans une ou plusieurs lois spéciales des assurances sociales (p.ex., « l'accident »⁹ [art. 4]) ou en codifiant des notions décrites par la jurisprudence ou la pratique administrative confirmée par les tribunaux (comme la « capacité de travail » respectivement « l'incapacité de travail » [art. 6]). Le choix du législateur a porté sur la définition des notions importantes pour établir et délimiter le droit aux prestations des divers systèmes d'assurance – comme celles de la maladie (art. 3) ou de l'incapacité de gain (art. 7) –, ainsi que pour définir l'obligation d'assurance ou les cotisations (p.ex., notion de l'employeur [art. 11]). Le législateur a en revanche laissé de côté des notions paraissant suffisamment explicitées dans d'autres domaines juridiques (comme celle du décès) ou ne concernant qu'un seul des systèmes d'assurances sociales (comme le chômage)¹⁰.
- 14 La Partie générale a encore pour but de définir les « institutions » du droit des assurances sociales; elle ne dit cependant pas clairement ce qu'il faut comprendre concrètement par ce terme, qui se distinguerait des principes ou des notions du droit des assurances sociales. Il s'agirait de « rapports juridiques secondaires », comme, par exemple, la restitution des prestations indûment touchées¹¹, qui constitue toutefois un principe général du droit (N 12). La mention de la définition d'institutions, en plus de celle des principes et notions, a pour effet de souligner que la loi comprend – et pourra prévoir à l'avenir – des définitions de manière étendue dans le droit des assurances sociales.
- 15 L'art. 1 let. a est concrétisé aux art. 3 à 26 de la loi: ces normes regroupent les définitions de notions générales (art. 3 à 13a) et les dispositions générales concernant les prestations et les cotisations (art. 14 à 26), sans que la différenciation entre principes, notions et institutions ne soit reprise. Le fait de **définir de manière uniforme** les principes fondamentaux et les notions juridiques essentielles pour l'application du droit des assurances sociales renforce la cohésion et la cohérence du droit et en améliore sans aucun doute la lisibilité.

B. La réglementation de la procédure (let. b)

- 16 La deuxième technique législative de coordination consiste à introduire des **normes uniformes de procédure** au niveau des organes d'exécution des assurances sociales et du

8 Sur cette notion, MEYER-BLASER, Schicksal, 122 et les références citées; voir aussi son survol des principes généraux repris dans la LPGa, 144 ss.

9 Art. 2 al. 2 aLAMal; art. 9 al. 1 aOLAA.

10 Rapport SSDA, 28.

11 Rapport SSDA, 29 ss.

contentieux. Cet aspect est d'autant plus important que les règles de procédure les plus diverses s'appliquaient jusqu'alors selon le régime d'assurance et que la procédure devant les organes d'exécution était très différenciée et peu transparente pour les assurés. La possibilité pour la personne assurée de faire opposition contre la décision administrative (art. 52), entraînant le réexamen de sa décision par l'assureur social, n'était prévue que dans l'assurance militaire et l'assurance-accidents, par exemple.

En ce qui concerne **la procédure administrative**, elle a été uniformisée avant tout en ce qui concerne les rapports entre la personne assurée et les assureurs sociaux¹². Les normes inscrites aux art. 27 à 55 de la loi ont notamment pour but de faciliter l'accès de la personne assurée à l'assurance sociale et de régler sa participation dans la procédure dès le moment où elle exerce son droit à des prestations d'assurance. **17**

Quant à **l'organisation et à la procédure judiciaires**, elles ne sont unifiées que dans une moindre mesure. Il s'agit avant tout de l'institution dans chaque canton d'un tribunal des assurances chargé de statuer en instance unique sur les recours dans les domaines des assurances sociales (art. 57 et 58). Les cantons ont disposé d'un délai de cinq ans après l'entrée en vigueur de la loi pour mettre en place ladite instance judiciaire¹³ (art. 82 N 1); certains ont gardé ou institué un tribunal des assurances séparé d'autres juridictions, alors que d'autres ont confié à une cour ou à une chambre de la juridiction cantonale de dernière instance la compétence de connaître des contestations dans le domaine des assurances sociales. **18**

Par ailleurs, des dispositions communes de procédure judiciaire ont été introduites (art. 56, art. 59 à 61) pour s'appliquer, à côté des règles de procédure de droit cantonal, en tant que normes minimales de droit fédéral. La voie de recours contre les jugements rendus par les tribunaux cantonaux des assurances est celle devant le Tribunal fédéral, conformément à la LTF (art. 62 al. 1). **19**

C. L'harmonisation des prestations (let. c)

L'objectif de coordination est aussi assuré par «l'harmonisation» des prestations des assurances sociales. Seul est mentionné le fait de mettre en accord les prestations. La coordination dans le domaine des cotisations n'est en revanche pas indiquée; elle avait été envisagée initialement, avec une règle qui assimilait les indemnités journalières au salaire soumis à cotisations, mais n'a pas été retenue¹⁴. **20**

Le **but de l'harmonisation** est d'éviter, dans le droit aux prestations, la concurrence entre les différentes assurances sociales, afin de ne pas créer une situation dans laquelle la personne assurée bénéficie simultanément d'une prestation déterminée à la charge de plusieurs assureurs ou se retrouve après un ou plusieurs cas d'assurance dans une situation plus favorable que si ceux-ci n'étaient pas survenus. **21**

La loi prévoit deux systèmes d'harmonisation ou de coordination des prestations (art. 63 ss)¹⁵. Premièrement, elle institue un **ordre de priorité** (avant tout pour les prestations en nature), selon lequel une prestation ne doit être fournie que par une branche des **22**

12 Voir ATF 130 V 215, c. 5.2 et c. 6.3.1.

13 Art. 82 al. 2 aLPGA (RO 2002 3371, 3391), abrogé au 1^{er} août 2008 (RO 2008 3437, 3447).

14 Rapport SSDA, 35 s.; Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4312.

15 Selon KIESER, avec les art. 63 ss, le législateur a manqué le but assigné à l'art. 1 let. c: les règles de coordination se limitent à effectuer la coordination une fois que les prestations d'assurance

assurances sociales, alors que les autres en sont déchargées et n'interviennent pas (art. 64, 65 et 66 al. 3). Deuxièmement, selon **le système du cumul**, les prestations (en espèces) des différentes branches des assurances sociales concernées s'ajoutent les unes aux autres jusqu'à concurrence de **la limite de surindemnisation** (art. 66 al. 1, 68 et 69). Pour certaines branches, la loi instaure par ailleurs une obligation de **prise en charge à titre provisoire** des prestations, lorsque la personne assurée a droit à des prestations d'une assurance sociale mais qu'il existe un doute sur le débiteur de ces prestations (art. 70 et 71); il s'agit d'empêcher que la personne assurée subisse un désavantage si elle s'adresse à plusieurs assureurs sociaux en même temps.

D. La réglementation du droit de recours envers les tiers (let. d)

- 23 Le quatrième aspect de la coordination concerne le droit de recours des assurances sociales envers les tiers. Il s'agit de régler la situation dans laquelle les prestations de l'assurance sociale entrent en concours avec des créances en responsabilité que la personne assurée peut faire valoir à l'égard de tiers. La solution introduite par la loi consacre **le principe de la subrogation de l'assureur social** aux droits de la personne assurée contre le tiers responsable, dans les limites et l'étendue prévues aux art. 72 à 75, pour les assurances sociales ayant des prestations susceptibles de fonder un droit à réparation contre un ou des tiers responsables (art. 72 N 8 ss).

IV. Cas d'application

- 24 Alors qu'il avait à juger du point de savoir quelles règles de procédure étaient applicables aux litiges relatifs au financement résiduel des coûts des soins au sens de l'art. 25a LA-Mal, le Tribunal fédéral s'est fondé notamment sur **l'art. 1 let. b LPGA**. Il a retenu que la LPGA est applicable à une telle contestation lorsque le législateur cantonal n'a pas adopté de réglementation ou de réglementation différente (même lorsque la volonté du législateur cantonal ne ressort ni des dispositions cantonales pertinentes, ni des travaux préparatoires). Rappelant le but de la LPGA visé par le législateur à l'art. 1 let. b (unification de la procédure dans le domaine des assurances sociales), le Tribunal fédéral a considéré que cet objectif ne peut être atteint que si le droit de procédure prévu par la LPGA s'applique de la manière la plus étendue possible et, – sous réserve d'exceptions réglées par la loi – en particulier, pour examiner les prétentions tirées du droit des assurances sociales fédérales. Le fait que pour une même prétention (en matière d'assurances sociales de droit fédéral) la LPGA s'appliquerait dans certains cantons à titre de droit fédéral, dans d'autres à titre de droit cantonal subsidiaire ou que dans d'autres cantons encore, la loi ne trouverait pas du tout application, conduirait à un résultat peu souhaitable qui contreviendrait à la maxime d'une application uniforme du droit fédéral¹⁶.
- 25 La jurisprudence a également eu l'occasion de concrétiser la **notion de procédure** dans le domaine des assurances sociales au sens de l'art. 1 let. b LPGA. Lorsque, dans le cadre d'une procédure pénale ouverte à l'encontre des responsables d'un laboratoire d'analyses cliniques sur dénonciation d'une caisse-maladie, celle-ci réclame le droit d'accéder au dossier, mais sans prendre part à la procédure pénale – la qualité de lésée n'ayant pas été reconnue à l'assureur-maladie –, la décision de refus de consulter les pièces est de nature

ont été fixées selon les lois spéciales, au lieu de coordonner celles-ci au moment où elles sont déterminées (ATSG-Kommentar, art. 1 N 17 ss).

¹⁶ ATF 140 V 58, c. 4.2.

administrative et non pas pénale. Dès lors que la responsabilité quant à l'accès au dossier médical appartient cependant au juge d'instruction ou au juge pénal et que la caisse-maladie n'est donc pas habilitée à rendre elle-même une décision en matière d'assistance administrative (fondée sur l'art. 32 LPG), il ne s'agit pas d'une procédure au sens de l'art. 1 let. b LPG, qui aurait impliqué la voie de recours prévue à l'art. 56 LPG. Pour la procédure devant le Tribunal fédéral, cela signifie qu'il s'agit d'une contestation de droit public du domaine de la procédure pénale et que le recours est recevable comme recours en matière de droit public, sur lequel il appartient à la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral de statuer¹⁷.

Art. 2

Champ d'application et rapports avec les lois spéciales sur les assurances sociales

Les dispositions de la présente loi sont applicables aux assurances sociales régies par la législation fédérale, si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient.

Geltungsbereich und Verhältnis zu den einzelnen Sozialversicherungsgesetzen

Die Bestimmungen dieses Gesetzes sind auf die bundesgesetzlich geregelten Sozialversicherungen anwendbar, wenn und soweit die einzelnen Sozialversicherungsgesetze es vorsehen.

Campo d'applicazione e rapporto tra la parte generale e le singole leggi sulle assicurazioni sociali

Le disposizioni della presente legge sono applicabili alle assicurazioni sociali disciplinate dalla legislazione federale, se e per quanto le singole leggi sulle assicurazioni sociali lo prevedano.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	3
C. Objet, but et nature de la norme	4
II. Champ d'application	7
III. Le renvoi des lois spéciales à la LPG	10
IV. Exceptions (à l'application de la LPG)	18
A. En général	18
B. Dans les lois spéciales	21

Bibliographie

BECK HANS, Militärversicherung und Allgemeiner Teil, RSAS 2003 261 ss; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Les relations entre la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales et la loi fédérale sur l'assurance-accidents, RSAS 2003 237 ss (cité: Relations); GERBER PHILIPPE, L'interaction entre la LPG et les lois spéciales d'assurances sociales, VSI 2002 205 ss (cité: Interaction); IMHOF EDGAR/ZÜND CHRISTIAN, ATSG und Arbeitslosenversicherung, RSAS 2003 291 ss; KIESER UELI, Allgemeiner und Besonderer Teil des Sozialversicherungsrechts: Bemerkungen zum Scharnier

¹⁷ TF, 19. 12. 2007, 6B_590/2007, c. 1.

(Art. 2 ATSG), Revue de l'avocat 2001 36 ss (cité: Bemerkungen); KIESER UELI, ATSG und sozialversicherungsrechtliches Einzelgesetz: Zusammenspiel und Auswirkungen: gezeigt am Beispiel des IVG, in Schaffhauser/Kieser (éd.), ATSG, 37 ss (cité: Einzelgesetz); RIEMER HANS MICHAEL, ATSG und berufliche Vorsorge, RSAS 2003 199 ss (cité: ATSG).

I. Introduction

A. Généralités

- 1 L'art. 2 définit le champ d'application matériel de la LPGA et son rapport avec les lois spéciales des assurances sociales. Il est le résultat de l'examen approfondi, effectué par la Commission du Conseil national, de la technique législative à adopter pour que la loi s'applique à l'ensemble du domaine des assurances sociales, sans recourir à un système compliqué de priorités et de renvois réciproques entre la LPGA et les lois spéciales quant aux éventuelles dérogations des branches particulières des assurances sociales¹. Tout au long des travaux préparatoires, la question du rapport entre les dispositions générales de la LPGA et les règles particulières des lois spéciales, celle de savoir si et, cas échéant, dans quelle mesure la loi spéciale peut déroger à une disposition générale de la LPGA et celle de savoir quelle norme a la priorité en cas de contradiction ont été discutées.
- 2 **L'idée centrale de la technique législative** proposée par la Commission du Conseil national est que la LPGA contient toutes les règles qui doivent, en principe, s'appliquer à toutes les branches des assurances sociales, mais ne délimite pas elle-même son domaine d'application. Cette délimitation – par le biais de dérogations particulières – est effectuée par les lois spéciales, à chacune desquelles est ajouté un nouvel art. 1 sur le principe même de l'application de la LPGA et sur les exceptions à cette application dans certains domaines réglés par la loi spéciale. Le Parlement a suivi ladite proposition et adopté sans modification l'art. 2, dans la version proposée par la Commission du Conseil national (avec deux changements rédactionnels).

B. Systématique

- 3 Seconde disposition du chapitre premier, l'art. 2 revêt une importance fondamentale, puisqu'il occupe une **fonction charnière**². Il fait de la LPGA une loi atypique, dans la mesure où elle ne définit pas elle-même son champ d'application, mais laisse le soin aux lois spéciales des assurances sociales de la déclarer applicable dans leur domaine respectif et de prévoir, le cas échéant, des exceptions à ce sujet. La LPGA ne se comprend dès lors pas par elle-même; elle doit toujours être lue en parallèle avec la ou les lois spéciales qui entrent en considération en fonction du problème qui se pose.

C. Objet, but et nature de la norme

- 4 Sous le titre «Champ d'application et rapports avec les lois spéciales sur les assurances sociales», l'art. 2 ne définit que de manière indirecte à quel domaine des assurances sociales s'applique la loi: les dispositions de la LPGA sont applicables aux assurances sociales fédérales mais seulement si la loi spéciale d'assurance sociale le prévoit expressément et dans la mesure où celle-ci le prescrit. En instaurant cette technique de renvoi –

1 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4179 ss.

2 KIESER, Bemerkungen, 37.

utilisée pour la première fois par le législateur fédéral³ –, l'art. 2 met en évidence qu'en dépit de sa nature générale, la LPGA fournit un modèle par rapport auquel chaque loi particulière peut prévoir des exceptions. Pour déterminer le champ d'application de la Partie générale (principe et étendue), le **point de départ** reste donc **la loi spéciale**.

Le but de l'art. 2 est de régler les rapports entre les règles générales de la loi et les dispositions particulières des lois spéciales. La technique législative choisie permet en principe d'éviter l'application de dispositions contradictoires, dès lors que chaque loi spéciale délimite précisément les domaines – reposant sur d'autres principes que ceux posés par la LPGA (par exemple, les subventions) – dans lesquels la Partie générale ne s'applique pas et peut introduire des dérogations explicites pour une disposition particulière. Elle prend en considération les particularités de la législation en matière d'assurance sociale, dont la coexistence de onze lois fédérales réglant des branches différentes et répondant à des situations et besoins particuliers. 5

L'art. 2 montre également qu'en dépit de sa fonction de coordination, la LPGA ne constitue pas une loi d'ordre supérieur aux lois spéciales, mais occupe la même place qu'elles, du point de vue de la hiérarchie des normes⁴. Cet aspect doit être pris en considération lorsqu'il s'agit d'interpréter une loi spéciale à la lumière de la LPGA⁵. 6

II. Champ d'application

En introduisant dans neuf lois fédérales spéciales (LAVS, LAI, LPC, LACI, LAMal, LAA, LAM, LAPG, LFA) – la dixième (LAFam) ayant été adoptée postérieurement au 1^{er} janvier 2003 –, un nouvel art. 1 qui définit le champ d'application de la Partie générale à la branche concernée d'assurance sociale, le législateur a choisi une **application étendue de la LPGA aux assurances sociales fédérales**. Toutefois, en plus de la prévoyance professionnelle (obligatoire), qui a été soustraite – à une réserve près (art. 34a LPP) – du champ d'application de la loi (N 11), d'autres domaines régis par les lois spéciales ont aussi été entièrement sortis de celui-ci, tels les tarifs médicaux de l'assurance-maladie obligatoire (N 28 et 33). 7

Le **système de renvoi** choisi présente également l'avantage que le législateur peut décider pour tout nouveau domaine des assurances sociales, qui reste éventuellement à créer, si et dans quelle mesure la LPGA est applicable, sans modifier celle-ci. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de la loi, le régime de l'allocation de maternité (art. 16b ss LAPG) introduit à partir du 1^{er} juillet 2005 est couvert par le renvoi de l'art. 1 LAPG à la LPGA et soumis aux dispositions de celle-ci. De même, il a suffi de prévoir, à l'art. 1 LAFam, que les dispositions de la LPGA étaient applicables à cette nouvelle loi entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2009, pour qu'une dixième loi des assurances sociales suisses fût également couverte par la Partie générale. 8

La référence aux « assurances sociales régies par la législation fédérale » exclut le droit cantonal en matière d'assurance sociale du champ d'application de la loi. On pense ici notamment au domaine des prestations cantonales complétant les prestations complémentaires de droit fédéral ou à l'octroi des réductions de primes d'assurance-maladie obligatoire (art. 1 N 9). 9

³ Pour des exemples de solutions législatives retenues jusqu'alors pour régler les rapports entre la « Partie générale » et la « Partie spéciale » d'une loi, KIESER, Bemerkungen, 36.

⁴ Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4180.

⁵ Cf. KIESER, Bestandesaufnahme, 326.

III. Le renvoi des lois spéciales à la LPGA

- 10 Le principe** sur lequel reposent les rapports entre la Partie générale et les lois spéciales des assurances sociales est relativement simple: la LPGA ne définit pas elle-même son champ d'application, mais en laisse le soin aux lois spéciales sur les assurances sociales. En d'autres termes, ce n'est que si la loi spéciale d'assurance sociale prévoit l'application en tant que telle de la LPGA que celle-ci s'applique effectivement. Tel est le cas, on l'a dit, pour **dix des onze lois fédérales spéciales**.
- 11** Seule la **LPP** ne comprend pas, à son art. 1, la mention selon laquelle les dispositions de la LPGA s'appliquent à la prévoyance professionnelle (obligatoire). L'applicabilité de la loi dans ce domaine est donc en principe exclue. L'art. 34a LPP prévoit cependant deux exceptions, puisqu'il déclare applicables l'art. 66 al. 2 LPGA lorsque des prestations de la prévoyance professionnelle entrent en concours avec des prestations prévues par d'autres assurances sociales, ainsi que les art. 70 à 71 LPGA en ce qui concerne la prise en charge provisoire des prestations. Par ailleurs, dans la mesure où la LPP renvoie à des notions de la LAI et de la LAVS qui sont elles-mêmes définies dans la LPGA – par exemple, l'invalidité (art. 23 LPP qui renvoie à la LAI et, par ce biais, à l'art. 8 LPGA [art. 8 N 9]) –, la Partie générale joue également un rôle dans le domaine de la prévoyance professionnelle (obligatoire)⁶.
- 12** En plus du principe même de l'applicabilité de la loi, la mesure dans laquelle celle-ci s'applique est également déterminée par les lois spéciales et ceci de deux manières différentes (qui peuvent être appliquées simultanément): soit par une **exclusion de certains domaines** (dérogation globale), soit par une **dérogation ponctuelle** à une ou plusieurs dispositions particulières de la LPGA (exception particulière). On mentionnera par exemple la LAVS qui comprend les deux formes de dérogation: l'art. 1 al. 2 LAVS exclut l'application de la loi – sous réserve des art. 32 et 33 LPGA – à l'octroi de subventions pour l'aide à la vieillesse (prévu par l'art. 101^{bis} LAVS); l'art. 14 al. 3, 2^e phrase, LAVS prévoit une dérogation particulière à l'art. 49 al. 1 LPGA (absence de décision formelle pour l'encaissement des cotisations importantes)⁷.
- 13** La **dérogation** à l'application de la LPGA pour un domaine des assurances sociales ou pour une règle particulière doit être expressément prévue par la loi spéciale et être désignée comme telle: l'art. 1 des lois spéciales le prévoit clairement par la formulation «à moins que la présente loi ne déroge expressément à la LPGA». Il ne suffit donc pas que la loi spéciale comprenne une règle qui s'écarte d'une norme de la LPGA; il faut encore que cette règle précise qu'elle déroge à telle ou telle disposition de la Partie générale. On peut citer ainsi l'art. 7b al. 4 LAI selon lequel «en dérogation à l'art. 21 al. 1 LPGA, les allocations pour impotent ne peuvent être ni refusées, ni réduites» (lorsque l'assuré a aggravé le risque assuré ou en a provoqué la réalisation intentionnellement en commettant intentionnellement un crime ou un délit) ou l'art. 1 al. 2, 1^{re} phrase, LACI qui déclare l'art. 21 LPGA non applicable à l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité.
- 14** Il existe de multiples dérogations de ce genre dans les lois spéciales et elles concernent des aspects très différents, que ce soit une exception à une règle de procédure (par exemple, l'art. 69 al. 1^{bis} LAI dérogeant au principe de la gratuité de la procédure judi-

⁶ A ce sujet, voir RIEMER, ATSG, 200 ss.

⁷ Sur la forme de la décision relative à des cotisations arriérées, TF, 9.3.2018, 9C_646/2017, c. 4.

ciaire cantonale prévu à l'art. 61 let. a LPGA) ou à une règle de droit matériel (ainsi, l'art. 9 al. 2 LAM qui fait exception à l'art. 26 al. 2 LPGA sur les intérêts moratoires).

Compte tenu de la technique de renvoi prévue à l'art. 2 de la loi, il convient dans **chaque cas d'application concret** de se demander d'abord si, et en cas de réponse positive dans quelle mesure, l'art. 1 de la loi spéciale en cause renvoie à la LPGA: s'agit-il d'un domaine pour lequel l'application de la LPGA a été exclue de manière générale? Si la Partie générale est applicable, il faut examiner si elle contient une disposition spécifique sur la question à résoudre. Sinon, seule la loi spéciale est déterminante. Si la LPGA comprend une règle visant la situation concrète, il faut s'assurer que la loi spéciale ne prévoit pas une dérogation spécifique à ladite règle. Une telle norme dérogatoire explicite s'applique alors nonobstant la règle divergente de la Partie générale. **15**

A l'inverse, **en l'absence d'une dérogation expresse** de la loi spéciale, les dispositions de celle-ci doivent être interprétées conformément à la Partie générale, sans que le principe «*lex specialis derogat generali*» ne trouve application, étant donné l'exigence de la mention expresse du caractère dérogatoire de la norme spéciale⁸. Lorsqu'une norme de la loi spéciale déroge à ce que prévoit la Partie générale, sans mention d'une exception à la LPGA, elle ne devrait s'appliquer que s'il est possible de déduire de la volonté du législateur qu'il entend s'écarter volontairement de la Partie générale et que l'absence de mention expresse résulte d'une inadvertance. **16**

En dehors des dérogations explicites, les lois spéciales contiennent également un bon nombre de **références explicites** aux dispositions de la LPGA, le plus souvent par une mention entre parenthèses de la norme topique de la LPGA. Tel est souvent le cas lorsque la loi spéciale mentionne un principe ou une notion qui sont définis par la LPGA. Ainsi, l'art. 8 LAA définit les accidents non professionnels en renvoyant à l'art. 4 LPGA sur la notion de l'accident. S'ils facilitent la tâche du praticien appelé à appliquer la loi, ces renvois, qui ne sont pas effectués de manière systématique, n'ont qu'une valeur indicative. En d'autres termes, les dispositions de la Partie générale sont applicables à la loi spéciale d'assurance sociale en vertu du renvoi de l'art. 1 de celle-ci, même si les normes particulières ne renvoient pas à un article particulier de la LPGA (pour autant qu'une dérogation ponctuelle n'ait été prévue). **17**

IV. Exceptions (à l'application de la LPGA)

A. En général

De manière schématique, et au-delà des nombreuses exceptions prévues expressément par les lois spéciales, on peut citer les principaux domaines qui ont été soustraits à l'application de la LPGA, d'abord de manière générale, puis pour chacune des dix lois spéciales des assurances sociales qui lui sont soumises actuellement. **18**

De fait, le législateur a conçu la loi pour régir avant tout **les relations entre l'assurance sociale et la personne assurée ou l'ayant droit à des prestations**⁹: il s'agit de manière générale de l'assujettissement à l'assurance sociale particulière, la perception respectivement le versement de cotisations et l'octroi de prestations¹⁰. La loi ne trouve en revanche pas application dans les rapports entre les assureurs sociaux et les fournisseurs de presta- **19**

⁸ FRÉSARD-FELLAY, Relations, 239; GERBER, Interaction, 206.

⁹ ATF 139 V 82, c. 3.2.3; ATF 130 V 215, c. 5.2.

¹⁰ KIESER, Einzelgesetz, 46 s.

tions, le financement de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité, les subventions et le domaine du droit médical et des tarifs (au sujet duquel des dispositions avaient été initialement prévues¹¹). Mais la délimitation n'est pas stricte, puisque la loi comprend également des dispositions qui vont au-delà des rapports entre les assureurs et les personnes assurées et traitent de l'assistance administrative ou de l'exonération fiscale des assureurs.

- 20 La question de l'application de la LPGA aux **relations entre les assureurs** est délicate. Le législateur entendait exclure du champ d'application de la loi les litiges dans lesquels un assureur ne peut user de la puissance publique à l'égard d'un autre assureur pour exiger de lui, par voie de décision, qu'il exécute son obligation, les deux parties en désaccord se trouvant sur un pied d'égalité. Cette exclusion vaut pour les litiges entre deux assureurs-maladie et porte sur la LPGA dans son ensemble¹² (N 28 ss). Alors que l'application de la LPGA est exclue pour la procédure régissant les contestations pécuniaires entre deux assureurs-accidents (art. 1 al. 2 let. c LAA), cela n'empêche pas que les dispositions de la Partie générale s'appliquent aux rapports entre eux. Ainsi, un assureur-accidents ne peut obtenir d'un autre le remboursement de prestations allouées sans réserve qu'à la condition qu'il puisse se prévaloir d'un motif de révocation de la décision d'octroi des prestations en cause au sens de l'art. 25 al. 1, 1^{re} phrase, LPGA¹³.

B. Dans les lois spéciales

1. LAVS

- 21 Conformément à l'art. 1 al. 1 LAVS (*a contrario*), la LPGA ne s'applique ni au financement de la LAVS, qui fait l'objet de la deuxième partie de la LAVS (art. 102 ss LAVS), ni à la relation avec le droit européen (troisième partie; art. 153a LAVS), ni à la quatrième partie de la LAVS comprenant les dispositions finales et transitoires; ces domaines ne se rapportent pas directement aux rapports entre l'assurance-vieillesse et survivants et les personnes assurées.
- 22 La Partie générale n'est par ailleurs pas applicable à l'octroi de subventions pour l'aide à la vieillesse au sens de l'art. 101^{bis} LAVS¹⁴, sous réserve – en tant qu'exception à l'exception – des art. 32 et 33 LPGA sur l'assistance administrative et l'obligation de garder le secret (art. 1 al. 2 LAVS).

2. LAI

- 23 L'art. 1 al. 1 LAI exclut du champ d'application de la LPGA le domaine des tarifs auxquels les fournisseurs de prestations exercent leur activité pour le compte de l'assurance-invalidité (art. 27 LAI), ainsi que les litiges y relatifs entre l'assurance et lesdits fournisseurs (art. 27^{bis} LAI), conformément au concept selon lequel la Partie générale n'a pas trait aux rapports entre ces deux parties. Il en va de même du domaine des subventions aux organisations d'aide aux invalides (art. 74 ss LAI), du financement de l'assurance-

11 Rapport SSSA, 42 s, art. 15 à 20 du Projet SSSA; Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 246 ss; Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4176.

12 ATF 138 V 426, c. 5.2.2. EUGSTER, ATSG, 216.

13 TF, 20.1.2010, 8C_284/2009, c. 3.1.1.

14 Cette disposition ne confère aucun droit à des subventions pour l'aide à la vieillesse (ATF 116 V 318).

invalidité (art. 77 ss LAI), ainsi que de la relation avec le droit européen (art. 80a LAI) et des dispositions finales et transitoires.

En ce qui concerne en particulier le domaine des subventions aux organisations faitières de l'aide privée aux invalides, l'art. 1 al. 2 LAI¹⁵ rend applicables les art. 32 et 33 LPGGA, comme en matière de subventions de la LAVS. **24**

3. LPC

Sont exceptées du champ d'application de la LPGGA les prestations allouées par la Confédération aux institutions d'utilité publique *Pro Senectute*, *Pro Infirmis* et *Pro Juventute* et leur affectation – domaine auquel s'appliquent toutefois les art. 32 et 33 de la loi (art. 1 al. 2 LPC) – qui font l'objet du troisième chapitre de la loi (art. 1 al. 1 LPC *a contrario* en relation avec les art. 17 ss LPC). **25**

Le quatrième chapitre de la LPC comprend des dispositions qui concernent le domaine des prestations complémentaires en tant que telles, soumises à la Partie générale (art. 1 al. 1 LPC), mais aussi celui des prestations des institutions d'utilité publique (par exemple, art. 28 LPC sur la surveillance de la Confédération). Dès lors que l'intention du législateur était d'appliquer la LPGGA «aux prestations des cantons» mais pas «aux œuvres **Pro**»¹⁶, elle doit être comprise en ce sens que le quatrième chapitre de la LPC est également soumis à la LPGGA en tant qu'il a trait aux prestations complémentaires de droit fédéral fournies par les cantons¹⁷. **26**

Les chapitres 5 (relation avec le droit européen) et 6 (dispositions finales) ne sont pas concernés par la LPGGA. **27**

4. LAMal

L'art. 1 al. 2 LAMal soustrait à l'application de la LPGGA les domaines qui relèvent du droit cantonal (let. c: réductions de primes d'assurance [qui sont réglées par les art. 65 ss LAMal et reposent sur du droit cantonal autonome¹⁸]) ou de l'exercice de la puissance publique cantonale en matière de procédure (let. e: procédure auprès du tribunal arbitral cantonal¹⁹), ainsi que ceux dans lesquels il ne s'agit pas des rapports entre l'assureur social et les personnes assurées ou dans lesquels aucune des parties en présence n'est habilitée à exercer son pouvoir à l'égard de l'autre (let. a: admission et exclusion des fournisseurs de prestations; let. b: tarifs, prix et budget global; let. d: litiges entre assureurs). Il en va de même pour les subventions accordées par la Confédération aux cantons (let. c: subsides en vertu de l'art. 66 LAMal). **28**

La liste des domaines exclus du champ d'application de la Partie générale selon l'art. 1 al. 2 LAMal n'est pas exhaustive²⁰. Si la loi ne s'applique clairement pas aux litiges entre **29**

15 Dont le renvoi aux art. 71 à 76 LAI devrait être adapté pour tenir compte de l'abrogation des art. 71 à 73, 75^{bis} et 76 LAI.

16 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4187 et 4449.

17 LOCHER, ATSG, 185 s.

18 ATF 131 V 202, c. 3.2; ATF 124 V 19, c. 2.

19 L'exclusion du champ d'application de la LPGGA concerne la procédure; cela n'exclut pas nécessairement l'application des règles matérielles de la LPGGA aux rapports juridiques qui sont soumis au tribunal arbitral cantonal (pour un ex. concernant l'art. 78 LPGGA, TF, 2.2.2018, 9C_214/2017, c. 3.2).

20 ATF 130 V 215, c. 5.1.

deux assureurs-maladie selon l'art. 1 al. 2 let. d LAMal, parce que la procédure prévue par la LPGa suppose en principe que soit rendue une décision (et une décision sur opposition) sur le droit aux prestations, cette dérogation ne couvre pas le litige qui oppose un canton et un assureur-maladie sur la créance en remboursement de la différence de coûts en vertu de l'art. 41 al. 3, 1^{re} phrase, aLAMal (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008). Il n'en demeure pas moins que la LPGa n'est pas applicable pour régler la compétence et la procédure au niveau cantonal pour récupérer et faire valoir une telle créance en justice, qui relèvent du droit cantonal; le canton ne saurait être considéré comme un assureur au sens du droit de l'assurance-maladie obligatoire, ou comme un organe d'exécution de même niveau (au sens de l'art. 34 LPGa)²¹.

- 30** Comme l'art. 1 al. 2 LAMal ne mentionne pas le domaine du financement résiduel des coûts des soins au sens de l'art. 25a al. 5 LAMal, dont la réglementation incombe aux cantons, l'application des dispositions de procédure de la LPGa à un litige relevant de ce domaine semble adéquate, également au regard du rapport étroit entre des prétentions y relatives et les prestations complémentaires qui sont soumises aux règles procédurales de la Partie générale²². Aussi, la procédure en cas de litige portant sur le financement résiduel des coûts des soins suit les règles de procédure de la LPGa (en particulier les art. 56 ss LPGa) lorsque le législateur cantonal n'a pas adopté de réglementation ou de réglementation différente ou encore lorsqu'aucune indication quant à la procédure applicable ne peut être tirée des travaux préparatoires de la législation cantonale ou des normes de procédure cantonale pertinentes²³.
- 31** Dès lors que l'art. 1 al. 2 let. d LAMal exclut l'application de la Partie générale aux litiges entre deux assureurs-maladie obligatoire, le droit de l'un de demander à l'autre le remboursement de prestations indûment versées à un assuré (en raison d'une double assurance) se fonde sur l'art. 62 CO et non sur l'art. 25 al. 1 LPGa²⁴. Cette disposition n'est pas non plus applicable à la restitution de montants obtenus à tort à titre de réductions de primes en vertu des art. 65 ss LAMal, respectivement à la remise de l'obligation de restituer y relative, compte tenu de l'exclusion de l'application de la LPGa prévue par l'art. 1 al. 2 let. c LAMal en matière de réductions de primes. Tout au plus, l'art. 25 LPGa peut-il trouver application de manière indirecte – en vertu d'un renvoi du droit cantonal – en tant que droit cantonal subsidiaire²⁵.
- 32** L'obligation de l'assureur-maladie social de verser des intérêts moratoires au fournisseur de prestations ne peut pas se déduire de l'art. 26 al. 2 LPGa, qui concerne la relation d'assurance et non la prétention du fournisseur de prestations²⁶; cette obligation est étroitement liée à la convention tarifaire entre celui-ci et l'assureur-maladie, de sorte que l'art. 1 al. 2 let. b LAMal empêche également l'application des règles de la LPGa. Elle nécessite en règle générale un fondement dans la convention tarifaire²⁷.
- 33** Toujours selon la lettre claire de l'art. 1 al. 2 let. b LAMal, un litige relatif à des tarifs est exclu du champ d'application de la LPGa: tel est le cas lorsqu'est en cause non pas une

21 ATF 130 V 215, c. 5 et 6.3.

22 ATF 138 V 377, c. 5.5: la question de savoir si les cantons disposent de la compétence de régler la procédure dans le domaine du financement résiduel des coûts des soins a été laissée ouverte.

23 ATF 140 V 58.

24 ATF 138 V 426.

25 TF, 7.3.2008, 9C_549/2007, c. 2.1.

26 TFA, 15.11.2006, K 4/06, c. 2.2.

27 ATF 139 V 82, c. 3.2.3.

prétention fondée sur un cas concret de prestations mais la future pratique du canton lors de la reconnaissance de créances d'un fournisseur de prestations (décision d'un département de la santé publique cantonal relative à «l'étendue de la participation financière de traitements extra-cantonaux»). Le point de savoir quelle autorité judiciaire est compétente en la matière relève donc exclusivement du droit cantonal²⁸.

5. LAA

Les domaines réglés par la LAA qui sont exclus du champ d'application de la LPGA concernent également des secteurs qui n'ont pas trait aux rapports entre l'assureur-accidents et les personnes assurées ou les employeurs. Conformément à l'art. 1 al. 2 let. a à d LAA, il s'agit du droit régissant les activités dans le domaine médical et les tarifs (art. 53 à 57 LAA) – y compris la procédure devant le tribunal arbitral compétent pour connaître des litiges entre les assureurs et les fournisseurs de prestations –, des activités accessoires (art. 67a LAA) de la CNA²⁹, de l'enregistrement des assureurs-accidents (art. 68 LAA) et de la procédure régissant les contestations pécuniaires entre assureurs (art. 78a LAA). 34

L'exclusion de l'enregistrement des assureurs-accidents ne peut se rapporter qu'au second alinéa de l'art. 68 LAA sur l'inscription des assureurs dans le registre tenu par l'Office fédéral de la santé publique. Le premier alinéa concerne l'obligation des personnes que la CNA n'a pas la compétence d'assurer d'être assurées auprès d'un autre assureur-accidents admis à pratiquer l'assurance; les modalités relatives à cette assurance entrent dans le champ d'application de la Partie générale, à l'inverse de l'inscription des assureurs énumérés par la disposition audit registre. 35

6. LAM

En vertu de l'art. 1 al. 2 LAM, seuls le droit médical et les tarifs (art. 22 à 27 LAM) ne sont pas soumis à la LPGA. 36

7. LAPG

Aucune dérogation globale n'est prévue par la LAPG (art. 1 LAPG), qui n'a pas à traiter de rapports entre l'assureur social et un fournisseur de prestations. 37

8. LFA

La LPGA s'applique en principe sans réserve à la LFA (art. 1 LFA). Initialement, une telle application n'avait pas été voulue par la Commission du Conseil des Etats, selon laquelle le système des allocations familiales dans l'agriculture, qualifié de «marginal», ne présentait pas une connexité suffisante avec les autres assurances sociales de la Confédération pour le subordonner sans restriction à la Partie générale; l'avis contraire du Conseil fédéral, puis celui de la Commission du Conseil national l'emportèrent finalement³⁰. 38

28 TF, 4.2.2014, 9C_905/2013, c. 3.1.

29 La let. a^{bis} de l'art. 1 al. 2 LAA relative aux activités accessoires de la CNA a été introduite au 1^{er} janvier 2017 (Modification du 25 septembre 2015 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents [Organisation et activités accessoires de la CNA]; RO 2016 4941, 4945). Il s'agit d'activités que la CNA est autorisée à exercer à titre accessoire en plus de celles qui lui incombent en vertu de la LAA et qui ont trait p.ex. à la gestion de cliniques de réadaptation.

30 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 238 ss; Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 905; Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4187.

9. LAFam

- 39 Une dérogation à l'application de la Partie générale n'est prévue qu'en ce qui concerne les art. 76 al. 2 (compétence du Conseil fédéral en matière de surveillance de l'assureur social) et 78 LPGA (responsabilité des assureurs sociaux), qui «ne sont pas applicables» (art. 1, 2^e phrase, LAFam). Elle s'explique par la volonté du législateur de soumettre la surveillance des caisses de compensation pour allocations familiales à la compétence des cantons, mais en maintenant cependant la compétence du Conseil fédéral pour surveiller la mise en œuvre de l'assurance [art. 76 al. 1 LPGA]³¹.

10. LACI

- 40 L'art. 1 LACI prévoit l'application générale de la LPGA au domaine de l'assurance-chômage obligatoire et à l'indemnité en cas d'insolvabilité (al. 1), sous trois réserves (al. 2 et 3). La première concerne l'institution de la réduction et du refus de prestations prévue par l'art. 21 LPGA, puisque l'assurance-chômage prévoit son propre régime de suspension du droit à l'indemnité de chômage soumis à des conditions différentes (art. 30 LACI). La deuxième a pour objet l'extinction du droit à des prestations, le délai de péremption de cinq ans prévu par l'art. 24 al. 1 LPGA n'étant pas applicable: la LACI prévoit en effet un délai sensiblement plus court pour différentes indemnités (de chômage [art. 20 al. 3 LACI], en cas de réduction de l'horaire de travail [art. 38 al. 1 LACI], en cas d'intempéries [art. 47 al. 1 LACI] et en cas d'insolvabilité de l'employeur [art. 53 al. 3 LACI])³².
- 41 Troisièmement – comme en matière d'assurance-vieillesse et survivants et d'assurance-invalidité –, le domaine des subventions pour les mesures collectives relatives au marché du travail est également soustrait à la Partie générale, à l'exception des art. 32 et 33 LPGA sur l'assistance administrative et l'obligation de garder le secret (art. 1 al. 3 LACI)³³.

31 Cf. BO CE 2005 714.

32 FF 2002 763, 786.

33 TF, 8.6.2010, 8C_1078/2009, c. 4.1 (un recours dans ce domaine devant être porté devant le TAF et non le tribunal cantonal des assurances, les art. 56 ss LPGA n'étant pas applicables).

Chapitre 2: Définitions de notions générales

Art. 3

Maladie	<p>¹ Est réputée maladie toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail.</p> <p>² Est réputée infirmité congénitale toute maladie présente à la naissance accomplie de l'enfant.</p>
Krankheit	<p>¹ Krankheit ist jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.</p> <p>² Als Geburtsgebrechen gelten diejenigen Krankheiten, die bei vollendeter Geburt bestehen.</p>
Malattia	<p>¹ È considerata malattia qualsiasi danno alla salute fisica, mentale o psichica che non sia la conseguenza di un infortunio e che richieda un esame o una cura medica oppure provochi un'incapacità al lavoro.</p> <p>² Sono considerate infermità congenite le malattie presenti a nascita avvenuta.</p>

Plan

	N
I. Introduction	1
II. La maladie (al. 1)	4
A. Généralités	4
B. Les éléments constitutifs	11
III. L'infirmité congénitale (al. 2)	34
A. Généralités	34
B. Les éléments constitutifs	36

Bibliographie

AERNI PETER, Der Krankheitsbegriff in der schweizerischen Sozial- und Privatversicherung, Genève 1950; BAER ERICH, Vom Unerklärlichen zur geldwerten Leistung: Der Krankheitsbegriff zwischen Medizin und Recht, in Murer (éd.), Gesundheitsbeeinträchtigungen, 47 ss; BECK KONSTANTIN, Der Begriff der Krankheit aus gesundheitsökonomischer Sicht: oder warum man gleichzeitig ökonomisch gesund und medizinisch krank sein kann, in Gächter/Schwendener (éd.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Berne 2009, 25 ss; DUC JEAN-LOUIS, Problèmes liés à la dépendance aux drogues ou à l'alcool: Examen du point de vue des assurances-maladie et invalidité, Lausanne 1998; EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, 385 ss (cité: Krankenversicherung); GÄCHTER THOMAS/SCHWENDENER MYRIAM (éd.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Berne 2009; GERICKE GUSTAV ADOLF, Der Begriff «Krankheit» im Militär- und im Kranken- und Unfallversicherungsgesetz, Zurich 1927; JUNOD VALÉRIE, Le fumeur est-il un malade? Commentaire du jugement C-2979/2008 du Tribunal administratif fédéral, RSDS 2012 211 ss; LONGCHAMP GUY, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale, thèse Lausanne, Berne 2004; MEYER ULRICH, Krankheit als leistungsauslösender Begriff im Sozialversicherungsrecht, in Gächter/Schwendener (éd.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Berne 2009, 5 ss; PÄRLI KURT/KURATLI SANDRA, Kassenpflichtige Raucherentwöhnung für «kranke» Raucher: Urteil 9C_69/2011, BGE 137 V 295, RSDS 2013 137 ss; PERRENOUD STÉPHANIE, Dysphorie de genre et assu-

rance-maladie, Quelques considérations à la lumière de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_183/2016 du 26 juin 2016, REAS 2016 428 ss; PERRENOUD STÉPHANIE, La stérilité est-elle une maladie? Quelques considérations à la lumière de l'ATF 142 V 249, RSAS 2017 97 ss; PERRENOUD STÉPHANIE/GOLAY GILLIAN, Les interventions de chirurgie mammaire sous l'angle de l'assurance-maladie obligatoire, CHSS 2012 239 ss; PFIFFNER RAUBER BRIGITTE, Das Recht auf Krankheitsbehandlung und Pflege: zum Behandlungsanspruch von Krankenversicherten im Rahmen der Wirtschaftlichkeit unter besonderer Berücksichtigung der Langzeitpflege, Zurich 2003; SCHULER CONSTANTIN, Medizin im Dienste des Rechts: Ärztliche Dienste von eidgenössischen Sozialversicherungen, in *Le droit des assurances sociales en mutation: Mélanges pour le 75^e anniversaire du Tribunal fédéral des assurances*, Berne 1992, 183 ss; SCHWENDENER MYRIAM, Krankheit und Recht: der Krankheitsbegriff im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Bâle 2008; STAUB GONZALES CATHERINE, Les notions de maladie et d'accident, *Questions de droit* 2003 7 ss; TRAUB ANDREAS, Krankheitswert und Behandlungsbedürftigkeit: Rechtsprechungsübersicht, in *Gächter/Schwendener (éd.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff*, Berne 2009, 47 ss; UEBERSCHLAG JAKOB, Juristische Definitionen sozialversicherungsrechtlich relevanter Begriffe, in *Riemer-Kafka (éd.), Medizinische Gutachten: Tagungsband*, Zurich/Bâle/Genève 2005, 113 ss; VONTOBEL JÜRIG, Behandlungsbedürftigkeit und Krankheitswert als Leistungsvoraussetzung aus Sicht des Krankenversicherers, in *Gächter/Schwendener (éd.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff*, Berne 2009, 85 ss; WAGNER PIERRE, Les définitions de la maladie, de l'accident et de la maternité (contribution à l'étude de l'article 2 LAMal), in *Duc (éd.), LAMal – KVG, Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances: à l'occasion de son Assemblée générale du 5 septembre 1997 à Lausanne*, Lausanne 1997, 85 ss.

I. Introduction

- 1 L'art. 3 LPGA définit les notions de maladie (al. 1) et d'infirmité congénitale (al. 2).
- 2 La **définition de la maladie**, d'abord œuvre de la jurisprudence¹, a été ancrée dans la loi lors de l'entrée en vigueur de la LAMal, le 1^{er} janvier 1996 (art. 2 al. 1 LAMal²); avec effet au 1^{er} janvier 2003, l'art. 3 al. 1 LPGA s'est substitué à l'art. 2 al. 1 LAMal, sans en modifier la teneur³. La 4^e révision de la LAI, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004, a élargi la définition de la maladie figurant à l'art. 3 al. 1 LPGA, puisque cette éventualité englobe, depuis lors, en sus des atteintes à la santé physique ou mentale, également les atteintes à la santé psychique⁴.
- 3 La **définition de l'infirmité congénitale**, qui figure à l'art. 3 al. 2 LPGA, est quant à elle issue de l'art. 1 OIC⁵.

1 Le TFA définissait la maladie comme «toute atteinte dommageable à la santé physique ou psychique qui n'est pas due à un accident ou à ses conséquences directes». Cf., parmi d'autres, ATF 118 V 107, c. 1a; ATF 116 V 239, c. 3a; ATF 114 V 162, c. 1a; ATF 113 V 42, c. 3a; ATF 111 V 229, c. 1a; ATF 105 V 180, c. 1a; ATF 101 V 68, c. 2; ATF 98 V 144, c. 3; ATF 97 V 1, c. 1b.

2 Cf. art. 2 al. 1 LAMal, dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier 1996 au 31 décembre 2002: «Par maladie, on entend toute atteinte à la santé physique ou mentale qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail» (RO 1995 1328).

3 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4189.

4 Modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 21 mars 2003, RO 2003 3837. Cf. également TFA, 3.11.2006, I 257/06, c. 3.2; TFA, 24.7.2006, I 116/06, c. 4.1; TFA, 28.2.2005, I 380/04, c. 3.2.

5 Cf., p.ex., TFA, 3.5.2004, I 756/03, c. 2.

II. La maladie (al. 1)

A. Généralités

L'art. 3 al. 1 LPGA définit la maladie comme «toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique, qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail». 4

En matière d'assurances sociales, la maladie est **une notion juridique, de nature fonctionnelle**. Les notions de santé et de maladie ne sont pas définies, l'art. 3 al. 1 LPGA se limitant à indiquer les caractéristiques qu'un état de fait doit présenter pour pouvoir être considéré en tant que cas d'assurance («*Versicherungsfall*»), c'est-à-dire comme le «**risque social maladie**» («*als soziales Risiko* **Krankheit**»), dont la survenance ouvre le droit aux prestations d'assurance («*Der sozialversicherungsrechtliche Krankheitsbegriff ist also leistungsbezogen*») ⁶. Savoir s'il existe une maladie au sens juridique dépend donc des circonstances du cas d'espèce ⁷, puisqu'il s'agit de déterminer si l'atteinte à la santé «exige un examen ou un traitement médical» ou «provoque une incapacité de travail» (art. 3 al. 1 LPGA). Dans le cadre des mesures de prévention remboursées par l'assurance-maladie obligatoire (cf. art. 26 LAMal, art. 12-12e OPAS), la notion de maladie (art. 3 al. 1 LPGA) revêt toutefois une acception plus large car cette éventualité permet de prétendre à des prestations, même en l'absence d'atteinte à la santé et de nécessité d'un examen ou d'un traitement médical ⁸. 5

Définie en tant qu'«atteinte à la santé», la maladie est une notion dont la signification dépend étroitement de la définition de la santé; pour cerner la substance de la maladie, il convient en effet, au préalable, de délimiter ce que recouvre le terme de «santé» ⁹. 6

Dans le domaine médical, la santé se définit en tant qu'«état normal des fonctions organiques et psychiques», c'est-à-dire en tant qu'absence de maladie, celle-ci englobant «toute altération de l'état de santé se traduisant habituellement de façon subjective par des sensations anormales» ¹⁰. Il s'agit d'une **définition négative de la santé**. 7

L'Organisation mondiale de la santé (OMS), à l'inverse, consacre une **définition positive de la santé**, puisqu'elle emploie ce terme pour qualifier un «état de complet bien-être physique, mental et social», lequel «ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité» ¹¹. 8

6 SCHWENDENER, 1, 68-70 et 88-92. Cf. aussi LONGCHAMP, 105-106 et n. 221: la maladie «n'est jamais définie en tant que telle, mais uniquement en tant que caractéristique d'un état de fait auquel sont rattachées certaines conséquences juridiques»; la maladie «n'est en effet qu'une des conditions légales de l'octroi des prestations sociales»; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 3 N 6-7; LOCHER/GÄCHTER, § 6 N 2.

7 Cf., p.ex., ATF 121 V 302, c. 3; ATF 121 V 289, c. 2b; ATF 116 V 239, c. 3a.

8 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 3 N 7 et 29.

9 Concernant les définitions des concepts de santé et de maladie, cf., p.ex., GUILLOD OLIVIER/SPRUMONT DOMINIQUE, Le droit à la santé: un droit en émergence, in Zen-Ruffinen/Auer (éd.), De la constitution: études en l'honneur de Jean-François Aubert, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996, 337 ss, 338-340; SCHWENDENER, 3-70.

10 Dictionnaire médical, sous la coordination de Jacques Quevauvilliers, 4^e éd., Masson, Paris 2004, ad «maladie» et «santé».

11 Cf. Préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé, signée à New York le 22 juillet 1946, approuvée par l'Assemblée fédérale le 19 décembre 1946 et entrée en vigueur pour la Suisse le 7 avril 1948, RS 0.810.1.

- 9 Le **droit suisse des assurances sociales** a opté pour une **définition négative de la santé**, cette dernière se définissant en tant qu'absence d'atteinte à la santé, c'est-à-dire en tant qu'absence de maladie (cf. art. 3 al. 1 LPGA); dans cette perspective, une atteinte au bien-être ne constitue pas une atteinte à la santé et n'entre dès lors pas dans la notion juridique de la maladie¹².
- 10 La **définition juridique de la maladie** (art. 3 al. 1 LPGA) «ne se recoupe pas nécessairement avec la **définition médicale de la maladie**»¹³. Juristes et professionnels de la santé appréhendent, en effet, la maladie selon des approches différentes: alors que les premiers suivent une approche déductive (application d'une règle générale et abstraite définissant la maladie à un cas concret), les seconds procèdent de la manière inverse, selon une méthode inductive (le diagnostic de la maladie est posé sur la base des particularités du cas d'espèce)¹⁴. Dans la mesure où les assurances sociales sont destinées à protéger les individus contre les conséquences économiques (frais médicaux, perte de gain, p.ex.) de certaines éventualités engendrant un besoin de protection, par le versement de prestations de nature économique, seule la maladie qui nécessite un examen ou un traitement médical ou qui entraîne une incapacité de travail, permet de prétendre à des prestations sociales. Ainsi, pour le juriste, il suffit que l'atteinte à la santé ait valeur juridique de maladie (ce qui est le cas lorsqu'elle «exige un examen ou un traitement médical» ou «provoque une incapacité de travail»; cf. art. 3 al. 1 LPGA); les conséquences de l'atteinte à la santé importent donc plus que la cause de celle-ci (le diagnostic précis de la maladie dont souffre effectivement l'assuré n'a pas d'importance; il s'agit là d'une question d'ordre médical, dont la réponse appartient au médecin, et non au juriste)¹⁵.

B. Les éléments constitutifs

- 11 Pour correspondre à la définition juridique de la maladie (art. 3 al. 1 LPGA), un état de fait doit présenter, cumulativement¹⁶, trois caractéristiques: il doit s'agir d'une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique (**élément médical**), qui n'est pas imputable à un accident (**élément négatif**) et qui revêt une certaine intensité, un certain degré de gravité, puisqu'elle doit nécessiter objectivement un examen ou un traitement médical ou provoquer une incapacité de travail (**élément fonctionnel**). Le droit des assurances sociales donne ainsi une définition plus étroite de la maladie que les sciences médicales¹⁷.

1. Un élément médical: une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique

- 12 En tant qu'«**atteinte à la santé physique, mentale ou psychique**» (art. 3 al. 1 LPGA), la maladie constitue en tant que telle un dommage corporel, mental ou psychique et engendre des conséquences économiques dommageables (frais médicaux ou perte de gain).
- 13 L'atteinte à la santé se caractérise par **l'apparition d'un trouble**, c'est-à-dire d'un «état physique, psychique ou mental qui s'écarte de la norme», d'une «altération de la santé»,

¹² Cf., p.ex., TFA, 3.11.2005, K 92/05, c. 2.2.2.

¹³ Cf., p.ex., TF, 6.12.2010, 9C_465/2010, c. 4.1; ATF 130 V 288, c. 3.1; ATF 130 V 284, c. 3; ATF 124 V 118, c. 3b; ATF 116 V 239, c. 3a; ATF 114 V 153, c. 2a; ATF 114 V 162, c. 1a; ATF 113 V 42, c. 3a.

¹⁴ SCHULER, 189; SCHWENDENER, 8 et 71-72.

¹⁵ SCHULER, 187-188.

¹⁶ TFA, 17.4.2007, K 92/06, c. 2.2; TFA, 3.11.2005, K 92/05, c. 2.4.

¹⁷ LOCHER/GÄCHTER, § 6 N 3.

d'un «dysfonctionnement du corps humain»¹⁸. Une atteinte au bien-être ne constitue donc pas une maladie au sens juridique du terme (N 9).

En droit des assurances sociales, la définition de l'atteinte à la santé est commune aux notions de maladie (art. 3 al. 1 LPGa), d'infirmité congénitale (art. 3 al. 2 LPGa), d'accident (art. 4 LPGa), d'incapacité de travail (art. 6 LPGa), d'incapacité de gain (art. 7 LPGa) et d'invalidité (art. 8 LPGa). L'atteinte à la santé qui caractérise l'impotence (art. 9 LPGa) revêt, en revanche, une signification différente (art. 9 N 7)¹⁹. 14

En sus des **atteintes effectives à la santé**, la maladie (art. 3 al. 1 LPGa) englobe également la **menace concrète d'une atteinte à la santé ou de la péjoration d'une atteinte à la santé existante**, à la condition, toutefois, qu'il y ait effectivement un état morbide²⁰. Ainsi, une appendicectomie (ablation de l'appendice) doit être prise en charge en cas d'inflammations répétées, voire en cas de suspicion d'inflammations; cette intervention ne sera, en revanche, pas remboursée par l'assurance-maladie obligatoire si elle est pratiquée dans un but purement préventif sur une personne qui, par exemple, projette d'effectuer un séjour dans une région où l'assistance médicale n'est pas assurée²¹. Dans le même sens, une stérilisation constitue une mesure médicale à la charge de l'assurance obligatoire des soins lorsqu'elle est «pratiquée au cours du traitement médical d'une patiente en âge de procréer, [...] dans les cas où une grossesse mettrait la vie de l'assurée en danger ou affecterait vraisemblablement sa santé de manière durable, à cause d'un état pathologique vraisemblablement permanent ou d'une anomalie physique, et si d'autres méthodes de contraception ne sont pas possibles pour des raisons médicales (au sens large)» (ch. 3 de l'Annexe 1 à l'OPAS)²². Selon cette conception, une personne prédisposée génétiquement à développer une maladie doit être reconnue comme bien portante aussi longtemps que les premiers symptômes de la maladie ne se sont pas manifestés²³. Un séropositif est cependant réputé être malade dès le moment où il a été infecté par le virus de l'immunodéficience humaine (HIV), c'est-à-dire avant même l'apparition des premiers symptômes du SIDA²⁴. 15

L'assurance-maladie rembourse également le coût de certaines mesures de prévention, bien qu'il n'y ait ni atteinte effective à la santé, ni nécessairement de menace concrète d'une telle atteinte (N 5). Le but de ces mesures, qui font l'objet d'une liste exhaustive et ne sont remboursées qu'à certaines conditions bien précises (cf. art. 26 LAMal, art. 12-12e OPAS), consiste à éviter l'apparition de maladies. 16

18 TF, 6.12.2010, 9C_465/2010, c. 4.1; ATF 134 V 83, c. 3.1; ATF 129 V 32, c. 4.2.1.

19 L'atteinte à la santé propre à l'impotence ne procède pas nécessairement d'une cause pathologique, puisqu'elle peut, en particulier, être due à l'âge. L'impotence d'un nouveau-né en bonne santé n'est par exemple pas une maladie (ATF 125 V 8, c. 4c); il en va de même d'une diminution des capacités liée au vieillissement (l'impotence due à l'âge n'est une maladie que lorsqu'elle entraîne une dépendance de soins au sens de l'art. 7 al. 2 let. c OPAS). Sur ce point, cf. ETLIN ROBERT, Die Hilflosigkeit als versichertes Risiko in der Sozialversicherung: unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Fribourg 1998, 92-100; EUGSTER, Krankenversicherung, N 288 et 299, 493 et 495-496.

20 ATF 124 V 118, c. 6b; ATF 118 V 107, c. 7c; ATF 112 V 303, c. 1a.

21 ATF 112 V 303, c. 1a.

22 Cf. également TFA, 26.6.1998, RAMA 1998 K n° 992 390 ss; TFA, 14.1.1986, c. 2c, RAMA K n° 681 235 ss; TFA, 5.7.1985, c. 3, RAMA 1985 K n° 653 296 ss; RAMA 1980 265; RAMA 1972 195 s.

23 Cf. EUGSTER, Krankenversicherung, N 295, 298, 353, 356 et 359, 495 et 514-515.

24 ATF 124 V 118, c. 5-7; ATF 116 V 239, c. 3.

a) Les notions de santé «physique», «mentale» et «psychique»

17 La présence d'une maladie au sens juridique du terme suppose que la personne soit atteinte dans sa santé physique, mentale ou psychique. Une **atteinte matérielle au corps** (troubles de la fertilité, fausse couche, cancer, impotence due à l'âge lorsque celle-ci entraîne une dépendance de soins, etc.), ou **aux facultés intellectuelles** (maladies mentales et retards graves du développement, p.ex.) ou **émotionnelles et cognitives** (dépression névrotique ou réactionnelle²⁵, anorexie nerveuse et boulimie²⁶, transsexualisme vrai²⁷, alcoolisme²⁸, dépendance à la nicotine²⁹ ou toxicomanie³⁰, etc.) doit donc être constatée. Lorsque tel est le cas, encore faut-il que l'atteinte à la santé entraîne la nécessité d'un examen ou d'un traitement médical ou qu'elle provoque une incapacité de travail pour que l'événement entre dans la définition de la maladie donnée par l'art. 3 al. 1 LPGA (N 20-29).

b) La présence d'un phénomène pathologique à l'origine de l'atteinte

18 Pour être qualifiable de maladie (art. 3 al. 1 LPGA), l'origine de l'atteinte à la santé doit résider dans un **phénomène pathologique**³¹. Les phénomènes physiologiques naturels³², les difficultés d'apprentissage³³, les défauts esthétiques naturels ou encore les atteintes à la santé consécutives à des prestations non obligatoires ne répondent donc pas à la définition juridique de la maladie. Les imperfections esthétiques d'une partie du corps dans le cadre de son développement naturel («*natürliche Schönheitsfehler*»), soit les **défauts esthétiques sans aucun rapport avec un processus morbide**, «qui relèvent de la chirurgie esthétique où le but principal de l'intervention est de rendre une partie du corps plus belle ou plus conforme aux mensurations idéales», ne sont pas des maladies au sens de

25 Tel est le cas, p.ex., d'un état dépressif réactionnel à une grossesse (TFA, 11.8.1977, c. 2b, RAMA 1977 n° 298 167 ss) ou d'une dépression consécutive à des difficultés d'ordre familial (TFA, 14.1.1991, RAMA K n° 863 73 ss; TFA, 7.11.1983, c. 2, RAMA 1984 K n° 591 197 ss) ou à des défauts esthétiques (ATF 129 V 167, c. 2: cicatrices au visage consécutives à de l'acné chronique). Cf. également TFA, 22.9.1987, RAMA 1988 K n° 756 18 ss.

26 ATF 124 V 351, c. 2a.

27 Cf., parmi d'autres, ATF 114 V 153, c. 2b: la dysphorie de genre (ou transsexualisme vrai) est un «phénomène pathologique auquel il convient d'attribuer le caractère de maladie».

28 ATF 101 V 77, c. 1a; TFA, 19.3.1969, c. b; ATFA 1969 n° 2, 11-14.

29 ATF 137 V 295.

30 TFA, 16.11.1990, RAMA 1991 K n° 856 21 ss. Concernant l'héroïnomanie en particulier, cf. TFA, 17.2.1995, RAMA 1995 K n° 962 71 ss; TFA, 11.2.1993, RAMA 1993 K n° 910 42 ss; ATF 118 V 107, c. 1b.

31 Cf., p.ex., TFA, 2.2.2006, K 132/04, c. 2.1; ATF 121 V 302, c. 3; ATF 121 V 289, c. 2b; ATF 116 V 239, c. 3a; ATF 116 IV 125, c. 2a; ATF 105 V 180, c. 1a; ATF 101 V 68, c. 2.

32 Les phénomènes physiologiques naturels (ou «phénomènes du processus vital ordinaire»; TFA, 17.4.1972, c. 2, RAMA 1972 n° 132 121 ss) englobent, notamment, le vieillissement, la grossesse qui se déroule normalement (cf., p.ex., ATF 127 V 268, c. 3a), la naissance d'un enfant en bonne santé (cf. ATF 125 V 8, c. 4c), l'accouchement et la convalescence *post partum*, ainsi que la menstruation ou la ménopause en tant que telles (cf. TFA, 26.5.1983, c. 2b-c, RAMA 1984 K n° 562 10 ss), ou encore une baisse de la fertilité et des dysfonctionnements de l'érection dus à l'âge (ATF 129 V 32, c. 4.2.3).

33 Si la dyslexie (difficulté d'apprentissage du langage écrit, survenant en l'absence de tout handicap sensoriel ou mental) n'est pas une maladie au sens juridique du terme, les troubles du langage et de la parole (bégaiement, mutité, surdimutité), de même que les troubles de la vue sont, en revanche, considérés comme des maladies donnant droit à des prestations (cf. art. 10-11 OPAS et ch. 6-7 Annexe 1 à l'OPAS; cf. aussi TFA, 11.4.2005, K 143/04).

l'art. 3 al. 1 LPGA³⁴. Il ne s'agit pas d'atteintes à la santé, mais d'atteintes au bien-être³⁵. Faute de pouvoir être imputés à un processus pathologique, des oreilles décollées, un nez disgracieux, une calvitie ou encore une poitrine qui ne correspond pas à un idéal de beauté, ne relèvent généralement pas de la maladie³⁶. Seuls les **défauts esthétiques naturels qui s'écartent considérablement de la norme** (défauts «tout à fait hors du commun» qui ont le caractère d'une maladie ou qui entraînent des troubles ayant valeur de maladie) entrent dans la définition juridique de la maladie³⁷. Tel est le cas, par exemple, d'une hypertrophie, d'une hyperplasie, d'une asymétrie ou encore d'une dysplasie mammaire lorsque cette altération de la santé est à l'origine de troubles physiques ou psychiques ayant eux-mêmes valeur de maladie au sens juridique du terme³⁸; il en va de même d'oreilles décollées lorsqu'un rapport de causalité avec d'autres troubles organiques, psychiques ou psychosomatiques ayant valeur de maladie est «grandement vraisemblable»³⁹. A l'inverse, des lipodèmes sur les cuisses ne constituent pas une maladie au sens juridique du terme; ni l'ablation chirurgicale de ceux-ci au moyen d'une liposuction, ni les séances de physiothérapie sous forme de drainage lymphatique consécutives à l'intervention ne doivent dès lors être prises en charge par l'assurance obligatoire des soins⁴⁰. Le fait que le patient souffre moralement d'un défaut esthétique ou qu'il développe un complexe ne suffit toutefois pas pour conclure à l'existence d'une atteinte psychique ayant valeur de maladie⁴¹. De même, lorsqu'un assuré recourt à des mesures médicales non prises en charge par l'assurance-maladie (mesures que l'assuré finance lui-même, telles des interventions de chirurgie esthétique ou une fécondation in vitro), les traitements préliminaires et/ou consécutifs à celles-ci, de même que les complications qui peuvent survenir, ne sont en principe pas à la charge de l'assurance-maladie obligatoire. Seul un dommage propre du point de vue diagnostique ou thérapeutique est de nature à fonder l'obligation de l'assurance-maladie obligatoire d'accorder des prestations⁴². Cette dernière est, par exemple, tenue de prendre en charge l'extraction de prothèses mammaires, qui avaient été posées pour des raisons esthétiques, suite au développement de kystes⁴³, ou le traitement médical du syndrome de l'hyperstimulation, qui se manifeste dans environ 1 % des cas de traitements au moyen de la fécondation in vitro⁴⁴.

c) L'incidence de la responsabilité individuelle

Dès qu'une atteinte à la santé nécessite un examen ou un traitement médical (N 21-25) ou provoque une incapacité de travail (N 26-29), elle a valeur de maladie au sens juridique du terme. Une fois écartée l'existence d'un lien de causalité avec un accident (N 30-33),

19

34 Cf., p.ex., TFA, 2.2.2006, K 132/04, c. 2.2; TFA, 17.8.2005, K 4/04, c. 2 et 5.1; ATF 111 V 229, c. 1a.

35 Cf., p.ex., TFA, 3.11.2005, K 92/05, c. 2.2.2.

36 Cf., p.ex., TFA, 2.2.2006, K 132/04, c. 2.2.

37 Cf. TFA, 17.8.2005, K 4/04, c. 2.3 et 5.1.

38 Cf. ATF 130 V 299.

39 Cf. TFA, 2.2.2006, K 132/04, c. 2.2.

40 Ce n'est que si l'intervention avait poursuivi un but thérapeutique (traiter une pathologie du système veineux, p.ex.), que le traitement en cause aurait pu donner lieu à une prise en charge par l'assurance-maladie obligatoire. Cf. TF, 14.4.2016, 9C_890/2015.

41 Cf. TFA, 24.11.1993, c. 3e, RAMA 1994 n°931 55 ss. Cf. aussi, p.ex., TFA, 2.2.2006, K 132/04, c. 4; TFA, 17.1.2006, K 135/04, c. 2.2; TFA, 22.6.2005, K 50/05, c. 3.1.2; ATF 121 V 211, c. 6b; ATF 121 V 119, c. 3b.

42 Cf. TFA, 17.7.1999, c. 3b, RAMA KV n°91 457 ss.

43 Cf. TFA, 8.2.2000, K 50/99; TFA, 3.4.1997, RAMA 1997 K n°987 289 ss.

44 Cf. TFA, 17.7.1999, c. 4, RAMA KV n°91 457 ss.

la cause de l'atteinte à la santé au sens de l'art. 3 al. 1 LPGA n'a donc pas d'importance et l'assuré n'est pas tenu d'apporter la preuve de la cause de sa maladie⁴⁵. Le fait que l'atteinte à la santé soit consécutive à un comportement de l'assuré est ainsi sans incidence. Les **atteintes volontaires à la santé** (automutilations et conséquences d'une tentative ratée de suicide) sont dès lors des maladies. Si la responsabilité individuelle ne joue actuellement pas de rôle pour admettre la présence d'une maladie au sens juridique du terme, ce principe se retrouve parfois la cible d'attaques, comme en attestent différentes tentatives visant à limiter le droit à des prestations de l'assurance-maladie obligatoire lorsque l'atteinte à la santé est due à une faute ou à un comportement de l'assuré, prônant ainsi la fixation de limites à la solidarité⁴⁶.

2. *Un élément fonctionnel: la nécessité d'un examen ou d'un traitement médical, respectivement la présence d'une incapacité de travail*

20 Pour répondre à la définition juridique de la maladie, l'atteinte à la santé physique, mentale ou psychique doit **engendrer un besoin de prestations sociales**. L'atteinte doit ainsi avoir **«valeur de maladie»** («*Krankheitswert*»), c'est-à-dire atteindre une certaine ampleur ou intensité, qui nécessite objectivement un examen ou un traitement médical («*Untersuchungs- und Behandlungsbedürftigkeit*») ou qui provoque une incapacité de travail⁴⁷. La **nécessité d'un examen ou d'un traitement médical**, respectivement l'**existence d'une incapacité de travail** en tant que conséquence de la maladie, constitue ainsi l'élément fonctionnel de la notion juridique de maladie («*leistungsbezogene Komponente*»)⁴⁸. Alors que l'atteinte à la santé qui exige un examen ou un traitement médical ouvre le droit aux prestations de l'assurance-maladie obligatoire des soins (cf. art. 3-66a LAMal), l'atteinte à la santé qui provoque une incapacité de travail représente la cause nécessaire à l'octroi des prestations de l'assurance-maladie facultative d'indemnités journalières (cf. art. 67-77 LAMal). L'élément fonctionnel propre à la notion de maladie repose ainsi sur deux critères alternatifs, qui **ouvrent le droit** à des prestations différentes.

a) La nécessité d'un examen ou d'un traitement médical

21 La nécessité d'un examen ou d'un traitement médical est une **question de fait**, qui doit être appréciée sur la base de **critères objectifs d'ordre médical** (il incombe au médecin

⁴⁵ TF, 10.11.2000, 4C.230/2000, c. 3.

⁴⁶ Motion «Complications consécutives à une intervention de chirurgie esthétique. Supprimer l'obligation de prise en charge par l'assurance-maladie de base» (Mo. 12.3246; Ruth Humbel) déposée le 15 mars 2012, adoptée par le Conseil national le 11 septembre 2013 et rejetée par le Conseil des Etats le 13 juin 2014 (BO CN 2013, 1344, BO CE 2014, 553-555); Initiative parlementaire «Coma éthylique. Aux personnes en cause de payer les frais des séjours hospitaliers et en cellule de dégrisement!» (Iv. pa. 10.431; Toni Bortoluzzi), déposée le 19 mars 2010. En date du 23 mai 2012, le Conseil fédéral a appelé au rejet de la motion Humbel, rappelant que, pour la notion juridique de la maladie (art. 3 al. 1 LPGA), la cause de l'atteinte à la santé n'a aucune importance dans la mesure où un lien de causalité avec un accident peut être exclu et qu'une faute de l'assuré demeure sans effet sur l'étendue des prestations de l'assurance-maladie obligatoire. Dans le même sens, en date du 1^{er} juillet 2015, le Conseil fédéral a proposé de ne pas entrer en matière sur le projet du 27 juin 2014 présenté par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national à la suite du dépôt de l'initiative parlementaire Bortoluzzi (cf. Rapport du Conseil fédéral du 1^{er} juillet 2015 et Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 17 avril 2015, FF 2015 5377 et FF 2015 3709).

⁴⁷ Cf., p.ex., TF, 16.5.2011, 9C_179/2011, c. 2.2; ATF 124 V 118, c. 5; ATF 121 V 289, c. 6b; ATF 121 V 211, c. 4; ATF 116 V 239, c. 3c.bb; ATF 114 V 162, c. 1b; ATF 105 V 180, c. 1b.

⁴⁸ EUGSTER, KVG, art. 1 N 15.

de déterminer de quelle maladie souffre l'assuré et de prescrire le traitement approprié), de sorte que cette nécessité ne saurait être admise sur la base des seules considérations subjectives de l'assuré (sentiment subjectif de malaise, «*Sichkrankfühlen*») ⁴⁹. L'assuré qui consulte un médecin parce qu'il croit être malade, alors que tel n'est pas le cas (le médecin le déclare exempt de tout symptôme sur le plan objectif), cesse ainsi d'être considéré comme malade au sens juridique du terme dès le moment où le diagnostic est posé, si bien que seules les mesures médicales ayant permis la pose du diagnostic – première consultation – doivent être prises en charge par l'assurance-maladie obligatoire ⁵⁰.

Il est admis qu'un examen ou un traitement médical est nécessaire lorsque «l'atteinte à la santé limite à ce point les fonctions physiques ou mentales que le patient a besoin d'un soutien médical ou que le processus de guérison n'est plus possible sans un tel appui ou du moins pas avec de réelles chances de succès, ou encore qu'on ne saurait exiger du patient qu'il vive sans avoir pu essayer au moins un type de traitement» ⁵¹, de même qu'en cas de menace concrète d'une atteinte à la santé ⁵². 22

L'atteinte à la santé qui n'exige pas d'examen ni de traitement médical n'est pas une maladie au sens de l'art. 3 al. 1 LPGa et ne saurait dès lors fonder un quelconque droit à des prestations de l'assurance obligatoire des soins; en pareille hypothèse, l'examen ou le traitement médical est réputé ne pas satisfaire à la condition d'économicité des prestations au sens de l'art. 32 LAMal ⁵³. Le seul fait de prendre de l'âge, par exemple, n'induit pas automatiquement le besoin d'un traitement; le vieillissement ne doit donc être considéré comme une maladie que lorsque l'état de santé de la personne nécessite objectivement des soins (examen ou traitement médical selon l'art. 25 al. 1 LAMal ou soins de longue durée pour patients dépendants au sens de l'art. 25a LAMal). La reconnaissance d'une maladie au sens juridique du terme dépend en outre étroitement de l'étendue du catalogue des prestations remboursées, dès lors qu'une atteinte à la santé qui nécessite une prestation non prise en charge par l'assurance-maladie sociale ne revêt pas la qualité de maladie ⁵⁴. La LAMal ne contient d'ailleurs pas de liste des différentes atteintes à la santé; elle répertorie les prestations remboursées (listes de prestations) ⁵⁵. 23

Les prestations fournies en l'absence d'atteinte à la santé (un check-up, p.ex.) ne doivent pas être prises en charge par l'assurance-maladie, étant donné qu'il n'y a pas de maladie au sens juridique du terme (absence d'atteinte effective à la santé ou de menace concrète d'une telle atteinte) et, partant, pas de nécessité d'un examen ou d'un traitement médical ⁵⁶. En pareille hypothèse, seules des mesures de prévention peuvent être remboursées, pour autant que celles-ci répondent aux critères arrêtés par les art. 26 LAMal et 12-12e OPAS. 24

49 TFA, 30.3.1994, c. 3a, RAMA 1994 n° K 942 179 ss; ATF 96 V 99.

50 Cf. EUGSTER, KVG, art. 25 N 1.

51 ATF 137 V 295, c. 4.2.2; TF, 6.12.2010, 9C_465/2010, c. 4.1; TFA, 23.5.2006, K 142/04, c. 5.2.1; TFA, 16.8.2005, K 1/05, c. 1.2.

52 TFA, 24.10.2005, K 55/05, c. 1.1. Cf. aussi EUGSTER, KVG, art. 1a N 15 et art. 25 N 2.

53 EUGSTER, KVG, art. 1a N 15.

54 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 3 N 11.

55 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 3 N 22. Seules les maladies permettant de prétendre au remboursement de conseils nutritionnels, de prestations de logopédie-orthophonie ou de soins dentaires (art. 31 al. 1 LAMal) font l'objet d'une liste (cf. art. 9b, 10 et 17-19a OPAS).

56 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 3 N 31.

- 25 Les **défauts esthétiques consécutifs à une maladie ou à un accident** peuvent avoir valeur de maladie. L'appréciation doit avoir lieu selon des critères objectifs⁵⁷. Ainsi, la présence d'une maladie est admise lorsque le préjudice esthétique revêt une certaine ampleur et affecte une partie du corps visible et particulièrement sensible sur le plan esthétique (le visage, la poitrine, p.ex.)⁵⁸ ou porte atteinte au sentiment profond de l'identité personnelle (altération d'un organe caractéristique de l'appartenance à un sexe)⁵⁹, ou encore s'il entraîne des troubles physiques ou psychiques ayant valeur de maladie (cicatrices provoquant des douleurs ou limitant sensiblement la mobilité)⁶⁰. Lorsque l'altération satisfait à l'un de ces critères, une intervention chirurgicale doit alors être prise en charge par l'assurance-maladie obligatoire⁶¹. L'implantation de prothèses mammaires à la suite de l'ablation d'un sein⁶², une intervention de chirurgie plastique et reconstructive tendant à pourvoir l'assuré(e) d'organes génitaux du sexe opposé en cas de transsexualisme vrai⁶³ ou encore la pose d'une prothèse testiculaire à la suite de l'ablation chirurgicale d'une tumeur maligne des glandes génitales⁶⁴, constituent des mesures thérapeutiques à la charge de l'assurance-maladie. Dans le même sens, une thérapie laser de cicatrices au visage dues à de l'acné chronique à la suite desquelles une assurée est devenue dépressive⁶⁵ ou un traitement d'épilation au laser d'un hirsutisme (hyperpilosité) au niveau des membres inférieurs consécutif à un dérèglement hormonal (syndrome adrénogénital avec hyperandrogénie surrénalienne) et en raison duquel une assurée a développé une phobie sociale invalidante avec état dysphorique secondaire, marqué par une humeur dépressive et une importante anxiété⁶⁶, doivent être pris en charge par l'assurance-maladie obligatoire. En revanche, ni l'élimination chirurgicale des plis du ventre après une cure d'amaigrissement (prise en charge par l'assurance-maladie obligatoire)⁶⁷, ni une intervention de reconstruction chirurgicale d'un sein demeuré sain et devenu asymétrique à la suite d'une amputation et de la reconstruction de l'autre sein qui était atteint d'une tumeur (l'apparition de troubles physiques ou psychiques ayant valeur de maladie est tou-

57 TF, 30.10.2008, 9C_126/2008, c. 4.3.2; TFA, 17.1.2006, K 135/04, c. 1; TFA, 26.8.2004, K 15/04, c. 3.2.2.

58 TF, 6.12.2010, 9C_465/2010, c. 4.2; TFA, 22.6.2005, K 50/05, c. 2.2; ATF 121 V 119, c. 1; ATF 111 V 229, c. 1c; ATF 102 V 69, c. 3 (prise en charge d'une intervention chirurgicale nécessaire pour corriger des cicatrices au visage résultant d'un accident).

59 ATF 121 V 119, c. 3a.

60 TF, 6.12.2010, 9C_465/2010, c. 4.2; TFA, 17.1.2006, K 135/04, c. 1; TFA, 22.6.2005, K 50/05, c. 2.2; TFA, 4.4.2005, K 12/04, c. 4.

61 ATF 102 V 69, c. 3. Cf. aussi, p.ex., TFA, 17.8.2005, K 4/04, c. 2.2; TFA, 22.6.2005, K 50/05, c. 2.2; ATF 121 V 119, c. 1; ATF 111 V 229, c. 1c et 3b.

62 La reconstruction mammaire pour rétablir l'intégrité physique et psychique de la patiente après une amputation médicalement indiquée est une prestation obligatoire de l'assurance-maladie (ch. 1.1 Annexe 1 à l'OPAS) depuis un arrêt de principe rendu par le TFA, sous l'empire de la LAMA, le 28 octobre 1985 (ATF 111 V 229, c. 3b). Cf. aussi TFA, 17.8.2005, K 4/04, c. 2.2; TFA, 8.2.2000, K 50/99, c. 4c, RAMA 2000 n° 113 126 ss. Pour la jurisprudence antérieure à l'arrêt de principe précité, cf. TFA, 9.7.1980, c. 2, RAMA 1980 n° 429 257 s.; ATF 104 V 95.

63 Cf., p.ex., TFA, 13.2.2006, K 46/05, c. 2 et 5.2; ATF 120 V 463, c. 5-6.

64 ATF 121 V 119, c. 3a.

65 ATF 129 V 167, c. 2.

66 TF, 6.12.2010, 9C_465/2010. Dans cet arrêt, le TF a en effet considéré que l'hirsutisme constitue, en tant qu'atteinte secondaire à la maladie initiale, un défaut esthétique sur une partie visible du corps et d'une certaine ampleur en ce qu'elle touche les caractères sexuels secondaires et a provoqué l'apparition d'un trouble psychique chez l'assurée.

67 TFA, 17.1.2006, K 135/04, c. 1; TFA, 22.6.2005, K 50/05, c. 2.3 et 3; TFA, 4.3.1985, c. 2, RAMA 1985 n° K 638 197 ss.

tefois réservée⁶⁸), ne sont à la charge de l'assurance-maladie obligatoire. Quant à la question de savoir si une lipodystrophie secondaire (redistribution du tissu adipeux sous-cutané) liée à la prise d'antirétroviraux pour le traitement du SIDA, qui a provoqué une altération du visage (pommettes creusées), mais n'a entraîné ni limitation fonctionnelle, ni douleurs, a valeur de maladie ou relève d'un défaut esthétique imputable à la maladie dont la correction peut être prise en charge aux conditions précédemment développées, elle a été laissée ouverte par le Tribunal fédéral⁶⁹.

b) La présence d'une incapacité de travail

Il y a également maladie lorsque l'atteinte à la santé provoque une incapacité de travail. 26
La notion d'incapacité de travail est définie à l'art. 6 LPGA (cf. art. 6 N 10 ss) et sa présence, en tant que conséquence de l'atteinte à la santé, ouvre le droit aux prestations de l'assurance-maladie facultative d'une indemnité journalière (art. 67-77 LAMal).

L'existence d'une incapacité de travail est une **question de fait**, dont la réponse incombe 27
au médecin⁷⁰. La présence d'une telle incapacité doit en effet être attestée par la délivrance d'un certificat médical.

Un **lien de causalité** doit exister entre l'atteinte à la santé et l'incapacité de travail pour 28
retenir la présence d'une maladie. Une relation de causalité naturelle suffit; la notion de maladie au sens de l'art. 3 al. 1 LPGA ne requiert en effet pas que le lien de causalité puisse également être qualifié d'adéquat⁷¹.

Dans l'hypothèse de **troubles somatoformes douloureux et autres syndromes sans pathologie ni étiologie claires et sans constat de substrat organique (SPECDO)**, l'établissement 29
d'un lien de causalité entre ceux-ci et une incapacité de travail revêt une importance particulière. Il convient en effet de déterminer avec précision quelles sont les répercussions de l'atteinte à la santé sur la capacité de travail pour établir dans quelle mesure une activité peut encore être raisonnablement accomplie par l'assuré⁷² (cf. art. 8 N 15 ss).

68 TFA, 17.2.2003, K 132/02, c. 4.2; TFA, 28.12.2001, K 80/00, c. 4c et 5. Dans un arrêt rendu le 6 janvier 2012 (ATF 138 V 131, c. 8.2.1-8.2.2), si le TF a admis que «le préjudice corporel qui découle d'une telle amputation est double, dans la mesure où l'un des deux organes pairs fait totalement ou partiellement défaut et où l'équilibre de la poitrine s'en trouve rompu» (laissant ainsi sous-entendre qu'il serait envisageable de mettre les coûts liés à la correction chirurgicale du sein demeuré sain à la charge de l'assurance-maladie obligatoire), il a néanmoins tempéré ses propos, précisant que la prise en charge des coûts, par l'assurance-maladie obligatoire, d'une intervention pratiquée sur le sein non atteint par la maladie doit demeurer l'exception (lorsque l'intervention sur le sein amputé n'est pas réalisable d'un point de vue chirurgical, lorsqu'il existe une contre-indication médicale à la restauration du sein touché par la maladie ou encore si la réduction du sein non atteint s'avère être une mesure moins invasive, p.ex.).

69 ATF 134 V 83, c. 3.2.

70 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 3 N 34.

71 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 3 N 35.

72 Jusqu'à récemment, il existait une présomption selon laquelle les troubles somatoformes douloureux ou leurs effets pouvaient être surmontés par un effort de volonté raisonnablement exigible (cf. ATF 132 V 65, c. 4.2.1; ATF 131 V 49; ATF 130 V 352, c. 2.2.3). Un changement de jurisprudence a cependant été opéré depuis l'ATF 141 V 281. Sur ce point, cf. DUPONT ANNE-SYLVE, Un point d'actualité en droit des assurances sociales: le trouble somatoforme (moins) douloureux?, in F. KIESER (éd.), Annales SDRCA 2015, 79 ss; KAHIL-WOLFF BETTINA, Revirement au sujet d'atteintes non objectivables: l'ATF 141 V 281 (troubles somatoformes douloureux) et l'ATF 141 V 574 («coup du lapin»), in Journées du droit de la circulation routière, 23-24 juin 2016, Berne 2016, 135 ss.

3. *Un élément négatif: une atteinte à la santé qui n'est pas due à un accident*

- 30** La maladie est **définie de manière négative par rapport à l'accident**. L'art. 3 al. 1 LPGa restreint en effet la notion de maladie aux atteintes à la santé qui ne sont pas imputables à un accident. Par ce biais, le législateur entendait parer à des lacunes de couverture, en évitant qu'une atteinte à la santé ne puisse être rattachée juridiquement ni à la maladie ni à l'accident⁷³; cette définition garantit également que lorsqu'une atteinte à la santé est qualifiée d'accident, elle ne pourra pas simultanément répondre à la définition juridique de la maladie et, partant, donner droit cumulativement à des prestations de l'assurance-accidents et de l'assurance-maladie⁷⁴.
- 31** Pour les personnes qui entrent dans le champ d'application personnel de l'assurance-accidents⁷⁵, savoir si l'on est en présence d'un accident ou d'une maladie est une question déterminante sous l'angle du droit aux prestations; l'assurance-accidents offre en effet une couverture substantiellement plus généreuse que celle garantie par l'assurance-maladie⁷⁶. Si la personne n'est pas couverte par l'assurance-accidents, cette question présente en revanche une importance moindre puisque les accidents dont elle pourrait être victime seront pris en charge par l'assurance-maladie, comme s'il s'agissait d'un cas de maladie⁷⁷.
- 32** Dès que l'un des éléments essentiels de la notion juridique d'accident fait défaut (cf. art. 4 LPGa; cf. art. 4 N 6), l'atteinte à la santé est constitutive d'une maladie (art. 3 al. 1 LPGa)⁷⁸. Tel est le cas, par exemple, d'une atteinte à la santé qui ne présente pas un caractère soudain (la lésion d'un organe résultant de la répétition de microtraumatismes quotidiens, p.ex.⁷⁹), ou qui ne peut pas être rattachée à un événement accidentel par un lien de causalité naturelle et adéquate. Pour déterminer s'il incombe à l'assurance-accidents ou à l'assurance-maladie de prester, il convient donc de rechercher la cause immé-

73 TF, 11.2.2009, 8C_500/2008, c. 4.3; TF, 29.8.2008, 9C_537/2007, c. 3.3; ATF 118 V 107, c. 1a; ATF 112 V 23, c. 3b; ATF 105 V 180, c. 1a; ATF 102 V 131, c. a; ATF 98 V 144, c. 3; ATF 97 V 1, c. 1b.

74 TF, 29.8.2008, 9C_537/2007, c. 3.3.

75 L'assurance-accidents est une assurance professionnelle. Elle est obligatoire pour les salariés (art. 1a LAA) et facultative pour les indépendants (art. 4 LAA).

76 Contrairement à l'assurance-accidents, l'assurance-maladie obligatoire verse uniquement des prestations en nature et les assurés sont tenus de participer aux coûts des prestations dont ils bénéficient (franchise et quote-part; art. 64 LAMal). En droit suisse, la perte de revenu consécutive à la maladie ne fait en effet pas l'objet d'une assurance sociale obligatoire. Sur les distinctions existant entre la prise en charge des risques accident et maladie, cf., p.ex., STEINER OLIVIER, *Die Abschaffung der Unfallversicherung: Eine Untersuchung zur Ungleichbehandlung von Unfall und Krankheit im schweizerischen und niederländischen Sozialrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2007.

77 L'assurance-maladie offre une couverture subsidiaire en cas d'accidents puisqu'elle couvre ce risque dans la mesure où aucune assurance-accidents n'en assume la prise en charge (art. 1a al. 2 let. b, art. 28 et 31 al. 2 LAMal). Cette couverture s'adresse aux personnes non assurées au sens de la LAA (personnes sans activité lucrative et indépendants n'ayant pas fait usage de la possibilité de s'assurer à titre facultatif que leur confère l'art. 4 LAA). Dans le régime de l'assurance-maladie obligatoire, la qualification de l'atteinte à la santé de maladie ou d'accident a toutefois une incidence sur le droit aux prestations en matière de soins dentaires (alors que les atteintes accidentelles ouvrent le droit aux prestations obligatoires, les traitements nécessités par des maladies ne sont couverts qu'à des conditions restrictives; cf. art. 31 LAMal, art. 17-19a OPAS).

78 TF, 31.3.2009, 8C_234/2008, c. 3.1; ATF 129 V 402, c. 2.1; ATF 122 V 230, c. 1.

79 Cf., p.ex., ATF 134 V 72, c. 4.3.2.1; TFA, 27.9.2006, U 363/05, c. 6; TFA, 18.7.2001, U 430/00, c. 4b; ATF 116 V 145, c. 2c.

diatée de l'atteinte à la santé, en tenant compte de la façon dont celle-ci est survenue (la présence d'un accident ne peut être admise qu'à la condition que l'atteinte à la santé soit soudaine et involontaire et qu'elle trouve sa cause dans un facteur extérieur et extraordinaire); la nature de l'atteinte à la santé, à l'inverse, n'est pas en soi un critère pertinent⁸⁰.

Lorsqu'il y a **doute sur la question de savoir si une atteinte à la santé relève d'un cas d'accident ou de maladie**, le fardeau de la preuve incombe à l'assuré qui fait valoir qu'il s'agit d'un accident; en pareille hypothèse, l'assurance-maladie est tenue d'avancer les prestations (art. 70-71 LPGa, art. 112 OAMal)⁸¹. 33

III. L'infirmité congénitale (al. 2)

A. Généralités

L'infirmité congénitale est définie comme «toute maladie présente à la naissance accomplie de l'enfant» (art. 3 al. 2 LPGa). Cette éventualité est couverte à titre principal par l'assurance-invalidité (art. 13 LAI) et, à titre subsidiaire, par l'assurance-maladie obligatoire (art. 27 LAMal). L'assurance-invalidité prend en charge le coût des mesures médicales nécessaires au traitement des infirmités congénitales jusqu'à ce que l'assuré atteigne l'âge de 20 ans révolus (art. 13 LAI, art. 3 OIC); une fois cette limite d'âge franchie, les mesures médicales sont octroyées par l'assurance-maladie obligatoire (art. 27 LAMal)⁸². La couverture subsidiaire garantie par cette assurance trouve également application lorsque la personne atteinte d'une infirmité congénitale ne remplit pas les conditions du droit aux prestations de l'assurance-invalidité (art. 6 al. 2 et 9 al. 3 LAI)⁸³ ou si l'affection n'est pas énumérée dans la liste des infirmités congénitales prises en charge par l'assurance-invalidité, qui figure à l'Annexe à l'OIC⁸⁴. En outre, en cas d'**atteinte à la santé secondaire à une infirmité congénitale** (soit, une affection qui n'appartient pas aux symptômes caractéristiques de l'infirmité congénitale en cause, mais qui en est tout de même une conséquence fréquente selon l'expérience médicale), les mesures médicales de l'assurance-invalidité ne sont accordées que dans la mesure où un lien de causalité adéquate qualifié existe entre l'infirmité congénitale et l'affection secondaire⁸⁵. 34

En érigeant l'infirmité congénitale en un cas particulier de maladie (cf. art. 3 al. 1 LPGa), il s'agissait de garantir que, dans l'hypothèse où une infirmité congénitale ne serait pas prise en charge par l'assurance-invalidité, elle ouvrirait alors un droit aux prestations des- 35

80 Cf., p.ex., TFA, 17.7.1999, c. 2a, RAMA 1999 KV n° 91 457 ss; TFA, 3.4.1997, c. 4b, RAMA 1997 K n° 987 289 ss; ATF 98 V 144, c. 3; ATF 97 V 1, c. 1b.

81 TF, 10.11.2000, 4C.230/2000, c. 3.

82 Cf., p.ex., ATF 130 V 459.

83 Cf., p.ex., ATF 126 V 103.

84 Conformément à l'art. 13 al. 2 LAI, il appartient au Conseil fédéral d'établir une liste des infirmités congénitales donnant droit aux mesures médicales de l'assurance-invalidité; ce faisant, il est autorisé à exclure la prise en charge du traitement d'infirmités de peu d'importance. A teneur de l'art. 1 al. 2 OIC, le DFI est compétent pour adapter annuellement la liste des infirmités congénitales figurant à l'Annexe à l'OIC.

85 Il n'est cependant pas nécessaire que l'affection secondaire soit directement liée à l'infirmité congénitale; des conséquences même indirectes de l'affection congénitale de base peuvent en effet également satisfaire à l'exigence de la causalité adéquate. Cf. ATF 129 V 207, c. 3.3; ATF 100 V 41, c. 1. Cf. aussi TF, 5.4.2018, 9C_635/2017, c. 2.3; TF, 14.4.2010, 9C_817/2009, c. 3.1; TF, 26.2.2010, 9C_674/2009, c. 2.2.

tinées aux personnes malades⁸⁶. Cette conception correspond au système légal qui prévoit expressément qu'en cas d'infirmité congénitale non couverte par l'assurance-invalidité, il incombe à l'assurance-maladie de prester (cf. art. 27 LAMal; N 34). Le fait qu'une affection ne soit pas mentionnée dans l'Annexe à l'OIC ne suffit donc pas pour dénier à celle-ci son caractère d'infirmité congénitale au sens de l'art. 3 al. 2 LPGA⁸⁷.

B. Les éléments constitutifs

- 36 Pour entrer dans la définition juridique de l'infirmité congénitale (art. 3 al. 2 LPGA), un état de fait doit revêtir **deux caractéristiques**: il doit s'agir d'une maladie au sens de l'art. 3 al. 1 LPGA, qui présente la particularité d'exister à la naissance accomplie de l'enfant.

1. La présence d'une maladie

- 37 La notion d'infirmité congénitale suppose la présence d'une maladie. Une affection congénitale est en effet **un cas particulier de maladie** au sens de l'art. 3 al. 1 LPGA⁸⁸, soit une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique, qui nécessite un examen ou un traitement médical⁸⁹. L'art. 3 al. 2 LPGA n'exige en revanche pas que l'atteinte à la santé puisse être influencée par un traitement pour que l'on puisse la qualifier d'infirmité congénitale⁹⁰. Jusqu'à récemment, toutefois, l'Annexe à l'OIC ne renfermait que des infirmités congénitales susceptibles d'«être soignées par l'application d'un traitement scientifiquement reconnu»⁹¹. Sous cet angle, la jurisprudence a admis, en cas d'**affections polysymptomatiques**, qu'il incombe à l'assurance-invalidité de prendre en charge, en application de l'art. 13 LAI, les traitements nécessités par les troubles qui, considérés isolément, correspondent à l'une ou l'autre des infirmités congénitales énumérées dans l'Annexe à l'OIC⁹²; encore faut-il cependant que les conditions prévues au chiffre de l'infirmité congénitale en cause soient remplies⁹³. La situation a récemment évolué, puisque la **trisomie 21** (syndrome de Down) – soit une affection qui ne peut pas être soi-

86 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 243.

87 Cf., p.ex., TFA, 3.5.2004, I 756/03, c. 2. Cf. aussi EUGSTER, ATSG, 217; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 3 N 53.

88 ATF 133 V 320, c. 5.6.

89 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 3 N 55.

90 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 3 N 56.

91 **Avis du Conseil fédéral du 15 mai 2013 relatif à l'interpellation «La trisomie 21 n'est-elle pas une infirmité congénitale?» (I. 13.3124; Silvia Schenker) déposée le 23 mars 2013. La LAI limite le droit aux mesures médicales «nécessaires au traitement des infirmités congénitales» (art. 13 al. 1 LAI; cf. aussi art. 2 al. 3 OIC: «Sont réputés mesures médicales nécessaires au traitement d'une infirmité congénitale tous les actes dont la science médicale a reconnu qu'ils sont indiqués et qu'ils tendent au but thérapeutique visé d'une manière simple et adéquate»).**

92 A titre d'exemple, les troubles congénitaux de la fonction de la glande thyroïde (athyroïdie et hypothyroïdie), mentionnés au chiffre 463 de l'Annexe à l'OIC sont des composantes traitables de la trisomie 21.

93 Cf., p.ex., TFA, 8.11.2006, I 718/05, c. 3.1; TFA, 28.5.2002, I 22/02, c. 5a. Cf. aussi TF, 5.4.2018, 9C_635/2017, c. 2.3. Pour un exemple de conditions mentionnées dans l'Annexe à l'OIC, cf. ATF 142 V 58, c. 3-5 (le ch. 178 de l'Annexe à l'OIC conditionne la prise en charge, par l'assurance-invalidité, de l'infirmité congénitale «torsion tibiale interne et externe» à la double exigence que l'enfant ait quatre ans révolus et qu'une opération soit nécessaire; la nécessité d'une intervention chirurgicale sert à qualifier le degré de gravité de l'affection et à exclure les troubles de peu d'importance de la notion d'infirmité congénitale dont la prise en charge incombe à l'assurance-invalidité).

gnée directement par l'application d'un traitement scientifiquement reconnu – a été introduite au sein de cette liste avec effet au 1^{er} mars 2016 (cf. ch. 489 à l'Annexe à l'OIC)⁹⁴. Depuis cette date, l'assurance-invalidité prend ainsi en charge les mesures médicales pour l'ensemble des composantes de la trisomie 21, même celles qui ne sont pas mentionnées dans l'Annexe à l'OIC en tant qu'infirmités congénitales (hypotonie musculaire et oligophrénie, p.ex.)⁹⁵. La prise en charge débute au 1^{er} mars 2016 et vaut pour les traitements qui avaient été initiés avant cette date, pour autant qu'ils se poursuivent au-delà de celle-ci; à l'inverse, les mesures médicales entamées et terminées avant le 1^{er} mars 2016 ne sont pas concernées⁹⁶. La jurisprudence relative aux affections polysymptomatiques demeure applicable aux infirmités congénitales non traitables, autres que la trisomie 21.

La notion d'infirmité se réfère à un dysfonctionnement organique, qui entrave durablement la personne dans ses facultés physiques ou psychiques⁹⁷. Un dysfonctionnement temporaire n'est ainsi pas une infirmité congénitale au sens de l'art. 3 al. 2 LPGA.

2. Une maladie présente à la naissance accomplie de l'enfant

Pour être réputée «congénitale», l'infirmité doit être présente à la naissance accomplie de l'enfant, c'est-à-dire exister au moment où «le corps de l'enfant vivant est complètement sorti de celui de sa mère»⁹⁸. La notion de naissance accomplie de l'enfant à laquelle se réfère l'art. 3 al. 2 LPGA correspond en effet à celle définie par le droit civil (cf. art. 31 al. 1 CC). Une atteinte à la santé qui n'existe pas encore à ce moment-là n'est donc pas une infirmité congénitale⁹⁹. En outre, la simple prédisposition à une maladie n'est pas non plus une infirmité congénitale (art. 1 al. 1 OIC). Dès lors, l'élément déterminant, sous l'angle juridique en relation avec la prise en charge par l'assurance-invalidité, réside dans le **caractère congénital et non acquis ou «prédisposant» de l'atteinte à la santé**; en d'autres termes, pour admettre la présence d'une affection congénitale, l'atteinte à la santé ne doit pas être une prédisposition à l'infirmité congénitale, mais bien «un élément nécessaire à son émergence»¹⁰⁰. Selon les directives administratives, lorsqu'une affection peut aussi bien être acquise que congénitale, et qu'il existe des doutes sur l'authenticité d'une infirmité congénitale, l'avis dûment motivé d'un médecin spécialisé, qui tient celle-ci pour hautement probable en se fondant sur l'enseignement médical actuel, est alors déterminant¹⁰¹. Il ne suffit cependant pas que le diagnostic posé corresponde à

94 Cf. Modification de l'Ordonnance concernant les infirmités congénitales (OIC) du 3 février 2016, RO 2016 605; Motion «Ajouter la trisomie 21 à la liste des infirmités congénitales» (Mo. 13.3720; Roberto Zanetti) déposée le 18 septembre 2013. Cf. aussi OFAS, Lettre circulaire AI n° 346 «Introduction de la trisomie 21 (syndrome de Down) dans la liste des infirmités congénitales (Annexe de l'Ordonnance sur les infirmités congénitales, RS 831.232.21)» du 1^{er} mars 2016; OFAS, Fiche d'information «Trisomie 21 (syndrome de Down)» du 1^{er} mars 2016. Jusqu'au 29 février 2016, la trisomie 21 n'était pas réputée être une infirmité congénitale au sens de l'Annexe à l'OIC (cf., p.ex., ATF 131 V 9, c. 4.1; ATF 114 V 22, c. 2c); dès lors, seuls les traitements des affections liées à la trisomie 21 qui en constituaient des composantes traitables et qui figuraient sur la liste de l'Annexe à l'OIC étaient susceptibles d'être pris en charge par l'assurance-invalidité au titre des mesures médicales selon l'art. 13 LAI.

95 Cf. TF, 5.4.2018, 9C_635/2017, c. 2.4.

96 Cf. OFAS, Fiche d'information «Trisomie 21 (syndrome de Down)» du 1^{er} mars 2016, 2.

97 Cf. EUGSTER, ATSG, 217; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 3 N 54.

98 TFA, 7.3.1967, c. 2, RCC 1967, 309-310.

99 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 3 N 54.

100 TF, 15.12.2017, 9C_607/2017, c. 4.2.

101 Circulaire sur les mesures médicales de réadaptation de l'AI (CMRM), A4, ch. 7 et 8.

l'une des infirmités figurant dans l'annexe de l'OIC; encore est-il nécessaire, lorsqu'il n'y a pas d'indications suffisantes à ce sujet dans le rapport médical, d'examiner, en se fondant sur l'anamnèse, l'état de l'assuré et d'éventuelles instructions complémentaires, s'il s'agit bien de la forme congénitale de la maladie¹⁰².

- 40 Si l'infirmité congénitale doit exister lors de la naissance accomplie, le moment où celle-ci est reconnue comme telle n'est en revanche pas déterminant (art. 1 al. 1 OIC). A cet égard, pour qu'une infirmité congénitale soit «reconnue comme telle», la jurisprudence admet qu'«il suffit que des symptômes nécessitant un traitement apparaissent après la naissance et qu'ils puissent être mis en relation a posteriori avec une affection asymptomatique à la naissance»¹⁰³.

Art. 4

Accident Est réputée accident toute atteinte dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain par une cause extérieure extraordinaire qui compromet la santé physique, mentale ou psychique ou qui entraîne la mort.

Unfall Unfall ist die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat.

Infortunio È considerato infortunio qualsiasi influsso dannoso, improvviso e involontario, apportato al corpo umano da un fattore esterno straordinario che comprometta la salute fisica, mentale o psichica o provochi la morte.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. L'accident	2
A. La notion	2
B. Les éléments constitutifs	5
C. La causalité	48

Bibliographie

ACKERMANN THOMAS, Kausalität, in Schaffhauser/Kieser (éd.), Unfall und Unfallversicherung, St-Gall 2009, 29 ss; ANGELOZZI PIERRE, La dualité de la causalité adéquate en assurance accidents et en responsabilité civile sous l'angle des traumatismes de la colonne cervicale et des troubles psychiques, SJ 2009 II 181 ss; BAER TURTÈ, Die Zahnschädigung als Unfall in der Sozialversicherung, RSJ 1992 321 ss; BELLWALD FRIEDRICH, Das Schreckereignis gemäss Art. 4 ATSG: besteht eine gesetzliche Leistungspflicht des obligatorischen Unfallversicherers für die Beanspruchung eines Care Teams anlässlich eines schweren Unfalls (Naturkatastrophe, Brand, Raubüberfall, Verkehrsunfall u.a.m.)?, RSAS 2011 389 ss; BENZ-SIEGRIST BARBARA, Suizid und Suizidversuch: aus der Sicht

102 TF, 15.12.2017, 9C_607/2017, c. 2.2. Cf. aussi TF, 5.8.2009, 8C_196/2009, c. 2 et les références.

103 TFA, 21.11.1988, I 356/88, c. 3, RCC 1989, 222-224. Cf. aussi TF, 5.4.2018, 9C_635/2017, c. 4.1; TF, 15.12.2017, 9C_607/2017, c. 2.2.

des obligatorischen Unfallversicherers, Schweizer Versicherung: Magazin für Führungskräfte aus der Versicherungswirtschaft, 12 1997 39 ss; BORELLA ALDO, La giurisprudenza del Tribunale federale delle assicurazioni sulla nozione d'infortunio, in Cometta/Petralli Zeni (éd.), Temi scelti di diritto delle assicurazioni sociali, Bâle/Genève/Munich 2006, 7 ss; BRUSA GUIDO, Tauchunfall – Der Unfallbegriff zwischen Theorie und Praxis, RSAS 1986 27 ss; BRUSA GUIDO, Wie wird der ärztliche Eingriff zum Accident médical?, RSAS 2000 181 ss; BUNZL ADAM, La notion d'accident dentaire en droit suisse, CGSS 50 (2014) 201 ss; CATTANEO DANIELE, Sport e assicurazioni sociali, in Corti/Mini/Noseda/Postizzi (éd.), Diritto senza devianza: studi in onore di Marco Borghi per il suo 60° compleanno, Bâle/Genève/Munich 2006, 263 ss; CATTANEO DANIELE, Sport et assurances sociales, CGSS 45 (2010) 19 ss; CHAPPUIS GUY, La sinistralité des lésions bénignes du rachis cervical: une spécificité suisse?, REAS 2005 211 ss; DUPONT ANNE-SYLVE/LONGCHAMP GUY, L'accident sportif et l'assurance-accidents sociale, in Rigozzi/Sprumont/Hafner (éd.), Citius, Altius, Fortius: Mélanges en l'honneur de Denis Oswald, Bâle 2012, 291 ss; ERNI FRANZ, Sportunfälle – zwischen Prävention und Kürzung, in Riemer-Kafka (éd.), Sport und Versicherung, Zurich 2007, 127 ss; FLEISCHLI HANS, Suizid und Suizidversuch (II): in der Rechtsprechung der sozialen Unfallversicherung, Schweizer Versicherung: Magazin für Führungskräfte aus der Versicherungswirtschaft 1 1998, 39 ss; FRÉSARD JEAN-MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, L'assurance-accidents obligatoire, in Meyer (éd.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, vol. XIV, Soziale Sicherheit, 3^e éd., Bâle 2016, 885 ss, 917 ss (cité: Assurance-accidents obligatoire); FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, La victime d'un accident médical, indemnisée par le responsable, peut-elle prétendre des prestations de l'assurance-accidents?: Commentaire de l'ATF 137 V 394, REAS 2012 423 ss; FRIEDAUER SUSANNE, Schreck und Schock im Versicherungsrecht, HILL 2009 III n° 4; GARAVAGNO ROBERTO, La cause extraordinaire dans la définition de l'accident, CGSS 10 (1993) 29 ss; GERMANN THOMAS, Der adäquate Kausalzusammenhang im sozialen Unfallversicherungsrecht: Anachronismus oder Notwendigkeit?, in Fuhrer (éd.), Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances – mélanges à l'occasion de son cinquantième anniversaire, Zurich 2010, 161 ss; GUYAZ ALEXANDRE, La causalité en matière de lésions cervicales non objectivables: les enjeux pour la victime, in Chappuis/Winiger (éd.), Les causes du dommage, Genève 2007, 81 ss; HOFFMANN-RICHTER ULRIKE, Zur natürlichen Kausalität psychischer Unfallfolgen aus psychiatrischer Sicht, RSAS 2003 2 ss; HÜSLER MARKUS, Zahnschaden als Unfall, in Riemer-Kafka (éd.), Der Zahnarztpatient – sozialversicherungsrechtliche und sozialhilferechtliche Fragen, Zurich 2008, 21 ss; KAISER MARTIN/FERREIRO JAVIER, Sozialversicherungsrechtliche Aspekte des Unfallbegriffs und des Wagnisses im Sport – eine Übersicht über die Rechtsprechung (1. Teil), RSAS 2013 570 ss; KAISER MARTIN/FERREIRO JAVIER, Sozialversicherungsrechtliche Aspekte des Unfallbegriffs und des Wagnisses im Sport: eine Übersicht über die Rechtsprechung RSAS 2014 20 ss (cité: Unfallbegriffs); KIESER UELI, Kriterien des Unfallbegriffs nach Art. 4 ATSG, insbesondere Voraussetzung der Ungewöhnlichkeit, HILL 2008 II n° 9 (cité: Kriterien); KIESER UELI, Accident médical, REAS 2009 382 ss; KIESER UELI, Der Unfallbegriff in der neueren Rechtsprechung, in Schaffhauser/Kieser (éd.), Unfall und Unfallversicherung, St-Gall 2009, 9 ss; KIESER UELI, Soziale Risiken im Pflegebereich: Hinweise zum Unfall, zur unfallähnlichen Körperschädigung und zur Berufskrankheit, Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2012 140 ss; KIND HANS, Suizid oder «Unfall»? : psychiatrische und versicherungsrechtliche Probleme, RSAS 1986 130 ss; KIND HANS, Suizid oder «Unfall»? : die psychiatrischen Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 48 UVV, RSAS 1993 276 ss; LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Der Wegfall der Unfallkausalität, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2007, St-Gall 2007, 9 ss; MAURER ALFRED, Le suicide et la tentative de suicide dans l'assurance-accidents (LAA/OLAA), Risques totalement ou partiellement exclus de l'assurance sociale (y compris la prévoyance professionnelle), IRAL, Lausanne 1990, 51 ss; MEYER ULRICH, Das Schleudertrauma, anders betrachtet, in Riemer-Kafka/Rumo-Jungo (éd.), 473 ss; MEYER ULRICH, Probleme des Unfallbegriffs bei sportlichen Betätigungen, in Riemer-Kafka (éd.), Sport und Versicherung, Zurich 2007, 39 ss; MOHAROS STÉPHANE, Le suicide en assurances sociales, CGSS 25 (2000) 97 ss; MOSIMANN HANS-JAKOB, Die Rechtsprechung zur posttraumatischen Belastungsstörung (PTBS), in Mosimann/Gächter (éd.), Berufliche Vorsorge – Stellwerk der Sozialen Sicherheit, Zurich/St-Gall 2013, 165 ss; MÜLLER URS, Die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zum adäquaten Kausalzusammenhang beim sog. Schleudertrauma der Halswirbelsäule (HWS): Leitsätze, Kasuistik und Tendenzen, RSAS 2001 413 ss; MURER ERWIN, Moral Hazard und die Versicherungsfälle unklarer Kausalität, unter besonderer Berücksichtigung der psychogenen Störungen nach Unfällen sowie des sog. «Schleudertraumas», RSAS 2006 248 ss; MURER ERWIN/KIND HANS/BINDER HANS UELI, Kriterien zur Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhanges bei erlebnisreaktiven (psychogenen) Störungen nach Unfällen, RSAS 1993 121 ss, 213 ss; PERRENOUD STÉPHANIE, La notion d'accident

dentaire – quelques considérations à la lumière de l'arrêt 8C_53/2016, Jusletter du 30 janvier 2017; PERRENOUD STÉPHANIE, De l'incidence d'une cause interne sur la notion d'accident – quelques considérations à la lumière de l'ATF 142 V 435, REAS 2017 68 ss; SCHWENDENER MYRIAM, Sexuelle Gewalt als Unfall Leistungspflicht der Unfallversicherung für psychischen Gesundheitsschaden, Jusletter du 5 mars 2007; SENN JÜRIG, Das «Schleudertrauma» der Halswirbelsäule – Bemerkungen zum Stand der Diskussion, RSAS 1996 314 ss, 403 ss; SENN JÜRIG, HWS-/Hirnverletzungen und Biomechanik, PJA 1999 625 ss; SENN JÜRIG, Harmlosigkeitsgrenzen bei Unfällen mit HWS-/Hirnverletzungen?, PJA 2002 274 ss; SIDLER MAX, Betrachtungen nach einer Dekade der besonderen Adäquanprüfung bei sog. Schleudertraumen, PJA 2002 791 ss; STAUB GONZALES CATHERINE, Les notions de maladie et d'accident, Questions de droit 2003 7 ss; STEINEGGER ROLF P., Verschärfte «Schleudertrauma» – Praxis: steife Bise von vorne oder von hinten?, REAS 2010 402 ss; STEINEGGER ROLF P., Zum Mysterium des «helvetischen Schleudertraumas» oder die Diskriminierung von organisch Geschädigten: warum in der Rechtsprechung sein darf, was nicht sein kann, in Riemer-Kafka/Rumo-Jungo (éd.), 873 ss; TRAUB ANDREAS, Natürlicher Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Gesundheitsschädigung bei konkurrierender pathogener Einwirkung: Abgrenzung der wesentlichen Teilursache von einer anspruchshindernden Gelegenheits- oder Zufallsursache, RSAS 2009 479 ss; WAGNER PIERRE, Les définitions de la maladie, de l'accident et de la maternité, (contribution à l'étude de l'article 2 LAMal), in Duc (éd.), LAMal – KVG: recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances: à l'occasion de son Assemblée générale du 5 septembre 1997 à Lausanne, Lausanne 1997, 85 ss; WEISS DAVID, Die Qualifikation eines Schreckereignisses als Unfall nach Art. 4 ATSG, RSAS 2007 45 ss.

I. Introduction

- 1 La définition de l'accident, d'abord œuvre de la jurisprudence¹, a été consacrée successivement par les art. 9 al. 1 OLAA² et 2 al. 2 LAMal³, avant d'être ancrée à l'art. 4 LPGA avec effet au 1^{er} janvier 2003. Si cette disposition n'a cependant pas modifié le substrat de la notion d'accident⁴, la 4^e révision de la LAI, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004, a, quant à elle, adapté la notion à la pratique administrative et judiciaire, puisque l'accident englobe formellement, depuis lors, en sus des atteintes à la santé physique ou mentale, également les atteintes à la santé psychique⁵.

1 Le TFA définissait l'accident comme «une atteinte dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain par une cause extérieure plus ou moins exceptionnelle». Cf. parmi d'autres, ATF 103 V 175, c. a; ATF 102 V 131, c. a; ATF 100 V 76, c. 1a; ATF 99 V 136, c. 1; ATF 97 V 1, c. 1b.

2 Cf. art. 9 al. 1 OLAA, dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier 1984 au 31 décembre 2002: est réputée accident «toute atteinte dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain par une cause extérieure extraordinaire» (RO 1983 38); il s'agit d'une reprise de la définition jurisprudentielle, sans changement quant au fond, puisque le remplacement de la notion de cause «plus ou moins exceptionnelle» par celle de cause «extraordinaire» ne constitue qu'une modification d'ordre purement rédactionnel (cf. en particulier, ATF 121 V 35, c. 1; ATF 116 V 136, c. 3a; ATF 112 V 201, c. 1).

3 Cf. art. 2 al. 2 LAMal, dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier 1996 au 31 décembre 2002: «Par accident, on entend toute atteinte dommageable, soudaine et involontaire portée au corps humain par une cause extérieure extraordinaire qui compromet la santé physique ou mentale» (RO 1995 1328).

4 Cf. ATF 134 V 109, c. 2.2; ATF 134 V 72, c. 2.2.

5 Modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 21 mars 2003 (RO 2003 3837). Cf. également TFA, 3.11.2006, I 257/06, c. 3.2; TFA, 24.7.2006, I 116/06, c. 4.1; TFA, 28.2.2005, I 380/04, c. 3.2.

II. L'accident

A. La notion

L'art. 4 LPGa définit l'accident comme «toute atteinte dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain par une cause extérieure extraordinaire qui compromet la santé physique, mentale ou psychique ou qui entraîne la mort». 2

La notion d'accident trace la frontière entre les champs d'application matériels de l'assurance-accidents et de l'assurance-maladie et permet de définir de manière négative la maladie, cette dernière éventualité englobant toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident (art. 3 N 30-33). 3

Si la définition de l'accident au sens de l'art. 4 LPGa est commune aux différentes branches d'assurances sociales, cette notion peut revêtir une autre signification en dehors de ce domaine, en particulier dans l'assurance privée, où l'accident n'est pas défini dans la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA), mais dans les conditions générales d'assurance. Celles-ci renvoient cependant fréquemment à la définition énoncée à l'art. 4 LPGa⁶. 4

B. Les éléments constitutifs

La notion d'accident repose sur **cinq éléments cumulatifs**⁷: il doit s'agir d'une atteinte dommageable, présentant un caractère soudain et involontaire, qui résulte d'un facteur extérieur et extraordinaire. En outre, l'atteinte à la santé doit s'inscrire dans un **rapport de causalité naturelle et adéquate** avec le facteur extérieur extraordinaire. 5

Lorsque l'un des éléments constitutifs de cette définition fait défaut, l'événement ne doit pas être qualifié d'accident, mais de maladie (art. 3 N 32)⁸. A cet égard, le fait qu'un médecin désigne un événement en tant qu'accident n'est pas déterminant⁹. 6

1. Une atteinte dommageable

Selon l'art. 4 LPGa, un accident est une **atteinte dommageable «qui compromet la santé physique, mentale ou psychique ou qui entraîne la mort»**. Contrairement à ce qui est le cas pour pouvoir admettre la présence d'une maladie au sens juridique du terme, où l'atteinte à la santé doit nécessiter un examen ou un traitement médical ou provoquer une incapacité de travail (élément fonctionnel; cf. art. 3 N 20-29), nul n'est besoin que l'atteinte à la santé consécutive à un accident soit assortie de tels effets pour répondre à la définition consacrée par l'art. 4 LPGa. Si cette disposition exige en effet seulement que l'accident provoque une atteinte «dommageable» (ce qui est le cas lorsque l'événement accidentel compromet la santé ou entraîne une issue fatale), un droit à des prestations d'assurances sociales n'existe, cependant, que si l'atteinte à la santé nécessite un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail ou le décès (cf., p. ex., art. 10, 16 LAA; art. 16, 28 LAM; art. 25, 28 et 72 LAMa)¹⁰. 7

6 Pour un exemple, cf. TF, 18.10.2006, 5C.18/2006.

7 TF, 6.12.2010, 8C_403/2010, c. 3; TF, 31.3.2009, 8C_234/2008, c. 3.1; ATF 129 V 402, c. 2.1; ATF 122 V 230, c. 1.

8 ATF 129 V 402, c. 2.1; ATF 122 V 230, c. 1.

9 Il n'appartient en effet pas au médecin de trancher le point de savoir si une atteinte à la santé répond à la définition juridique de la maladie ou de l'accident (TF, 9.11.2010, 8C_226/2010, c. 5).

10 Cf. LOCHER/GÄCHTER, § 7 N 19.

- 8 Un **rapport de causalité naturelle et adéquate** doit exister entre l'événement accidentel et l'atteinte à la santé (cf. N 48 ss). A cet égard, lorsque l'accident provoque un traumatisme psychique ou une atteinte non objectivable (accident de type «coup du lapin») ou encore lorsqu'une atteinte à la santé physique s'accompagne d'une atteinte psychique additionnelle, des exigences particulières ont été posées par la jurisprudence pour pouvoir admettre un lien de causalité adéquate entre l'accident et l'atteinte à la santé (cf. N 60 ss).

2. Une atteinte soudaine

- 9 Le **critère de la soudaineté** fixe un **cadre temporel** à la notion d'accident puisqu'il exige que l'atteinte à la santé se produise pendant un laps de temps relativement court et qu'elle puisse être rattachée à un événement unique¹¹. Tel est le cas, s'agissant par exemple, de morsures d'animaux et de piqûres d'insectes¹², d'une atteinte à la santé qui survient à l'occasion d'un acte médical bien déterminé et circonscrit dans le temps (transfusion sanguine, anesthésie, intervention chirurgicale précise formant une unité, accouchement, etc.)¹³ ou d'une atteinte consécutive à une intoxication alimentaire lorsque la consommation de la denrée incriminée a eu lieu pendant un laps de temps relativement court¹⁴. Les atteintes dues à la chaleur atmosphérique (insolation, coup de soleil, etc.) ou aux effets du froid (gelures, congélation, etc.) satisfont également à la condition de la soudaineté, lorsqu'elles surviennent dans des circonstances exceptionnelles¹⁵.
- 10 En revanche, les atteintes à la santé qui sont imputables à la **répétition de microtraumatismes quotidiens** (lesquels provoquent l'usure de l'organe, puis, finalement, la lésion de celui-ci) ne respectent pas la condition de la soudaineté¹⁶. L'apparition d'ampoules aux pieds à la suite d'une marche en montage¹⁷, la survenue d'une inflammation des os déclenchée par des massages répétés¹⁸ ou encore d'un mal perforant plantaire (ulcération neuropathique siégeant sur la face plantaire du pied) chez une personne diabétique en raison du port de chaussures trop étroites¹⁹, ne sont pas non plus des accidents. Par ailleurs, ni les bourdonnements d'oreilles («*Tinnitus*») dont se plaint un assuré après être resté à proximité d'un gong pendant 10 à 15 minutes²⁰, ni les complications qui surviennent durant un traitement médical qui a duré un an et demi et qui s'est décomposé en plusieurs interventions chirurgicales, ne sauraient non plus entrer dans la définition de l'accident²¹. Dans le même sens, l'atteinte à la santé consécutive à un mélange d'alcool, de médica-

11 TF, 12.11.2014, 8C_39/2014, c. 4.2: «Si l'atteinte dommageable ne doit pas nécessairement durer qu'un instant, elle doit cependant se dérouler sur une période relativement courte. Jusqu'à maintenant, la jurisprudence n'a pas fixé de durée minimale. L'atteinte doit survenir soudainement et revêtir un caractère unique». Cf. aussi ATF 140 V 220, c. 5.1.

12 Une morsure de tique, p.ex. (ATF 122 V 230).

13 Cf., p.ex., TF, 31.3.2009, 8C_234/2008, c. 6; ATFA 1961 201.

14 Cf., p.ex., TFA, 7.2.2003, U 178/02, c. 3.2 (intoxication après avoir bu une bouteille de coca, sans savoir que celle-ci renfermait une préparation à base de méthadone).

15 Pour des exemples où la soudaineté a été admise, cf. ATF 98 V 165 (atteinte à la santé consécutive à une exposition forcée au soleil en raison d'une fracture de la jambe); TFA, 18.7.2001, U 430/00, c. 4b (congélation de plusieurs doigts à la suite de la rupture de gants spéciaux d'escalade en haute montagne).

16 Cf., p.ex., TF, 9.11.2010, 8C_226/2010, c. 4; ATF 134 V 72, c. 4.3.2.1; TFA, 27.9.2006, U 363/05, c. 6; TFA, 18.7.2001, U 430/00, c. 4b; ATF 116 V 145, c. 2c; ATF 114 V 298, c. 3c.

17 ATFA 1943 103.

18 ATFA 1949 9.

19 TFA, 6.4.2004, U 85/03, c. 4.

20 TFA, 21.8.2001, U 26/00, c. 2.

21 TF, 31.3.2009, 8C_234/2008, c. 6.

ments et de produits stupéfiants n'a pas de caractère soudain, dès lors qu'elle résulte de l'ingestion successive de différentes substances²².

Le critère de la soudaineté ne se rapporte pas aux conséquences de l'événement dommageable, mais au facteur extérieur et extraordinaire qui a provoqué celui-ci, si bien qu'il n'est pas nécessaire que l'atteinte à la santé entraîne immédiatement la nécessité d'un examen ou d'un traitement médical²³. Ainsi, le fait qu'une affection ne se manifeste que quelques jours après la morsure d'une tique ne permet pas d'exclure la présence d'un accident²⁴. Dans le même sens, la personne qui ressent des maux de tête plusieurs heures après avoir fait une violente chute doit aussi être considérée comme victime d'un accident, dans la mesure où l'atteinte à la santé peut être rattachée à la chute par un lien de causalité adéquate. 11

3. Une atteinte involontaire

Une atteinte portée à sa propre intégrité est volontaire lorsque la personne agit intentionnellement dans le dessein de provoquer celle-ci²⁵. *A contrario*, une atteinte doit être qualifiée d'involontaire lorsqu'elle **survient contre la volonté du lésé** (atteinte occasionnée par un tiers) ou lorsqu'elle **a été causée, à soi-même, par une personne en incapacité totale de discernement (art. 16 CC)** au moment des faits. 12

Pour exclure l'atteinte à la santé de la notion juridique d'accident (art. 4 LPGA), l'intention doit porter sur l'atteinte dommageable et non sur l'acte ou le comportement qui y conduit²⁶. 13

Si le **suicide, la tentative de suicide et l'automutilation** ne sont en principe pas des accidents, cette règle souffre toutefois deux exceptions (cf. art. 48 OLAA). Un accident doit ainsi être admis lorsque la personne porte atteinte à son intégrité ou attende à ses jours en étant totalement privée de sa capacité de discernement au moment où elle a agi²⁷ ou si l'acte volontaire s'inscrit en tant que conséquence évidente d'un accident couvert par l'assurance-accidents. Dans ces deux hypothèses, encore faut-il, pour admettre l'existence d'un accident, que les autres critères constitutifs de cette notion soient réalisés²⁸. Ainsi, une personne qui tente de mettre fin à ses jours, en ingérant un mélange d'alcool, de médicaments et de produits stupéfiants, ne saurait se prévaloir de l'art. 48 OLAA, quand bien même aurait-elle été dans un état d'incapacité totale de discernement au moment des faits, puisque l'atteinte est dépourvue de caractère soudain²⁹. 14

22 ATF 140 V 220.

23 TF, 22.3.2018, 8C_410/2017, c. 6; TF, 31.3.2009, 8C_234/2008, c. 6; TF, 2.3.2009, 8C_649/2008, c. 6.3.

24 ATF 122 V 230, c. 5c.

25 Lorsque l'assuré a provoqué intentionnellement son atteinte à la santé (ou son décès), cet événement doit être qualifié de maladie (ATF 98 V 144, c. 3; ATF 97 V 1, c. 2-3); en pareille hypothèse, l'art. 37 al. 1 LAA prévoit que l'assurance-accidents n'octroie aucune prestation d'assurance, hormis, toutefois, l'indemnité pour frais funéraires; les soins sont alors pris en charge par l'assurance-maladie. A noter que dans l'AVS/AI et la prévoyance professionnelle, la tentative de suicide ou le suicide d'une personne capable de discernement demeure sans incidence sur son droit, respectivement sur celui de ses proches, à des prestations (TF, 20.6.2016, 9C_806/2015; TF, 15.3.2010, 9C_811/2009).

26 ATF 115 V 151, c. 4; ATF 87 II 376, c. 1.

27 La capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC représente ainsi le critère pertinent pour déterminer si l'atteinte peut ou non être qualifiée d'accident (ATF 113 V 61, c. 2c).

28 ATF 140 V 220.

29 ATF 140 V 220.

a) L'atteinte causée à soi-même en cas d'incapacité totale de discernement

- 15** Pour que la mort (en cas de suicide), respectivement l'atteinte à la santé (en cas de tentative de suicide ou d'automutilation), soit considérée comme accidentelle, il faut «qu'au moment de l'acte et compte tenu de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives, l'intéressé ait été privé de toute possibilité de se déterminer raisonnablement, en raison notamment d'une maladie mentale ou d'une faiblesse d'esprit»³⁰. La **présence d'une maladie psychique ou d'un grave trouble de la conscience** doit exister; il doit s'agir de symptômes psychopathologiques comme la folie, les hallucinations, la stupeur profonde, le raptus, etc.³¹. Le motif qui a conduit au suicide, à la tentative de suicide ou à l'automutilation doit être en relation avec les symptômes psychopathologiques et l'acte doit apparaître «insensé», de sorte qu'un simple geste disproportionné, au cours duquel le suicidaire apprécie unilatéralement et précipitamment sa situation dans un moment de dépression et de désespoir ne suffit pas³². Pour établir l'absence de capacité de discernement, il ne faut donc pas seulement considérer l'acte de suicide et, partant, examiner si cet acte est déraisonnable, inconcevable ou encore insensé; il convient plutôt de déterminer, compte tenu de l'ensemble des circonstances – en particulier du comportement et des conditions d'existence de l'assuré avant le suicide – s'il était raisonnablement en mesure d'éviter ou non de mettre fin à ses jours ou de tenter de le faire³³.
- 16** Le Tribunal fédéral a par exemple conclu à une atteinte volontaire, dans le cas d'un assuré qui, malgré l'avertisseur sonore, était resté immobile au milieu de la voie de chemin de fer. Une telle attitude résignée parle en faveur d'une décision irrémédiable de mettre fin à ses jours, ce d'autant plus que l'assuré était en proie à des difficultés financières (75 actes de défaut de biens pour un montant total de CHF 62 500.–) et devait subvenir aux besoins de sa famille nombreuse³⁴. L'acte a également été reconnu comme volontaire dans l'hypothèse où un assuré, habitué à ingérer régulièrement des doses importantes de pentobarbital (automédication) afin de traiter les effets d'un tremblement, a consommé, délibérément dans le dessein de se donner la mort, une quantité de substance supérieure aux doses habituellement prises³⁵. Le caractère involontaire de l'atteinte à la santé a en revanche été admis dans le cas d'une infirmière, qui, alors qu'elle se trouvait dans un épisode dépressif d'intensité moyenne, s'est retirée dans sa chambre à la fin de son service où elle a rédigé une lettre de démission et bu du punch avant de se défenestrer; dans ce cas, l'expertise médicale a en effet conclu à une incapacité totale de discernement³⁶.
- 17** Lorsque le caractère involontaire de l'atteinte est controversé, il appartient à l'assuré (respectivement, à ses survivants en cas de décès) de prouver l'absence totale de discernement (art. 16 CC) au moment de l'acte³⁷. L'**apport de la preuve** ne doit toutefois pas être soumis à des exigences outrancières; en particulier, lorsqu'il y a un doute sur le point de savoir si la mort est imputable à un accident ou à un acte volontaire, il convient de se fonder sur la force de l'instinct de conservation de l'être humain et de poser comme règle générale la présomption naturelle du caractère involontaire de la mort, ce qui conduit à

30 TF, 14.6.2011, 8C_936/2010, c. 3.1. Cf. aussi TF, 8.1.2013, 8C_916/2011, c. 2.2; TFA, 21.2.2006, U 25/05, c. 2.2; ATF 120 V 352, c. 3b; ATF 113 V 61, c. 2; ATF 100 V 76, c. 1b.

31 TF, 14.6.2011, 8C_936/2010, c. 3.1.

32 TF, 14.6.2011, 8C_936/2010, c. 3.1.

33 TF, 14.6.2011, 8C_936/2010, c. 3.1.

34 TFA, 19.10.2006, U 379/06. Pour un autre exemple, cf. TF, 16.3.2011, 8C_324/2010, c. 6.

35 TFA, 13.4.2005, U 300/04, c. 4.3. Cf. aussi TFA, 14.2.2002, U 276/01.

36 TFA, 28.4.2003, U 37/03.

37 Cf., p.ex., TFA, 19.10.2006, U 379/06, c. 2; TFA, 9.12.2003, U 328/02, c. 3.

admettre la thèse de l'accident³⁸. Le fait qu'une personne se soit volontairement enlevé la vie ne doit être considéré comme prouvé que s'il existe des indices sérieux excluant toute autre explication conforme aux circonstances; en d'autres termes, il convient d'examiner dans de tels cas si les circonstances sont suffisamment convaincantes pour que soit renversée la présomption du caractère involontaire de la mort³⁹. Lorsque les indices parlant en faveur d'un suicide ne sont pas suffisamment convaincants pour renverser objectivement la présomption qu'il s'est agi d'un accident, il incombe alors à l'assureur-accidents d'en supporter les conséquences⁴⁰. A cet égard, l'absence d'un message d'adieu ou d'autres indices permettant d'attester de pensées suicidaires ne sauraient toutefois suffire pour exclure le caractère volontaire de la mort; il n'est en effet pas rare qu'un suicide apparaisse comme un événement totalement inattendu et inexplicable aux yeux des membres de la famille et autres proches du défunt⁴¹.

b) L'atteinte causée à soi-même en tant que conséquence évidente d'un accident

Une atteinte à la santé est également réputée involontaire lorsqu'elle est la conséquence évidente d'un événement couvert par l'assurance-accidents. Un accident qui provoque une dépression ou une psychose, qui pousse ensuite l'assuré à mettre fin à ses jours, tombe ainsi sous le coup de l'exception consacrée par l'art. 48 OLAA. De plus, un lien de causalité naturelle et adéquate doit exister entre l'accident et l'acte intentionnel commis par l'assuré; les critères qui servent à démontrer le rapport de causalité adéquate entre un accident et une atteinte à la santé psychique additionnelle à une atteinte à la santé physique sont utilisés par analogie (cf. N 63-68), de sorte qu'il sied de prendre en compte, notamment, la gravité objective de l'accident⁴².

18

4. Le facteur extérieur

Pour répondre aux conditions de la notion juridique de l'accident, l'atteinte à la santé doit **trouver son origine dans un facteur extérieur**, c'est-à-dire qu'elle doit **résulter d'une cause exogène au corps humain**⁴³. Cet élément, qui s'oppose à la cause interne qui caractérise la maladie (art. 3 al. 1 LPGA), permet de distinguer ces deux éventualités⁴⁴.

19

La cause extérieure peut être d'origine mécanique (un choc, une chute, etc.), électrique (une électrocution, p.ex.), chimique (l'émanation de vapeurs toxiques, p.ex.), thermique

20

38 Cf., notamment, TF, 19.1.2016, 8C_591/2015, c. 3.1; TF, 16.3.2011, 8C_324/2010, c. 3.2; TF, 26.8.2010, 8C_789/2007, c. 2.2; TFA, 18.12.2003, U 258/02, c. 7.1; TFA, 9.12.2003, U 328/02, c. 3.1.

39 Cf. TF, 20.3.2017, 8C_773/2016, c. 3.3; TF, 16.3.2011, 8C_324/2010, c. 3.2; TFA, 13.4.2005, U 300/04, c. 4.2.

40 TF, 1.5.2017, 8C_453/2016, c. 2.

41 TF, 20.3.2017, 8C_773/2016, c. 4.2.3.

42 TF, 26.8.2008, 8C_789/2007, c. 2.2; ATF 120 V 352, c. 5b; ATF 115 V 133. Pour un exemple, cf. TFA, 15.11.2004, U 306/03: dans le cas d'une assurée, qui a mis fin à ses jours après avoir développé une dépression réactionnelle à la suite d'un accident de voiture de gravité moyenne (accident de gravité intermédiaire lui ayant occasionné de légères blessures qui n'étaient pas de nature à entraîner des troubles psychiques et qui n'ont pas nécessité un traitement médical extraordinairement long ni provoqué une incapacité de travail de longue durée), le TF a nié l'existence d'un lien de causalité adéquate entre l'accident de la circulation routière et le suicide.

43 Cf., notamment, ATF 139 V 327, c. 3.3.1; ATF 134 V 72, c. 4.1.1; TF, 18.10.2006, 5C.18/2006, c. 2.2.

44 ATF 134 V 72, c. 4.1.1.

(une explosion, une brûlure provoquée par de l'eau bouillante ou des jets de vapeur, etc.) ou encore ionisante (des radiations, p. ex.).

- 21** L'atteinte à la santé subie par un assuré en raison d'une infiltration d'eau froide due à une déchirure de sa combinaison de plongée et à un dysfonctionnement de son matériel (blocage de la valve de décompression), est, par exemple, imputable à un facteur extérieur au corps humain⁴⁵. Il en va de même de la perforation du tympan dont est victime une personne après avoir sauté du haut d'un plongeur, la cause extérieure résidant dans la pression de l'eau⁴⁶. En revanche, la pression normale de l'eau sur le corps ne constitue pas un tel facteur; partant, le plongeur qui, au cours d'une plongée de routine, souffre, alors qu'il se trouve à environ 5 mètres de profondeur, d'une paralysie d'un bras, laquelle ne peut avoir été provoquée par aucun élément extérieur, n'est pas victime d'un accident⁴⁷. Un **accident de décompression** (soit, un accident dont peuvent être victimes les plongeurs lorsqu'ils remontent trop vite en surface, sans effectuer les paliers de décompression nécessaires) n'est en principe pas non plus un accident au sens de l'art. 4 LPG. Ce n'est que dans l'hypothèse où le plongeur remonte précipitamment à la surface, en raison d'une cause extérieure (l'attaque d'un requin, p. ex.), que l'accident de décompression constitue réellement un accident au sens juridique du terme.
- 22** Un **événement qui se produit à l'intérieur du corps** (processus biologique, physiologique ou psychique), tel qu'une hémorragie cérébrale (rupture d'un vaisseau sanguin provoquant un épanchement de sang dans une partie du cerveau), un infarctus du myocarde (nécrose d'une partie du muscle cardiaque résultant, généralement, d'une thrombose coronarienne aiguë) ou encore la rupture d'une prothèse⁴⁸, ne saurait être considéré comme un accident, faute de cause extérieure.
- 23** Il se peut qu'une **cause interne** soit à l'origine d'un accident ou, tout au moins, qu'elle en favorise la survenance; dans ce cas, ce n'est que si l'événement accidentel peut être considéré comme «la cause directe et adéquate de l'atteinte à la santé» que l'on retiendra la présence d'un accident au sens juridique du terme (cf. N 50)⁴⁹.
- 24** Afin d'éviter, au profit de l'assuré, la distinction souvent difficile à établir entre une maladie et un accident, **certaines lésions corporelles sont assimilées à un accident** (art. 6 al. 2 LAA). Ainsi, «pour autant qu'elles ne soient pas dues de manière prépondérante à l'usure ou à une maladie», les lésions répertoriées dans la liste exhaustive⁵⁰ de l'art. 6 al. 2 LAA (fractures, déboîtements d'articulations, déchirures du ménisque ou de muscles, lésions du tympan, p. ex.) sont assimilées à des accidents, et ce, même si leur cause ne réside pas dans un facteur extérieur. Jusqu'au 31 décembre 2016, la liste des lésions assimilées à des accidents figurait à l'art. 9 al. 2 OLAA. A teneur de cette disposition, lesdites lésions devaient être assimilées à un accident, dans la mesure où elles n'étaient pas «manifestement imputables à une maladie ou à des phénomènes dégénératifs». Conformément à la jurisprudence, de telles lésions étaient à la charge de l'assurance-accidents

45 TF, 18. 10. 2006, 5C.18/2006, c. 2.2.

46 ATFA 1964 65.

47 TFA, 10. 11. 2004, U 203/04.

48 ATF 142 V 219, c. 4.3.2: la rupture d'une prothèse défectueuse de la hanche qui survient alors que l'assuré sort de sa voiture (c'est-à-dire en l'absence de tout événement extérieur anormal), résulte d'un processus qui s'est produit à l'intérieur du corps humain et ne constitue donc pas un accident au sens juridique du terme.

49 ATF 142 V 435, c. 2. Cf. aussi ATF 102 V 131, c. b.

50 ATF 116 V 145, c. 2b.

«pour autant qu’une cause extérieure ait, au moins, déclenché les symptômes» présentés par l’assuré; nul besoin, en revanche, que ce facteur extérieur pût être qualifié d’extraordinaire⁵¹. Si la modification de la LAA du 25 septembre 2015, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017⁵², a consacré la liste des lésions corporelles assimilées à un accident directement dans la loi, elle a également eu pour effet de faciliter l’assimilation desdites lésions à un accident, puisque la nouvelle réglementation fait dorénavant abstraction de l’existence d’une cause extérieure pour admettre la présence d’une lésion corporelle assimilée à un accident. En d’autres termes, il existe désormais une «présomption que l’on est en présence d’une lésion semblable aux conséquences d’un accident, qui doit être prise en charge par l’assureur-accidents», ce dernier ne pouvant s’exonérer de son obligation que «s’il apporte la preuve que la lésion est manifestement due à l’usure ou à une maladie»⁵³.

5. *Le caractère extraordinaire du facteur extérieur*

Pour admettre la présence d’un accident (art. 4 LPGA), il ne suffit pas que l’atteinte à la santé trouve sa cause dans un facteur extérieur. Encore faut-il que ce facteur puisse être qualifié d’extraordinaire. Cette condition est réalisée lorsque **le facteur extérieur «ex-cède le cadre des événements et des situations que l’on peut objectivement qualifier de quotidiens ou d’habituels, autrement dit des incidents et péripéties de la vie courante»**⁵⁴. Elle a donné lieu à une riche jurisprudence. 25

Le caractère extraordinaire de l’atteinte concerne le facteur extérieur lui-même (et non ses effets), si bien qu’il n’importe pas que celui-ci entraîne des conséquences graves ou inattendues⁵⁵. 26

Pour admettre ou réfuter le caractère extraordinaire du facteur extérieur, il sied de se fonder sur des **critères objectifs**; les capacités individuelles de l’assuré ne sont donc en principe pas prises en compte⁵⁶. 27

a) Les lésions dues à des mouvements corporels

En cas de lésions dues à des mouvements du corps, la présence d’une cause extérieure est généralement admise «lorsque le déroulement naturel d’un mouvement corporel est in- 28

51 Cf. p.ex. ATF 139 V 327 (une fracture du calcanéum à la suite d’un violent coup de talon contre le sol dans un moment de colère est une lésion corporelle assimilée à un accident); ATF 116 V 145. Cf. aussi TF, 23.5.2017, 8C_662/2016 (faute de facteur extérieur, la luxation d’une épaule durant un exercice de stretching ne constitue pas une lésion corporelle assimilée à un accident; dans la mesure où le stretching n’est pas une activité comprenant un risque de lésion accru, il faut considérer qu’il s’agit d’un cas dans lequel les douleurs ressenties par l’assuré sont apparues pour la première fois après qu’il a accompli un geste de la vie courante).

52 RO 2016 4375

53 Sur ce point, cf. Message relatif à la modification de la loi fédérale sur l’assurance-accidents (Assurance-accidents et prévention des accidents; organisation et activités accessoires de la CNA) du 30 mai 2008, FF 2008 4877, 4893. Cf. aussi Message additionnel relatif à la modification de la loi fédérale sur l’assurance-accidents (Assurance-accidents et prévention des accidents; organisation et activités accessoires de la CNA) du 19 septembre 2014, FF 2014 7691, 7715.

54 ATF 129 V 402, c. 2.1. Cf. aussi, parmi d’autres, ATF 134 V 72, c. 4.1; ATF 122 V 230, c. 1; ATF 116 V 145, c. 2a; ATF 116 V 136, c. 3b; ATF 112 V 201, c. 1.

55 ATF 129 V 402, c. 2.1. Cf. aussi TF, 20.4.2011, 9C_985/2010, c. 5.3; ATF 134 V 72, c. 4.3.1; ATF 122 V 230, c. 1; ATF 118 V 59, c. 2b; ATF 116 V 136, c. 3b.

56 TF, 2.7.2009, 8C_141/2009, c. 7.2; TF, 11.2.2009, 8C_500/2008, c. 4.3; ATF 134 V 72, c. 4.2.3.

fluencé par un empêchement **non programmé**, lié à l'environnement extérieur»; en pareille hypothèse, le facteur extérieur (soit, la modification entre le corps et l'environnement extérieur) constitue en même temps le facteur extraordinaire en raison du **déroulement non programmé du mouvement** («*programmwidrig*») ⁵⁷. Un «mouvement non coordonné» est un fait qui excède ce que l'on peut objectivement qualifier de normal et habituel et qui se produit en raison de circonstances extérieures manifestement insolites et imprévisibles, comme il en va lorsque l'assuré s'encoule, fait un faux pas, glisse ou se heurte à un objet, ou encore lorsqu'il exécute ou tente d'exécuter un mouvement par réflexe pour rattraper un objet ou éviter une chute ⁵⁸. Dans le cas d'un assuré, qui s'était blessé à l'épaule alors qu'il mettait en place un rouleau de moquette (d'un poids avoisinant les 100 kg) sur une étagère, en raison du fait que cet objet avait glissé, provoquant ainsi un mouvement brusque et incontrôlé au niveau de son bras, le Tribunal fédéral a admis la présence d'un facteur extérieur extraordinaire ⁵⁹.

- 29 Dans l'hypothèse d'une **lésion consécutive à un effort** (déplacement ou soulèvement de charges lourdes), le caractère extraordinaire de l'effort (qui constitue le facteur extérieur) doit être apprécié au cas par cas, en tenant compte de la constitution physique et des habitudes, professionnelles ou autres, de la personne; l'effort est extraordinaire lorsqu'il est manifestement excessif ⁶⁰. Tel est le cas, par exemple, si une infirmière se blesse alors qu'elle tente d'empêcher un patient de forte corpulence de faire une chute inattendue lors de son transfert du lit au fauteuil roulant ⁶¹ ou lorsqu'une personne en position penchée et pressée par le temps se blesse en déplaçant une charge exceptionnelle de 150 kg ⁶². En revanche, ne sont des actions qui requièrent un effort physique excessif, ni le fait pour un magasinier stagiaire, habitué aux activités requérant une force physique importante et n'ayant jamais eu de problèmes au niveau du dos, de décharger, avec l'aide d'un collègue, des containers de 165 kg (ce qui représente une charge de 80 kg par personne) ⁶³, ni le transbordement d'une palette de boissons dont la hauteur et le poids atteignent respectivement 150 cm et 9 kg ⁶⁴, ni le transfert d'un patient d'une table d'opération à un lit par un aide-infirmier ⁶⁵. En outre, lorsque l'effort n'a fait que déclencher une lésion qui se serait tôt ou tard manifestée en raison de facteurs maladiés préexistants, le lien de causalité naturelle entre l'atteinte à la santé et l'accident cesse dès que l'état maladié antérieur revient au stade qui était le sien immédiatement avant l'accident («*statu quo ante*»), respectivement dès qu'il parvient à un stade qu'il aurait de toute façon atteint sans la survenance de l'accident («*statu quo sine*»; cf. N 51) ⁶⁶.

57 TFA, 14.4.2005, U 164/04, c. 1.2. Cf. aussi TF, 12.3.2008, 8C_180/2007, c. 5; ATF 130 V 117, c. 2.1.

58 TF, 6.12.2010, 8C_403/2010, c. 3; TFA, 14.4.2005, U 164/04, c. 1.2.

59 TF, 11.8.2015, 8C_194/2015.

60 TF, 6.12.2010, 8C_403/2010, c. 3; TFA, 30.5.2006, U 100/06, c. 4.1; ATF 116 V 139, c. 3b.

61 TFA, 27.9.1993, U 67/93, RAMA 1994 n° U 185 79 ss.

62 TFA, 10.8.1993, U 109/92, RAMA 1994 n° U 18 37 ss.

63 TFA, 30.5.2006, U 100/06, c. 4.2.

64 TF, 23.10.2009, 8C_319/2009, c. 3.3.

65 ATF 116 V 136. Cf. aussi TF, 14.5.2009, 8C_726/2008, c. 5: l'infirmier qui se blesse au niveau des cervicales en se retournant brusquement pour tenter de retenir une patiente qui s'était levée de sa chaise roulante, n'est pas non plus victime d'un accident: si la condition du facteur extérieur est réalisée au travers du mouvement de torsion brusque effectué, ce mouvement ne revêt pas un caractère extraordinaire justifiant d'admettre la survenance d'un accident étant donné que la rotation effectuée dans la précipitation pour retenir une patiente sur le point de choir n'est pas inhabituelle pour un infirmier et qu'il n'apparaît pas que le mouvement litigieux se soit déroulé de manière non programmée en raison de l'interférence d'un fait extérieur particulier.

66 ATF 116 V 136, c. 3b. Cf. aussi, p.ex., TF, 14.5.2009, 8C_726/2008, c. 2.3.

S'agissant des **lésions qui surviennent lors de la pratique d'un sport**, il est nécessaire, pour pouvoir admettre la présence d'un facteur extraordinaire, qu'un événement particulier se produise; un mouvement non programmé excédant ce que l'on peut objectivement qualifier de normal et habituel (soit, un événement allant au-delà du risque inhérent à l'exercice du sport en cause) doit en effet intervenir⁶⁷. Une telle circonstance a été admise dans le cas d'un cavalier qui s'est blessé parce que son cheval est tombé tête la première (les deux jambes avant du cheval ont « lâché »)⁶⁸, d'un footballeur amateur qui a subi une torsion du genou droit à la suite d'une obstruction de son adversaire⁶⁹, d'un joueur victime d'une charge contre la balustrade durant un match de hockey sur glace⁷⁰, ou encore d'une assurée qui s'est fait une entorse à la cheville après avoir chuté d'environ 2,5 mètres alors qu'elle faisait de l'escalade en salle⁷¹. Le seul fait que certaines lésions soient fréquentes dans la pratique d'un sport ou qu'elles résultent d'une violation courante des règles du jeu passible de sanctions, ne suffit pas pour nier la présence d'un facteur extraordinaire⁷². Le Tribunal fédéral a, en revanche, conclu à l'absence de facteur extraordinaire dans les cas suivants: une personne qui a trébuché sur une pierre, sans chuter, pendant une séance de « nordic walking » en extérieur⁷³; un joueur professionnel de hockey sur glace qui s'est blessé à l'épaule lors d'un tir (« slapshot ») en frappant avec sa crosse la glace à la place du puck⁷⁴; un footballeur qui, lors d'un tir, a été victime d'une élongation d'un muscle de la cuisse⁷⁵; une personne qui, à l'occasion d'un plongeon d'une hauteur de 7 mètres à la piscine, a subi un choc en raison du mauvais positionnement de son corps lors de la pénétration dans l'eau⁷⁶; un assuré qui s'est blessé à la nuque en effectuant une roulade en avant durant une leçon de gymnastique⁷⁷ ou en exécutant de manière légèrement imparfaite une figure de gymnastique ou un autre mouvement dans l'exercice d'un sport⁷⁸; une cavalière qui a subi une lésion de la colonne cervicale parce que son cheval a brusquement changé d'allure⁷⁹.

30

b) Les lésions dentaires

Dans le domaine des **lésions dentaires survenant à l'occasion de la consommation d'aliments**⁸⁰, la présence d'un accident est admise lorsque le bris d'une dent survient au

31

67 ATF 130 V 117, c. 2.2. Cf. aussi TF, 22.3.2018, 8C_410/2017, c. 3.

68 TFA, 14.2.2006, U 296/05, c. 2.3.

69 TFA, 22.12.1992, RAMA 1993 n° U 165 58 ss.

70 ATF 130 V 117, c. 3.

71 TF, 22.3.2018, 8C_410/2017.

72 TFA, 22.12.1992, RAMA 1993 n° U 165 58 ss.

73 TF, 3.3.2011, 8C_978/2010, c. 4.2.

74 TF, 2.7.2009, 8C_141/2009, c. 7.2.

75 TF, 12.3.2007, U 611/06, c. 4.

76 TFA, 10.12.2002, U 17/02, c. 2.

77 TFA, 28.6.2002, U 98/01.

78 TFA, 21.10.2001, U 134/00. Cf. aussi TFA, 10.12.2002, U 17/02, c. 2.

79 TFA, 14.02.2006, U 296/05, c. 2.3.

80 Pour les autres lésions dentaires (soit, celles qui ne surviennent pas lors de la consommation de denrées alimentaires), le caractère extraordinaire du facteur extérieur s'apprécie comme pour n'importe quelle autre lésion corporelle, en application de la jurisprudence relative aux mouvements corporels (cf. N 28-30). Ainsi, par exemple, est victime d'un accident, l'enfant qui se casse une dent en raison d'un heurt contre le volant d'une auto-tamponneuse (ATF 134 V 72) ou l'ingénieur forestier victime d'une fracture de deux molaires à la suite du claquement de sa mâchoire intervenu à l'occasion d'une mauvaise réception au sol après qu'il a sauté ou glissé d'un billot d'une hauteur d'environ 1,2 mètre (TFA, 1.7.2003, U 288/02, c. 2.2). Le fait de se briser une dent en buvant ou en apportant un instrument de musique en direction de sa bouche (choc d'une

contact d'un **élément dur exogène, de nature à causer la lésion incriminée, qui habituellement ne se trouve pas dans l'aliment consommé** (la présence de ce corps étranger doit en effet pouvoir être qualifiée d'extraordinaire), de sorte que le caractère extraordinaire fait défaut lorsque l'assuré se brise une dent au contact d'un élément que l'on peut s'attendre à trouver dans l'aliment en cause; en outre, la dent ne doit pas être parfaitement saine, mais il suffit qu'elle remplisse normalement sa fonction de mastication, le caractère adéquat du lien de causalité entre le fait constitutif d'un accident où une dent se casse en mordant dans un aliment contenant un corps extérieur dur et la survenance du dommage dentaire ne pouvant être nié que s'il y a lieu d'admettre que la dent se fût brisée même en l'absence d'une sollicitation anormale⁸¹.

- 32 La jurisprudence en matière d'accidents dentaires survenant à l'occasion d'un acte de mastication est pléthorique.
- 33 Est extraordinaire, la présence d'un fragment de coquille de noix ou de noisette dans un pain aux noix, un gâteau aux noix, un croissant fourré ou un chocolat aux noisettes, «en dépit du fait que l'on ne peut jamais exclure totalement la présence d'un fragment de coquille dans un aliment»⁸². Cette jurisprudence s'applique par analogie aux olives, qui, à l'instar des noix et noisettes, comportent, à l'état naturel, une partie comestible et une autre, dure, susceptible d'entraîner des lésions dentaires⁸³. Dès lors, la présence d'un noyau d'olive dans un pain confectionné avec des olives dénoyautées, issues d'un sachet d'olives dénoyautées préalablement acheté auprès d'un grand distributeur, n'est pas une situation qui peut objectivement être qualifiée de quotidienne ou d'habituelle puisque malgré un risque résiduel toujours existant, la personne qui achète un tel emballage d'olives ne peut ni ne doit s'attendre, dans ce cas, à trouver un noyau dans l'aliment en question; quand bien même une mention indiquant une possible présence de noyaux figure-rait sur le sachet, le fait que l'on ne puisse pas exclure totalement qu'un corps dur se trouve dans un aliment ne suffit toutefois pas, en soi, pour nier le caractère extraordinaire de sa présence⁸⁴. Dans le même sens, la personne qui se casse une dent au contact d'un noyau, alors qu'elle mange de confiture confectionnée avec des cerises dénoyautées, est aussi victime d'un accident⁸⁵. La présence d'une esquille dans une saucisse est également un facteur extérieur extraordinaire (l'assuré qui se brise une dent en mordant un éclat d'os présent dans une saucisse ou un «*Schüblig*» de campagne est dès lors victime d'un accident)⁸⁶, de même que celle d'un petit caillou dans une préparation de riz (peu importe que ce plat soit consommé en Suisse ou dans un pays en voie de développement)⁸⁷.

dent contre un verre à boisson ou une trompette, p.ex.) n'est, en revanche, en principe, pas un accident (cf. TASS-AG, 21.11.2001, SVR 2002 KV n° 40 145; TFA, 8.2.1996, U 157/95, RAMA 1996 n° U 243 137 ss); l'admission de la présence d'un mouvement non coordonné présuppose en effet que le choc soit consécutif à un handicap de l'assuré (TF, 11.2.2009, 8C_500/2008).

81 Cf., notamment, TF, 20.4.2011, 9C_985/2010, c. 5.4; TFA, 14.2.2006, U 454/04, c. 3.3.2; TFA, 18.10.2005, U 367/04, c. 3.2; ATF 114 V 169.

82 TF, 17.10.2013, 9C_553/2013, c. 2.2. Cf. aussi TF, 20.4.2011, 9C_985/2010, c. 5.4; TFA, 18.10.2005, U 367/04, c. 3.2; ATF 114 V 169; ATF 112 V 201, c. 3a-b; TFA, 15.8.1988, RAMA 1988 n° K 787 419 ss.

83 TF, 20.4.2011, 9C_985/2010, c. 5.4.

84 TF, 20.4.2011, 9C_985/2010, c. 6.

85 TF, 17.10.2013, 9C_553/2013.

86 TFA, 16.1.1992, RAMA 1992 n° U 144 82 ss. Cf. aussi TFA, 14.2.2006, U 454/04, c. 3.3.2; TFA, 18.10.2005, U 367/04, c. 3.2.

87 TFA, 21.4.1999, U 165/98, c. 3a, RAMA 1999 n° U 349 477 ss. Cf. aussi TFA, 13.4.2006, U 41/05, c. 2.1; TFA, 14.2.2006, U 454/04, c. 3.3.2; TFA, 18.10.2005, U 367/04, c. 3.2.

N'est, en revanche, pas victime d'un accident, l'assuré qui se casse une dent sur un noyau dans une pizza garnie d'olives achetée dans un magasin sans qu'aucune précision ne soit fournie quant à la préparation de ces dernières (on ignore si les olives utilisées ont été dénoyautées ou non)⁸⁸. Il en va de même de la personne qui se brise une dent en mangeant un gâteau qu'elle avait confectionné avec des cerises qu'elle savait non dénoyautées; dans cette hypothèse, la présence de corps durs dans l'aliment consommé confine en effet à la certitude⁸⁹. N'est pas non plus accidentel, le bris d'une dent qui survient au contact: d'un os dans un poulet ou une côtelette⁹⁰; d'un morceau de cartilage dans une tranche de lard (en l'espèce un morceau de cartilage dans des «lardons» inclus dans une tartiflette au reblochon et aux pommes de terre)⁹¹ ou dans une boulette de chair à saucisses à base de veau, de porc et de lard⁹²; de résidus de coquilles de moules dans une pizza aux fruits de mer⁹³ ou dans un autre plat à base de moules⁹⁴; d'un résidu de coquille de noix sur un cerneau de noix qu'une personne vient d'extraire de sa coque⁹⁵; d'une noix ou d'une olive non dénoyautée dans une salade (*in casu*, un morceau de noix dans un croûton de pain dans une salade Caesar⁹⁶, respectivement une olive non dénoyautée dans une salade verte⁹⁷); d'un grain de maïs non éclaté dans des pop-corn⁹⁸; de résidus de projectiles (plomb) dans de la viande de chasse (*in casu*, dans un civet de cerf servi au restaurant)⁹⁹; de restes de sable ou de petits cailloux dans une sauce à base de morilles (étant précisé que le fait que les morilles aient été cueillies ou qu'elles soient issues d'un emballage de champignons séchés acheté dans le commerce est sans incidence)¹⁰⁰; d'un grain de sel marin dans une tranche de roastbeef¹⁰¹; d'un morceau de peau rôtie provenant d'un gigot d'agneau¹⁰²; d'une perle de décoration ornant un gâteau¹⁰³; d'un noyau de quetsches non dénoyautée dans un «*tutti-frutti*» (salade de fruits)¹⁰⁴; d'un noyau dans un chocolat de type «Griotte au Kirsch»¹⁰⁵; d'une baie séchée congelée ou particulièrement dure dans une barre de céréales ou dans un birchermüesli¹⁰⁶; de la fève dans une galette des rois¹⁰⁷. Dans de tels cas, il y a en effet lieu d'admettre que l'attention de la personne amenée à manger ce type d'aliments est suffisamment attirée sur le risque de rencontrer un élément dur, si bien que ce sont en réalité «les effets sur le corps humain de la mastication sur l'élément dur qui sont de caractère extraordinaire, mais non l'élément dur proprement dit»¹⁰⁸.

88 TFA, 14.2.2006, U 454/04, c. 3.6. Cf. aussi TF, 20.4.2011, 9C_985/2010, c. 6.1.

89 ATF 112 V 201, c. 2-3.

90 TFA, 18.10.2005, U 367/04, c. 4.1; ATF 112 V 201, c. 3b.

91 TFA, 24.5.2006, U 67/05.

92 TFA, 30.4.1991, cité par BAER, 323-324.

93 TFA, 26.2.2004, U 305/02.

94 TFA, 1.4.1998, cité par HÜSLER, 33.

95 TC FR, RFJ 2015 178.

96 TF, 18.1.2016, 8C_750/2015, c. 5

97 TF, 27.1.2015, 8C_893/2014, c. 3.

98 Cf. TC FR, RFJ 2015 178.

99 TFA, 18.10.2005, U 367/04, c. 4.

100 TF, 9.11.2016, 8C_53/2016, c. 5.2.2.

101 TFA, 10.4.1989, arrêt cité par BAER, 323 et HÜSLER, 32.

102 TFA, 6.4.1990, arrêt cité par BAER, 323 et HÜSLER, 31.

103 TFA, 20.8.1984, RAMA 1985 n° K 614 24 ss. Cf. aussi TFA, 14.2.2006, U 454/04, c. 3.6. Cf. également HÜSLER, 31.

104 ATF 112 V 201, c. 3.

105 TFA, 13.3.2006, U 8/06.

106 TFA, 30.3.2004, U 252/02, c. 6.

107 ATF 112 V 205, c. 3b. Cf. aussi HÜSLER, 32.

108 TFA, 14.2.2006, U 454/04, c. 3.6 Cf. aussi ATF 112 V 201, c. 3c.

35 En cas de lésions dentaires occasionnées par la consommation d'aliments, l'**apport de la preuve** est soumis à des exigences particulières, puisque les indications de la personne assurée doivent permettre de décrire «de manière précise et détaillée» l'élément qui a occasionné la lésion, c'est-à-dire, d'**identifier le «corpus delicti»**; ainsi, il ne suffit pas que l'assuré déclare avoir mordu dans «un corps étranger» ou dans «quelque chose de dur», ni qu'il croie avoir identifié l'objet en cause (ne pas être en mesure de démontrer que l'objet mâché était, par exemple, un petit caillou et non une céréale)¹⁰⁹. A cet égard, la terminologie utilisée par les médecins-dentistes pour qualifier l'événement de maladie ou d'accident n'est pas déterminante¹¹⁰. Lorsque l'assuré ne parvient pas à fournir des indications permettant de décrire de manière précise et détaillée le «*corpus delicti*», l'autorité administrative (ou le juge, dans l'hypothèse d'un recours) n'est pas en mesure de porter un jugement fiable sur la nature du facteur en cause, et encore moins sur le caractère extraordinaire de celui-ci¹¹¹. Le fait de subordonner le droit à la prise en charge de traitements dentaires en cas de lésions survenant lors de la mastication d'aliments à la double condition que le «*corpus delicti*» soit clairement décrit et identifié par l'assuré et qu'un examen approfondi du droit aux prestations dans le cas d'espèce soit entrepris, doit, selon le Conseil fédéral, permettre de lutter contre les abus¹¹². Il s'agit également d'une exigence nécessaire pour déterminer si le bris de dent s'inscrit dans un rapport de causalité naturelle et adéquate avec le fait de mordre dans le corps extérieur en question. Pour cette raison, la circonstance que le plat lui-même ne soit pas censé contenir d'ingrédients pouvant expliquer le bris d'une dent (un pain au lait, p.ex.) ne suffit pas.

c) Les lésions résultant d'actes médicaux

- 36 Le point de savoir si un acte médical constitue en tant que tel un facteur extérieur extraordinaire doit être tranché sur la base de **critères médicaux objectifs** et le caractère extraordinaire d'une telle mesure ne doit être admis que restrictivement¹¹³. Il faut, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, que l'acte médical «s'écarte considérablement de la pratique courante en médecine et qu'il implique de ce fait objectivement de gros risques»¹¹⁴. Si le traitement d'une maladie en soi ne donne pas droit au versement de prestations en cas d'accident, une **erreur de traitement** peut, à titre exceptionnel, être constitutive d'un accident, lorsqu'elle découle de confusions ou de maladresses grossières et extraordinaires, voire d'un préjudice intentionnel, sur lesquels personne ne comptait ni ne devait compter¹¹⁵.
- 37 La jurisprudence a, par exemple, admis qu'un acte médical constitue une cause extérieure extraordinaire dans les cas suivants: en présence d'une confusion en matière de groupes sanguins survenue durant une transfusion¹¹⁶ ou d'une accumulation d'erreurs à l'occa-

109 Cf., notamment, TF, 24.2.2015, 9C_639/2014, c. 4.1; TF, 1.12.2011, 9C_995/2010, c. 2; TF, 28.7.2010, 8C_1034/2009, c. 4.3.

110 TF, 28.7.2010, 8C_1034/2009, c. 4.5.

111 Cf. TF, 24.2.2015, 9C_639/2014, c. 4.1.

112 Message relatif à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (Assurance-accidents et prévention des accidents; organisation et activités accessoires de la CNA) du 30 mai 2008, FF 2008 4877, 4891.

113 Cf., p.ex., TF, 2.8.2017, 8C_656/2016, c. 3.2; TF, 18.7.2013, 8C_767/2012, c. 3.2.

114 TF, 2.8.2017, 8C_656/2016, c. 3.2; TF, 18.7.2013, 8C_767/2012, c. 3.2; TF, 31.3.2009, 8C_234/2008, c. 3.2; ATF 121 V 35, c. 1b; ATF 118 V 59, c. 2b.

115 TF, 2.8.2017, 8C_656/2016, c. 3.2; TF, 18.7.2013, 8C_767/2012, c. 3.2; TF, 31.3.2009, 8C_234/2008, c. 3.2.

116 ATFA 1961 201.

sion d'une angiographie¹¹⁷; en cas d'injection trop rapide par voie intraveineuse d'une dose excessive de produits anesthésiques (un mélange de Péthidine et de Diazépam) qui a provoqué un arrêt respiratoire chez l'assuré¹¹⁸; lors de l'oubli d'un cathéter dans la vessie d'un patient¹¹⁹; en cas de lésion du nerf médian à l'occasion d'une prise de sang¹²⁰; lors d'une fracture de l'ostéotomie survenue pendant une mobilisation d'un genou sous anesthésie, intervention qui était manifestement contraire à l'expérience et à la pratique médicales et totalement contre-indiquée au regard du déroulement antérieur du traitement et des complications qui s'en étaient déjà suivies¹²¹.

L'existence d'un accident a en revanche été niée, notamment, dans les cas suivants: une perforation de l'artère pulmonaire à l'occasion d'une bronchoscopie¹²²; une perforation de l'intestin survenue durant une rectoscopie suivie d'un lavement baryté¹²³; une lésion du nerf alvéolaire provoquée par l'extraction d'une dent de sagesse effectuée en l'absence de la pose de tout diagnostic préopératoire¹²⁴; des complications imprévisibles et rarissimes liées à un étirement préopératoire du plexus brachial en l'absence d'erreur de traitement¹²⁵; une lésion de nerfs de la main qui s'est produite au cours d'une opération spécialement difficile et délicate sur un terrain cicatriciel dont l'anatomie était modifiée par de multiples opérations antérieures¹²⁶; une perforation de l'œsophage survenue au cours de l'extraction d'un morceau de viande¹²⁷; le décès d'une femme sur le point d'accoucher à la suite de gestes médicaux inappropriés associés à de multiples complications¹²⁸; une atteinte à la santé due à l'administration d'une combinaison de médicaments à l'occasion d'un accouchement qui, a posteriori, s'est révélée présenter certains risques pour la patiente¹²⁹; une réaction totalement inhabituelle et imprévisible, sous la forme d'un choc anaphylactique, après que le patient a inhalé un aérosol d'antibiotique¹³⁰; une atteinte à la santé survenue à la suite de deux injections de Kenacort effectuées dans le cuir chevelu dans le cadre du traitement de céphalées¹³¹. Le Tribunal fédéral a également jugé qu'il serait «pour le moins douteux» de considérer que l'omission d'ordonner une hospitalisation pour des motifs psychiatriques, même si elle résulte d'une grossière erreur d'appréciation, puisse être qualifiée d'erreur de traitement constitutive d'un accident en cas de suicide ultérieur du patient¹³².

38

117 TFA, 22.10.1992, c. 4 et 5 (considérents non publiés *in* ATF 118 V 283).

118 TFA, 17.5.1993, U 124/92, RAMA 1993 n° U 176 204.

119 TFA, 18.7.2003, U 56/01.

120 TF, 29.4.2008, 8C_526/2007.

121 TF, 31.3.2009, 8C_234/2008, c. 7.4.

122 TFA, 14.10.1987, U 15/87, c. 4, RAMA 1988 n° U 36 42.

123 TFA, 5.8.1983, U 5/82, cité dans TF, 18.7.2013, 8C_767/2012, c. 3.3.

124 TFA, 24.1.2002, U 284/01.

125 TFA, 21.10.2003, U 62/03.

126 ATF 121 V 35.

127 TFA, 16.11.1999, U 335/98, RAMA 2000 n° U 368 99.

128 TFA, 22.9.2000, U 225/99.

129 TFA, 15.12.2006, U 135/06.

130 TF, 12.4.2006, 5C.295/2005.

131 TF, 2.8.2017, 8C_656/2016, c. 4.2 (dans cet arrêt, le TF a précisé que quand bien même les injections sous-cutanées de Kenacort ne constituaient pas un traitement indiqué pour le traitement des céphalées, cet acte médical ne revêtait pas un caractère extraordinaire, dans la mesure où il n'avait pas été démontré qu'il s'écartait considérablement de la pratique curante en médecine et où les injections n'avaient pas objectivement impliqué de gros risques pour la santé de l'assurée, allant au-delà des effets secondaires connus).

132 TF, 10.2.2016, 8C_195/2015, c. 3.2.

39 La question de savoir si un acte médical représente un accident ne nécessite pas de déterminer si l'infraction aux règles de l'art reprochée au médecin entraîne sa responsabilité civile (ou de droit public) car il s'agit en effet de deux problématiques indépendantes l'une de l'autre; par ailleurs, la notion d'accident ne doit pas être étendue à toute faute du médecin, au risque de faire assumer à l'assurance-accidents le rôle d'une assurance de la responsabilité civile des prestataires de soins¹³³. La question de l'existence d'un accident doit également être tranchée indépendamment du point de savoir si le comportement du médecin a été sanctionné par un jugement pénal¹³⁴. Au demeurant, l'indication d'une intervention chirurgicale ou d'un traitement ne constitue pas non plus un critère juridiquement pertinent pour juger si un acte médical répond ou non à la définition légale de l'accident¹³⁵.

d) Les lésions provoquées par le froid, le chaud ou le bruit

40 Les atteintes à la santé imputables à la **chaleur atmosphérique** (insolation, coup de soleil, etc.) ou aux **effets du froid** correspondent à la définition juridique de l'accident lorsque leur cause réside dans un facteur extraordinaire. Tel est le cas, par exemple, d'une lésion consécutive à l'exposition forcée au soleil d'un assuré incapable de se mouvoir en raison d'une fracture de la jambe¹³⁶ ou de la congélation de doigts survenue durant une excursion en haute montagne consécutivement à la rupture de gants spéciaux d'escalade¹³⁷. La présence d'un facteur extraordinaire doit en revanche être niée dans le cas d'une souffleuse qui a subi une lésion de l'ouïe lors d'une représentation à la suite d'un coup de timbale¹³⁸. Dans le même sens, ni les bourdonnements d'oreilles (« *Tinnitus* ») ressentis par un assuré après qu'il s'est exposé au bruit d'un gong pendant 10 à 15 minutes¹³⁹, ni les coups de soleil et/ou l'insolation dont une personne qui bronze en plein soleil sur une plage peut être victime, ne sauraient non plus être imputés à un facteur extraordinaire. Au demeurant, dans de tels cas, la lésion ne revêt pas un caractère soudain (cf. N9-11).

e) Les infections, piqûres d'insectes et morsures d'animaux

41 En principe, les atteintes à la santé consécutives à une **infection** sont des maladies. Un accident ne peut en effet être admis que lorsque les germes ou bactéries pénètrent dans l'organisme d'une manière inhabituelle (ou, à tout le moins dans des circonstances telles qu'elles représentent un fait typiquement « accidentel » et reconnaissable comme tel), par exemple, par le canal d'une blessure ou d'une plaie, étant précisé que des écorchures, éraflures ou excoriations banales et sans importance ne suffisent pas¹⁴⁰. L'infection causée par des germes ou bactéries qui ont pénétré dans l'organisme par un orifice naturel du corps relève en revanche de la maladie, au vu de l'absence de facteur extérieur extraordinaire. Quant à la contamination d'une plaie chirurgicale par une mycobactérie (germe ra-

133 TF, 2.8.2017, 8C_656/2016, c. 3.2; TF, 18.7.2013, 8C_767/2012, c. 3.2; TF, 31.3.2009, 8C_234/2008, c. 3.2; ATF 121 V 35, c. 1b.

134 TF, 2.8.2017, 8C_656/2016, c. 3.2; TF, 31.3.2009, 8C_234/2008, c. 3.2; ATF 121 V 35, c. 1b.

135 TF, 2.8.2017, 8C_656/2016, c. 4.2; TF, 31.3.2009, 8C_234/2008, c. 3.2; ATF 121 V 35, c. 1b; ATF 118 V 283.

136 ATF 98 V 165.

137 TFA, 18.7.2001, U 430/00, c. 4b.

138 TFA, 1.12.2005, U 245/05.

139 TFA, 21.8.2001, U 26/00, c. 2.

140 ATF 122 V 230, c. 3a.

rissime, n'occasionnant des infections chez son hôte que dans des cas exceptionnels), elle ne constitue pas non plus un accident; cette infection postopératoire ne revêt pas un caractère extraordinaire étant donné que la contamination par une plaie opératoire est une voie typique par laquelle se transmettent les infections¹⁴¹. Pour cette raison, les infections nosocomiales doivent donc être qualifiées de maladies.

D'une manière générale, les **piqûres d'insectes** (abeilles, guêpes, frelons, moustiques, etc.) et les **morsures d'animaux** (chiens, serpents, tiques, p.ex.) sont des accidents¹⁴². L'atteinte à la santé qui découle d'une morsure de tique (maladie de Lyme ou borréliose, méningo-encéphalite verno-estivale) est un accident car elle revêt un caractère extraordinaire (elle sort de l'ordinaire par le fait qu'un corps étranger véhiculé par cet acarien pénètre dans l'organisme par une lésion déterminée, de nature accidentelle, et que la morsure de tique n'est pas un événement pouvant objectivement être qualifié de quotidien ou d'habituel; en outre et d'après la jurisprudence, la plupart des tiques ne véhiculent aucune maladie)¹⁴³. La malaria provoquée par la piqûre d'un moustique anophèle, en revanche, est une maladie (absence de caractère extraordinaire dès lors que la piqûre d'un tel moustique constitue le mode ordinaire de la transmission de cette affection)¹⁴⁴.

42

f) Les intoxications, empoisonnements et intolérances

Les atteintes à la santé qui découlent de l'**ingestion de nourriture** ne constituent des accidents qu'en présence de circonstances tout à fait spéciales¹⁴⁵. En cas d'intoxication alimentaire, d'intolérance ou d'empoisonnement, la présence d'un facteur extérieur extraordinaire ne doit en effet être admise qu'en cas d'**erreur sur le produit** (confondre du sucre avec de l'arsenic¹⁴⁶ ou des champignons vénéneux avec des champignons comestibles¹⁴⁷, boire le contenu d'une bouteille en croyant que celle-ci renferme du coca, alors qu'en réalité, il s'agissait d'un mélange à base de méthadone, benzodiazépines et cannabis¹⁴⁸, p.ex.). Si la personne assurée se trompe sur la qualité du produit (consommation d'une denrée avariée), il convient, en revanche, de réfuter la présence d'une cause extérieure extraordinaire¹⁴⁹. Il en va de même lorsque l'atteinte est imputable à la consommation régulière de substances dangereuses¹⁵⁰.

43

141 ATF 118 V 59, c. 3.

142 ATF 122 V 230, c. 4.

143 ATF 122 V 230, c. 5, c. 6. Cette jurisprudence datant de 1996 pourrait être remise en cause compte tenu de l'augmentation significative de la transmission de maladies par les tiques ces dernières années relevée notamment par la CNRT (<https://www.labor-spiez.ch/fr/die/bio/frdie/bionrz.htm>).

144 ATF 122 V 230, c. 2b, c. 4.

145 TFA, 13.4.2005, U 300/04, c. 4.3.

146 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 93.

147 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 342 N 77.

148 TFA, 7.2.2003, U 178/02.

149 Cf., p.ex., TFA, 13.4.2005, U 300/04, c. 4.3.

150 Cf. TFA, 16.12.1999, c. 2, RAMA 2000 n° U 374 177: l'injection d'opiacés (héroïne ou morphine) ne constitue pas une cause extérieure extraordinaire chez une personne qui a l'habitude de consommer de la drogue. Le décès consécutif à une telle injection n'est donc pas imputable à un accident au sens juridique du terme. Même si la mort était due à un degré particulier de pureté du produit, il conviendrait de nier l'existence d'une cause extérieure extraordinaire parce que le cadre habituel de ce qui se passe dans l'achat illégal et la consommation illégale de drogues ne serait pas dépassé. Cf. aussi TFA, 13.4.2005, U 300/04, c. 4.3: le décès d'un ancien cardiologue qui consommait régulièrement du pentobarbital afin de calmer les effets de tremblements dont il était atteint n'est pas accidentel.

g) Les traumatismes psychiques dus à des événements terrifiants

- 44 Un traumatisme psychique consécutif à un événement terrifiant («*Schreckereignis*»), soit, une **atteinte à la santé psychique qui intervient en réaction à un choc émotionnel**, entre dans la notion juridique de l'accident lorsqu'il est développé par une personne qui a assisté à un événement d'une grande violence, c'est-à-dire un **événement dramatique propre à faire naître une terreur subite même chez une personne capable de supporter certains chocs nerveux**; seuls des événements extraordinaires propres à susciter l'effroi et entraînant des chocs psychiques eux-mêmes extraordinaires remplissent la condition du caractère extraordinaire de l'atteinte¹⁵¹. En outre, il importe que l'événement soit survenu en la **présence immédiate de la personne assurée**¹⁵².
- 45 L'atteinte psychique consécutive au fait d'avoir vécu le tsunami en Thaïlande en décembre 2004¹⁵³ ou d'avoir été victime d'un brigandage¹⁵⁴ ou d'un viol¹⁵⁵, de même que celle développée par un conducteur de train après qu'il a réalisé avoir mortellement écrasé une personne qui s'était jetée sous les roues de la locomotive qu'il conduisait afin de mettre fin à ses jours¹⁵⁶, constituent des traumatismes psychiques répondant à la définition de l'accident.
- 46 N'ont, en revanche, pas valeur d'accident: le choc psychique d'un pilote de ligne après avoir raté son atterrissage sur une piste verglacée¹⁵⁷; l'état dépressif anxieux réactionnel d'une employée d'un hôpital après qu'elle s'est piqué le pouce, alors qu'elle manipulait une poubelle, avec une aiguille sous-cutanée qui avait été utilisée pour faire une injection à une patiente séropositive et atteinte d'une hépatite¹⁵⁸; l'atteinte psychique développée par un agent de sécurité après avoir été mordu au pouce par une personne séropositive et porteuse d'une hépatite C¹⁵⁹.
- 47 Les traumatismes psychiques consécutifs à un choc émotionnel ne doivent pas être confondus avec les **atteintes additionnelles à la santé psychique** (ou troubles psychiques additionnels) que peut développer une personne à la suite d'une atteinte à sa santé physique. En cas de traumatismes psychiques dus à un événement terrifiant, l'assuré a vécu un événement traumatisant sans subir d'atteinte significative à sa santé physique¹⁶⁰. Ainsi, par exemple, un assuré qui développe un état de stress post-traumatique après avoir été insulté et frappé par un inconnu non armé (coups de poings n'ayant occasionné aucune blessure grave), alors qu'il mangeait sur un banc dans un parc en compa-

151 ATF 129 V 402, c. 2.1. Cf. aussi TF, 22.7.2015, 8C_146/2015, c. 5.2.1.

152 TFA, 17.6.2003, U 273/02, c. 3.2: il n'y a pas de présence immédiate de l'assuré lorsque celui-ci s'approche du lieu de l'accident quelques minutes après sa survenance (en l'espèce, il s'agissait du décès d'un collègue de travail qui était tombé dans le four d'une installation d'incinération de déchets).

153 TF, 20.9.2007, U 548/06.

154 Pour des exemples, cf., parmi d'autres TF, 23.5.2016, 8C_167/2016; TF, 29.2.2016, 8C_2/2016; TF, 28.8.2015, 8C_519/2014; TF, 4.8.2015, 8C_469/2014; TF, 4.6.2013, 8C_266/2013; TF, 1.9.2008, 8C_522/2007; ATF 129 V 177.

155 Cf., p.ex., TFA, 20.10.2006, U 193/06.

156 TFA, 20.4.1990, U 93/88, RAMA 1990 n° U 109 300 ss. La présence d'un traumatisme psychique doit en revanche être niée si le conducteur de train, pensant avoir heurté un objet, n'apprend que plus tard qu'il s'agissait en réalité d'un individu (TF, 9.10.2013, 8C_376/2013).

157 TFA, 2.2.2005, U 324/04.

158 ATF 129 V 402, c. 3.

159 TF, 4.11.2010, 8C_8/2010, c. 5.2.

160 Cf. TF, 13.3.2015, 8C_207/2014, c. 6; TF, 22.7.2015, 8C_146/2015, c. 5.2.1.

gnie de son épouse, est victime d'une affection psychique additionnelle et non d'un traumatisme psychique consécutif à un choc émotionnel¹⁶¹. La distinction entre les atteintes additionnelles à la santé psychique et les traumatismes psychiques consécutifs à un choc émotionnel revêt de l'importance lorsqu'il s'agit d'établir si l'atteinte à la santé psychique s'inscrit dans une relation de causalité adéquate avec l'événement accidentel (cf. N 60-69).

C. La causalité

La notion juridique d'accident présuppose que le facteur extérieur extraordinaire (cf. N 19-47) constitue une cause obligatoire de l'atteinte à la santé (cf. N 7-8); en d'autres termes, l'atteinte à la santé doit pouvoir être rattachée à l'événement dommageable de caractère accidentel par un lien de causalité naturelle et adéquate¹⁶². 48

1. Les notions de causalité naturelle et adéquate

a) La causalité naturelle

La causalité naturelle (ou relation de cause à effet) est donnée lorsque l'événement dommageable de caractère accidentel constitue un «chaînon nécessaire» dans les circonstances ayant entraîné l'atteinte à la santé, sans lequel cette dernière ne serait pas survenue ou ne se serait pas produite de la même manière¹⁶³. Savoir si un tel lien existe est une **question de fait**, qui s'apprécie avant tout sur la base d'évaluations médicales auxquelles on peut attribuer un caractère probant suffisant et qui doit être tranchée selon la règle du degré de vraisemblance prépondérante: s'il ne suffit pas que l'existence d'un rapport de cause à effet soit simplement possible ou probable (il n'existe pas de principe selon lequel l'administration ou le juge doit, dans le doute, trancher en faveur de l'assuré, de sorte que le principe du fardeau de la preuve s'applique en ce sens que le défaut de preuve va au détriment de la partie qui entend tirer un droit du fait non prouvé), il n'est en revanche pas nécessaire que l'accident soit la cause unique ou immédiate de l'atteinte à la santé; il faut et il suffit donc que l'événement dommageable, associé éventuellement à d'autres facteurs, ait provoqué l'atteinte à la santé, c'est-à-dire qu'il se présente comme la condition *sine qua non* de celle-ci¹⁶⁴. 49

Il peut arriver qu'une **cause interne** soit à l'origine d'un accident ou, à tout le moins, qu'elle en favorise la survenance; en pareille hypothèse, l'événement accidentel doit cependant pouvoir être considéré comme étant «la cause directe et adéquate de l'atteinte à la santé» pour que l'on puisse retenir la présence d'un accident au sens juridique du terme¹⁶⁵. Selon la juris- 50

161 Cf. TF, 22.7.2015, 8C_146/2015. Pour un autre exemple, cf. TF, 13.3.2015, 8C_207/2014 (l'atteinte à la santé psychique d'une éducatrice travaillant dans un établissement pour handicapés mentaux, apparue après une agression physique par un résident de l'institution, doit également être appréhendée comme une atteinte additionnelle à la santé psychique).

162 TF, 18.10.2006, 5C.18/2006, c. 3.1; TFA, 21.7.2004, K 69/02, c. 4.2; ATF 126 V 322, c. 5a.

163 TF, 18.10.2006, 5C.18/2006, c. 3.1. Cf. aussi ATF 142 V 435, c. 1. A noter que la notion de causalité naturelle en droit des assurances sociales est identique à celle qui prévaut en droit de la responsabilité civile.

164 Cf. TF, 19.12.2016, 8C_56/2016, c. 2.2; ATF 142 V 435, c. 1; TF, 18.10.2006, 5C.18/2006, c. 3.1; ATF 129 V 177, c. 3.1; ATF 126 V 319, c. 5a; ATF 119 V 335, c. 1; ATF 117 V 359, c. 4a; ATF 115 V 403, c. 3.

165 ATF 142 V 435, c. 2. Cf. aussi ATF 102 V 131, c. b. Au sujet de la réduction des prestations dues par l'assureur-accidents en présence d'un concours de diverses causes (art. 36 LAA), cf. FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 441 ss N 348 ss.

prudence, en effet, l'existence d'un accident doit être admise « lorsque ce dernier a été provoqué par une maladie qui n'est elle-même pas la cause physiologique de l'atteinte »; à cet égard, est déterminante « la cause immédiate » de l'atteinte à la santé, et non pas les circonstances dans lesquelles celle-ci est survenue¹⁶⁶. Ainsi, la fracture d'une jambe à l'occasion d'une chute causée par la diminution intermittente de la pression sanguine constitue, par exemple, un accident; l'atteinte à la santé (en l'espèce, la fracture de la jambe) trouve en effet sa cause directe et adéquate dans la chute et non pas dans l'état maladif préexistant (*in casu*, des problèmes de pression)¹⁶⁷. En revanche, l'assuré qui, à la suite d'un malaise, chute au cours d'une randonnée en montagne et atterrit 60 mètres en contrebas, dans un champ d'éboulis, n'est pas victime d'un accident si la cause la plus probable des lésions ou du décès provient d'un état maladif; dans le cas d'espèce, les blessures occasionnées par la chute ne présentaient pas une gravité suffisante pour entraîner la mort, de sorte que le décès de l'assuré devait être imputé à la défaillance cardio-vasculaire¹⁶⁸.

- 51** Lorsqu'un **état maladif antérieur** est aggravé, respectivement se manifeste pour la première fois, à la suite d'un accident, dont la survenance a agi en tant que simple déclencheur d'un processus qui se serait produit quand bien même l'accident n'aurait pas eu lieu, le lien de causalité naturelle entre l'atteinte à la santé et l'événement accidentel cesse lorsque l'état maladif antérieur de l'assuré est revenu au stade qui était le sien immédiatement avant l'accident (« *statu quo ante* ») ou lorsqu'il parvient à un stade qu'il aurait de toute façon atteint selon l'évolution ordinaire de la maladie, c'est-à-dire sans la survenance de l'accident (« *statu quo sine* »)¹⁶⁹.
- 52** S'il s'avère que l'atteinte à la santé aurait pu être causée par un événement accidentel, mais qu'elle résulte, en réalité, d'autres circonstances, le lien de causalité naturelle est rompu¹⁷⁰. L'hypothèse visée est celle où un premier fait est susceptible d'entraîner un certain dommage, mais où ce dommage est causé par un second fait avant que le premier ne le provoque; on recourt aux termes de « **causalité dépassée** » (causalité hypothétique) et de « **causalité dépassante** », le premier fait étant dans ce sens « dépassé » par le second, puisqu'il ne provoque que le risque d'un préjudice, mais pas un préjudice réel¹⁷¹. Ainsi, lorsqu'une personne est victime d'une embolie pulmonaire et d'un infarctus au cours d'une hospitalisation consécutive à un accident, la cause du décès réside dans la maladie (causalité dépassante) et non pas dans l'accident (causalité dépassée)¹⁷².

b) La causalité adéquate

- 53** Une fois la causalité naturelle admise, il convient encore d'examiner la causalité adéquate, à savoir si l'atteinte à la santé est « juridiquement imputable » à l'accident¹⁷³. La causalité est adéquate si, « d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la

166 TFA, 30.1.1985, K 636, RAMA 1985 183. Cf. aussi ATF 99 V 136, c. 1.

167 ATF 102 V 131, pour d'autres exemples, cf. ATF 139 V 327; TFA, 30.1.1985, K 636, RAMA 1985 183; TFA, 9.10.1945, ATFA 1945 86, c. 1b.

168 ATF 142 V 435. Pour d'autres exemples, cf. ATFA 1959 165; ATFA 1931 41.

169 Cf., p.ex., TF, 14.5.2009, 8C_726/2008, c. 2.3; TF, 15.12.2009, 8C_240/2009, c. 3.3. Sur la question de l'établissement d'un lien de causalité naturelle en cas de hernies discales déclenchées par un accident, cf., p.ex., TFA, 11.5.2005, U 136/04, c. 3.1.

170 ATF 135 V 269, c. 5.3.

171 ATF 135 V 269, c. 5.3. Cf. aussi TF, 31.10.2003, 5C.125/2003, c. 3.3.

172 Cf. TF, 10.3.2008, 8C_630/2007, c. 5.2.

173 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 383 N 173.

survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance»¹⁷⁴. La causalité adéquate «pondère» ainsi la causalité naturelle, puisqu'elle «tend [...] à mettre une limite raisonnable à la responsabilité»¹⁷⁵.

L'existence d'un lien de causalité adéquate est une **question de droit**, qui doit être tranchée par le juge, au cas par cas, selon les règles du droit et de l'équité, conformément à l'art. 4 CC¹⁷⁶. Le juge doit donc procéder à la fois à un jugement de probabilité et à un jugement de valeur. **54**

Le **jugement de probabilité** oblige le juge à se demander, face à un enchaînement concret de circonstances, s'il était probable que le fait considéré produisit le résultat intervenu, étant précisé que le jugement doit se fonder sur la prévisibilité objective du résultat, et non sur la prévisibilité subjective; il s'agit donc d'un pronostic rétrospectif objectif, conformément auquel le juge «se place au terme de la chaîne des causes et remonte du dommage dont la réparation est demandée au chef de responsabilité invoqué afin de déterminer si, dans le cours normal des choses et selon l'expérience générale de la vie, une telle conséquence demeure dans le champ raisonnable des possibilités objectivement prévisibles»¹⁷⁷. Lorsque l'atteinte à la santé apparaît comme la cause probable de l'événement accidentel considéré (une chute, p.ex.), il sied encore d'examiner si d'autres causes n'ont pas également contribué à la survenance du dommage (une prédisposition constitutionnelle de l'assuré, p.ex.)¹⁷⁸. La causalité adéquate peut en effet être exclue, c'est-à-dire interrompue (de sorte que l'enchaînement des faits perd alors sa portée juridique), lorsque la cause concomitante constitue «une circonstance tout à fait exceptionnelle ou apparaît si extraordinaire que l'on ne pouvait pas s'y attendre»; l'imprévisibilité d'un acte concurrent ne suffit toutefois pas en soi à interrompre le rapport de causalité adéquate puisqu'il faut encore que cet acte ait une importance telle qu'il s'impose comme la cause la plus probable et la plus immédiate de l'événement considéré, reléguant à l'arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à sa survenance¹⁷⁹. **55**

Pour admettre l'existence d'un lien de causalité adéquate, le juge doit également se livrer à un **jugement de valeur**, procédé qui l'oblige à déterminer si les troubles consécutifs à un accident «peuvent encore équitablement être mis à la charge de son auteur»¹⁸⁰, respectivement, en matière d'assurances sociales, s'ils tombent encore sous le coup de la norme fondant le devoir de prêter de l'assureur¹⁸¹. Dans le cadre de cet examen, le juge doit tenir compte, non seulement de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, mais également du but de la norme ou du complexe de normes applicables (théorie du champ de protection de la norme ou «*Normzwecktheorie*», «*Schutzzwecktheorie*») **56**

174 ATF 107 V 173, c. 4b. Cf. aussi TF, 18.10.2006, 5C.18/2006, c. 4.1; TFA, 21.7.2004, K 69/02, c. 4.2; ATF 129 V 402, c. 2.2; ATF 129 V 177, c. 3.2; ATF 125 V 456, c. 5a.

175 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 383 N 173.

176 TF, 18.10.2006, 5C.18/2006, c. 4.1; ATF 123 III 110, c. 3a; ATF 119 Ib 334, c. 5b.

177 TF, 13.9.2005, 4C.422/2004, c. 5.2.2.1 (non publié in ATF 132 III 122). Cf. aussi ATF 112 V 30, c. 4b; ATF 107 V 173, c. 4b; ATF 101 II 69, c. 3a.

178 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 383 N 175.

179 TF, 18.10.2006, 5C.18/2006, c. 4.1. Cf. aussi TF, 13.9.2005, 4C.422/2004, c. 5.2.3.1 (non publié in ATF 132 III 122); ATF 130 III 182, c. 5.4; ATF 123 III 306, c. 5b.

180 ATF 123 III 110, JdT 1997 I 791, c. 3.

181 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 384 N 176.

182 ATF 123 III 110, JdT 1997 I 791, c. 3. Cf. aussi FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 384 N 176.

57 Tout comme la notion de causalité naturelle, celle de causalité adéquate est définie de manière identique en droit des assurances sociales et en droit de la responsabilité civile; cependant, du fait que cette seconde notion est une clause générale qui doit être concrétisée selon les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC), il convient de tenir compte des buts de politique juridique propres à ces deux domaines lors de son application¹⁸³. En droit des assurances sociales, la causalité adéquate «répond à la nécessité de fixer une limite raisonnable – et supportable pour la communauté – à la responsabilité de l'assurance sociale»¹⁸⁴.

2. La causalité en cas d'atteinte à la santé physique

58 Lorsque l'accident provoque une atteinte à la santé physique, **la causalité adéquate «coïncide pratiquement» avec la causalité naturelle**; dans la plupart des cas, en effet, si le rapport de causalité naturelle est admis, le lien de causalité adéquate l'est par conséquent également, sans autre examen¹⁸⁵. En présence d'une atteinte à la santé physique, l'assureur répond donc aussi des complications les plus singulières et les plus graves qui ne se produisent habituellement pas selon l'expérience médicale¹⁸⁶, de sorte que la causalité adéquate, en tant que «facteur limitatif de responsabilité de l'assureur» (cf. N 53, N 56-57) ne joue qu'un rôle marginal¹⁸⁷.

59 Dans certaines situations, toutefois, comme il en va en présence d'un **état maladif pré-existant**, par exemple, l'établissement du lien de causalité naturelle peut s'avérer difficile (cf. N 51).

3. La causalité en cas d'atteinte à la santé psychique

60 Si l'établissement d'un lien de causalité ne soulève généralement pas de difficulté particulière en présence d'une atteinte à la santé physique (étant donné que la causalité adéquate se confond avec la causalité naturelle; cf. N 58), la jurisprudence a posé des **règles spécifiques pour admettre l'existence d'un lien de causalité adéquate en cas d'atteinte à la santé psychique**. Ces règles diffèrent selon que l'atteinte à la santé psychique se manifeste sous la forme d'une atteinte directe à la santé psychique (cf. N 61-62), d'une affection psychique additionnelle à une atteinte à la santé physique (cf. N 63-68) ou d'un traumatisme psychique consécutif à un choc émotionnel (cf. N 69).

a) L'atteinte directe à la santé psychique

61 Une **atteinte directe à la santé psychique** constitue une «conséquence primaire» de l'accident et se distingue, à cet égard, de l'atteinte additionnelle à la santé psychique qui est une «conséquence secondaire d'un accident ayant entraîné d'abord une atteinte directe à la santé physique» (cf. N 63-68)¹⁸⁸.

183 Cf., p. ex., ATF 127 V 102, c. 5b/aa; ATF 123 V 98, c. 3d. Cf. aussi FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 384 s. N 177.

184 TF, 28.12.2015, 8C_867/2014, c. 4.2. Cf. aussi ATF 127 V 102, c. 5b/aa; ATF 123 III 110, c. 3a; ATF 123 V 98, c. 3d; ATF 117 V 369, c. 4a; ATF 115 V 133, c. 7.

185 TF, 28.12.2015, 8C_867/2014, c. 4.2. Cf. aussi ATF 127 V 102, c. 5b/bb; ATF 122 V 415, c. 2c; ATF 118 V 286, c. 3a.

186 ATF 139 V 327, c. 3.2; ATF 127 V 102, c. 5b/bb.

187 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 385 N 178.

188 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 391 N 194.

Dans l'hypothèse d'une atteinte directe à la santé psychique, **le lien de causalité adéquate s'apprécie selon la règle ordinaire**, de sorte qu'il convient de rechercher si d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, l'accident était propre à entraîner une atteinte à la santé psychique du genre de celle qui s'est produite (cf. N 53-57)¹⁸⁹. 62

b) L'atteinte additionnelle à la santé psychique

En présence d'une **atteinte à la santé psychique additionnelle à une atteinte à la santé physique** (soit, une affection psychique consécutive à un accident qui a occasionné une atteinte directe à la santé physique), la jurisprudence a développé des **critères objectifs** à prendre en compte pour juger du caractère adéquat du lien de causalité¹⁹⁰. Conformément à celle-ci, il convient, d'une part, d'opérer **une classification des accidents en fonction de leur degré de gravité** et, d'autre part, de prendre en considération un certain nombre d'autres critères déterminants¹⁹¹. 63

Afin d'établir si un rapport de causalité adéquate existe entre un accident et une atteinte à la santé psychique réactionnelle, il sied, pour des raisons d'égalité de traitement et de sécurité du droit, de se fonder sur la **gravité objective de l'accident**, et non de s'attacher à la manière dont l'assuré a ressenti et assumé le choc traumatique¹⁹². Pour tenir compte de cette nécessité, la jurisprudence a établi une classification des accidents entraînant des troubles psychiques additionnels en trois catégories: en fonction de la manière dont il s'est déroulé, l'accident sera classé au sein des accidents insignifiants ou de peu de gravité, des accidents de gravité moyenne (ou accidents de gravité intermédiaire) ou des accidents graves¹⁹³. Pour ranger l'accident dans l'une ou l'autre de ces catégories, il convient uniquement de se fonder, d'un point de vue objectif, sur l'événement accidentel lui-même; sont ainsi déterminantes les forces générées par l'accident et non pas les conséquences qui en résultent, si bien que la gravité des lésions subies – qui constitue l'un des critères objectifs pour juger du caractère adéquat du lien de causalité – ne doit être prise en considération à ce stade de l'examen que si elle donne une indication sur les forces en jeu lors de l'accident¹⁹⁴. 64

En cas d'**accident insignifiant** (se cogner légèrement la tête ou se faire marcher sur le pied, p.ex.) ou de peu de gravité (une chute banale, p.ex.), l'existence d'une relation de causalité adéquate entre cet événement et d'éventuels troubles psychiques doit, en règle générale, être d'emblée niée (d'après le cours ordinaire des choses et selon l'expérience 65

189 Pour un exemple, cf. ATF 122 V 230: lorsqu'une personne est atteinte de la maladie de Lyme (ou borréliose) à la suite d'une morsure de tique, un rapport de causalité adéquate doit être admis entre les troubles psychiques développés par l'intéressé et l'accident. L'accident (*in casu*, la morsure de tique) est en effet propre, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à provoquer de tels troubles, étant donné que la maladie de Lyme s'accompagne tant de symptômes organiques que psychiques (dépression, psychoses, p.ex.). Cf. aussi TF, 17.6.2015, 8C_208/2015, c. 3; TFA, 9.7.2001, U 17/00; TFA, 17.5.2001, U 245/99.

190 TF, 22.7.2015, 8C_146/2015, c. 3. Cette jurisprudence restrictive s'applique en droit des assurances sociales uniquement, de sorte qu'en droit de la responsabilité civile, la causalité adéquate est établie selon la règle ordinaire (cf., p.ex. ATF 102 II 33). Sur ce point, cf. également FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 116 ss N 190 ss.

191 TF, 22.7.2015, 8C_146/2015, c. 3.

192 ATF 115 V 403, c. 5; ATF 115 V 133, c. 6. Cf. aussi TF, 28.12.2015, 8C_867/2014, c. 4.2.

193 ATF 115 V 403, c. 5; ATF 115 V 133, c. 6.

194 Cf., p.ex., TF, 12.3.2018, 8C_567/2017, c. 5.1; TF, 5.12.2016, 8C_929/2015, c. 4.3.1; TF, 15.11.2016, 8C_818/2015, c. 5.1.

de la vie, au vu de leur importance minime, de tels accidents ne sont en effet pas propres à porter atteinte à la santé psychique de la victime); quand bien même des troubles psychiques notables surviendraient, il conviendrait de les imputer avec certitude à des facteurs étrangers à l'accident (une prédisposition constitutionnelle de l'assuré, p.ex.), l'événement accidentel n'ayant, en réalité, que constitué l'occasion pour l'affection mentale de se manifester¹⁹⁵.

- 66 Dans l'hypothèse d'un **accident grave**, à l'inverse, un lien de causalité adéquate entre cet événement et l'atteinte à la santé psychique réactionnelle doit, en principe, être considéré comme établi (d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, en effet, un accident grave est de nature à entraîner une atteinte à la santé psychique de la victime) et la mise en œuvre d'une expertise psychiatrique se révélera la plupart du temps superflue¹⁹⁶.
- 67 Lorsqu'une atteinte à la santé psychique se manifeste en réaction à un **accident de gravité moyenne**¹⁹⁷, il ne suffit pas, pour admettre ou réfuter l'existence d'un lien de causalité adéquate entre ces deux événements, de se référer uniquement à l'événement accidentel lui-même; il convient, au contraire, de prendre en considération, du point de vue objectif, l'ensemble des circonstances qui sont en connexité étroite avec l'accident ou qui apparaissent comme des effets directs ou indirects de celui-ci¹⁹⁸. Les **principaux critères à prendre en compte** sont: les circonstances concomitantes spécialement dramatiques ou le caractère particulièrement impressionnant de l'accident; la gravité ou la nature particulière des lésions physiques, compte tenu notamment du fait qu'elles sont propres, selon l'expérience, à entraîner des troubles psychiques; la durée anormalement longue du traitement médical; les douleurs physiques persistantes; les erreurs dans le traitement médical entraînant une aggravation notable des séquelles de l'accident; les difficultés apparues au cours de la guérison et les complications importantes; le degré et la durée de l'incapacité de travail due aux lésions physiques¹⁹⁹. Pour admettre l'existence d'une relation de causalité adéquate, il n'est pas nécessaire que tous ces critères soient réunis; selon les circonstances, la présence d'un seul d'entre eux peut en effet s'avérer suffisante (tel est le cas, notamment, lorsque le critère considéré revêt une importance particulière ou lorsque l'accident se situe au seuil de la catégorie des accidents graves)²⁰⁰. En revanche, si aucun critère ne revêt à lui seul une importance particulière ou décisive, il convient de se fonder sur plusieurs critères, cela d'autant plus que la gravité de l'accident est moindre²⁰¹.

195 ATF 115 V 403, c. 5a; ATF 115 V 133, c. 6a.

196 ATF 115 V 403, c. 5b; ATF 115 V 133, c. 6b.

197 Pour un aperçu de la vaste casuistique en matière de troubles psychiques consécutifs à des accidents de gravité moyenne (accidents de la circulation routière, p.ex.), cf. FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 124; FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 387 ss N 186.

198 ATF 115 V 403, c. 5c/aa; ATF 115 V 133, c. 6c/aa.

199 ATF 115 V 403, c. 5c/aa; ATF 115 V 133, c. 6c/aa.

200 ATF 115 V 403, c. 5c/bb; ATF 115 V 133, c. 6c/bb.

201 ATF 115 V 403, c. 5c/bb; ATF 115 V 133, c. 6c/bb. Pour un exemple, cf. TF, 22.7.2015, 8C_146/2015: l'atteinte à la santé psychique réactionnelle (état de stress post-traumatique) développée par un assuré après qu'il a été insulté et frappé par un homme inconnu non armé (coups de poings n'ayant occasionné aucune blessure grave) ne s'inscrit pas dans un rapport de causalité adéquate avec l'accident (accident de gravité moyenne et absence de critères objectifs déterminants). Pour un cas similaire, cf. TF, 13.3.2015, 8C_207/2014.

Etant donné que les **critères objectifs**, sur la base desquels s'effectue l'examen du caractère adéquat du lien de causalité en cas d'atteinte à la santé psychique additionnelle, ont été établis en fonction d'un large cercle d'assurés et couvrent également les risques présentés par les personnes qui, sur le plan psychique, en raison d'une prédisposition liée à leur état physique ou psychique, assument moins bien l'accident que les assurés jouissant d'une constitution normale, il est superflu d'examiner s'il existe d'autres facteurs ayant favorisé la survenance des troubles psychiques; ainsi, lorsque le lien de causalité naturelle et adéquate est admis selon ces critères, l'assuré ne pourra pas se voir opposer les conséquences d'une éventuelle **prédisposition constitutionnelle** dont il souffrait déjà avant l'accident²⁰².

68

c) Le traumatisme psychique consécutif à un événement terrifiant

En cas de **traumatisme psychique consécutif à un choc émotionnel** (cf. N 44-47), l'existence d'un lien de causalité adéquate s'apprécie selon la **règle ordinaire**, de sorte qu'il s'agit de déterminer si d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, l'événement terrifiant était propre à entraîner une atteinte à la santé psychique du genre de celle présentée par l'assuré (cf. N 53-57). Seuls des événements extraordinaires propres à susciter l'effroi et entraînant des chocs psychiques eux-mêmes extraordinaires satisfont dès lors à la condition du caractère extraordinaire de l'atteinte et, partant, sont constitutifs d'un accident (cf. N 44-47)²⁰³. Par ailleurs, la jurisprudence considère qu'un traumatisme psychique dû à un événement terrifiant devrait normalement, selon l'expérience générale de la vie, être surmonté au bout de quelques semaines ou mois²⁰⁴. Cela étant, le rapport de causalité entre l'événement traumatisant et l'atteinte à la santé psychique peut perdurer plus longtemps, dans la mesure où l'existence de ce lien s'apprécie selon la violence de l'événement subi²⁰⁵.

69

4. La causalité en cas d'atteinte non objectivable

Lorsque l'accident provoque une **atteinte à la santé sans preuve d'un déficit fonctionnel organique objectivable**, comme il en va en cas de lésions de la colonne cervicale à la

70

202 TF, 28.12.2015, 8C_867/2014, c. 4.2. Cf. aussi TF, 20.10.2011, 8C_380/2011; ATF 115 V 133, c. 4b.

203 ATF 129 V 402, c. 2.1; ATF 129 V 177, c. 4.2. Cf. aussi TF, 22.7.2015, 8C_146/2015, c. 5.2.1.

204 Cf., p.ex., TF, 23.5.2016, 8C_167/2016, c. 2.2; TF, 29.2.2016, 8C_2/2016, c. 4.1; TF, 28.8.2015, 8C_519/2014, c. 3; ATF 129 V 177, c. 4.3 et les références.

205 Pour un exemple, cf. TF, 5.11.2015, 8C_412/2015 (l'existence d'un lien de causalité adéquate entre une agression sexuelle et un syndrome de stress **post-traumatique** ainsi qu'une dépression entraînant une incapacité de travail encore cinq ans après les faits a été admise; le **Tribunal fédéral** a précisé que la circonstance que la victime avait présenté des troubles psychiques avant l'agression n'était pas de nature à exclure le lien de causalité adéquate entre l'acte délictuel et l'atteinte à la santé psychique consécutive). Sur la possibilité d'une rechute (art. 11 OLAA) en cas de traumatisme psychique consécutif à un événement terrifiant, cf., p.ex., TF, 28.8.2015, 8C_519/2014, c. 5 (le TF a jugé que la confrontation d'une victime de délits d'une certaine gravité avec les auteurs de ces agissements dans le cadre du procès pénal ultérieur peut conduire celle-ci à revivre l'événement traumatisant et constituer un facteur déclenchant de nouveaux troubles psychiques; en l'espèce, au regard du déroulement de l'événement à l'origine du traumatisme initial, il a été admis que la confrontation d'une assurée aux prévenus du braquage dont elle avait été victime, 18 mois après les faits, respectivement un peu plus d'une année après sa reprise du travail, était apte, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, à déclencher une nouvelle incapacité de travail d'origine psychique).

suite d'un accident de type «coup du lapin» («*Schleudertrauma*», «*whiplash-injury*»), de traumatisme analogue à la colonne cervicale ou de traumatisme cranio-cérébral²⁰⁶, des règles particulières ont été posées par la jurisprudence, dès 1991, s'agissant de l'examen de la causalité naturelle et adéquate²⁰⁷. Pour ces atteintes, il est en effet plus complexe d'apprécier juridiquement si l'accident revêt une importance déterminante dans la survenance du résultat, vu l'absence de lésions constatées médicalement²⁰⁸.

- 71 En présence d'une atteinte sans déficit organique objectivable, la **causalité naturelle** entre l'accident et l'atteinte doit, en règle générale, être admise lorsqu'un tel traumatisme est diagnostiqué et que l'assuré en présente le tableau clinique typique (cumul de plaintes telles que maux de tête diffus, vertiges, troubles de la concentration et de la mémoire, nausées, fatigabilité accrue, troubles de la vision, irritabilité, labilité émotionnelle, dépression, modification du caractère, etc.) et dans la mesure où, d'un point de vue médical, les symptômes présentés par l'assuré sont attribuables, de manière crédible, à une atteinte à la santé²⁰⁹. En 2008, la jurisprudence a d'ailleurs durci les exigences concernant la preuve d'une lésion en relation de causalité naturelle avec l'accident; en particulier, lorsqu'une amélioration notable de l'état de santé de l'intéressé n'est pas constatée (ou attendue) dans les premiers temps qui suivent l'accident (soit, en général, dans les six mois suivant l'accident), il sied de recourir à une expertise pluridisciplinaire²¹⁰.
- 72 L'établissement du lien de **causalité adéquate** en cas d'accidents ayant occasionné un traumatisme de type «coup du lapin» à la colonne cervicale, un traumatisme analogue ou un traumatisme cranio-cérébral sans preuve d'un déficit organique objectivable s'opère de manière différente, selon que les symptômes attribuables au tableau clinique typique des suites d'un tel traumatisme se situent au premier plan, ou, à l'inverse, sont relégués au second plan par rapport aux problèmes d'ordre psychique (dans cette seconde hypothèse, l'assuré présente des troubles psychiques qui constituent une atteinte à la santé distincte et indépendante des symptômes relevant du tableau clinique caractéristique habituellement associé aux traumatismes en cause)²¹¹. Dans la première hypothèse, l'examen de la causalité s'effectue sur la base des critères jurisprudentiels spécifiques développés pour les cas de traumatisme de type «coup du lapin» à la colonne cervicale, de traumatisme analogue à la colonne cervicale ou de traumatisme cranio-cérébral, lesquels n'opèrent pas de distinction entre les éléments physiques et psychiques des atteintes; il s'agit donc d'appliquer par analogie les critères jurisprudentiels utilisés en cas d'atteintes additionnelles à la santé psychique (cf. N 63-68)²¹², mais sans distinguer entre les compo-

206 Si un accident de ce type entraîne des lésions fonctionnelles objectivables (c'est-à-dire, des lésions organiques constatées par des investigations reposant sur des méthodes reconnues scientifiquement, cf. TF, 19.12.2016, 8C_56/2016, c. 2.2; ATF 138 V 248, c. 5.1), la causalité doit alors être établie comme pour toute autre atteinte à la santé physique, de sorte que lorsque la causalité naturelle est donnée, la causalité adéquate l'est en principe également (N 58-59).

207 ATF 117 V 359, c. 4b. Ces règles constituent pour l'essentiel une reprise de la méthode utilisée pour déterminer la causalité en cas d'atteinte additionnelle à la santé psychique (cf. N 63-68).

208 TF, 28.12.2015, 8C_867/2014, c. 4.2.

209 TFA, 4.5.2006, U 201/05, c. 2.1. Cf. aussi ATF 119 V 335; ATF 117 V 359, c. 4b. Sur ces aspects, cf. également FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 111 ss; KIESER, Kriterien, N 91.

210 ATF 134 V 109, c. 9. Cf. aussi FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 394 s. N 203.

211 Cf., p. ex., TF, 30.5.2014, 8C_420/2013, c. 5.2; ATF 127 V 102, c. 5b/bb.

212 Cf. ATF 122 V 415. Pour les critères applicables en cas d'atteintes additionnelles à la santé psychique, cf. ATF 115 V 403, c. 5c/aa et ATF 115 V 133, c. 6c/aa.

santes somatiques et psychiques des lésions²¹³. Dans le second cas, il y a lieu de se fonder sur les critères d'imputation utilisés en cas d'atteintes additionnelles à la santé psychique, sans adaptation, c'est-à-dire en distinguant entre atteintes psychiques et organiques²¹⁴.

Au vu des exigences développées par la jurisprudence, il est relativement peu fréquent qu'un lien de causalité soit établi entre une atteinte durable sans déficit organique objectif et un accident; de surcroît, dans les rares cas où cette causalité est admise, encore faut-il établir, pour que l'assuré puisse prétendre à des prestations d'invalidité, que l'atteinte à la santé est invalidante (cf. art. 7 N 31-32 et art. 8 N 14-23)²¹⁵. Ce procédé n'est pas aisé non plus, puisqu'il implique de recourir à la jurisprudence relative aux troubles somatoformes douloureux persistants développée dans le domaine de l'assurance-invalidité²¹⁶.

73

Art. 5

Maternité	La maternité comprend la grossesse et l'accouchement ainsi que la convalescence qui suit ce dernier.
Mutterschaft	Mutterschaft umfasst Schwangerschaft und Niederkunft sowie die nachfolgende Erholungszeit der Mutter.
Maternità	La maternità comprende la gravidanza, il parto e la successiva convalescenza della madre.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. La maternité	3
A. La notion	3
B. Les éléments constitutifs	22

213 Les critères spécifiques pour les cas de traumatisme de type «coup du lapin» à la colonne cervicale, de traumatisme analogue à la colonne cervicale ou de traumatisme cranio-cérébral ont été développés, à l'origine, dans l'ATF 117 V 359, c. 6a. Cf. aussi ATF 134 V 109, c. 10; ATF 117 V 369, c. 4b. Cf. également FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 131 ss; KIESER, Kriterien, N 96-98.

214 TF, 30.5.2014, 8C_420/2013, c. 5.2; ATF 123 V 98, c. 2. Cf. aussi FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 136 ss.

215 Cf. FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, 943 N 135; FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 396 s. N 208-211.

216 ATF 136 V 279. Cf. aussi, notamment, ATF 141 V 574; ATF 141 V 281; ATF 137 V 64; ATF 132 V 65; ATF 131 V 49; ATF 130 V 395; ATF 130 V 352. Sur ce point, cf., p.ex., DUPONT ANNE-SYLVIE, Un point d'actualité en droit des assurances sociales: le trouble somatoforme (moins) douloureux?, in Fuhrer (éd.), Annuaire SDRCA 2015 79 ss; KAHIL-WOLFF BETTINA, Revirement au sujet d'atteintes non objectivables: l'ATF 141 V 281 (troubles somatoformes douloureux) et l'ATF 141 V 574 («coup du lapin»), in Werro/Probst (éd.), Journées du droit de la circulation routière, 23-24 juin 2016, Berne 2016, 135 ss.

Bibliographie

EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, *in* Meyer (éd.), SBVR, 385 ss, N 325-326 (cité: Krankenversicherung); IMHOF EDGAR, Schweizerische Leistungen bei Mutterschaft und FZA/Europarecht, *in* Gächter (éd.), Das europäische Koordinationsrecht der sozialen Sicherheit und die Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven, Zurich/Bâle/Genève 2006, 87 ss; PERRENOUD STÉPHANIE, Les prestations de soins en cas de maternité: analyse des prestations dispensées en Suisse et à l'étranger, *in* Dupont/Guillod (éd.), Quelques réflexions romandes en droit de la santé: Mélanges offerts à la Société suisse des juristes par l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel à l'occasion de son congrès annuel 2016, Zurich 2016, 137 ss; PERRENOUD STÉPHANIE, Sozial- und privatrechtliche Fragen rund um die Mutterschaft, *in* Riemer-Kafka (éd.), Sozialversicherung: Von der Wiege bis zur Bahre, Zurich 2016, 1 ss; UEBERSCHLAG JAKOB, Juristische Definitionen sozialversicherungsrechtlich relevanter Begriffe, *in* Riemer-Kafka (éd.), Medizinische Gutachten: Tagungsband, Schulthess, Zurich/Bâle/Genève 2005, 113 ss; WAGNER PIERRE, Les définitions de la maladie, de l'accident et de la maternité (contribution à l'étude de l'article 2 LAMal), *in* Duc (éd.), LAMal – KVG, Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances: à l'occasion de son Assemblée générale du 5 septembre 1997 à Lausanne, Lausanne 1997, 85 ss.

I. Introduction

- 1 La première définition légale de la maternité a été consacrée dans la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal)¹. Il s'agissait d'une reprise de la définition proposée par la SSDA dans son projet de loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales de 1984², raison pour laquelle seule une différence d'ordre formel distingue la définition de la maternité énoncée à l'art. 5 LPGA de celle qui était précédemment donnée par l'ancien art. 2 al. 3 LAMal³.
- 2 Contrairement aux définitions de la maladie et de l'accident, qui ont d'abord été l'œuvre de la jurisprudence, la notion de maternité n'a pas d'origines jurisprudentielles. La jurisprudence rendue au sujet de la maternité, dès l'entrée en vigueur de l'ancienne LAMA, le 1^{er} janvier 1914, devait permettre de tracer la frontière entre la maladie et la maternité sous l'angle du droit aux prestations. Si la jurisprudence a admis que la maternité en tant que telle n'est pas une maladie, elle l'a cependant assimilée à cette éventualité, dans la mesure où l'assurée peut, en présence de complications ayant valeur de maladie, prétendre aux mêmes prestations qu'en cas de maladie; il était donc nécessaire de tracer une délimitation nette entre les cas de maternité avec et sans complications, et de définir la notion de maladie, afin de pouvoir y inclure les troubles venant perturber la maternité⁴.

1 Cf. art. 2 al. 3 LAMal, dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier 1996 au 31 décembre 2002: «La maternité comprend la grossesse et l'accouchement ainsi que la convalescence qui s'ensuit pour la mère» (RO 1995 1328). La loi fédérale sur l'assurance-maladie et accidents du 13 juin 1911 (LAMA), qui a été abrogée le 31 décembre 1995, ne définissait pas la maternité.

2 L'art. 5 du projet de la SSDA avait la teneur suivante: «La maternité comprend la grossesse et l'accouchement ainsi que la convalescence qui suit ce dernier (al. 1). La législation sur l'assurance-maladie et maternité fixe la période pendant laquelle les prestations en cas de maternité sont allouées (al. 2)» (cf. Rapport et Projet SSDA, 39 et 64). Si, à l'origine, cette disposition se déclinait en deux alinéas, seul l'alinéa 1 a été conservé après les travaux de la CSSS-CE, qui considérait que «[l]a réglementation de la durée des prestations en cas de maternité [devait] continuer» – surtout après le refus d'une assurance-maternité générale – de relever des lois particulières» (FF 1991 II 181, 243; cf. aussi FF 1999 IV 4168, 4191).

3 Cf. TFA, 2.5.2005, K 136/04, c. 1.1; ATF 130 V 343, c. 2.2.

4 Cf., notamment, ATF 121 V 284, c. 3; ATF 107 V 99, c. 1c. Cf. aussi WAGNER, 144 s.

II. La maternité

A. La notion

1. Une notion temporelle dont l'étendue est déterminée dans les lois spéciales

A teneur de l'art. 5 LPGa, la maternité comprend «la grossesse et l'accouchement ainsi que la convalescence qui suit ce dernier». Cette définition, qui ne fait qu'indiquer que la maternité est un **événement qui s'articule sur trois périodes temporelles qui se succèdent** (la grossesse, l'accouchement et la convalescence *post partum*), ne permet pas de cerner la substance de la maternité⁵. 3

L'étendue temporelle de la maternité est précisée dans les lois spéciales d'assurances sociales. Il s'agit d'une notion à géométrie variable, dont la durée se confond avec la période durant laquelle des prestations sociales sont allouées. 4

Dans le régime de **l'assurance-maladie obligatoire**, la maternité débute avec la fécondation de l'ovule (les prestations spécifiques de maternité au sens de l'art. 29 al. 2 LAMal sont en effet accordées dès le début de la grossesse⁶) et se termine, au plus tôt, le 56^e jour après l'accouchement, à minuit, date à laquelle les prestations et soins en cas de maladie fournis pendant la maternité (art. 25, 25a et 29 al. 1 LAMal) cessent d'être exemptés de la participation aux coûts (art. 64 al. 7 let. b LAMal, art. 105 al. 3 OAMal). Il s'agit toutefois d'une durée minimale puisque des prestations spécifiques de maternité (art. 29 al. 2 LAMal) peuvent encore être dispensées, aux frais de l'assurance-maladie obligatoire, à l'échéance de ce délai (cf., p.ex., art. 13 let. e OPAS: un examen de contrôle *post partum* est remboursé s'il est effectué entre la 6^e et la 10^e semaine postérieure à l'accouchement). La durée de la convalescence n'est donc pas limitée à la durée du séjour hospitalier de la mère et du nouveau-né lors de la naissance⁷. 5

Dans **l'assurance-maladie facultative d'une indemnité journalière**, la maternité porte sur une période de 16 semaines au moment de l'accouchement. Les assureurs sont en effet tenus de verser les indemnités journalières de maternité pendant 16 semaines, dont au moins 8 après l'accouchement (cf. art. 74 al. 2 LAMal). Si la maternité englobe nécessairement une période de convalescence *post partum* minimale de 8 semaines, elle n'inclut en revanche pas nécessairement la grossesse. 6

Le **régime des allocations pour perte de gain en cas de maternité** (art. 16b-h LAPG) 7 garantit le versement d'indemnités journalières destinées à couvrir la perte de revenu consécutive à l'accouchement pendant 14 semaines, dès la naissance⁸. L'allocation de maternité n'est ainsi pas versée pendant tous les stades de la maternité au sens de l'art. 5 LPGa, puisqu'un droit à l'allocation ne peut naître, au plus tôt, que le jour de l'accouchement (cf. art. 16c LAPG)⁹. Aucun droit à un congé prénatal rémunéré ne peut être déduit des art. 16b-h LAPG. La conception de la maternité est donc plus res-

5 Cf. TFA, 14.10.2002, K 14/01, c. 2.2 et 2.3.1.

6 TFA, 16.6.2004, K 157/01, c. 5.

7 ATF 125 V 8, c. 4b. Cf. aussi TA BE, 30.4.2001, c. 4, SVR 2002 KV n° 13 49 ss.

8 Conformément à l'art. 16h LAPG, les cantons peuvent prévoir l'octroi d'une allocation de maternité pendant une plus longue durée. Sur la compatibilité de la durée du congé de maternité rémunéré sous l'angle de l'égalité entre les sexes, cf. ATF 140 I 305.

9 En cas d'hospitalisation prolongée du nouveau-né lors de sa naissance, la mère peut en effet demander à ce que le versement de l'allocation soit ajourné jusqu'au moment où l'enfant retourne à la maison ou décède (cf. art. 16c al. 2 LAPG, art. 24 RAPG).

treinte dans la LAPG que dans la LPGA, puisqu'elle ne s'étend pas à la période de grossesse¹⁰.

- 8 En **assurance-chômage**, la maternité comprend la grossesse et les 16 semaines qui suivent l'accouchement (cf. art. 13 al. 1 OACI). Dans ce régime d'assurance, la maternité peut être assimilée à une période de cotisation: le temps durant lequel une assurée a interrompu son travail pour cause de maternité (art. 5 LPGA) doit en effet compter comme période de cotisation, dans la mesure où les absences tombent sous le coup des dispositions de protection des travailleurs (cf. art. 35a al. 1-2 LTr) ou découlent d'une clause d'une éventuelle convention collective de travail applicable (art. 13 al. 2 let. d LACI)¹¹. Les périodes durant lesquelles une assurée est partie à un rapport de travail, mais ne touche pas de salaire en raison d'incapacités de travail liées à la maternité (grossesse pathologique), sont également assimilées à des périodes de cotisations; celles-ci relèvent cependant d'un cas de maladie au sens de l'art. 3 al. 1 LPGA (cf. art. 13 al. 2 let. c LACI). Si l'assurée n'est pas partie à un rapport de travail, la maternité est susceptible de constituer un motif de libération des conditions relatives à la période de cotisation au sens de l'art. 14 al. 1 let. b LACI; des complications ayant valeur de maladie (art. 3 al. LPGA) doivent toutefois venir perturber la maternité puisque cette possibilité est subordonnée à la présentation d'un certificat médical attestant que la maternité a empêché l'exercice d'une activité salariée¹². Finalement, lorsqu'une assurée est inapte au travail ou au placement en raison de sa grossesse, elle continue de percevoir des indemnités de chômage; ce droit, qui est lui aussi conditionné à l'apparition de troubles répondant à la définition de la maladie consacrée par l'art. 3 al. 1 LPGA (la grossesse doit, en effet, entraîner une incapacité de travail), existe au plus jusqu'au 30^e jour suivant le début de l'incapacité de travail et se limite à 44 indemnités journalières durant le délai-cadre d'indemnisation (art. 28 al. 1 LACI)¹³.
- 9 En matière d'**allocations familiales**, la maternité s'étend aux 16 semaines *post partum* (cf. art. 10 al. 2 let. a OAFam: «Le droit aux allocations familiales subsiste même sans droit légal au salaire pendant un congé de maternité de 16 semaines au maximum»).
- 10 La définition de la maternité consacrée par l'art. 5 LPGA s'applique en droit des assurances sociales, si bien que la maternité est susceptible de revêtir une signification différente dans d'autres domaines juridiques¹⁴. En matière d'**assurances privées**, par exemple, les assureurs peuvent opter pour une définition de la maternité autre que celle figurant à l'art. 5 LPGA¹⁵.

10 Rapport CSSS-CN concernant l'initiative parlementaire «Révision de la loi sur les allocations pour perte de gain. Extension du champ d'application aux mères exerçant une activité lucrative» du 3 octobre 2002, FF 2002 6998, 7021.

11 L'art. 13 al. 2 let. d LACI n'est applicable que lorsque l'assurée ne perçoit pas de revenu provenant d'une activité lucrative au sens de l'AVS. En effet, dès lors que l'assurée est au bénéfice d'un revenu soumis à cotisations (allocations de maternité au sens de la LAPG, p.ex.; cf. art. 19a al. 1 let. d LAPG), il s'agit d'une période de cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI (et non d'une période assimilée à une période de cotisation conformément à l'art. 13 al. 2 LACI). Sur ce point, cf. PERRENOUD, Protection de la maternité, 940 ss.

12 Cf. ATF 139 V 37, c. 5.1; TFA, 24.5.2006, C 40/06, c. 3; ATF 131 V 279, c. 1.2; ATF 126 V 384, c. 2b. Sur ce point, cf. également PERRENOUD, Protection de la maternité, 941 ss.

13 Sur ce point, cf. PERRENOUD, Protection de la maternité, 944 ss et 1300 ss.

14 FF 1991 II 181, 243: le concept de maternité est déterminé «dans l'optique des assurances sociales».

15 Cf. VD, Tribunal des assurances, 27.8.1998, c. 3a, SVR 2000 KV n° 14 43 ss. Cf. aussi GE, C. ass. soc., 22.11.2012 (ATAS/1423/2012): dans cette affaire, la Cour de justice genevoise a été amenée à interpréter une clause contenue dans les conditions générales d'assurance (CGA)

2. L'absence d'atteinte à la santé

La maternité est l'unique éventualité du catalogue des définitions de notions générales de la LPGa (cf. art. 3-13a LPGa) pour laquelle le législateur s'est limité à esquisser un cadre temporel; le contenu des notions de maladie (art. 3 LPGa), d'accident (art. 4 LPGa) ou encore d'invalidité (art. 8 LPGa) est à l'inverse clairement déterminé. Le législateur a procédé de la sorte pour insister sur le fait que la maternité n'est pas, contrairement aux éventualités susmentionnées, une «atteinte» à la santé¹⁶. La maternité ne procède pas non plus d'une atteinte à la santé puisqu'elle résulte de la fécondation de l'ovule, **phénomène biologique propre à la fonction reproductrice chez l'humain** (soit, un phénomène du processus physiologique ordinaire).

11

3. La maternité et la maladie: deux notions distinctes

La maternité est une «entité juridiquement indépendante de la maladie»¹⁷. Il s'agit d'un «phénomène du processus vital ordinaire, quand bien même il peut s'accompagner parfois de certains troubles, à l'instar de l'adolescence ou du vieillissement»¹⁸; ces troubles sont des conséquences normales de la maternité, qui peuvent, selon leur gravité, nécessiter des soins médicaux et/ou provoquer des incapacités de travail. Le cas échéant, la maternité est alors assimilée à la maladie et les prestations allouées sont des prestations en cas de maladie (application des art. 25 et 25a LAMal par renvoi de l'art. 29 al. 1 LAMal; N 14).

12

La distinction entre la maladie et la maternité revêt de l'importance dans le régime de l'assurance-maladie sociale. Sous l'angle du droit aux prestations, ces deux éventualités sont en effet juridiquement indépendantes l'une de l'autre et ouvrent le droit à des prestations différentes (cf. art. 1a al. 2 let. a et c LAMal)¹⁹.

13

a) L'assurance-maladie obligatoire des soins

Dans l'assurance-maladie obligatoire, la maladie permet de prétendre à des prestations générales en cas de maladie et à des soins en cas de maladie au sens des art. 25 et 25a LAMal. En cas de maternité, l'assurée perçoit les prestations de maternité définies à l'art. 29 LAMal²⁰. La maternité, qui n'est pas une maladie, y est cependant assimilée dans la mesure où l'assurée peut, à certaines conditions (c'est-à-dire lorsque des troubles ayant valeur de maladie apparaissent), prétendre aux mêmes prestations qu'en cas de maladie²¹. Conformément à l'art. 29 al. 1 LAMal, en effet, l'assurance-maladie obligatoire prend en charge,

14

d'une assurance-maladie complémentaire qui excluait la maternité de la couverture d'assurance; elle a dû déterminer si l'exclusion portait uniquement sur la notion de maternité au sens de l'art. 5 LPGa (soit la maternité qui se déroule normalement) ou si, à l'inverse, elle englobait aussi les complications de grossesse (lesquelles sont assimilées à des maladies dans le régime de l'assurance-maladie obligatoire et donnent droit à des prestations générales en cas de maladie au sens de l'art. 25 LAMal par renvoi de l'art. 29 al. 1 LAMal). Sur ce point, cf. également PERRENOUD, Protection de la maternité, 662 ss.

16 Cf. IMHOF, 90 N 1: «Die Definition der Mutterschaft in Art. 5 ATSG bezweckt in erster Linie der Abgrenzung vom Begriff der **Krankheit**».

17 WAGNER, 142.

18 TFA, 17.4.1972, c. 2, RAMA 1972 n° 132 121 ss.

19 ATF 124 V 291, c. 3c. Cf. aussi FF 1992 I 77, 137 s.

20 ATF 124 V 291, c. 3c; TFA, 17.4.1972, c. 2, RAMA 1972 n° 132 121 ss. Cf. aussi FF 1992 I 77, 137 s.

21 TFA, 14.10.2002, K 14/01, c. 2.2; ATF 127 V 268, c. 3a; ATF 121 V 284, c. 3; TFA, 11.4.1988, c. 1, RAMA 1988 n° K 778 320 ss.

en plus des coûts des **prestations spécifiques de maternité** (cf. art. 29 al. 2 LAMal)²², ceux des **mêmes prestations que pour la maladie** (application des art. 25 et 25a LAMal par renvoi de l'art. 29 al. 1 LAMal), lorsque le bon déroulement de la maternité est perturbé par des complications ayant valeur de maladie («*Krankheitswert*»); les troubles pathologiques qui surviennent pendant la maternité, que leur cause soit interne ou externe à celle-ci, sont des maladies au sens des art. 3 al. 1 LPGA et 1a al. 2 let. a LAMal et donnent droit à des prestations en cas de maladie, en application du renvoi contenu à l'art. 29 al. 1 LAMal²³. Les «mêmes prestations qu'en cas de maladie» au sens de l'art. 29 al. 1 LAMal comprennent toutes les mesures, diagnostiques ou thérapeutiques, qui tendent à soigner une maladie ou des complications qui surviennent en cours de grossesse ou qui visent à éviter une naissance prématurée ou une fausse couche²⁴. Tel est le cas, par exemple, de l'hospitalisation pour effectuer un curetage à la suite d'un avortement spontané qui s'est produit au cours de la 14^e semaine de grossesse²⁵ et de l'hospitalisation consécutive à des saignements vaginaux couplés à d'importantes contractions ressenties lors de la 28^e semaine de grossesse²⁶. Les prestations nécessitées par une grossesse extra-utérine²⁷ et le traitement d'une dépression *post partum*²⁸ constituent également des exemples de prestation en cas de maladie au sens des art. 25 et 29 al. 1 LAMal.

- 15 La **naissance d'un enfant en bonne santé** entre dans la définition de la maternité au sens de l'art. 1a al. 2 let. c LAMal et donne droit à des prestations spécifiques de maternité, dont la prise en charge incombe à l'assurance-maladie de la mère (art. 29 al. 2 LAMal); à l'inverse, si l'enfant est malade au moment de sa naissance ou présente une infirmité congénitale, les prestations seront fournies par l'assurance-maladie de ce dernier ou par l'assurance-invalidité, et il s'agira de prestations en cas de maladie (art. 25 et 25a LAMal), respectivement de mesures médicales en cas d'infirmité congénitale (art. 13 LAI)²⁹.
- 16 Etant donné que l'art. 5 LPGA ne définit la maternité que dans une acception temporelle (N 3-9), il convient de partir du principe que seule la maternité qui se déroule normalement entre dans l'éventualité mentionnée à l'art. 1a al. 2 let. c LAMal et permet de prétendre aux prestations spécifiques en cas de maternité énoncées à l'art. 29 al. 2 LAMal³⁰.

22 Les prestations spécifiques de maternité au sens de l'art. 29 al. 2 LAMal sont répertoriées aux art. 13-16 OPAS. Elles englobent, notamment, les examens de contrôle pendant et après la grossesse, l'accouchement (à domicile, dans un hôpital ou dans une maison de naissance) et l'assistance d'un médecin ou d'une sage-femme à cette occasion, ainsi que les soins accordés au nouveau-né en bonne santé et son séjour, tant qu'il demeure à l'hôpital avec sa mère.

23 Cf., p.ex., TFA, 3.11.2006, K 101/06, c. 3.2 et 4.1; TFA, 2.5.2005, K 136/04, c. 1.2 et 3.2; TFA, 16.6.2004, K 157/01, c. 6; TFA, 14.10.2002, K 14/01, c. 2.2; ATF 127 V 268, c. 3; ATF 121 V 284, c. 3; ATF 112 V 303, c. 1b; ATF 107 V 99, c. 1c; TFA, 9.5.1967, c. 2, ATFA 1967 n° 11, 57-66.

24 Cf., notamment, TFA, 3.11.2006, K 101/06, c. 4.1; ATF 127 V 268, c. 3.

25 TFA, 16.6.2004, K 157/01, c. 7.2.

26 ATF 127 V 268.

27 TF, 23.4.2018, 9C_202/2018 (destiné à la publication).

28 TA BE, 30.4.2001, SVR 2002 KV n° 13 49 ss.

29 ATF 125 V 8, c. 5: «*Das KVG stellt die Mutterschaft, nicht jedoch die Kindschaft dem versicherten Risiko einer Krankheit gleich. Die Leistungen für das gesunde Kind unmittelbar nach der Geburt wie übliche Pflege und Aufenthalt, stehen noch in engem Zusammenhang mit der Geburt selber und können als integrierender Bestandteil der Betreuung der Mutter betrachtet werden, weshalb es vom System her logischer erscheint, diese – wie bereits unter Geltung des KUVG – durch die Versicherung der Mutter erbringen zu lassen*».

30 TFA, 14.10.2002, K 14/01, c. 2.2: «*[...] ist von Mutterschaft im Sinne des Gesetzes auszugehen, soweit diese nicht pathologisch verläuft; was hingegen einem pathologischen Geschehen zugeordnet werden kann, fällt unter Krankheit*».

L'accouchement fait toutefois exception ~~étant donné que même si son~~ bon déroulement est perturbé par des complications, les prestations fournies à cette occasion demeurent des prestations spécifiques de maternité au sens de l'art. 29 al. 2 let. b LAMal.

La distinction entre la maladie et la maternité a longtemps revêtu une importance certaine sous l'angle de la **participation aux coûts** puisque, jusqu'au 28 février 2014, seules les prestations spécifiques de maternité (art. 29 al. 2 LAMal; art. 13-16 OPAS) en étaient exemptées (art. 64 al. 7 LAMal); les prestations générales en cas de maladie fournies pendant la maternité (art. 25 et 29 al. 1 LAMal), à l'inverse, donnaient lieu au paiement de la franchise et de la quote-part³¹. Actuellement, les prestations en cas de maladie au sens des art. 25 et 29 al. 1 LAMal sont également exonérées de la participation aux coûts, à la condition toutefois qu'elles soient dispensées à partir de la 13^e semaine de grossesse et jusqu'à 8 semaines après l'accouchement (cf. art. 64 al. 7 let. b LAMal et 105 al. 1 et 3 OAMal).

Etant donné que la grossesse n'est pas une maladie, les mesures qui tendent à empêcher cet état (les contraceptifs, notamment) ne sont pas prises en charge par l'assurance-maladie obligatoire³². Les tests de grossesse ne sont pas non plus remboursés dès lors qu'ils ne servent pas à diagnostiquer une maladie.

b) L'assurance-maladie facultative d'indemnités journalières

Dans l'assurance-maladie facultative d'indemnités journalières, la maternité permet de prétendre à des indemnités journalières de maternité pendant la période de 16 semaines qui entoure l'accouchement (art. 74 LAMal); les incapacités de travail consécutives à la maternité sont en revanche assimilées aux incapacités de travail découlant de la maladie et donnent droit au versement d'indemnités journalières de maladie au sens de l'art. 72 LAMal.

La durée de versement des indemnités journalières de maternité (16 semaines) est impérative. Ainsi, les indemnités journalières en cas de maternité ne peuvent pas être imputées sur la durée d'octroi des indemnités journalières en cas de maladie (qui s'élève à 720 jours au moins dans une période de 900 jours; cf. art. 72 al. 3 LAMal) et doivent être allouées même si cette durée est expirée (cf. art. 74 al. 2 LAMal); dans le même sens, les indemnités journalières de maladie versées en cas d'incapacités de travail survenant avant l'accouchement, que celles-ci soient dues à une maladie ou à des complications de grossesse ayant valeur de maladie (art. 72 al. 2 et 3 LAMal), ne permettent pas de réduire la période de 16 semaines mentionnée à l'art. 74 al. 2 LAMal³³. Contrairement à ce qui prévaut en droit du travail où le travailleur bénéficie d'un seul et même crédit de droit au salaire, toutes causes d'absences confondues (maladie, accident, grossesse, accouchement, exercice d'une obligation légale, etc.; cf. art. 324a-b CO), **la LAMal consacre ainsi deux crédits distincts: un crédit d'indemnités journalières en cas de maladie** (cf. art. 72 al. 3 LAMal) **et un crédit d'indemnités journalières en cas de maternité** (art. 74 LAMal).

Alors que le droit à l'indemnité journalière en cas de maladie suppose une incapacité de travail de 50% au moins (art. 72 al. 1 LAMal), attestée médicalement, **le droit à l'indemnité journalière en cas de maternité est indépendant d'une incapacité de**

31 Cf. Modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) du 21 juin 2013, RO 2014 387; Modification de l'ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal) du 29 novembre 2013, RO 2013 4523.

32 TFA, 5.7.1985, c. 3a, RAMA 1985 K n° 653 296 ss.

33 TFA, 3.4.2006, K 181/04, c. 2.1; ATF 124 V 291, c. 3.

travail de l'assurée; il est lié à son statut de femme enceinte puis de mère, et dépend donc de la seule grossesse et de l'enfantement³⁴. En cas de maternité, l'accouchement (et la grossesse si les prestations sont demandées pendant la période prénatale) constitue, en effet, événement qui ouvre le droit aux indemnités journalières (art. 74 LAMal)³⁵. L'assurée a droit, dès la 8^e semaine qui précède l'accouchement, à des indemnités journalières de maternité si elle cesse de travailler pour «quelque motif que ce soit» (convenance personnelle, envie de se ménager, préparation à la maternité, etc.); si elle continue de travailler jusqu'à l'accouchement, la période d'allocation des indemnités journalières est alors entièrement reportée sur les 16 semaines qui suivent la naissance de l'enfant³⁶.

B. Les éléments constitutifs

1. La grossesse

- 22 La grossesse, qui est l'un des éléments essentiels de la notion de maternité (cf. art. 5 LPGa), ne fait pas l'objet d'une définition en droit des assurances sociales.
- 23 La grossesse débute au moment de la fécondation de l'ovule et se termine au moment où commence l'accouchement³⁷.
- 24 Pour la notion de maternité (art. 5 LPGa), la durée de la grossesse ne revêt aucune importance: il y a maternité tant et aussi longtemps que dure la grossesse, peu importe que celle-ci prenne fin prématurément, en raison, notamment, d'une fausse couche ou d'une interruption de grossesse.
- 25 La grossesse peut être qualifiée de «normale», «à risque» ou encore de «pathologique».
- 26 La **grossesse normale** est «phénomène du processus vital ordinaire», c'est-à-dire une éventualité distincte de la maladie³⁸.
- 27 Une **grossesse à risque** est une grossesse dont le bon déroulement est susceptible d'être perturbé par l'apparition de complications³⁹. Différents critères sont utilisés pour retenir la présence d'une grossesse «à risque» (l'âge de la mère ou le fait que celle-ci soit diabétique ou épileptique, p. ex.)⁴⁰. Si une grossesse à risque n'est pas non plus une maladie

34 TFA, 3.4.2006, K 181/04, c. 5.1.

35 TFA, 3.4.2006, K 181/04, c. 5.2.

36 TFA, 3.4.2006, K 181/04, c. 5.1. Au sujet de l'incidence, sur la durée de versement des indemnités de maternité (art. 74 al. 2 LAMal), d'une incapacité de travail qui surviendrait alors que la future mère perçoit de telles indemnités, ainsi que d'un accouchement qui se produirait avant ou après la date pronostiquée par le médecin, cf. PERRENOUD, Protection de la maternité, 1254-1257.

37 Cf., en matière de droit du travail, ATF 143 III 21 (dans cet arrêt, le TF a considéré que le début de la grossesse, en tant que point de départ de la période de protection contre le congé en temps inopportun au sens de l'art. 336c al. 1 let. c CO, coïncide avec la fécondation de l'ovule). En droit pénal, la grossesse débute toutefois plus tardivement, lors de la nidation, c'est-à-dire au moment de l'implantation de l'œuf dans l'utérus, entre le 6^e et le 13^e jour suivant la fécondation de l'ovule (cf. ATF 115 Ia 234, c. 9c). Sur le début, la durée et la fin de la grossesse, cf. PERRENOUD, Protection de la maternité, 5-12.

38 TFA, 17.4.1972, c. 2, RAMA 1972 n° 132 121 ss.

39 TFA, 14.10.2002, K 14/01, c. 2.3.2. Cf. aussi TF, 23.4.2018, 9C_202/2018, c. 4.3.1 (destiné à la publication).

40 Sur les critères utilisés pour qualifier la grossesse de grossesse «à risque», cf. TFA, 9.5.1967, c. 2, ATFA 1967 n° 11, 57-66.

(art. 3 al. 1 LPGa), elle permet d'exiger de l'assurance-maladie obligatoire le remboursement d'un nombre d'exams médicaux de contrôle plus élevé que la grossesse normale (cf. art. 13 let. a ch. 2 et 13 let. b ch. 2 OPAS), lesquels s'inscrivent au sein des prestations spécifiques de maternité (cf. art. 29 al. 2 let. a LAMal)⁴¹. Les mesures prophylactiques nécessaires, en revanche, sont des prestations de maladie (art. 25 et 29 al. 1 LAMal); il en est ainsi, par exemple, de l'administration d'un traitement médicamenteux préventif, figurant dans la liste des spécialités («Rhopylac»; art. 25 al. 2 let. b LAMal), par injection, à une femme enceinte, afin de neutraliser les anticorps maternels dirigés contre les érythrocytes de l'enfant en cas d'incompatibilité des groupes sanguins rhésus de la mère et de l'enfant⁴².

La grossesse est dite «pathologique» quand, «lors de sa grossesse, une assurée présente des troubles qui requièrent un traitement médical ou justifient, du point de vue du médecin traitant, un arrêt de travail»⁴³. Les complications de grossesse relèvent de la notion de maladie (cf. art. 3 al. 1 LPGa) et donnent droit aux mêmes prestations qu'en cas de maladie (art. 25 et 29 al. 1 LAMal). Sont, par exemple, des complications de grossesse ayant valeur de maladie: les vomissements incoercibles au cours de la grossesse, une atteinte à la santé décelée lors d'un examen de contrôle⁴⁴, une fausse couche⁴⁵ ou encore une grossesse extra-utérine⁴⁶.

28

2. L'accouchement

La notion d'accouchement se rapporte à la naissance d'un enfant et se distingue à ce titre de la fausse couche, qui se réfère à l'expulsion d'un fœtus et constitue un cas de maladie (art. 3 al. 1 LPGa).

29

En droit des assurances sociales, l'accouchement qualifie la naissance d'un enfant viable (sans égard à la durée de la grossesse), ainsi que la naissance d'un enfant, vivant ou mort-né, viable ou non, dans la mesure où celle-ci intervient au terme d'une grossesse ayant duré au moins 23 semaines (cf. art. 23 RAPG, art. 3 al. 3 LAFam, art. 105 al. 2 OAMal)⁴⁷. L'expulsion du fruit de la conception avant 22 semaines révolues de grossesse doit, en revanche, être qualifiée de fausse couche; dans cette hypothèse, la notion d'accouchement ne peut être donnée que si un médecin atteste de la viabilité concrète de l'enfant.

30

Dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire, l'accouchement et la fausse couche fondent un droit à des prestations différentes: alors que l'accouchement déclenche l'octroi de prestations spécifiques de maternité (art. 29 al. 2 LAMal), la fausse couche est assimilée à une maladie et permet de prétendre aux mêmes prestations qu'en cas de maladie (cf. art. 25 et 29 al. 1 LAMal). Par ailleurs, en cas de fausse couche, l'assurée ne peut pas se prévaloir de la reconnaissance d'un droit à des allocations de maternité au sens des art. 16b-h LAPG (cf. art. 16b al. 1 LAPG et 23 RAPG).

31

41 TFA, 16.6.2004, K 157/01, c. 6; ATF 127 V 268, c. 3b.

42 TFA, 3.11.2006, K 101/06, c. 3.2 et 4.1.

43 TFA, 9.5.1967, c. 2, ATFA 1967 n° 11, 57-66.

44 ATF 97 V 193.

45 TFA, 16.6.2004, K 157/01, c. 7.2.

46 TF, 23.4.2018, 9C_202/2018 (destiné à la publication).

47 La notion d'accouchement qui s'applique en droit des assurances sociales est calquée sur la notion de naissance devant être inscrite à l'état civil au sens de l'art. 9 al. 1-2 de l'ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004 (OEC; RS 211.112.2), qui elle-même évolue parallèlement à l'état des connaissances médicales.

3. *La convalescence*

32 L'art. 5 LPGA ne précise pas la durée de la convalescence et il ressort clairement des travaux parlementaires que la fixation de celle-ci doit relever des lois spéciales d'assurance sociale⁴⁸. La durée de la convalescence, qui est donc susceptible de varier selon le régime d'assurance sociale concerné, se confond avec la période durant laquelle des prestations sociales sont accordées (N 3-9).

Art. 6

Incapacité de travail Est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité.

Arbeitsunfähigkeit Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.

Incapacità al lavoro È considerata incapacità al lavoro qualsiasi incapacità, totale o parziale, derivante da un danno alla salute fisica, mentale o psichica, di compiere un lavoro ragionevolmente esigibile nella professione o nel campo d'attività abituale. In caso d'incapacità al lavoro di lunga durata possono essere prese in considerazione anche le mansioni esigibili in un'altra professione o campo d'attività.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	4
C. Objet, but et nature de la norme	5
II. Champ d'application	7
III. L'incapacité de travail (première phrase)	10
A. L'atteinte à la santé	10
B. La perte de l'aptitude à accomplir le travail exigible et son évaluation ..	19
C. Le lien de causalité entre l'atteinte à la santé et l'incapacité de travail ..	32
IV. L'incapacité de travail de longue durée (deuxième phrase)	34
A. La «longue durée»	34
B. Le caractère exigible d'une autre activité	39
V. Les conséquences de l'incapacité de travail	45
VI. Dérogation à l'art. 6	50
VII. Cas d'application	52

⁴⁸ FF 1991 II 181, 243.

Bibliographie

BRUNNER ANDREAS, Arbeitsunfähigkeit und Schadensminderungspflicht: Zumutbarkeit der Verweigerungstätigkeit, in Riemer-Kafka (éd.), Case Management und Arbeitsunfähigkeit, Zurich/Bâle/Genève 2006, 67 ss; DESPLAND BÉATRICE, L'obligation de diminuer le dommage en cas d'atteinte à la santé, thèse Neuchâtel 2011; DUPONT ANNE-SYLVIE, Incapacité de travail et incapacité de gain: la fin du mélange des genres? Commentaire des arrêts rendus par le Tribunal fédéral les 14 novembre 2012 (4A_304/2012) et 31 janvier 2013 (4A_529/2012), REAS 2013 124 ss (cité: Incapacité); EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, Meyer (éd.), SBVR, 385 ss (cité: Krankenversicherung); LANDOLT HARDY, Die Rechtsvorstellung der zumutbaren Willensanstrengung im Sozialversicherungsrecht, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), Schmerz und Arbeitsfähigkeit, St-Gall 2003, 141 ss; MEIER MICHAEL E., Arbeitsunfähigkeit (Art. 6 ATSG): Wer bestimmt was?, in Fuhrer (éd.), Annales SDRCA 2015, 91 ss (cité: Arbeitsunfähigkeit); MEIER MICHAEL E., Arbeitsunfähigkeit (Art. 6 ATSG) und die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit an der Schnittstelle des Privat- und Sozialversicherungsrechts in Kieser (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2016, Zurich/St-Gall 2017, 89 ss; MEYER ULRICH, Krankheit als leistungsauslösender Begriff im Sozialversicherungsrecht, in Gächter (éd.), Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Berne 2009, 5 ss (cité: Krankheit); OLIVERI MICHAEL *et al.*, Principes fondamentaux de l'appréciation médicale de l'exigibilité et de la capacité de travail, Informations médicales n° 77, 2006, SUVA, 43 ss; RIEMER-KAFKA GABRIELA, Arbeitsunfähigkeit: hat man nun den Begriff im Griff?, RSAS 2004 108 ss (cité: Arbeitsunfähigkeit); SCHLEIFER ROMAN *et al.*, Begriff der Therapieresistenz bei unipolaren depressiven Störungen aus medizinischer und aus rechtlicher Sicht – eine Standortbestimmung im Nachgang zu BGE 9C_13/2016, REAS 2017 266 ss; SLAVIK EVA, Invalidenrentenanspruch bei depressiven Erkrankungen, Jusletter du 4 septembre 2017; TRAUB ANDREAS, Malade ou pas? Médecin et juriste répondent différemment: définition contextuelle de la maladie dans le droit des assurances sociales, PPS 1 (2012) 37 s (cité: Malade); WITTWER AMANDA, Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, thèse Lucerne, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft vol. 120, Zurich/Bâle/Genève 2017.

I. Introduction

A. Généralités

L'incapacité de travail – résultant d'une atteinte à la santé – constitue l'une des éventualités couvertes par certaines assurances sociales suisses. Elle figure explicitement dans les lois spéciales concernées comme une condition du droit aux prestations (p.ex. art. 16 al. 1 LAA, art. 72 al. 2 LAMal, art. 18 et 28 al. 1 let. b LAI) et est étroitement liée à d'autres risques assurés, avant tout l'invalidité en relation avec l'incapacité de gain, mais aussi la maladie ou l'accident. Elle sert également à définir le moment à partir duquel une maladie professionnelle est réputée s'être déclarée (art. 9 al. 3, 2^e phrase, LAA) ou l'objectif de la détection précoce de l'assurance-invalidité (art. 3a al. 1 LAI). 1

Avec la codification de la notion d'incapacité de travail à l'art. 6 de la loi, le législateur n'entendait pas créer une nouvelle définition, mais reprendre celle qu'en avait donnée jusqu'alors la jurisprudence¹ (N 5). La disposition proposée initialement par la SSDA² a été adoptée par le Parlement avec des changements mineurs (ajout du terme «raisonnablement» [exigé de l'assuré]; remplacement du mot «travail» par «activité» afin d'harmoniser la teneur légale avec d'autres dispositions). Consciente du fait que l'incapacité de travail était en pratique attestée selon des méthodes diverses par le médecin et/ou l'employeur et estimée de manière encore différente par l'assureur social, la SSDA avait 2

1 ATF 130 V 343, c. 3.1 (pour l'AI); TFA, 11.7.2005, K 42/05, c. 1.3 (pour l'AMal); TFA, 22.6.2004, U 192/03, c. 1.3.1 (pour l'AA), SVR 2005 UV n° 16 52.

2 Rapport SSDA, 39; Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4191 s.

proposé, en complément à l'art. 6, que le Conseil fédéral fût autorisé à régler les modalités de l'attestation de l'incapacité de travail et à veiller par ce biais à une évaluation uniforme de celle-ci (art. 22 al. 1 du Projet de loi). Considérant «toute unification de cette nature comme étant excessive», la Commission du Conseil national a proposé avec succès la suppression de l'attribution de compétence au Conseil fédéral³.

- 3 La question de savoir si la nature psychique de l'atteinte à la santé à l'origine de l'incapacité de travail devait figurer dans la loi, au même titre que les caractéristiques physique ou mentale, a fait l'objet de débats au sein du Parlement. L'inclusion de l'élément psychique a dans un premier temps été refusée, notamment par crainte d'étendre l'obligation de prester de l'assurance-accidents⁴, qui ne prend en charge les suites d'une atteinte psychique qu'à des conditions restrictives⁵. Après l'entrée en vigueur de la LPGA, l'art. 6 a été complété par l'introduction du terme «psychique» (N 10), à l'occasion de la modification de la LAI du 21 mars 2003⁶, avec effet au 1^{er} janvier 2004.

B. Systématique

- 4 L'art. 6 s'inscrit dans la liste des définitions des risques couverts par les assurances sociales suisses qui ont été codifiées aux art. 3 à 9 de la loi. L'incapacité de travail est étroitement liée aux notions d'incapacité de gain (art. 7) et d'invalidité (art. 8), dont elle représente en quelque sorte le point de départ, mais doit cependant en être distinguée. Dans les grandes lignes, elle correspond à la perte effective et immédiate de la capacité d'accomplir son travail (lucratif) habituel en raison d'une atteinte à la santé (N 10 ss) et donne droit à des prestations en espèces à court terme et de nature temporaire, sous forme d'indemnités journalières (N 45 s.); l'incapacité de gain correspond à une incapacité durable de réaliser un revenu sur un marché du travail équilibré (art. 7 N 13 ss), qui donne lieu, si elle est présumée permanente ou de longue durée – et est alors qualifiée d'invalidité (art. 8 N 1 ss et 24 s.) – à des prestations de longue durée (rentes) des assurances sociales.

C. Objet, but et nature de la norme

- 5 L'objet de la disposition est de donner une **définition légale de l'incapacité de travail** valable pour l'ensemble du droit des assurances sociales. La reprise dans la loi de la notion développée avec précision par la jurisprudence met en évidence un souci de continuité juridique («*Rechtskontinuität*»)⁷; les principes posés par le Tribunal fédéral des assurances quant à l'incapacité de travail, qualifiée de notion juridique indéterminée («*unbestimmter Rechtsbegriff*»), restent applicables en droit des assurances sociales.
- 6 La réglementation de l'incapacité de travail concerne deux états de fait distincts: le premier a trait à l'inaptitude au travail en relation avec l'activité professionnelle ou le travail exercés jusqu'alors (art. 6, 1^{re} phrase; N 19 ss); le second concerne la situation dans laquelle l'incapacité de travail se prolonge, celle-ci devant alors, selon les circonstances, être définie autrement, en fonction également d'une autre profession ou d'un autre do-

3 Rapport SSDA, 44, et Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4202; BO CN 1999 1239 et BO CE 2000 178.

4 BO CE 2000 176 s.

5 Voir à ce sujet, ATF 115 V 133, c. 6 et ATF 115 V 403, c. 5.

6 4^e révision AI; RO 2003 3837; FF 2001 3045, 3066.

7 ATF 130 V 343, c. 3.1.1.

maine d'activité (art. 6, 2^e phrase; N 39 ss). La définition de l'incapacité de travail est donc différente selon le moment où celle-ci doit être évaluée du point de vue temporel.

II. Champ d'application

En créant une définition légale de l'incapacité de travail, à l'art. 6 de la loi, le législateur a assuré que cette notion soit **la même pour toutes les branches des assurances sociales** qui s'y réfèrent; les lois spéciales ne prévoient aucune dérogation à l'art. 6 LPGA – sous réserve de l'art. 28 al. 3 LAM (N 50 s.) –, de sorte qu'elle doit être comprise et appliquée de manière uniforme dans tous les régimes concernés. Des distinctions peuvent cependant apparaître dans l'application de la définition, parce que l'incapacité de travail se trouve dans une relation différente – causale, finale ou temporelle – avec l'atteinte à la santé qui est à son origine, en fonction de la branche d'assurance⁸. Ainsi, la personne assurée peut être considérée comme (partiellement) incapable de travailler du point de vue de l'assurance-invalidité mais entièrement capable de travailler de celui de l'assurance-accidents, si l'atteinte à la santé n'est pas la conséquence d'un événement accidentel assuré.

Même si le domaine de la **prévoyance professionnelle** n'est pas soumis à la Partie générale (art. 1 N 8), la définition de l'incapacité de travail de l'art. 6 de la loi vaut aussi dans cette branche d'assurance sociale, en raison du lien avec l'assurance-invalidité qui ressort de la systématique légale relative aux art. 23, 24 et 26 LPP. Le droit à des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle obligatoire suppose que l'ayant droit subisse une invalidité de 40% au moins au sens de l'assurance-invalidité et ait été assuré au moment de la survenance de l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité (art. 23 let. a LPP). Tant l'étendue du droit à la rente (art. 24 al. 1 LPP) que sa durée (art. 26 LPP) sont déterminées par les règles de l'assurance-invalidité. En raison de ces renvois, la définition de l'incapacité de travail ne peut pas, dans la prévoyance professionnelle obligatoire, avoir une acception différente de celle qui vaut selon l'art. 6 LPGA dans toutes les autres branches d'assurances sociales. En revanche, pour la prévoyance professionnelle plus étendue selon l'art. 49 LPP, les institutions de prévoyance sont en droit de définir de manière autonome l'incapacité de travail dans leur règlement ou statuts⁹.

Lorsqu'elle est utilisée dans d'autres domaines juridiques, en particulier le droit de la responsabilité civile (p.ex. art. 46 al. 1 CO) ou le droit des assurances privées (cf. le contrat d'assurance ou les conditions générales d'assurance¹⁰), la notion d'incapacité de travail doit être interprétée de manière spécifique à ces matières juridiques, celle prévue par l'art. 6 LPGA ne se prêtant **pas à une transposition directe**¹¹.

⁸ MEYER-BLASER, Arbeitsunfähigkeit, 33 s.

⁹ Pour un exemple de règlement se référant à l'incapacité d'exercer sa profession («*Berufsunfähigkeit*»), ATF 115 V 215, c. 4a et b; TF, 20.8.2007, 9C_104/2007, c. 5, SVR 2008 BVG n° 18 69.

¹⁰ Voir p.ex., TF, 31.1.2013, 4A_529/2012, c. 2; TF, 14.11.2012, 4A_304/2012, c. 2.

¹¹ A ce sujet, et sur l'art. 61 LCA en relation avec l'exigibilité d'un changement d'activité professionnelle, DUPONT, Incapacité, 126 s.

III. L'incapacité de travail (première phrase)

A. L'atteinte à la santé

- 10** Le premier élément constitutif de la définition de l'incapacité de travail est «**l'atteinte à la santé physique, mentale ou psychique**»: il s'agit de tout état physique, psychique ou mental qui s'écarte de la norme, soit une altération de la santé ou un dysfonctionnement du corps humain, qui se caractérise par un dommage morphologique, une défaillance fonctionnelle ou des déficits mentaux, cognitifs, émotionnels ou intellectuels. L'atteinte à la santé mentale est liée à un développement intellectuel insuffisant découlant d'une atteinte congénitale ou acquise, tandis que le terme psychique se rapporte à des troubles d'ordre émotionnel ou cognitif; jusqu'à l'adjonction du terme «psychique» pour qualifier l'atteinte à la santé (N 3), les troubles psychiques étaient considérés comme inclus dans les atteintes à la santé mentale¹².
- 11** **La cause** de ces altérations ou déficits somatiques, mentaux ou psychiques, qu'elle relève d'une maladie (art. 3 N 11 ss), d'une maladie professionnelle, d'un accident (art. 4 N 5 ss), d'une lésion assimilée à un accident ou d'une infirmité congénitale (art. 9 N 9 ss), n'entre pas en considération pour la définition même de l'incapacité de travail. La cause de l'atteinte à la santé joue en revanche un rôle essentiel pour déterminer quelle assurance sociale (p.ex. assurance-accidents ou assurance-maladie) est appelée à prester.
- 12** Le point de savoir si une personne subit une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique doit être évalué selon **l'état actuel des connaissances et de l'expérience médicales**. En particulier, la reconnaissance de l'existence d'une atteinte à la santé psychique au sens de l'art. 6 de la loi suppose en principe qu'un diagnostic correspondant, qui s'appuie sur les critères d'un système de classification reconnu, ait été posé selon les règles de l'art¹³ (voir aussi art. 8 N 14 ss).
- 13** La **science médicale** repose sur une conception bio-psycho-sociale de la maladie, où l'atteinte à la santé n'est pas considérée comme un phénomène purement biologique ou physique, mais comme le résultat d'une interaction entre des symptômes somatiques ou psychiques, d'une part, et l'environnement social du patient, d'autre part. Le **droit des assurances sociales** n'ignore pas l'importance du modèle bio-psycho-social dans l'approche thérapeutique de la maladie¹⁴. Dans la mesure où il en va de l'appréciation de la capacité de travail de la personne assurée et de l'exigibilité de l'exercice d'une activité professionnelle en relation avec une éventuelle invalidité, il s'en tient cependant à une conception essentiellement biomédicale de la maladie, dont sont exclus les facteurs psychosociaux ou socioculturels (p.ex. déracinement, émigration, sentiments d'insuffisance)¹⁵ (art. 7 N 29 s.). Cette divergence a des conséquences sur l'évaluation du point de vue juridique de l'exigibilité de l'exercice d'une activité professionnelle de la part de l'intéressé, mais non pas sur la constatation en tant que telle d'une atteinte à la santé. La délimitation entre une atteinte à la santé invalidante et celle qui ne l'est pas intervient en règle générale, du point de vue juridique, lorsqu'il s'agit d'évaluer si l'exercice d'une activité lucrative est exigible de la part de l'assuré et que l'incapacité y relative attestée médicalement repose dans une large mesure sur des facteurs étrangers à l'invalidité¹⁶ (N 39 ss et art. 7 N 29 s.).

¹² FF 2001 3045, 3107.

¹³ ATF 141 V 281, c. 2.1; ATF 130 V 396.

¹⁴ MEYER, Krankheit, 5 ss; TRAUB, Malade, 37 s.

¹⁵ ATF 127 V 294, c. 5a.

¹⁶ MEYER-BLASER, Arbeitsunfähigkeit, 36.

Dans le domaine de l'assurance-invalidité, la jurisprudence s'est toutefois fondée directement sur la divergence entre les conceptions médicale et juridique de la maladie pour nier la **valeur de maladie** (« *Krankheitswert* ») d'une atteinte à la santé diagnostiquée par les médecins¹⁷. Ainsi, un facteur influant sur l'état de santé désigné par le code « Z » de la Classification statistique internationale des maladies et des problèmes de santé connexes de l'Organisation mondiale de la santé (CIM-10), tel un « **burn out** », ne constitue pas une atteinte à la santé du point de vue juridique¹⁸.

De même, l'**obésité morbide** ne correspond pas comme telle à une atteinte à la santé pouvant entraîner une invalidité. Un effet invalidant ne peut être admis que si l'excédent de poids a provoqué une atteinte à la santé ou si celui-ci est lui-même la conséquence d'un trouble de la santé et qu'ainsi, la capacité de gain est sensiblement réduite et ne peut être augmentée de façon importante par des mesures raisonnablement exigibles¹⁹. Il y a également lieu d'admettre qu'un « *diabetes mellitus* » (**diabète**), traité de manière adéquate et sous contrôle, n'est pas lié à une incapacité de travail; une limitation résulte tout au plus du risque d'une soudaine hypoglycémie, de sorte que certains travaux avec des machines ou des véhicules, ou qui présentent un autre danger potentiel élevé, n'apparaissent pas appropriés²⁰. En ce qui concerne, par ailleurs, les **troubles du sommeil**, la jurisprudence ne les considère comme invalidants que s'ils peuvent être attribués à une atteinte à la santé somatique ou psychique qui a été constatée, sous l'angle médical, de manière concluante et selon les règles de l'art²¹. A l'inverse, il n'a jamais été contesté, dans la jurisprudence, que le **syndrome post-poliomyélite** constitue une atteinte à la santé invalidante²².

D'après une jurisprudence constante, même s'il s'agit en soi d'une maladie, la **dépendance**, qu'elle prenne la forme de l'alcoolisme, de la pharmacodépendance ou de la toxicomanie, ne constitue pas en soi une atteinte à la santé invalidante au sens de la loi. Elle joue en revanche un rôle dans l'assurance-invalidité lorsqu'elle a provoqué une maladie ou un accident qui entraîne une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique nuisant à la capacité de gain, ou si elle résulte elle-même d'une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui a valeur de maladie²³. La situation concrète doit faire l'objet d'une appréciation globale incluant aussi bien les causes que les conséquences de la dépendance, ce qui implique de tenir compte d'une éventuelle interaction entre dépendance et comorbidité psychiatrique. Pour que soit admise une invalidité du chef d'un comportement addictif, il est nécessaire que la comorbidité psychiatrique à l'origine de cette dépendance présente un degré de gravité et d'acuité suffisant pour justifier, en soi, une diminution de la capacité de travail et de gain, qu'elle soit de nature à entraîner l'émergence d'une telle dépendance et qu'elle contribue pour le moins dans des proportions considérables à celle-ci. Si la comorbidité ne constitue qu'une cause secondaire à la dépendance, celle-ci ne saurait être admise comme étant la conséquence d'une atteinte à la santé psy-

17 TF, 1.3.2007, I 738/05, c. 5.2 (sur une situation de risques psychosociaux [*« Belastungssituation »*]).

18 TF, 20.9.2011, 8C_302/2011, c. 2.3, SVR 2012 IV n° 22 95. Voir aussi la casuistique établie par MEYER/REICHMUTH, art. 4 N 58 ss; la CIM-10 peut être consultée sous www.bsf.admin.ch.

19 TF, 19.9.2012, 8C_496/2012, c. 2.2; TF, 1.10.2009, 9C_48/2009, c. 2.3, SVR 2010 IV n° 8 25.

20 TFA, 23.8.2006, I 94/06, c. 3.4.

21 TF, 18.4.2007, U 127/06, c. 8 (troubles du sommeil liés à un acouphène), SVR 2007 UV n° 31 105.

22 TF, 28.9.2014, 9C_326/2014, c. 5.1, SVR 2015 BVG n° 29 107.

23 ATF 124 V 265, c. 3c.

chique. S'il existe au contraire un lien de causalité entre l'atteinte malade à la santé psychique et la dépendance, la mesure de ce qui est exigible doit alors être déterminée en tenant compte de l'ensemble des limitations liées à la maladie psychique et à la dépendance²⁴.

- 17 En ce qui concerne les **troubles de la lignée dépressive**, le Tribunal fédéral avait un temps fait preuve de réserve avant d'en reconnaître le caractère invalidant. Dans sa jurisprudence récente, il avait précisé que les troubles légers et moyens de la lignée dépressive, qu'ils fussent récurrents ou épisodiques, ne pouvaient être considérés comme des atteintes à la santé à caractère invalidant que dans les situations où ils se révélaient résistants aux traitements pratiqués, soit lorsque l'ensemble des thérapies (ambulatoires et stationnaires) médicalement indiquées et réalisées selon les règles de l'art, avec une coopération optimale de la personne assurée, ont échoué²⁵. Prenant toutefois en considération les critiques de la doctrine médicale et juridique selon lesquelles la curabilité («*Therapierbarkeit*») du trouble dépressif ne constitue pas à lui seul un critère de délimitation valable entre une atteinte à la santé à caractère invalidant et une atteinte non invalidante²⁶, le Tribunal fédéral est revenu sur sa jurisprudence. Les troubles de la lignée dépressive et leurs effets sur la capacité de travail doivent être appréciés comme toute autre atteinte psychique, sur la base de constatations médicales établies, en principe, en fonction du **schéma d'évaluation fondé sur un catalogue d'indicateurs standard** prévus par la jurisprudence²⁷ (art. 8 N 20).
- 18 Selon les circonstances et en relation avec le droit à une indemnité journalière de l'assurance-maladie, une incapacité de travail due à une atteinte à la santé doit être reconnue lorsque la personne concernée n'est pas apte au travail parce qu'elle se soumet à des mesures médicales diagnostiques ou thérapeutiques²⁸. **A défaut d'être lié à une atteinte à la santé**, un empêchement au travail qui résulte de problèmes familiaux, d'un manque de formation ou de l'âge ne constitue en revanche pas une incapacité de travail au sens de l'art. 6 de la loi. Ainsi, le fait qu'une personne a été licenciée par ses employeurs successifs en raison de difficultés d'adaptation, de manquements divers ou encore de son comportement bizarre et des relations difficiles qu'elle entretenait avec ses collègues de travail ne constituent pas des indices d'une atteinte à la santé susceptible d'entraver la capacité de travail (et de gain)²⁹.

B. La perte de l'aptitude à accomplir le travail exigible et son évaluation

1. La perte de l'aptitude à accomplir le travail exigible

- 19 En plus d'une atteinte à la santé, l'incapacité de travail suppose ensuite que cette atteinte se répercute de manière négative sur la capacité de la personne assurée à effectuer un travail exigible, soit l'empêche totalement ou partiellement de l'accomplir. En d'autres

24 TF, 9.1.2015, 9C_618/2014, c. 5.2 (et c. 5.3 sur la dépendance à l'alcool); TF, 19.8.2013, 9C_856/2012, c. 2.2.

25 TF, 14.7.2016, 9C_55/2016, c. 4.2; TF, 19.1.2016, 9C_146/2015, c. 3.2; TF, 14.4.2016, 9C_13/2016, c. 4.2. Voir aussi SAGER RAHEL, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend Depressionen, RSAS 2015 309 ss.

26 Entre autres auteurs, SLAVIK, 13 ss; SCHLEIFER *et al.*, 266 ss.

27 ATF 143 V 409, c. 4, commenté par GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Praxisänderung zu Depressionen und anderen psychischen Leiden, Jusletter du 15 janvier 2018.

28 EUGSTER, Krankenversicherung, 840 N 1458.

29 ATF 129 V 411, c. 2.3.

termes, est incapable de travailler la personne qui ne peut plus exercer l'activité professionnelle effectuée jusqu'alors, qui ne peut plus l'exercer que d'une manière limitée ou qui ne peut l'exercer qu'en courant le risque d'aggraver son état³⁰. L'incapacité de travail correspond donc à une **perte ou à une limitation fonctionnelle de la capacité d'accomplir un acte physique ou une action mentale** (limitation de la capacité de rendement; «*Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen*»)³¹. Il s'agit d'examiner selon une approche fonctionnelle si l'intéressé peut ou non effectuer tous les actes qui constituent son activité professionnelle individualisée (p.ex. exécuter des travaux au sol ou dans une position accroupie, monter une échelle ou des échafaudages, travailler à l'écran d'un ordinateur) ou seulement certains d'entre eux et, cas échéant, pendant combien de temps.

La seule appréciation médico-théorique de la capacité de travail n'est pas déterminante, soit l'évaluation dans l'abstrait de l'atteinte à la santé d'après des critères médicaux, sans tenir compte des effets concrets du déficit fonctionnel sur l'exercice d'une certaine profession et des possibilités de gain qui subsistent³². Peu importe également les conséquences (immédiates) de la limitation de la capacité de rendement sur le plan financier³³, soit le point de savoir si la personne assurée continue à percevoir son salaire pendant l'arrêt de travail ou reçoit des revenus de remplacement de la part de tiers. L'incapacité de travail est par ailleurs une **notion objective**: l'appréciation subjective que fait la personne assurée de son état de santé et de son incapacité à exercer sa profession n'est pas prise en considération³⁴.

L'examen de la perte de l'aptitude à accomplir le «travail qui peut raisonnablement être exigé» de l'assuré se rapporte toujours d'abord à **l'activité professionnelle que la personne assurée a exercée en dernier lieu**, soit au moment où les effets de l'atteinte à la santé se sont répercutés pour la première fois sur la capacité de rendement. La référence directe que fait la loi à l'exigibilité du travail dans la profession exercée jusqu'alors met en évidence que la capacité de travail doit être examinée et évaluée en fonction de la capacité fonctionnelle exigible de la part de la personne assurée, à quelque stade que ce soit du déroulement du cas d'assurance. En particulier, l'activité lucrative habituelle ne peut plus être considérée comme exigible si elle implique des travaux lourds et sollicitant les poignets qui comportent le risque d'une aggravation de l'état de santé de l'assuré ou d'un accident dommageable pour lui et pour ses collègues de travail³⁵. Dans le cadre de l'art. 6, 1^{re} phrase, de la loi, l'exigibilité n'a cependant pas de signification déterminante dans la mesure où il peut en principe être exigé de chacun qu'il reprenne son activité professionnelle et qu'elle sert donc d'élément en fonction duquel est appréciée l'éventuelle incapacité de travail.

Lorsque la personne assurée exerçait une **activité lucrative à temps partiel** au moment où est survenue l'atteinte à la santé, la jurisprudence en matière d'assurance-accidents a précisé que son incapacité de travail est évaluée en fonction du taux de cette activité. Sous l'angle du **droit à une indemnité journalière de l'assurance-accidents**, une

30 ATF 130 V 343, c. 3.1.

31 ATF 114 V 281, c. 3c.

32 ATF 127 V 154, c. 2a; ATF 114 V 281, c. 1c. Une évaluation médico-théorique implique la reconnaissance d'une incapacité de travail et de gain du seul fait que l'assuré ne peut plus, p.ex., se servir d'une main, sans examiner quel handicap en résulte effectivement dans l'activité exercée (p.ex. travail de bureau).

33 ATF 105 V 156, c. 2a.

34 EUGSTER, Krankenversicherung, 840 N 1458.

35 TF, 19.3.2010, 9C_125/2009, c. 3.3.2, SVR 2010 IV n° 52 160.

conversion en un taux d'activité de 100% n'a pas lieu d'être. Si le taux de l'incapacité de travail était déterminé en comparant la capacité de travail médico-théorique dont disposait encore la personne assurée, respectivement le temps de travail hebdomadaire exigible de sa part avec le temps de travail usuel dans l'entreprise qui l'occupait en dernier lieu avant l'accident, cela pourrait en effet conduire à une distorsion. Les indemnités journalières – avec le revenu que l'assuré serait encore en mesure de réaliser – pourraient dépasser le montant du salaire perçu avant l'accident. Un tel résultat n'est pas compatible avec le principe selon lequel l'indemnité journalière doit être fixée en fonction de la perte effective de gain³⁶.

- 23 Lorsque la personne assurée n'exerce **pas d'activité professionnelle**, la perte de l'aptitude à accomplir un travail est examinée en fonction de son **domaine d'activité**. La loi ne définit pas quelles activités sont visées, mais elles doivent être comprises comme les occupations correspondant aux «travaux habituels» reconnus par l'assurance-invalidité. Il peut s'agir de tâches ménagères et de l'éducation des enfants, d'une formation, de l'assistance apportée à un proche, sans que cette aide ne soit rétribuée, ou encore d'une activité d'utilité publique ou artistique, à certaines conditions (cf. art. 27 RAI; art. 8 N 28 ss et 16 N 52 et 62). Il faut alors mettre en évidence les activités habituelles effectuées par l'intéressé jusqu'au moment de la survenance de l'atteinte à la santé et apprécier si et dans quelle mesure il est encore capable de les accomplir (N 31). L'incapacité de travail (ou perte de l'aptitude à accomplir le travail dans son domaine d'activité) correspond à la diminution du rendement fonctionnel dans l'accomplissement des activités habituelles³⁷.

2. L'évaluation de la perte de l'aptitude à accomplir le travail exigible

- 24 Il appartient en premier lieu à un médecin de déterminer si la personne assurée présente des limitations fonctionnelles dans l'exercice de **l'activité professionnelle habituelle** et quelle est l'importance de ces limitations. Le **rôle du médecin** est d'indiquer, en se fondant sur ses constatations médicales objectives – soit des observations cliniques qui ne dépendent pas uniquement des déclarations de l'intéressé, mais sont confirmées par le résultat des examens cliniques et paracliniques – dans quelle mesure et pour quelles activités la personne assurée est incapable de travailler. Il mentionnera les activités qui ne peuvent plus être accomplies ou seulement de manière limitée, ainsi que celles que l'assuré pourrait continuer à effectuer moyennant des aménagements concrets de la place de travail. Les limitations peuvent se rapporter à un mouvement ou à une position particulière (p.ex. charges à manipuler, posture de travail, travail sur un échafaudage), ainsi qu'à l'étendue temporelle (temps de présence, temps de travail effectif, nécessité de pauses supplémentaires). En règle générale, le médecin procèdera à une **appréciation quantitative** en comparant les possibilités fonctionnelles avant et après la survenance de l'atteinte à la santé et en indiquera le résultat sous la forme d'un pourcentage (entre 0 et 100) correspondant à la capacité de travail de la personne qu'il aura examinée. Ce résultat sous forme de pourcentage se rapporte en principe à une activité exercée à plein temps, à moins que le médecin n'indique expressément que son évaluation se rapporte à un temps partiel ou que cela ne ressorte sans aucun doute du contexte³⁸.
- 25 Dans certaines situations – notamment lorsque les médecins impliqués dans l'évaluation de la capacité de travail le recommandent –, il peut se révéler nécessaire de mettre en

36 ATF 135 V 287, critiqué par KIESER, ATSG-Kommentar, art. 6 N 44.

37 ATF 130 V 97, c. 3.3.

38 TF, 10.8.2011, 9C_648/2010, c. 3.6.3.

œuvre, en plus d'un examen médical, une **évaluation des capacités fonctionnelles** (ECF – «*Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit [EFL]*»³⁹) de la personne assurée, au moyen de tests fonctionnels particuliers, qui permettent de mesurer les aptitudes physiques nécessaires à la réalisation d'un travail productif selon des critères d'évaluation standardisés (physiologiques et biomécaniques). Une telle évaluation peut être combinée avec une appréciation strictement médicale⁴⁰. Au besoin, en complément aux données médicales, le recours à l'avis de spécialistes de l'intégration et de l'orientation professionnelle peut également se révéler utile; en cas de divergence entre l'appréciation médicale et celle de l'observation professionnelle, il appartient à l'assureur social de confronter les deux évaluations, conformément au principe de la libre appréciation des preuves, et de requérir, si nécessaire, un complément d'instruction⁴¹.

Selon les circonstances, l'incapacité de travail est attestée par un certificat médical indiquant le degré d'incapacité, son étendue et sa cause, par un **rapport médical** plus détaillé requis du médecin traitant par l'assureur social ou par une expertise médicale confiée à un médecin-conseil de l'assureur ou à un médecin externe, indépendant des parties. La jurisprudence a posé des lignes directrices en ce qui concerne la manière d'apprécier certains types de rapports médicaux, qui peuvent être distingués en fonction de la relation qui lie le médecin à la personne concernée ou à l'institution qui le mandate en vue d'une évaluation médicale de l'assuré: rapport initial du médecin traitant, rapport du médecin d'assurance, rapport médical produit par la personne assurée, expertise administrative et expertise judiciaire⁴² (art. 44 N 30 ss).

Les données et les conclusions médicales recueillies auprès du médecin – qui seul dispose des compétences lui permettant d'effectuer les constatations médicales nécessaires pour poser un diagnostic ainsi que pour évaluer l'état de santé et son évolution dans le temps –, ainsi que son appréciation de l'incapacité de travail de la personne assurée sont indispensables pour l'assureur social ou, en cas de litige, pour le tribunal. Elles ne constituent cependant pas une appréciation définitive des conséquences de l'atteinte à la santé sur la capacité de travail. Il n'appartient en effet pas au médecin ou à l'expert médical de se prononcer de manière contraignante sur ce point, mais à l'organe d'exécution des assurances sociales ou au tribunal (en cas de litige). L'incapacité de travail constitue une notion juridique indéterminée, ressortant de la loi formelle, qu'il incombe au Tribunal fédéral de concrétiser de manière générale, alors que son application pratique dans le cas particulier appartient à l'organe chargé de l'exécution du droit des assurances sociales, lequel est tenu de prendre en considération le cadre normatif défini par la loi et la jurisprudence⁴³.

Sous l'angle de l'**appréciation des preuves**, le droit à des prestations d'assurance sociale présuppose, tant dans les cas de tableaux cliniques objectivables que non objectivables, une évaluation médicale compréhensible des effets de l'atteinte à la santé sur la capacité de travail (et de gain). Des difficultés à clarifier des faits ou à fournir des preuves peuvent nécessiter la prise en compte – au besoin en se procurant des informations étrangères à l'anamnèse – d'autres domaines de la vie comme des comportements durant les loisirs

39 Cf. aussi RIVIER GILLES/SEEWER MONIKA, Evaluation de la capacité fonctionnelle, Informations médicales n° 73, printemps 2002, SUVA, 32 ss (sous www.suva.ch).

40 TF, 16.1.2009, 8C_547/2008, c. 4.2.1, SVR 2009 IV n° 26 73.

41 TF, 22.6.2010, 9C_1035/2009, c. 4.1, SVR 2011 IV n° 6 17.

42 ATF 125 V 351, c. 3a.

43 ATF 140 V 193, c. 3.1 et 3.2. Sur la répartition des tâches entre médecine et droit, voir MEIER, Arbeitsunfähigkeit, 100 ss.

ou des engagements familiaux. Si les effets d'une symptomatologie douloureuse objective ou non (par imagerie médicale) sur la capacité de travail restent vagues et indéterminés malgré des investigations consciencieuses et complètes et si les limitations ne peuvent pas être justifiées autrement que par les données subjectives fournies par la personne assurée, la preuve du fondement de la prétention n'est pas apportée et n'est pas rapportable. L'absence de preuve correspondante doit être supportée par la personne assurée⁴⁴.

- 29 Si l'attestation médicale d'une incapacité de travail ne doit pas impérativement coïncider en temps réel avec les faits sur lesquels elle est fondée, une incapacité de travail médico-théorique constatée rétroactivement après des années seulement ne suffit cependant pas. Il faut que l'incapacité de travail se soit manifestée à l'époque sous l'angle du droit du travail, que ce soit par une baisse de rendement constatée ou discutée par l'employeur ou des absences répétées liées à l'état de santé. A l'inverse, le fait que les prestations de l'intéressé ne correspondent plus à celles d'une personne en bonne santé n'est en règle générale pas suffisant pour admettre une incapacité de travail; une appréciation médicale de la situation, effectuée d'ordinaire en temps réel, est nécessaire, une appréciation rétroactive n'étant toutefois pas dépourvue de toute valeur⁴⁵.
- 30 Dans le cas d'une **expertise pluridisciplinaire**, qui prend en compte l'ensemble des différents troubles présentés par l'assuré et leurs interférences possibles, l'appréciation générale du cas et les conclusions de l'expertise ne procèdent pas de la simple juxtaposition de rapports médicaux; **le taux de l'incapacité de travail** ne résulte donc pas de l'addition ou de la moyenne des différents taux d'incapacité de travail (d'origine somatique et psychique), mais procède d'une évaluation globale⁴⁶.
- 31 En ce qui concerne la **perte de l'aptitude à accomplir le travail «dans son domaine d'activité»**, p.ex. les activités ménagères (N 23), le degré de l'incapacité de travail, soit la diminution du rendement fonctionnel dans l'accomplissement des travaux habituels, résulte de la différence exprimée en pour-cent entre les activités accomplies jusqu'alors et celles qui peuvent encore l'être malgré l'atteinte à la santé. La diminution de rendement doit être appréciée à la lumière des constatations médicales sur l'atteinte à la santé et les limitations qu'elle entraîne⁴⁷. Pour une telle évaluation, l'assurance-invalidité a prévu un questionnaire particulier («enquête sur le ménage») qui est soumis aux personnes s'occupant de la tenue du ménage à temps plein ou partiel. Ce questionnaire est fondé sur une répartition des différentes activités liées à la tenue du ménage et une appréciation individuelle de leur importance pour la personne concernée en fonction des circonstances particulières (taille de la famille, conditions de logement, équipements techniques, etc.)⁴⁸ (art. 16 N 64).

C. Le lien de causalité entre l'atteinte à la santé et l'incapacité de travail

- 32 Aux termes de l'art. 6, 1^{re} phrase, de la loi, il faut que l'incapacité de travail «résulte» de l'atteinte à la santé physique, mentale ou psychique. Un **lien de causalité** doit donc exister entre l'empêchement de travailler et l'atteinte à la santé. Ce lien vise à éviter que des

44 ATF 140 V 290, c. 4 sur le caractère invalidant d'une migraine.

45 TF, 2.9.2009, 8C_195/2009, c. 5, SVR 2010 n° 17 53; TF, 24.4.2007, I 687/06, c. 5.1.

46 TF, 7.12.2007, 8C_518/2007, c. 3.2; TFA, 22.3.2004, I 131/03, c. 2.3.

47 ATF 130 V 97, c. 3.3.3.

48 CIIAI N 3084 ss.

prestations des assurances sociales soient allouées pour une incapacité de travail qui serait due à d'autres motifs qu'un trouble de la santé. Il s'agit d'un lien de causalité naturelle, qui, lorsqu'il est établi – soit lorsque les faits déterminants pour sa réalisation sont démontrés – doit également être considéré comme adéquat⁴⁹. La loi n'exige pas que l'atteinte à la santé soit la cause exclusive ou directe de l'incapacité de travail; il suffit que l'affection physique, mentale ou psychique ait conduit avec d'autres circonstances à une diminution de la capacité de rendement, soit que sans elle, du moins comme cause partielle, le résultat (l'incapacité de travail) ne se serait pas produit.

Ainsi, lorsque le Tribunal fédéral considère qu'il n'y a pas de corrélation entre le diagnostic et la capacité de travail⁵⁰ – que ce soit en cas d'atteinte à la santé somatique ou psychique –, il souligne le fait qu'une atteinte à la santé établie ne suffit pas à elle seule à entraîner l'octroi de prestations d'assurance sociale, parce qu'on ne peut pas encore tirer du diagnostic médical des conclusions sur les répercussions de l'atteinte à la santé qu'il décrit sur la capacité de travail. L'incapacité de travail ne peut donc être déduite directement d'un diagnostic médical; il faut que la corrélation entre l'atteinte à la santé et les limitations de la capacité fonctionnelle de rendement soit dûment motivée et établie, selon la vraisemblance prépondérante.

33

IV. L'incapacité de travail de longue durée (deuxième phrase)

A. La «longue durée»

La loi ne définit pas la notion de «longue durée» que doit revêtir l'incapacité de travail pour qu'un changement de profession ou d'activité puisse entrer en considération (N 39 ss). Selon les travaux préparatoires, cette notion doit se comprendre comme voulant dire «en règle générale plus de six mois»⁵¹. Pour **interpréter cette notion**, il convient toutefois, plutôt que de fixer une durée déterminée, de distinguer la situation selon qu'il apparaît ou non hautement probable que la personne assurée recouvrira sa capacité de travail dans la profession ou l'activité habituelle.

34

Une incapacité de travail de longue durée ne saurait être retenue tant et aussi longtemps qu'il est possible d'émettre le pronostic, au regard des données médicales au dossier, que la personne assurée reprendra son activité antérieure, selon la vraisemblance prépondérante, de manière à mettre fin au droit aux prestations de l'assurance sociale (indemnités journalières ou rente). Dans de telles circonstances, il n'existe pas de limite temporelle absolue pour la reconnaissance de l'incapacité de travail dans la profession habituelle⁵².

35

La situation est en revanche différente dès qu'il apparaît clairement, toujours en fonction des constatations médicales à disposition, que la personne assurée ne sera plus en mesure de récupérer sa capacité de travail dans la profession habituelle. Dès ce moment, et à condition que l'intéressé soit en mesure du point de vue médical de se réinsérer sur le plan professionnel, l'incapacité de travail déterminante pour le droit aux prestations doit être évaluée en fonction d'une autre activité lucrative exigible. Une telle situation peut se présenter plus ou moins longtemps après la survenance de l'incapacité de travail dans la

36

49 MEYER-BLASER, Arbeitsunfähigkeit, 42 s.

50 P.ex. ATF 140 V 193, c. 3.I.

51 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 244.

52 MEYER-BLASER, Arbeitsunfähigkeit, 40; EUGSTER, ATSG, 218 s.; dans ce sens, BRUNNER, 81 s et 95.

profession ou l'activité habituelle; il y a ainsi lieu d'admettre une incapacité de «longue durée» s'il ressort déjà peu après la survenance de l'atteinte à la santé que la reprise de la profession habituelle ne sera plus possible⁵³.

- 37 En tous les cas, la jurisprudence considère qu'un délai doit alors être imparti à la personne assurée pour rechercher une activité raisonnablement exigible dans une autre profession ou un autre domaine. La **durée de ce délai** doit être appréciée selon les circonstances du cas particulier. Elle est généralement de trois à cinq mois selon la pratique applicable en matière d'assurance-accidents et d'assurance-maladie⁵⁴. L'assureur social reste tenu de verser les indemnités journalières pendant cette période. Il en va ainsi aussi longtemps qu'il n'a pas invité l'assuré à chercher une nouvelle activité professionnelle exigible: l'incapacité de travail continue à être déterminée en fonction du travail exercé jusqu'alors (selon l'art. 6, 1^{re} phrase, LPG)⁵⁵.
- 38 On précisera que cette jurisprudence relative au délai que l'assureur social doit accorder à la personne assurée, qui concerne notamment l'indemnité journalière de l'assurance-accidents, ne peut pas être transposée au domaine des rentes de l'assurance-accidents⁵⁶ ou de l'assurance-invalidité, pour lesquelles le droit prend naissance selon d'**autres conditions** prévues par les lois spéciales (art. 19 LAA; art. 28 et 29 LAI).

B. Le caractère exigible d'une autre activité

- 39 La référence que fait l'art. 6, 2^e phrase, de la loi à l'activité de substitution – autre que celle exercée dans le domaine professionnel ou le domaine d'activité habituel – qui peut être exigée de l'assuré, relève de l'**obligation de diminuer le dommage**. Selon cette obligation, qui constitue un principe général du droit des assurances sociales⁵⁷ – expressément prévu à l'art. 7 al. 1 LAI depuis le 1^{er} janvier 2008 –, la personne assurée doit, une fois que le risque assuré s'est réalisé, entreprendre tout ce qui est en son pouvoir et qui peut être raisonnablement exigé d'elle pour diminuer, voire supprimer le dommage qui en résulte⁵⁸.
- 40 En cas d'incapacité de travail de «longue durée» dans sa profession, la personne assurée peut dès lors être tenue d'utiliser sa capacité fonctionnelle résiduelle dans un **autre secteur d'activité**. Le droit des assurances sociales ne connaît pas, sous réserve de la prévoyance professionnelle plus étendue (N 8), une invalidité dite «professionnelle», soit l'incapacité d'exercer sa profession habituelle ou d'exercer un groupe de professions en rapport avec la formation de l'assuré. Autrement dit, en cas d'incapacité durable de travail, l'évaluation de la perte de l'aptitude à accomplir un travail est effectuée au regard non plus de la profession exercée jusqu'alors par l'assuré (examen rétrospectif et particulier), mais d'une autre activité lucrative qui peut être exigée de sa part (examen prospectif et général).
- 41 La notion de l'**activité raisonnablement exigible** – notion juridique indéterminée – est appréciée de manière large et objective en droit des assurances sociales. On se fondera d'abord sur l'évaluation médicale de la capacité résiduelle de travail de la personne assu-

53 RIEMER-KAFKA, Arbeitsunfähigkeit, 114.

54 TF, 29.10.2014, 8C_912/2013, c. 3.3.1; ATF 129 V 460, 5.2; ATF 114 V 281, c. 5b.

55 TF, 20.8.2008, 8C_173/2008, c. 2.3 et 3.3.

56 TF, 9.9.2015, 8C_687/2014, c. 5.1, SVR 2016 UV n° 7 19.

57 ATF 141 V 642, c. 4.3.2.

58 ATF 129 V 460, c. 4.2. Sur l'obligation de diminuer le dommage, voir DESPLAND, 39 ss.

rée pour déterminer si l'exercice d'une certaine activité peut être exigé d'elle, soit si elle dispose des aptitudes physiques et/ou psychiques pour effectuer un travail déterminé. Pour apprécier quelle activité lucrative est raisonnablement exigible de la part de la personne assurée, entre en ligne de compte tout autre travail existant sur le marché du travail pour lequel elle dispose de manière réaliste des facultés nécessaires, au regard de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives; il ne doit dès lors pas s'agir de possibilités irréelles et, partant, impossibles ou inexigibles⁵⁹. Cela vaut aussi pour une nouvelle activité qui, en comparaison avec la profession exercée au moment de l'apparition de l'atteinte à la santé déterminante, induit une certaine perte financière ou un recul dans l'échelle sociale. Ne peuvent en revanche être exigées de l'assuré des activités qui entrent en conflit avec ses droits fondamentaux – p.ex. la liberté de croyance et de religion – ou qu'une personne au chômage, pleinement capable de travailler, ne serait pas tenue d'accepter parce qu'elles ne seraient pas réputées convenables au sens de l'assurance-chômage⁶⁰.

En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'évaluation de l'existence d'une autre activité lucrative exigible est en principe effectuée au regard du **marché du travail «général»** et non pas «équilibré» – à la différence de l'évaluation de l'incapacité de gain (art. 7 N 21 ss) –, sous réserve des conditions spécifiques de chaque branche d'assurance sociale (p.ex. art. 15 al. 2 LACI). Ce sont donc les circonstances concrètes existant sur le marché du travail dans lequel évolue la personne assurée qui sont déterminantes, p.ex. pour évaluer sa capacité de travail – et de gain – en relation avec le droit à une indemnité journalière de l'assurance-maladie⁶¹. 42

Dans le domaine de l'assurance-chômage, la capacité de travail – qui est l'une des conditions de l'aptitude au placement selon l'art. 15 LACI – et le caractère exigible d'une activité sont appréciés au regard du caractère convenable du travail envisagé au sens de l'art. 16 al. 2 LACI. Ainsi, la profession exercée jusqu'alors n'est prise en considération que dans la mesure où il ne peut être exigé d'un assuré qu'il accomplisse un travail ne tenant pas raisonnablement compte de ses aptitudes ou de l'activité exercée précédemment, ou compromettant dans une mesure notable le retour dans sa profession, pour autant qu'une telle perspective existe dans un délai raisonnable. L'assurance-chômage ne connaît donc pas une protection absolue ni relative de la profession acquise, à la différence de l'assurance-accidents, dans laquelle l'incapacité de travail ouvrant le droit à des indemnités journalières est en règle générale – et aussi longtemps que le retour dans l'activité exercée reste concrètement envisageable – déterminée en fonction des limitations fonctionnelles dans la profession habituelle⁶². 43

En ce qui concerne l'exigibilité d'une activité dans un **«autre domaine d'activité»**, il y a lieu de constater⁶³ qu'un changement d'activité au sens de l'art. 6, 2^e phrase, de la loi apparaît plutôt théorique. On peut certes attendre d'une personne sans activité lucrative qui s'occupe de son ménage qu'elle prenne des dispositions pour aménager son domaine d'activité, par exemple en prévoyant des allègements dans l'exécution de ses tâches, en répartissant différemment son travail ou en sollicitant, dans un rapport raisonnable, l'aide de ses proches. On ne saurait en revanche exiger de sa part qu'elle change d'environne- 44

59 TFA, 1. 10.2003, U 301/02, c. 1.4.

60 MEYER-BLASER, Arbeitsunfähigkeit, 45.

61 ATF 114 V 281, c. 1d.

62 ATF 141 V 625, c. 4.

63 A la suite de MEYER-BLASER, Arbeitsunfähigkeit, 41 s.

ment ménager (en déménageant d'une maison dans un appartement plus facile à entretenir), modifie complètement son champ d'activités ou exerce une activité lucrative, alors qu'elle ne le souhaite pas. Cela ne serait pas compatible avec le droit de déterminer de manière autonome son domicile ou d'exercer une activité non rémunérée⁶⁴.

V. Les conséquences de l'incapacité de travail

- 45 Le résultat de l'évaluation de l'incapacité de travail de la personne assurée – dans la profession habituelle et, cas échéant, en tenant compte d'une autre activité lucrative exigible – constitue **le fondement de certaines prétentions des assurances sociales**. L'incapacité de travail n'entraîne cependant pas à elle seule le droit à des prestations, qui dépend encore d'autres conditions particulières. Il appartient ainsi **aux lois spéciales** de définir quelles conséquences attacher à l'incapacité de travail sous l'angle du droit à des prestations d'assurance sociale. Pour autant que les conditions qu'elles prévoient soient également réalisées, l'incapacité de travail ouvre en principe le droit à des indemnités journalières de l'assurance-accidents (art. 16 LAA), de l'assurance-invalidité (lorsque sont mises en œuvre des mesures de réadaptation, art. 22 al. 1 LAI), de l'assurance militaire (N 50 s.) et de l'assurance facultative d'indemnités journalières LAMal (art. 72 al. 2 LAMal). L'incapacité de travail est également déterminante en relation avec le droit à l'allocation de maternité dans la situation où la mère n'est pas capable de travailler au moment de l'accouchement ou de réaliser, en raison d'une période d'empêchement, la durée minimale d'activité prévue par la loi (art. 16b al. 3 LAPG et 30 RAPG)⁶⁵. Les conditions de la prétention, son montant et sa durée sont régis par les lois spéciales applicables.
- 46 En particulier, en matière d'indemnités journalières de **l'assurance-maladie**, lorsqu'une incapacité de travail de longue durée est établie – une activité de substitution est exigible et un laps de temps suffisant a été imparti à l'assuré pour lui permettre de retrouver un emploi adapté à son état de santé –, le droit à l'indemnité journalière dépend de l'existence d'une perte de gain éventuelle imputable au risque assuré, dans le sens d'un dommage résiduel («*Restschaden*»). Celle-ci se détermine par la différence entre le revenu qui pourrait être obtenu sans la survenance de l'éventualité assurée dans la profession exercée jusqu'alors et le revenu qui est obtenu ou pourrait raisonnablement être réalisé dans la nouvelle profession. La perte de gain chiffrée en pour-cent donne le taux de l'incapacité de travail résiduelle⁶⁶.
- 47 L'incapacité de travail est ensuite une condition de la détection précoce (art. 3a al. 1 LAI) et des mesures d'intervention précoce (art. 7d LAI), ainsi que du droit à certaines mesures de réadaptation de **l'assurance-invalidité**. En particulier, l'assuré doit présenter une incapacité de travail depuis six mois au moins pour prétendre une mesure de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle (art. 14a LAI). A droit à des mesures de réinsertion l'assuré qui présente une incapacité de travail de 50% au moins non seulement dans sa profession ou son domaine d'activité, mais également dans une autre profession ou un autre domaine d'activité (au sens de l'art. 6, 2^e phrase, LPG)⁶⁷. L'incapacité de travail est également déterminante pour le droit à une mesure de placement au sens de

64 Sur l'importance des droits fondamentaux pour l'interprétation des lois d'assurance sociale, ATF 113 V 22; ATF 135 I 161; ATF 134 I 105.

65 Sur ces dispositions, ATF 133 V 73.

66 ATF 114 V 281, c. 3c *in fine*; TF, 7.7.2009, 8C_861/2008, c. 3.

67 ATF 137 V 1, c. 7.

l'art. 18 LAI⁶⁸, ainsi que pour la prestation transitoire en cas d'incapacité de gain à la suite d'une réduction ou d'une suppression de la rente d'invalidité (art. 32 LAI).

Mais l'incapacité de travail est également un **élément nécessaire de l'incapacité de gain** 48 (art. 7 N 13 ss) et, finalement, de l'invalidité (art. 8 N 4 et 24). Le résultat de l'évaluation de l'incapacité de travail est pris en considération pour examiner dans quelle mesure la personne assurée peut mettre à profit sa capacité de travail résiduelle et, cas échéant, quelle est la valeur économique des possibilités de mise en œuvre de cette capacité. L'étendue ou le degré de la capacité de travail – soit la mesure dans laquelle la personne peut encore travailler – ne permet pas de déterminer la capacité de gain restante mais en constitue une étape essentielle. La mise en valeur économique de la capacité de travail est prise en compte seulement dans un deuxième temps, au niveau de la capacité ou de l'incapacité de gain.

C'est le lieu de préciser qu'en cas de litige judiciaire et de contestation de l'évaluation de l'incapacité de travail devant le Tribunal fédéral, la délimitation entre les **questions de droit et de fait** joue un rôle essentiel, étant donné le pouvoir d'examen du tribunal tel que délimité par les art. 97 et 105 LTF. Il découle de ces dispositions que le Tribunal fédéral ne revoit les constatations de fait de l'autorité précédente qu'à des conditions restrictives (constatation manifestement inexacte – équivalant à l'arbitraire – des faits, constatation incomplète des faits ou constatation des faits en violation du droit [p.ex. violation du principe de la libre appréciation des preuves]). En relation avec les éléments nécessaires pour évaluer l'incapacité de travail, les constatations sur l'atteinte à la santé dont souffre la personne assurée (diagnostic, pronostic, étiologie dans le cas concret), ainsi que sur l'étendue de la capacité ou de l'incapacité de travail de l'intéressé dans sa profession ou dans une activité adaptée en se fondant sur les rapports médicaux au dossier constituent des questions de fait. Il en va de même de l'exigibilité de l'exercice d'une activité lucrative (adaptée), à savoir dans quelle mesure la personne assurée dispose encore des ressources physiques et psychiques nécessaires pour mettre en œuvre une capacité de travail résiduelle. Dans ce sens, la capacité ou l'incapacité de travail constatée sur la base d'investigations médicales, de même que la notion d'activité exigible relèvent du fait. Constitue en revanche une question de droit – examinée librement par le Tribunal fédéral – l'appréciation de l'exigibilité d'un travail fondée sur l'expérience générale de la vie⁶⁹.

VI. Dérogation à l'art. 6

La notion de l'incapacité de travail dans **l'assurance militaire** s'écarte de celle prévue par l'art. 6 LPG; l'art. 28 al. 3, 1^{re} phrase, LAM prévoit une dérogation expresse correspondante. Comme condition du droit à une indemnité journalière pour les assurés exerçant une activité lucrative, la notion d'incapacité de travail suppose, en plus d'une limitation de la capacité de rendement, une perte de gain. Ce n'est pas la baisse de rendement fonctionnelle qui est déterminante en soi, mais le rapport entre le gain que l'assuré peut raisonnablement obtenir et le gain qu'il aurait réalisé dans la profession ou son secteur d'activité, sans l'affection dont il est atteint. S'agissant des assurés exerçant une profes-

68 TF, 1.3.2010, 9C_416/2009, c. 4.

69 ATF 132 V 393; TF, 16.1.2009, 8C_547/2008, c. 4 *ab initio*, SVR 2009 IV n° 26 73. Cf. aussi MEYER ULRICH/CRETTON FLORIAN, Question de fait: question de droit, Revue de l'avocat 2016 174 s.

sion, l'assurance militaire connaît donc une notion de l'incapacité de travail⁷⁰ proche de celle de l'invalidité qui est en règle générale déterminée en fonction d'une comparaison des revenus (art. 16 N 16 ss).

- 51 L'incapacité de travail pour les personnes au foyer résulte en revanche de l'empêchement d'accomplir les travaux habituels (art. 28 al. 3, 2^e phrase, LAM), tandis que des règles particulières sont prévues pour les assurés majeurs en période de formation ou de perfectionnement (art. 28 al. 7 LAM).

VII. Cas d'application

- 52 La notion d'incapacité de travail vaut pour l'ensemble des assurances sociales auxquelles s'applique la Partie générale, de sorte qu'elle doit être appliquée de manière uniforme, quel que soit le régime en cause. Il appartient cependant **aux lois spéciales** de définir les effets de l'incapacité de travail quant au droit à des prestations d'assurance sociale (N 45). L'incapacité de travail est dès lors toujours appréciée dans un cas concret au regard des conditions et besoins spécifiques au régime d'assurance concerné. Il peut ainsi arriver qu'un assureur social constate une capacité entière de travail (dans une activité adaptée), alors que l'assureur social d'une autre branche nie celle-ci.
- 53 A titre d'exemple, on peut citer le cas dans lequel **l'assurance-invalidité et l'assurance-chômage** apprécient différemment la capacité de travail de la personne assurée qui a subi une atteinte à la santé: alors que la première l'a considérée comme pleinement apte à exercer une activité adaptée, la seconde nie le droit à des indemnités de chômage, au motif qu'elle n'est pas en mesure d'exercer une activité lucrative. Selon la jurisprudence, l'assurance-invalidité et l'assurance-chômage ne sont pas des assurances complémentaires dans le sens qu'une personne assurée privée de capacité de gain pourrait dans tous les cas invoquer soit l'invalidité soit le chômage. Le droit à des prestations de chacune de ces branches d'assurance dépend de conditions particulières. Ainsi, l'assurance-invalidité se fonde sur la notion de capacité de travail, tandis que celle d'aptitude au placement est déterminante en ce qui concerne l'assurance-chômage. Bien que l'aptitude au placement suppose notamment la capacité de travail, les notions d'aptitude au placement et de capacité de travail ne se recouvrent toutefois pas. Ainsi, lorsqu'ils examinent l'incapacité de travail, les organes de l'assurance-invalidité ne doivent pas tenir compte de facteurs étrangers à l'invalidité, comme une formation scolaire insuffisante ou un manque de connaissances linguistiques. Dans l'assurance-chômage, en revanche, certains éléments étrangers à l'invalidité doivent être pris en considération pour pouvoir définir ce qu'est un travail convenable (art. 16 al. 2 let. c LACI).
- 54 L'assurance-invalidité pose ainsi d'autres exigences que l'assurance-chômage en ce qui concerne le travail exigible (ou convenable). Il peut donc arriver que pour une même atteinte à la santé donnée, l'assurance-invalidité constate une capacité de travail entière, tandis que l'assurance-chômage nie l'aptitude au placement, indépendamment du fait que les deux assurances se fondent sur la même notion de marché de l'emploi ou du travail équilibré (art. 15 al. 2 LACI et 7 LPGA [art. 7 N 21 ss]). La question de l'exigibilité (selon l'art. 16 al. 2 LACI) peut donc limiter le marché du travail équilibré en ce qui concerne l'assurance-chômage, alors que les éléments qui sont à l'origine de cette limitation ne doivent pas être pris en considération pour l'assurance-invalidité⁷¹.

70 Qualifiée de contraire au système («*systemwidrig*») par LOCHER/GÄCHTER, § 8 N 10. Cf. aussi, WITTMER, 161 ss.

71 TF, 9.2.2011, 8C_245/2010, c. 5.3; TFA, 3.3.2006, C 282/05, c. 2.3.

En ce qui concerne le changement exigible de l'activité professionnelle, le Tribunal fédéral a, dans une situation particulière, retenu que même s'il était en principe exigible de l'assuré, sous l'angle de l'assurance-chômage, qu'il mît à profit sa capacité résiduelle de travail dans une nouvelle activité dès le début du chômage, l'on ne pouvait pas et ne devait pas l'attendre de lui dans les circonstances concrètes qui étaient les siennes. L'assuré avait en effet été mis au bénéfice d'indemnités journalières de l'assurance-accidents après avoir annoncé une rechute, pour une période relativement longue, alors que cet assureur social n'avait pas requis de sa part qu'il reprît une activité adaptée, possibilité pourtant mise en évidence par le médecin-conseil de l'assurance-accidents. Cette situation correspondait dès lors à une période pendant laquelle l'assuré était libéré des conditions relatives à la période de cotisation de l'assurance-chômage au sens de l'art. 14 al. 1 let. b LACI; **du point de vue de l'assurance-chômage**, il était réputé malade en raison du seul fait déjà qu'il percevait des indemnités journalières de l'assurance-accidents, de sorte qu'il était considéré comme n'ayant pas pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation pour le motif de maladie⁷².

55

Le Tribunal fédéral s'est également prononcé sur la situation d'une personne assurée qui avait été victime d'un accident, alors qu'elle percevait des indemnités de chômage. Dans un tel cas, la capacité de travail déterminante pour examiner **le droit à une indemnité journalière de l'assurance-accidents** (art. 16 LAA) est appréciée non pas au regard de toute activité convenable exigible du point de vue de l'assurance-chômage, mais de la profession exercée jusqu'alors, à moins que les conditions d'une nouvelle orientation professionnelle ne soient réalisées (état de santé stable, incapacité de travail durable dans la profession et exigibilité de l'exercice d'une autre activité lucrative après que le délai d'adaptation a été accordé)⁷³. Dans le cas concret où il s'agissait d'un physiothérapeute qui avait travaillé près de vingt ans comme indépendant et était âgé de 55 ans, le tribunal a précisé qu'un délai d'adaptation de sept mois pour un changement d'activité était trop court et qu'une activité simple et répétitive de montage ou de contrôle dans l'industrie ne correspondait pas à une activité exigible de la part de l'assuré dans le cadre du droit à une indemnité journalière de l'assurance-accidents, compte tenu des circonstances objectives et subjectives (expérience professionnelle de plus de 20 ans dans un travail qualifié).

56

Art. 7

Incapacité de gain

¹ Est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans son domaine d'activité, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles.

² Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable.

Erwerbsunfähigkeit

¹ Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt.

72 ATF 141 V 625, c. 4.

73 TFA, 1.10.2003, U 301/02, c. 2.2.

- ² Für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit sind ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist.
- Incapacità al guadagno
- ¹ È considerata incapacità al guadagno la perdita, totale o parziale, della possibilità di guadagno sul mercato del lavoro equilibrato che entra in considerazione, provocata da un danno alla salute fisica, mentale o psichica e che perdura dopo aver sottoposto l'assicurato alle cure e alle misure d'integrazione ragionevolmente esigibili.
- ² Per valutare la presenza di un'incapacità al guadagno sono considerate esclusivamente le conseguenze del danno alla salute. Inoltre, sussiste un'incapacità al guadagno soltanto se essa non è obiettivamente superabile.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	4
C. Objet, but et nature de la norme	5
II. Champ d'application	8
III. L'incapacité de gain (al. 1)	13
A. Une atteinte à la santé (entraînant une incapacité de travail)	14
B. L'exigence de la réadaptation	17
C. Le marché du travail équilibré	21
D. La diminution (partielle ou totale) des possibilités de gain	26
IV. Le caractère objectif de l'évaluation de l'incapacité de gain (al. 2)	29
A. La prise en considération exclusive des conséquences de l'atteinte à la santé	29
B. L'exigibilité objective	33
V. Les conséquences de l'incapacité de gain	35

Bibliographie

Cf. aussi bibliographie art. 8 LPGa. FRÉSARD JEAN-MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, L'assurance-accidents obligatoire, in Meyer (éd.), SBVR, 885 ss (cité: Assurance-accidents obligatoire); GÄCHTER THOMAS, Die Zumutbarkeit und der sozialversicherungsrechtliche Beweis, in Murer (éd.), Zumutbarkeit, 229 ss; HOOP ISABELLE, Ausgeglichener Arbeitsmarkt – was ist die Bedeutung des Kriteriums, in Kieser (éd.), Validen- und Invalideneinkommen, St-Gall 2013, 85 ss; JEGER JÖRG, Wer bemisst invaliditätsfremde (soziokulturelle und psychosoziale) Ursachen der Arbeitsunfähigkeit – der Arzt oder der Jurist?, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2008, St-Gall 2009, 147 ss; MONNARD CORINNE, La notion de marché du travail équilibré de l'art. 28, alinéa 2, LAI: avec un aperçu de la situation dans les autres branches de l'assurance sociale, Lausanne 1990; MOSIMANN HANS-JAKOB/EBNER GERHARD, «Objektiv nicht überwindbare» Erwerbsunfähigkeit: Überlegungen zu Art. 7 Abs. 2 ATSG aus juristischer und psychiatrischer Sicht, RSAS 2008 513 ss; RÜEDI RUDOLF, L'évaluation de l'incapacité de travail et de gain dans les assurances sociales, RCC 1980 147 ss; SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ, L'âge et ses limites en matière d'assurance-invalidité, de chômage et de prévoyance professionnelle étendue, in Riemer-Kafka (éd.), Grenzfälle, 1 ss.

I. Introduction

A. Généralités

L'incapacité de gain constitue un des éléments essentiels de l'invalidité, qui correspond au risque couvert par plusieurs assurances sociales. Vu l'importance de la notion d'incapacité de gain, elle a été définie dans une disposition particulière de la Partie générale, séparément de celle de l'invalidité. **1**

Lors des travaux préparatoires, la discussion a porté sur la référence au «marché équilibré du travail entrant en ligne de compte» ou au «marché du travail entrant en ligne de compte», singulièrement sur le point de savoir si l'incapacité de gain devait être appréciée en fonction ou non des variations concrètes du marché du travail (N 21 ss). Voulant éviter l'impression erronée qu'il convient de se fonder sur le marché du travail effectivement existant lors de la détermination de l'incapacité de gain – ce qui aurait supprimé la distinction permettant de délimiter clairement la compétence de l'assurance-invalidité ou de l'assurance-accidents, d'une part, et de l'assurance-chômage, d'autre part –, la Commission du Conseil national a maintenu la formulation relative au marché équilibré du travail¹. Dans un premier temps, la Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale a rectifié la version française en reprenant les termes «marché du travail équilibré qui entre en considération», fidèles aux deux autres versions linguistiques («*in Betracht kommenden*»; «*che entra in considerazione*»)². Après l'entrée en vigueur de la LPGA, ces termes ont cependant été remplacés à la suite de la modification de la LAI du 21 mars 2003, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004, par l'expression «marché du travail équilibré dans son domaine d'activité»³. Cette modification, qui ne reflète pas l'intention initiale du législateur, est d'autant plus malheureuse que le «domaine d'activité [de l'assuré]» est utilisé à l'art. 6 de la loi pour définir le champ d'activités des personnes qui n'exercent précisément pas d'activité lucrative (art. 6 N 23). A défaut d'explication sur les raisons de cette modification de la version française de l'art. 7 al. 1 de la loi⁴, il faut comprendre le texte selon sa version initialement adoptée par le Parlement: est déterminant le marché équilibré qui entre en considération (N 21 ss). Cette incohérence a été remarquée: dans le cadre de la révision de la LPGA, une modification du texte français de l'art. 7 al. 1 est proposée pour l'adapter aux versions allemande et italienne⁵. **2**

Avec l'entrée en vigueur de la 4^e révision de la LAI, la disposition a encore été modifiée par l'adjonction du qualificatif «psychique» au terme «atteinte à la santé», afin d'assimiler expressément les troubles de la santé psychique aux affections de la santé physique et mentale (art. 6 N 3 et N 10)⁶. Par la suite, un second alinéa a été introduit à l'art. 7 par la 5^e révision de la LAI du 6 octobre 2006⁷, avec effet au 1^{er} janvier 2008. Au regard de la forte augmentation du nombre de rentes de l'assurance-invalidité entre 1999 et 2003, due avant tout aux atteintes à la santé psychique (psychoses, névroses ou troubles de la personnalité), puis aux atteintes des os ou des organes du mouvement (problèmes de dos), le **3**

1 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4192 ss, en relation avec l'Avis approfondi CF, 1994 V 897, 908.

2 RO 2002 3372, n. 7.

3 4^e révision AI (RO 2003 3837, 3854).

4 Le Message du CF du 21 février 2001 concernant la 4^e révision de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité reste muet sur ce point (FF 2001 3045, 3066, 3107, 3143).

5 Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1622, ad art. 7 al. 1; art. 7 al. 1 **rapport** P-LPGA 2018.

6 RO 2003 3837, 3854; FF 2001 3045, 3066.

7 RO 2007 5129, 5149.

Conseil fédéral a proposé de «restreindre l'accès à la rente AI par une adaptation de la notion d'invalidité» (et du droit à la rente), en contrepartie de l'extension des mesures de réadaptation⁸. L'adjonction de l'al. 2 de l'art. 7 de la loi a été approuvée par le Parlement, après qu'une proposition faite au Conseil national de ne pas introduire la seconde phrase (N 33 s.) du nouvel alinéa a été rejetée⁹.

B. Systématique

- 4 Parmi les définitions du deuxième chapitre de la loi, celle sur l'incapacité de gain se trouve logiquement entre les notions d'incapacité de travail (art. 6) et de l'invalidité (art. 8). L'incapacité de gain implique d'examiner sur le plan économique les effets de l'incapacité de travail au sens de l'art. 6, en fonction des circonstances considérées après l'exécution de traitement(s) et de mesures de réadaptation exigibles, et en fonction des circonstances et du marché (équilibré) du travail; elle est également étroitement liée à l'invalidité (art. 8), dont elle représente l'élément constitutif déterminant. La définition de l'art. 7 présente par ailleurs une corrélation étroite avec celle du taux d'invalidité prévue à l'art. 16 qui concrétise comment l'incapacité de gain de longue durée – soit l'invalidité – doit être évaluée.

C. Objet, but et nature de la norme

- 5 L'art. 7 a pour objet de **définir l'incapacité de gain**, qui correspond à l'invalidité lorsqu'elle se prolonge dans le temps et fonde alors le droit à une prestation de longue durée sous forme de rente d'invalidité, prévue par plusieurs lois spéciales des assurances sociales. La définition codifiée dans la Partie générale correspond à celle donnée par la jurisprudence antérieure dont les principes continuent à s'appliquer¹⁰; en particulier, au regard des termes employés à l'art. 7 al. 1 de la Partie générale, le législateur s'est inspiré de la réglementation de la LAI sur l'invalidité¹¹.
- 6 La notion juridique d'incapacité de gain permet également de délimiter l'intervention de l'assurance-chômage de celle de l'assurance-invalidité en ce sens que lorsqu'il n'est pas possible pour l'assuré de réaliser un gain pour des motifs conjoncturels, parce que le marché du travail ne comprend pas suffisamment d'emplois adaptés, il s'agit d'une situation liée au chômage et non pas à une incapacité de gain (N 21).
- 7 Par ailleurs, l'exigence du caractère objectif de l'examen prévue à l'al. 2, 2^e phrase, de ce que l'on peut encore exiger de la personne assurée pour surmonter les limitations de sa capacité de gain entraînées par une atteinte à la santé (N 33 s.) n'a pas (non plus) modifié la notion d'incapacité de gain. Elle reprend dans la loi un aspect qui lui est étroitement lié et dont la portée avait déjà été mise en évidence par la jurisprudence sous l'empire du droit en vigueur jusqu'au 31 janvier 2007¹². Il en va de même de la première phrase de l'art. 7 al. 2 sur l'exclusion des facteurs étrangers à l'invalidité pour évaluer l'incapacité de gain déterminante qui codifie les principes jurisprudentiels antérieurs¹³ (N 29 ss).

8 Message du CF du 22 juin 2005 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'AI), FF 2005 4215, 4282 ss.

9 BO CN 2006 410, 411; BO CE 2006 611.

10 ATF 130 V 343, c. 3.2 (relatif à l'AI); TFA, 22.6.2003, U 192/03, c. 1.3 (relatif à l'AA), SVR 2005 UV n° 16 52 ss.

11 Art. 4 al. 1 aLAI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

12 ATF 135 V 215, c. 7.2, c. 7.3.

13 Cf. ATF 139 V 557, c. 5.7.

II. Champ d'application

Définie de manière uniforme pour l'ensemble du droit des assurances sociales, l'incapacité de gain s'applique à **toutes les branches des assurances sociales qui s'y réfèrent**, le plus souvent de manière seulement indirecte, par le biais de l'invalidité. Tel est avant tout le cas des dispositions sur le droit à la rente prévues par l'assurance-invalidité (art. 28 LAI), l'assurance-accidents (art. 18 al. 1 LAA) et l'assurance militaire (art. 40 al. 1 LAM). 8

Comme la notion de l'incapacité de travail (art. 6 N 8), celle de l'incapacité de gain prévue par la Partie générale est (indirectement) applicable au domaine de la **prévoyance professionnelle obligatoire**: étant donné que l'art. 23 LPP renvoie à la notion d'invalidité «au sens de l'assurance-invalidité», elle-même définie par l'incapacité de gain, la définition prévue par l'art. 7 LPGA est valable pour le droit de la prévoyance professionnelle obligatoire. Cela ressort également de l'art. 26 al. 1 LPP sur la naissance du droit aux prestations d'invalidité, qui prévoit l'application par analogie des dispositions de la LAI (art. 29 al. 1 à 3 en corrélation avec l'art. 28 al. 1 LAI), qui font référence aux notions d'incapacité de travail et d'invalidité des art. 6 et 8 de la Partie générale. Dans le domaine de la prévoyance professionnelle plus étendue, les institutions de prévoyance sont libres de prévoir une notion de l'invalidité – et de l'incapacité de gain – différente de la définition légale résultant de l'art. 23 LPP en relation avec les art. 7 et 8 LPGA¹⁴. 9

L'incapacité de gain est une notion qui est également importante en droit de la responsabilité civile et dans le droit des assurances privées, où elle constitue un risque régulièrement assuré. Elle correspond alors à la définition prévue par les **règles du droit privé** – par exemple selon les conditions générales d'assurance, une incapacité d'exercer sa profession ou une activité analogue entraînant une perte de gain¹⁵ – et, par conséquent, l'art. 7 de la Partie générale n'est pas applicable. 10

Tout en étant étroitement liées, les notions d'incapacité de gain et d'incapacité de travail doivent être clairement différenciées: alors que la seconde se rapporte à la capacité de travail encore exigible sous l'angle médical dans l'activité professionnelle habituelle (art. 6 N 21), en principe, la première correspond à la valeur économique de la capacité de travail (ou de rendement) résiduelle, telle qu'elle résulte des possibilités de gain, au regard du marché du travail équilibré, après l'application des mesures de traitement et de réadaptation exigibles dans une autre activité. L'incapacité de travail de longue durée, définie à l'art. 6, 2^e phrase, de la loi (art. 6 N 34 ss), implique de prendre en compte non seulement l'activité lucrative exercée par l'assuré jusqu'à l'atteinte à la santé mais également une autre activité professionnelle. Ainsi, l'incapacité de travail se rapporte aux circonstances avant la mise en œuvre de mesures de réadaptation, à la différence de l'incapacité de gain qui se rapporte à la situation après l'application de celles-ci et en fonction du marché du travail équilibré (N 21 ss). De plus, l'incapacité de travail au sens de l'art. 6 de la loi ne peut jamais fonder directement le droit à une rente d'invalidité; cette prétention suppose dans tous les cas une incapacité de gain et une invalidité au sens des art. 7 et 8 LPGA. En particulier, dans l'assurance-invalidité, il n'y a pas de place pour une «rente d'incapacité de travail dans sa profession» («*Berufsunfähigkeitsrente*»)¹⁶. 11

14 ATF 138 V 409, c. 3.1; ATF 115 V 208, c. 2c.

15 Pour un exemple, ATF 139 III 263, c. 1.3.4; sur l'art. 46 al. 1 CO, voir p.ex., ATF 131 III 360, c. 5.1.

16 TF, 5.10.2009, 9C_141/2009, c. 2.2, SVR 2010 IV n° 9 27 ss.

- 12 L'incapacité de gain se distingue de la notion d'invalidité au sens de l'art. 8 al. 1 LPGA uniquement par un critère temporel: elle doit être présumée permanente ou de longue durée pour constituer une invalidité (art. 8 N 24 s.). Elle ne s'applique cependant qu'en relation avec **les personnes exerçant une activité lucrative**: pour la personne assurée qui n'a pas le statut de personne (entièrement ou partiellement) active sur le plan professionnel, seule l'invalidité telle que définie à l'art. 8 al. 3 de la loi est déterminante (art. 8 N 28 ss), sans que l'incapacité de gain ne joue un rôle en principe. L'art. 7 al. 2 est cependant applicable par analogie pour définir l'invalidité des assurés qui ont le statut de personnes non actives (art. 8 N 34).

III. L'incapacité de gain (al. 1)

- 13 La notion d'incapacité de gain suppose la survenance d'une atteinte à la santé (élément médical) qui entraîne (élément causal) une incapacité de travail (de longue durée; A) dont il résulte une diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain (élément économique; D), appréciée en fonction de l'exigence de la réadaptation (B) et du marché du travail équilibré (C).

A. Une atteinte à la santé (entraînant une incapacité de travail)

- 14 L'incapacité de gain doit tout d'abord résulter d'une **atteinte à la santé physique, mentale ou psychique**. Nous renvoyons à cet égard aux précisions apportées sur cette notion en relation avec l'incapacité de travail (art. 6 N 10 ss) et l'invalidité (art. 8 N 13 ss), la même conception de l'atteinte à la santé étant reprise pour définir l'incapacité de gain. La cause de l'atteinte à la santé – par exemple un accident ou une maladie – ne joue aucun rôle pour déterminer l'incapacité de gain.
- 15 Même si l'art. 7 de la loi ne le mentionne pas, l'incapacité de gain suppose que l'atteinte à la santé entraîne une **incapacité de travail**. L'incapacité de gain se détermine en effet en évaluant si et dans quelle mesure la personne assurée dispose encore d'une capacité de travail résiduelle qui peut être mise en valeur sur le plan économique. Il ne s'agit alors pas uniquement d'apprécier si l'assuré peut exercer l'activité professionnelle antérieure à l'atteinte à la santé, mais aussi de déterminer si ses capacités physiques, mentales et psychiques lui permettent de profiter des possibilités de gain offertes sur le marché du travail équilibré (N 21), soit de prendre en considération toute activité lucrative qui peut être raisonnablement exigée de sa part (N 18). Ce n'est que si la personne assurée subit, en raison de l'atteinte à la santé, une incapacité de travail qui est **au moins partielle et d'une certaine durée** – une impossibilité de travailler durant quelques jours ou plusieurs mois n'étant pas déterminante dans ce contexte – qu'elle présente une incapacité de gain¹⁷. Aussi longtemps qu'elle est entièrement capable de travailler malgré ses problèmes de santé ou qu'elle renonce pour des motifs personnels à mettre en valeur sa capacité de rendement résiduelle, alors que cela est exigible de sa part, il n'y a pas d'incapacité de gain.
- 16 En ce qui concerne les incidences de l'atteinte à la santé sur la capacité de travail de la personne assurée, il appartient en premier lieu à un médecin de se prononcer à ce sujet (art. 6 N 24 ss), au regard non seulement de l'activité exercée jusqu'à la survenance de l'atteinte à la santé, mais aussi de toute autre activité qui peut être envisagée, en fonction

¹⁷ ATF 130 V 343, c. 3.2.1.

des limitations fonctionnelles présentées par la personne assurée et de ses capacités concrètes. Il s'agit alors de déterminer ce qui peut encore être exigé de sa part (art. 6 N 39 ss), d'abord du point de vue médical, puis sur le plan professionnel (voir aussi N 33).

B. L'exigence de la réadaptation

L'art. 7 al. 1 de la loi prévoit qu'il n'y a incapacité de gain que si la diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré «persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles». Il s'agit d'une concrétisation légale du **principe dit de la priorité de la réadaptation sur la rente** («*Eingliederung vor Rente*»), d'après lequel une rente d'invalidité ne saurait en principe être allouée aussi longtemps qu'une mesure de réadaptation est susceptible de maintenir ou d'augmenter la capacité de gain de la personne assurée¹⁸. L'évaluation de la persistance et de l'étendue de l'incapacité de gain suppose dès lors d'examiner quelles seraient les possibilités de gain de la personne assurée **après sa réadaptation** dans le monde du travail, selon les mesures raisonnablement exigibles de sa part. Cette exigence met en évidence que l'incapacité de gain, telle que définie à l'al. 1 de l'art. 7, se rapporte avant tout à l'incapacité de gain déterminante pour le droit à une rente d'invalidité de l'assurance sociale, alors qu'elle n'est pas applicable en relation avec le droit à des mesures de réadaptation (N 37)¹⁹.

En vertu du principe de l'obligation de diminuer le dommage (art. 6 N 39), la personne assurée est d'abord tenue d'entreprendre de son propre chef tout ce qui peut être attendu d'elle – soit raisonnablement exigé de sa part («*von sich aus alles ihm Zumutbare*»)²⁰ – pour réduire ou limiter la perte de gain résultant de l'atteinte à la santé (**réadaptation par soi-même**). Cela implique qu'elle doit directement mettre en valeur sa capacité de travail résiduelle, mais aussi suivre des mesures (p.ex. un traitement médical²¹) lui permettant de maintenir ou d'augmenter sa capacité de gain qui ne sont pas prises en charge par l'assurance sociale, pour autant que ces mesures puissent raisonnablement être exigées de sa part, en fonction de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives. La personne assurée peut également être tenue d'accepter un **changement de profession** – respectivement de se laisser imputer l'existence d'un gain (théorique) correspondant à la nouvelle activité (N 22; art. 16 N 28 ss) –, lorsqu'elle ne peut plus (à long terme) exercer son activité professionnelle habituelle mais dispose d'une capacité de travail résiduelle dans d'autres activités lui permettant de réaliser un gain (excluant le droit à une rente)²². On parle alors d'**activité adaptée** («*angepasste Tätigkeit*»). Lorsque le changement d'activité concerne une personne de condition indépendante, la question de l'exigibilité de l'abandon de la profession exercée jusqu'à la survenance de l'atteinte à la santé peut se révéler délicate; pour autant que la taille et l'organisation de l'entreprise le permettent, une réorganisation du travail au sein de celle-ci devrait d'abord être envisagée.

18 Une rente ne peut être allouée avant l'exécution de mesures de réadaptation que si l'assuré ne peut pas (encore) être réadapté en raison de l'atteinte à la santé (ATF 121 V 190, c. 4a; TF, 29.6.2009, 9C_186/2009, c. 3.2).

19 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 7 N 25 ss, selon lequel une définition plus large aurait été préférable.

20 P.ex. ATF 107 V 17, c. 2c.

21 TF, 20.3.2013, 9C_83/2013, c. 4.2.

22 TF, 7.10.2009, 9C_236/2009, c. 4, SJ 2010 I 177; TF, 21.2.2013, 8C_654/2012 c. 5.1.

- 19 Lorsque la réadaptation par soi-même ne peut pas être exigée ou n'aurait que des effets limités sur les possibilités de gain, et qu'une réadaptation professionnelle (p.ex. un reclassement dans un nouveau métier) apparaît nécessaire, le droit à une telle mesure doit être examiné par l'assureur social, singulièrement l'assurance-invalidité et l'assurance militaire. En fonction des circonstances, l'octroi d'une mesure de réadaptation (cf. art. 8 et 15 ss LAI; art. 33 ss LAM) peut constituer d'un point de vue médical ou d'un point de vue professionnel une condition *sine qua non* pour permettre à la personne assurée d'accroître sa capacité fonctionnelle de travail. Ainsi, lorsque le corps médical fixe une capacité résiduelle de travail, tout en réservant que celle-ci ne pourra être atteinte que **moyennant l'exécution préalable de mesures de réadaptation**, il n'y a pas lieu de procéder à une évaluation de l'incapacité de gain ou du taux d'invalidité sur la base de la capacité résiduelle de travail attestée médicalement avant que lesdites mesures n'aient été exécutées²³. La personne assurée doit alors accepter toute mesure de réadaptation susceptible d'améliorer sa capacité de travail et donc ses possibilités de gain, lorsque la valorisation économique de sa capacité fonctionnelle de travail présuppose l'exécution de telles mesures et que la participation à celles-ci est raisonnablement exigible de sa part (cf. art. 7a LAI).
- 20 A l'inverse, si l'assuré **refuse** de se soumettre à des mesures de réadaptation raisonnablement exigibles, et contrevient ainsi à son obligation de diminuer le dommage, l'incapacité de gain doit être évaluée comme si ces mesures avaient été menées à terme avec succès²⁴. Cela suppose toutefois que l'assuré ait été averti au préalable par écrit des conséquences de son refus et qu'un délai de réflexion convenable lui ait été accordé, conformément à l'art. 21 al. 4 LPGA (art. 21 N 66 ss).

C. Le marché du travail équilibré

- 21 Lorsqu'il s'agit de déterminer quelles sont les possibilités de gain de la personne assurée, celles-ci doivent être examinées au regard de la notion de « marché équilibré du travail ». Il s'agit d'une **notion théorique et abstraite** qui sert de critère de distinction entre l'incapacité de gain due à une atteinte à la santé – qui relève avant tout de l'assurance-invalidité (et de l'assurance-accidents) – et l'absence de gain ou le manque à gagner (chômage) liés à d'autres raisons (crise économique, diminution des possibilités de travail dans une région ou dans une branche d'activité déterminée), pour lesquelles c'est l'assurance-chômage qui intervient en principe.
- 22 La notion de marché du travail équilibré implique, d'une part, un **certain équilibre entre l'offre et la demande de main d'œuvre** et, d'autre part, un marché du travail structuré de telle sorte qu'il **offre un éventail d'emplois diversifiés**, tant au regard des exigences professionnelles et intellectuelles qu'au niveau des sollicitations physiques²⁵. L'examen de la capacité de gain revient alors à envisager de quelle manière, soit à quel poste de travail, la capacité de travail résiduelle de la personne assurée pourrait être mise en valeur si les places de travail à disposition correspondaient à l'offre de main d'œuvre. On ne regarde donc pas si la personne assurée peut être placée eu égard aux conditions concrètes du marché du travail, mais on se demande uniquement si elle pourrait encore exploiter économiquement sa capacité résiduelle de travail lorsque les places de travail disponibles

23 TF, 5.10.2009, 9C_141/2009, c. 2.3.1, SVR 2010 IV n°9 27 ss.

24 TF, 13.3.2013, 8C_830/2012, c. 2.2; TF, 26.1.2011, 9C_842/2010, c. 2.2.

25 ATF 110 V 273, c. 4b; TFA, 30.4.1991, RCC 1991 329.

correspondent à l'offre de main d'œuvre²⁶. Il ne s'agit ainsi pas de postes de travail réels, voire effectivement à disposition, mais de places de travail exigibles au regard de la situation concrète de l'assuré qui sont indépendantes des circonstances conjoncturelles²⁷.

La référence au marché du travail qui entre en considération (« *in Betracht kommende* »; N2) implique de se référer aux circonstances et à la situation concrète de la personne assurée. Il s'agit d'établir quel marché du travail (équilibré) est déterminant dans le cas concret, soit **quel domaine d'activités lucratives entre en considération** dans la situation donnée. Selon la jurisprudence, il n'y a pas lieu de poser des exigences excessives à la concrétisation des possibilités de travail et des perspectives de gain²⁸, au regard en particulier de postes permettant l'exécution de travaux peu exigeants du point de vue physique et sous l'angle des qualifications ou connaissances professionnelles requises. Restent ainsi exigibles une activité ou un poste de travail qui requièrent une certaine obligation de la part de l'employeur, le marché du travail équilibré comprenant aussi de telles places de travail, dites «de niche»²⁹. La jurisprudence a par ailleurs admis que les possibilités de travail sur le marché équilibré du travail sont suffisamment concrétisées si entrent en considération, comme exemples d'activités exigibles, des travaux simples de surveillance ou de contrôle, l'utilisation et la surveillance de machines (semi-)automatiques ou d'unités de production, ainsi que l'activité de surveillant de musée ou de parking³⁰.

Pour le Tribunal fédéral, il existe toutefois une limite quant à la prise en considération d'une capacité de gain pouvant être concrétisée sur le marché du travail équilibré, lorsque les activités envisagées relèvent de **possibilités de travail irréalistes**; ne constitue ainsi pas une activité exigible, celle qui ne peut être exercée que sous une forme tellement restreinte qu'elle n'existe pratiquement pas sur le marché général du travail ou que son exercice suppose de la part de l'employeur des concessions irréalistes et que, de ce fait, il semble exclu de trouver un emploi correspondant³¹. Les efforts concrets déployés par la personne assurée, sous l'angle de la durée et de l'intensité, pour retrouver un travail, peuvent cependant aussi jouer un rôle lorsque malgré l'aide de l'assurance-invalidité, l'intéressé n'arrive pas à trouver un emploi pour des motifs liés non pas à la situation conjoncturelle mais structurelle du marché du travail³². Dans ce contexte, on peut se demander s'il ne conviendrait pas de prendre davantage en considération les modifications structurelles du marché du travail – qui, à l'inverse de simples fluctuations conjoncturelles, n'ont pas à être négligées – pour déterminer les possibilités de gain de la personne assurée. En effet, les possibilités de travail ne forment structurellement le marché du travail équilibré prévu à l'art. 7 al. 2 que si elles existent effectivement sous des formes différentes et en nombre suffisant, soit dans un éventail suffisamment représentatif sous l'angle qualitatif et quantitatif³³. Ainsi, le Tribunal fédéral a reconnu – dans une situation certes relativement exceptionnelle –, que la structure actuelle du marché du travail (équilibré) n'offrirait plus les conditions qui permettraient, au début des années nonante, de trouver un emploi adapté (impliquant un travail dans un environnement confiné et protégé, en

26 TFA, 7.7.1998, VSI 1998 293.

27 Hoop, 95.

28 TF, 29.7.2008, 9C_830/2007, c. 5.1, SVR 2008 IV n° 62 203 ss.

29 TF, 8.10.2015, 8C_582/2015, c. 5.11, SVR 2016 IV n° 3 7 ss.

30 TF, 3.7.2012, 8C_25/2012, c. 4.2.

31 TF, 13.3.2015, 9C_659/2014, c. 5.3.2; TFA, 30.4.1991, RCC 1991 329.

32 TF, 20.3.2013, 9C_941/2012, c. 4.1.2.

33 TF, 12.6.2013, 9C_734/2012, c. 4.1.

dehors de tout stress socio-professionnel, pour une personne souffrant d'un grave trouble de la personnalité)³⁴.

- 25 S'il sert à définir la notion d'incapacité de gain, le concept du marché du travail équilibré joue aussi un rôle dans le cadre de la détermination du degré d'invalidité conformément à l'art. 16 LPGa, qui s'y réfère expressément (art. 16 N 16 et N 29).

D. La diminution (partielle ou totale) des possibilités de gain

- 26 L'incapacité de gain suppose ensuite que la personne assurée soit partiellement ou totalement incapable de mettre économiquement à profit la capacité de rendement fonctionnelle restante (sur l'ensemble du marché du travail équilibré entrant en ligne de compte et après avoir suivi d'éventuelles mesures de réadaptation). La référence à la diminution «des possibilités de gain» met en évidence que l'incapacité de gain ne correspond pas à la perte de gain effectivement subie par l'assuré du fait de l'incapacité d'exercer sa profession, mais comporte un élément hypothétique étranger à la perte de gain concrète. On l'a vu, (N 18 s.; N 23 s.), les possibilités de gain s'apprécient en fonction non seulement de la profession de la personne assurée, mais de **toute autre activité professionnelle** qui peut raisonnablement être exigée de sa part et lui permet de réaliser un gain. Les termes de la loi dans sa version française («dans son domaine d'activité», [N 2]) ne doivent évidemment pas être compris en ce sens que les possibilités de gain seraient prises en considération uniquement au regard de la profession habituelle de la personne assurée.
- 27 La mesure ou l'étendue de la diminution des possibilités de gain, soit la manière dont l'incapacité de gain doit être concrètement déterminée, résulte de la définition du taux d'invalidité prévue à l'art. 16 de la loi (art. 16 N 7 ss et N 16 ss).
- 28 La diminution partielle ou totale des possibilités de gain doit être la conséquence d'une atteinte à la santé, ce qui implique qu'il y ait un **lien de causalité naturelle** entre l'atteinte à la santé et l'impossibilité de réaliser, en partie ou entièrement, un gain³⁵. Ce lien de causalité est encore davantage mis en évidence par l'al. 2 de l'art. 7.

IV. Le caractère objectif de l'évaluation de l'incapacité de gain (al. 2)

A. La prise en considération exclusive des conséquences de l'atteinte à la santé

- 29 Le principe introduit à l'art. 7 al. 2, 1^{re} phrase, de la loi, à partir du 1^{er} janvier 2008, vise à souligner que l'évaluation de l'incapacité de gain (en relation avec l'invalidité dont elle constitue le fondement) est effectuée **en excluant les facteurs étrangers à l'invalidité**: seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. Autrement dit, si les possibilités de gain sont compromises par des circonstances ou des difficultés – âge, absence de formation, difficultés linguistiques, défaut d'intégration culturelle – qui ne relèvent pas de l'état de santé de la personne assurée, ces facteurs ne doivent pas être pris en considération dans l'évaluation de l'incapacité de gain et donc de l'invalidité. Cela ne change toutefois rien au fait que l'exigibilité d'un changement d'activité lucrative en tant que telle doit être appréciée au regard de l'ensemble des circonstances concrètes, comme l'âge ou la formation scolaire ou professionnelle de la personne assurée, l'incapacité de gain devant toujours être exa-

34 TF, 4.5.2009, 9C_984/2008, c. 6.2.

35 Au sujet de la causalité naturelle dans ce contexte, cf. LOCHER/GÄCHTER, § 20 N 17.

minée en fonction d'une situation particulière donnée. Ces éléments ne constituent cependant pas des critères supplémentaires dont il y aurait lieu de tenir compte, en dehors de l'examen du caractère raisonnablement exigible d'une activité dans laquelle la capacité de travail résiduelle pourrait être mise en valeur de manière adéquate, pour déterminer l'incapacité de gain³⁶.

Parmi les facteurs étrangers à l'invalidité, **l'âge** de la personne assurée peut dans certaines circonstances jouer un rôle particulier. Dans le domaine de **l'assurance-invalidité**³⁷, la jurisprudence a reconnu que lorsqu'il s'agit d'évaluer l'invalidité d'un assuré qui se trouve proche de l'âge donnant droit à la rente de vieillesse, il faut procéder à une analyse globale de la situation et se demander si, de manière réaliste, cet assuré est en mesure de retrouver un emploi sur un marché équilibré du travail. Cela revient à déterminer dans le cas concret si un employeur potentiel consentirait objectivement à engager l'assuré en cause, compte tenu notamment des activités qui restent raisonnablement exigibles de sa part en raison d'affections physiques ou psychiques, de l'adaptation éventuelle de son poste de travail à son handicap, de son expérience professionnelle et de sa situation sociale, de ses capacités d'adaptation à un nouvel emploi, du salaire et des contributions patronales à la prévoyance professionnelle obligatoire, ainsi que de la durée prévisible des rapports de travail. Le moment où doit être examinée la question de la mise en valeur de la capacité (résiduelle) de travail pour un assuré proche de l'âge de la retraite sur le marché de l'emploi, correspond au moment auquel il a été constaté que l'exercice (partiel) d'une activité lucrative était exigible du point de vue médical, soit dès que les documents médicaux permettent d'établir de manière fiable les faits y relatifs³⁸. Sans fixer un âge précis, la jurisprudence n'a guère admis l'impossibilité de mettre en valeur la capacité de travail résiduelle chez des assurés âgés de moins de soixante ans³⁹.

La jurisprudence avait déjà par le passé retenu que les **facteurs psychosociaux ou socio-culturels** (déracinement, émigration, problèmes d'intégration, manque de formation scolaire, difficultés linguistiques, etc.) ne figurent pas au nombre des atteintes à la santé susceptibles d'entraîner une incapacité de gain ou une invalidité au sens de la loi. Selon le Tribunal fédéral, pour qu'une invalidité soit reconnue, il faut dans chaque cas qu'un diagnostic médical pertinent soit posé, d'après lequel, à dire de spécialiste, la capacité de travail (et de gain) est diminuée de manière importante. Plus les facteurs psychosociaux ou socioculturels sont au premier plan de l'anamnèse, plus il est essentiel que le diagnostic médical précise s'il y a atteinte à la santé psychique, qui équivaut à une maladie. Ainsi, il ne suffit pas que le tableau clinique soit constitué d'atteintes qui relèvent de facteurs socioculturels; il faut, au contraire, qu'il comporte d'autres éléments pertinents au plan psychiatrique. Une telle atteinte psychique, qui doit être distinguée des facteurs socioculturels, et qui doit de manière autonome influencer la capacité de travail, est nécessaire en définitive pour que l'on puisse parler d'invalidité. En revanche, là où le médecin ne relève pour l'essentiel que des éléments qui trouvent leur explication et leur source dans le champ socioculturel ou psychosocial, il n'y a pas d'atteinte à la santé à caractère invalidant⁴⁰. Cependant, les facteurs psychosociaux ou socioculturels peuvent avoir indi-

36 ATF 107 V 17, c. 2c.

37 Au sujet de la portée de l'âge dans le domaine de l'assurance-accidents, TF, 5.9.2017, 8C_132/2017, c. 4.2, SVR 2016 UV n° 39 131; cf. aussi art. 16 N 67.

38 ATF 138 V 457, c. 3; TF, 4.3.2016, 9C_899/2015, c. 4.3.1. Voir aussi SCHNEIDER, 5.

39 Pour des ex., TF, 30.12.2017, 9C_183/2017, c. 5.2; TF, 30.12.2015, 9C_847/2015, c. 4.1.2; TF, 27.9.2010, 8C_482/2010, c. 4.2.

40 ATF 127 V 294, c. 5a.

rectement un effet invalidant, dans la mesure où ils conduisent à une atteinte à la santé déterminante du point de vue juridique qui, à son tour, entraîne une limitation de la capacité de travail, ou qu'ils contribuent à maintenir l'atteinte à la santé indépendante⁴¹.

- 32 L'art. 7 al. 2 fait également une référence expresse à la **relation de causalité** qui doit exister entre l'atteinte à la santé et la diminution des possibilités de gain («conséquences de l'atteinte à la santé»), qui est souvent exprimée de manière indirecte dans la jurisprudence, lorsqu'il est question d'une «atteinte à la santé invalidante» ou des «effets invalidants» d'un trouble de la santé. Dans la mesure où l'exigence d'une causalité stricte – dans le sens d'une exclusion des facteurs étrangers à l'invalidité – avait déjà été reconnue par la jurisprudence, l'introduction de l'art. 7 al. 2 n'a pas restreint la notion d'incapacité de gain⁴².

B. L'exigibilité objective

- 33 En prévoyant qu'«il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable», la seconde phrase de l'art. 7 al. 2 introduit tout d'abord le **principe de l'exigibilité** («*Zumutbarkeitsgrundsatz*») dans la notion d'incapacité de gain: l'intéressé doit prendre toutes les mesures raisonnablement exigibles de sa part pour éviter ou limiter l'incapacité de gain (N 18). Elle met par ailleurs en évidence le **caractère objectif** de l'appréciation de ce qui peut encore être raisonnablement exigé de la personne assurée pour surmonter les limitations de la capacité de gain entraînées par l'atteinte à la santé, en codifiant un principe reconnu depuis longtemps par la jurisprudence⁴³. En d'autres termes, pour établir si on peut raisonnablement exiger de l'assuré qu'il surmonte par ses propres efforts les répercussions négatives de ses problèmes de santé et, partant réalise un revenu, il faut se placer d'un point de vue objectif: l'élément déterminant n'est pas la perception subjective de la personne assurée, mais de savoir si on peut objectivement attendre d'elle qu'elle surmonte ses limitations et exerce une activité lucrative en dépit de ses problèmes de santé⁴⁴. Comme pour la capacité de travail (art. 6 N 24 ss), cet examen se fondera sur une appréciation des constatations et conclusions médicales au dossier de l'assuré – complétées, cas échéant, par les observations d'un spécialiste de l'intégration professionnelle –, l'évaluation des activités adaptées à la situation de l'assuré relevant toutefois de la compétence de l'assureur social et non de celle du médecin⁴⁵.
- 34 L'examen du point de vue objectif de ce qui est encore exigible de la personne assurée a pris une importance particulière en relation avec les «syndromes sans pathogenèse ni étiologie claire et sans constat de déficit organique», dont il sera question en relation avec la définition de l'invalidité (art. 8 N 15 ss).

V. Les conséquences de l'incapacité de gain

- 35 L'incapacité de gain constitue une **condition nécessaire** mais pas suffisante du droit à des prestations des assurances sociales. Le fait que la personne assurée présente une incapacité de gain au sens de l'art. 7 de la loi n'implique donc pas, à lui seul, qu'elle ait droit

41 TF, 20.12.2011, 9C_776/2010, c. 2.3.3; TF, 25.5.2007, I 514/06, c. 2.2.2.2. Sur ces facteurs du point de vue du médecin, JEGER, 148 ss.

42 ATF 135 V 215 c. 7.3; MOSIMANN/EBNER, 524 s.

43 ATFA 1964 153; ATF 102 V 165; ATF 127 V 294, c. 4c.

44 ATF 135 V 215, c. 7.2.

45 ATF 140 V 197, c. 3.2; TF, 25.1.2013, 8C_145/2012, c. 3.2.1, non publié in ATF 139 V 28.

à une prestation. Pour chaque prétention particulière, l'incapacité de gain constitue une condition à laquelle sont rattachées des conséquences juridiques qui ne surviennent que lorsque l'ensemble des conditions légales du droit à la prestation sont réalisées. Ces conditions sont prévues par **les lois spéciales**.

L'incapacité de gain, en tant que condition essentielle de l'invalidité, constitue le fondement – indispensable, mais pas suffisant – du **droit à une rente d'invalidité** de l'assurance-invalidité aux conditions prévues à l'art. 28 al. 1 LAI, de l'assurance-accidents aux conditions prévues à l'art. 18 al. 1 LAA, ainsi que de l'assurance militaire aux conditions prévues à l'art. 40 al. 1 LAM. L'assurance-accidents prévoit également le droit à une indemnité en capital (art. 23 LAA), fondée sur un pronostic quant au recouvrement de la capacité de gain de la personne assurée; l'octroi de cette prestation est cependant rare, la grande majorité des cas d'affections psychiques – avant tout visées par l'indemnité en capital – causées par un accident étant examinée au regard du droit éventuel à une rente d'invalidité⁴⁶. 36

La capacité de gain, respectivement l'incapacité de gain dans la mesure où est visée le rétablissement, le maintien ou l'amélioration de la capacité de gain, est une condition préalable à l'exécution des **mesures de réadaptation** prévues par l'assurance-invalidité (art. 8 al. 1 let. a LAI) et l'assurance militaire (art. 33 al. 1 LAM): ces mesures ne sont octroyées que si elles sont de nature à rétablir, maintenir ou améliorer la capacité de gain. Or en relation avec le droit aux mesures de réadaptation, l'exigence de la réadaptation préalable prévue par l'art. 7 al. 1 LPGa n'a aucune portée, puisqu'elle ne peut logiquement pas constituer une condition préalable du droit à la prestation en cause⁴⁷; cette exigence a donc avant tout trait à l'incapacité de gain en relation avec le droit à une rente d'invalidité de l'assurance sociale (N 17). 37

On rappellera que même si elle contient des éléments qui dépendent d'une appréciation médicale, l'incapacité de gain est une **notion juridique** qui, dans un cas particulier, doit être déterminée par l'organe chargé de l'application du droit (N 33 *if.*). Sous l'angle du **pouvoir d'examen du Tribunal fédéral** (cf. aussi art. 6 N 49), le point de savoir si, en se fondant sur l'expérience générale de la vie, le marché du travail équilibré offre des places de travail correspondant à l'activité qui peut encore être raisonnablement exigée de la personne assurée, relève d'une question de droit, qui peut être examinée librement en dernière instance; il s'agit en revanche d'une question de fait, soumise au pouvoir d'examen limité du Tribunal fédéral, lorsqu'elle repose sur une appréciation concrète des preuves (effectuée par l'autorité judiciaire de première instance)⁴⁸. 38

Art. 8

Invalidité

¹ Est réputée invalidité l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée.

² Les assurés mineurs sans activité lucrative sont réputés invalides s'ils présentent une atteinte à leur santé physique, mentale ou psychique qui provoquera probablement une incapacité de gain totale ou partielle.

³ Les assurés majeurs qui n'exerçaient pas d'activité lucrative avant d'être atteints dans leur santé physique, mentale ou psychique et dont

46 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 304 ss.

47 LOCHER, ATSG, 187 ss; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 7 N 26 et N 76.

48 P.ex., TF, 18.6.2009, 8C_776/2008, c. 5.2.

il ne peut être exigé qu'ils en exercent une sont réputés invalides si l'atteinte les empêche d'accomplir leurs travaux habituels. L'art. 7, al. 2, est applicable par analogie.

- Invaldität ¹ Invaldität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit.
- ² Nicht erwerbstätige Minderjährige gelten als invalid, wenn die Beeinträchtigung ihrer körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit voraussichtlich eine ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit zur Folge haben wird.
- ³ Volljährige, die vor der Beeinträchtigung ihrer körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit nicht erwerbstätig waren und denen eine Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werden kann, gelten als invalid, wenn eine Unmöglichkeit vorliegt, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen. Artikel 7 Absatz 2 ist sinngemäss anwendbar.
- Invaldità ¹ È considerata invalidità l'incapacità al guadagno totale o parziale presumibilmente permanente o di lunga durata.
- ² Gli assicurati minorenni senza attività lucrativa sono ritenuti invalidi se hanno un danno alla salute fisica, mentale o psichica che probabilmente provocherà un'incapacità al guadagno totale o parziale.
- ³ Gli assicurati maggiorenni che prima di subire un danno alla salute fisica, mentale o psichica non esercitavano un'attività lucrativa e dai quali non si può ragionevolmente esigere che l'esercitino sono considerati invalidi se tale danno impedisce loro di svolgere le proprie mansioni consuete. L'articolo 7 capoverso 2 si applica per analogia.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	4
C. Objet, but et nature de la norme	6
II. Champ d'application	8
III. Les éléments constitutifs de l'invalidité	12
A. L'atteinte à la santé	13
B. L'incapacité de gain ou d'accomplir les travaux habituels	24
C. Le lien de causalité	34
IV. Les conséquences de l'invalidité	35

Bibliographie

Cf. aussi bibliographie art. 7 LPGa. DUPONT ANNE-SYLVE, Un point d'actualité en droit des assurances sociales: le trouble somatoforme (moins) douloureux?, *in* Fuhrer (éd.), Annales SDRCA 2015, 79 ss; FANKHAUSER SUSANNE, Invaliditätsbegriff, *in* Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 671 ss (cité: Invaliditätsbegriff); GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Schmerzrechtsprechung 2.0: Bemerkung zur grundlegenden Praxisänderung im Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015, Jusletter du 29 juin 2015; GÄCHTER THOMAS/TREMP DANIA, Praxisänderung zur Invalidenrente nach einem HWS-Trauma: Erste Gedanken zu BGE 9C_510/2009 vom 30. August 2010, Jusletter du 27 septembre 2010; HASELBACH PHILIPP, Die Entwicklung des Invaliditätsbegriffs, RSAS 2002 44 ss; HEINE ALEXIA/POLLA BEATRICE, Das Bundesgericht im Spannungsverhältnis von Medizin und Recht, *in* Kieser/Lendfers (éd.), JaSo 2018, Zurich/St-Gall 2018, 133 ss; HENNINGSEN PETER, Probleme und offene Fragen in der Beurteilung der Erwerbsfähigkeit bei Probanden mit funktionellen Kör-

perbeschwerdesyndromen, RSAS 2014 499 ss; IONTA DAVID, Qu'entend-on par «invalide»? , Jusletter du 3 octobre 2016; JEGER JÖRG, Die persönlichen Ressourcen und ihre Auswirkungen auf die Arbeits- und Wiedereingliederungsfähigkeit: Eine kritische Auseinandersetzung mit der Überwindbarkeitspraxis, in Riemer-Kafka (éd.), Psyche und Sozialversicherung, Zurich 2014, 131 ss (cité: Auseinandersetzung); JEGER JÖRG, Die neue Rechtsprechung zu psychosomatischen Krankheitsbildern, Jusletter du 13 juillet 2015 (cité: Rechtsprechung); KOPP HANS GEORG/MARELLI RENATO, «Somatoforme Schmerzstörungen, wie weiter?», RSAS 2012 249 ss; MEIER MICHAEL E., Ein Jahr neue Schmerzrechtsprechung, Jusletter du 11 juillet 2016 (cité: ein Jahr); SIKI EVA, Invalidität und Sozialversicherung, thèse, Zurich 2011; RIEMER-KAFKA GABRIELA/HÜRZELER MARC (éd.), Das indikatorenorientierte Abklärungsverfahren, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft vol. 119, Zurich/Bâle/Genève 2017, avec les contributions de BOLLAG YVONNE, HENNINGSSEN PETER, JEGER JÖRG, MEIER MICHAEL E., RIEMER-KAFKA GABRIELA, SCHWEGLER URBAN (cité: Abklärungsverfahren); TRAUB ANDREAS, BGE 141 V 281 – Auswirkungen des Urteils auf weitere Fragestellungen, in Kieser (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2016, Zurich/St-Gall 2017, 117 ss; WINZENRIED VIVIAN, Die Überwindbarkeitspraxis, in Kieser/Lendfers (éd.), JaSo 2012, Zurich/St-Gall 2012, 231 ss.

Cf. aussi, Forum: Les tableaux cliniques d'étiologie peu claire: le Tribunal fédéral élabore un guide, avec les contributions de KIESER ÜELI, MOSIMANN HANS-JAKOB, GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E, SUMMERMATTER DANIEL, KOCHER RALF, PRIBNOW VOLKER, SUTER PATRICK, REAS 2015 427 ss; Spezialheft: Neue Leitlinien der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie (SGPP) für die Begutachtung psychiatrischer und psychosomatischer Störungen in der Versicherungsmedizin, avec les contributions de BOLLAG YVONNE, LIEBRENZ MICHAEL/SCHLEIFER ROMAN, MOSIMANN HANS-JAKOB, KIESER ÜELI, RSAS 2016 433 ss.

I. Introduction

A. Généralités

Risque assuré non seulement par l'assurance-invalidité, mais également par la prévoyance professionnelle, l'assurance-accidents et l'assurance militaire, l'invalidité, qui concerne donc plusieurs systèmes d'assurance, est définie à l'art. 8. Elle implique en principe l'octroi de rentes, soit des prestations en espèces de longue durée, versées mensuellement. Mais elle est également une condition pour le droit à des mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité (art. 8 ss LAI, art. 33 al. 1 LAM). Elle joue par ailleurs un rôle, de manière indirecte et secondaire, pour la libération des conditions relatives à la période de cotisation de l'assurance-chômage (cf. art. 14 al. 2 LACI; N40), ainsi que pour le droit aux prestations complémentaires dans la mesure où, parmi d'autres conditions, la reconnaissance du droit à une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité ouvre le droit à ces prestations (cf. art. 4 al. 1 let. c LPC).

La proposition initiale de la SSDA de définir l'invalidité en se référant à la notion de l'incapacité de gain, avant tout et de manière générale pour la catégorie des assurés qui exercent une activité lucrative, et d'inclure également l'invalidité des personnes mineures et majeures qui ne travaillent pas a été approuvée sans discussion par le Parlement (avec la précision que l'incapacité de gain peut être «totale ou partielle»), sous réserve de remarques critiques sur la formulation peu réussie du terme «*Unmöglichkeit*» du texte allemand de l'al. 3 de la disposition¹.

L'art. 8 a été modifié à deux reprises depuis l'entrée en vigueur de la loi: les termes «atteinte à la santé physique ou mentale» figurant aux 2^e et 3^e alinéas ont été complétés par la précision relative à l'atteinte «psychique», lors de la modification de la LAI du

¹ Rapport SSDA, 40; BO CN 1999 1239; BO CE 2000 177.

21 mars 2003², avec effet au 1^{er} janvier 2004 (art. 6 N 3 et 10). Par la suite, un renvoi à l'art. 7 al. 2 LPGa a été introduit au 3^e alinéa relatif à l'invalidité des personnes assurées qui n'exerçaient pas d'activité lucrative avant la survenance de l'atteinte à la santé. Compte tenu des précisions apportées à la définition de l'incapacité de gain par rapport à l'exclusion des facteurs étrangers à l'invalidité (art. 7 N 29 ss) et l'appréciation objective du caractère surmontable de l'incapacité de gain (art. 7 N 33) par la modification de la LAI du 6 octobre 2006, il convenait d'en étendre l'application (par analogie) à l'invalidité des assurés sans activité lucrative³ (N 28 ss). La modification est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008.

B. Systématique

- 4 Figurant parmi les définitions de notions générales du 2^e chapitre de la Partie générale en tant que l'une des éventualités assurées par le droit des assurances sociales suisses, l'invalidité prévue à l'art. 8 al. 1 ne peut se comprendre qu'en relation avec l'incapacité de gain, qui fait l'objet de la disposition précédente. Elle doit cependant en être distinguée, dans la mesure où elle suppose réalisé un **critère temporel supplémentaire**: il n'y a invalidité au sens de la loi que si l'incapacité de gain est présumée permanente ou de longue durée. La notion de l'incapacité de travail de l'art. 6 est également liée à celle de l'invalidité, puisqu'elle la sous-tend de manière implicite par le biais de l'incapacité de gain, qui en traduit les conséquences sur le plan économique.
- 5 La concrétisation de l'invalidité, dans le sens de l'évaluation de la mesure dans laquelle la personne assurée est invalide («taux d'invalidité»), est définie à l'art. 16 de la loi. L'évaluation du point de savoir si une personne subit une invalidité (art. 8 en relation avec l'art. 7), d'une part, et celle de la mesure dans laquelle elle est invalide (art. 16), d'autre part, sont donc étroitement associées⁴.

C. Objet, but et nature de la norme

- 6 L'art. 8 a pour but de **définir l'invalidité de manière uniforme** pour tout le droit des assurances sociales. Déjà le fait que la disposition vise trois situations distinctes montre cependant que l'invalidité comprend différentes acceptions en fonction de l'état de fait qui entre en considération: la définition se rapporte d'abord aux assurés exerçant partiellement ou entièrement une activité lucrative (al. 1; N 24 s.), puis aux assurés sans activité lucrative, en distinguant les personnes mineures (al. 2; N 26 s.) des personnes majeures (al. 3; N 28 ss).
- 7 Au-delà de ces distinctions, en dépit des termes légaux codifiés à l'art. 8, le droit des assurances sociales – avant tout l'assurance-invalidité – ne repose pas sur une notion uniforme de l'invalidité, mais sur une **notion relative et fonctionnelle**, spécifique aux prestations, qui doit être interprétée en fonction de la prestation concrète en cause à laquelle elle est rattachée et la disposition de la loi spéciale qui en règle les conditions particulières. Cela peut se déduire de l'art. 4 al. 2 LAI, selon lequel l'invalidité est réputée survenue dès qu'elle est, par sa nature et sa gravité, propre à ouvrir droit aux prestations en-

2 4^e révision AI; RO 2003 3887; FF 2001 3045, 3066 et 3107.

3 5^e révision AI; RO 2007 5126; FF 2005 4215, 4332.

4 Pour SIKI (8), la notion d'invalidité de l'art. 8 LPGa en comprend déjà la mesure, de sorte qu'il n'y a qu'une prétendue séparation entre la définition et l'évaluation de l'invalidité.

trant en considération. Le fait que la Partie générale ne prévoit pas une notion relative et fonctionnelle de l'invalidité ou que les lois spéciales ne comprennent pas de dérogation à l'art. 8 là où celle-ci aurait été nécessaire – ainsi, s'agissant des mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité (art. 7 N 37 *i.f.*) – ne signifie toutefois pas que le législateur ait voulu s'écarter de la notion d'invalidité propre aux prestations d'assurance («*leistungsbezogener Begriff der Invalidität*»)⁵. A cet égard, le renvoi de l'art. 8 LAI concernant les **mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité** à l'art. 8 LPGA apparaît insuffisamment différencié et ne doit pas être appliqué à la lettre: pour ces mesures, l'invalidité ne se définit pas en premier lieu en fonction d'une incapacité de gain, mais doit être interprétée, compte tenu du contexte de réadaptation, en fonction de la mesure requise concrètement⁶.

II. Champ d'application

La notion d'invalidité de la Partie générale prévue à l'art. 8 a été conçue comme un concept uniforme valant pour **l'ensemble des lois spéciales des assurances sociales** qui s'y réfèrent. Elle intervient avant tout lorsqu'il s'agit de déterminer le droit à des prestations de longue durée, singulièrement à la rente d'invalidité. Elle joue donc un rôle central en relation avec ce type de prestations prévu par l'assurance-invalidité (art. 28 LAI), l'assurance-accidents (art. 18 al. 1 LAA) et l'assurance militaire (art. 40 al. 1 LAM). S'inspirant des art. 4 et 5 aLAI, le législateur entendait reprendre le sens et la portée de la notion d'invalidité figurant dans ces dispositions tels que précisés par la jurisprudence y relative, qui continue à s'appliquer après l'entrée en vigueur de la Partie générale⁷.

La définition prévue par l'art. 8 intervient aussi – de manière indirecte – dans le domaine de la **prévoyance professionnelle obligatoire**. On l'a dit (art. 7 N 9), en raison du renvoi de l'art. 23 LPP à la notion d'invalidité au sens de l'assurance-invalidité, la définition de l'invalidité prévue par la Partie générale est applicable pour déterminer si le droit à une rente de la prévoyance professionnelle obligatoire est ouvert ou non. Par ailleurs, l'art. 23 let. c LPP comprend un renvoi explicite à l'art. 8 al. 2 LPGA en ce qui concerne la notion de personne assurée devenue invalide avant d'avoir atteint la majorité. Il prévoit la reconnaissance d'un droit à des prestations d'invalidité de la prévoyance professionnelle pour les personnes qui sont devenues invalides durant leur adolescence et débutent une activité professionnelle alors que leur capacité de travail est déjà partiellement restreinte (l'incapacité de travail devant se situer entre 20 et 40%). Une personne devenue invalide pendant sa minorité – soit qui présente avant d'avoir atteint l'âge de dix-huit ans révolus une atteinte à la santé qui provoquera probablement une incapacité de gain totale ou partielle (N 26 ss) – a droit à des prestations de la prévoyance professionnelle obligatoire si elle était atteinte d'une incapacité de travail comprise entre 20 et 40% au début de l'activité lucrative et était assurée lorsque l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité s'est aggravée pour atteindre 40% au moins.

Dans le domaine de la prévoyance professionnelle plus étendue, les institutions de prévoyance peuvent définir l'invalidité de manière large en faveur des personnes assurées,

5 ATF 130 V 343, c. 3.3.2. Cf. aussi LOCHER, ATSG, 187 s.; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 8 N 53 ss, qui propose une révision de la loi sur ce point.

6 TF, 10.2.2011, 9C_534/2010, c. 3.1 (relatif à l'orientation professionnelle); voir aussi, BUCHER SYLVIA, Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung, Berne 2011, 64 ss.

7 ATF 130 V 343, c. 3.3 (qui renvoie à l'ATF 116 V 246, c. 1b); TFA, 22.6.2003, U 192/03, c. 1.3.3.

dans les limites prévues par la loi (art. 6 et 49 LPP), en retenant par exemple une «invalidité professionnelle» évaluée selon l'incapacité d'exercer sa fonction antérieure ou une autre activité au sein de l'entreprise, sans prendre en considération l'activité raisonnablement exigible de la personne assurée en se référant à l'ensemble du marché du travail qui entre en considération⁸.

- 11 Dans le **droit des assurances privées**, singulièrement l'assurance privée contre les accidents, l'invalidité se définit, si les parties n'ont rien convenu d'autre, comme une atteinte définitive à l'intégrité corporelle qui diminue la capacité de travail, sans qu'il soit nécessaire que l'assuré éprouve effectivement un préjudice économique ensuite de l'événement assuré (accident); l'invalidité correspond à une incapacité de travail théorique et abstraite, établie pour la moyenne des cas, sans tenir compte de la profession de l'assuré et des circonstances du cas concret (cf. art. 88 al. 1 LCA)⁹. Il s'agit donc d'une notion de l'invalidité médico-théorique, indépendante de la perte de gain effective, qui doit être clairement distinguée de celle applicable dans le droit des assurances sociales.

III. Les éléments constitutifs de l'invalidité

- 12 L'invalidité est définie à l'art. 8 de la loi pour **trois catégories de personnes assurées** correspondant à chacun des alinéas de la disposition. Ses éléments constitutifs varient donc en partie selon le statut de la personne assurée (voir aussi, art. 16 N 11 ss): assuré actif (soit qui exerçait ou aurait exercé une activité lucrative au moment de la survenance de l'atteinte à la santé, [al. 1; N 24 s]), assuré sans activité lucrative, qui a moins de dix-huit ans révolus (al. 2; N 26 s.) et celui qui a atteint cet âge et est dès lors majeur (al. 3; N 28 ss).

A. L'atteinte à la santé

- 13 Pour les trois catégories de personnes assurées visées par l'art. 8, l'invalidité suppose tout d'abord une **atteinte à la santé physique, mentale ou psychique**. Alors que cet élément médical de la définition est expressément mentionné pour les assurés qui n'exercent pas d'activité lucrative (al. 2 et 3), il ne l'est pas à l'alinéa 1^{er}, mais peut être logiquement déduit de la notion d'incapacité de gain prévue pour les assurés qui travaillent. En ce qui concerne la notion même de l'atteinte à la santé, on peut renvoyer aux précisions y relatives quant à l'incapacité de travail (art. 6 N 10 ss).
- 14 En relation avec l'invalidité, et avant tout les prestations de longue durée qu'elle entraîne, la jurisprudence en matière d'assurance-invalidité a souligné depuis son origine¹⁰ que **l'atteinte à la santé psychique «invalidante»** («*invalidisierender psychischer Gesundheitsschaden*») constitue une **notion juridique** et non pas une notion médicale ressortissant à la psychiatrie¹¹. Partant de ce constat, le Tribunal fédéral a tracé une limite entre les troubles psychiques qui sont invalidants et ceux qui ne le sont pas, en s'appuyant sur la notion de **l'exigibilité du point de vue objectif**. Selon la jurisprudence, en présence d'un état psychique malade, il y a lieu de se demander si et dans quelle mesure la personne assurée peut, malgré l'atteinte à la santé psychique, exercer une activité lucrative sur un

8 TF, 13.7.2015, 9C_644/2014, c. 7.3 et 7.4, SVR 2016 BVG n° 35 142 (cas où l'application du règlement de prévoyance aboutit à une inégalité de traitement).

9 ATF 127 III 100; TF, 27.4.2015, 4A_644/2014, c. 2.2.

10 Sur l'évolution de la jurisprudence sur les troubles psychiques invalidants, MEYER/REICHMUTH, art. 4, N 13 à 50.

11 ATFA 1961 160, c. 2.

marché du travail équilibré correspondant à ses aptitudes. Ne sont pas considérées comme des conséquences d'un état psychique malade, donc pas comme des affections à prendre en charge par l'assurance-invalidité, les diminutions de la capacité de gain que l'assuré pourrait empêcher en faisant preuve de bonne volonté. La mesure de ce qui est nécessaire (respectivement raisonnablement exigible) doit être déterminée aussi objectivement que possible dans chaque cas. Le point déterminant est de savoir quelle activité peut raisonnablement être exigée de la part de l'assuré. Pour admettre l'existence d'une incapacité de gain causée par une atteinte à la santé psychique, il n'est donc pas décisif que l'assuré exerce une activité lucrative insuffisante: il faut bien plutôt se demander s'il y a lieu d'admettre que la mise à profit de sa capacité de travail ne peut plus être raisonnablement exigée de lui, pour des raisons pratiques, ou – comme condition alternative – qu'une telle exigence serait insupportable pour la société¹². Ces principes ont été considérés comme valables pour les psychopathies, les «évolutions psychiques négatives» («*psychische Fehlentwicklungen*»), l'alcoolisme, la dépendance aux médicaments et aux stupéfiants (art. 6 N 16) et les névroses¹³.

Au cours d'une évolution débutée dans les années 1990, les demandes de prestations de l'assurance-invalidité fondées sur les états malades liés à des **troubles somatoformes douloureux** («*somatoforme Schmerzstörungen*») – caractérisés par l'absence de constat d'un déficit organique et une étiologie et pathogenèse peu claires – ont nettement pris de l'importance. Dans un arrêt rendu le 12 mars 2004¹⁴, le Tribunal fédéral est parti du constat que le diagnostic correspondant – en particulier celui de syndrome douloureux somatoforme persistant (CIM-10; F45.4) – ne permettait de faire encore aucune déduction quant à la capacité de travail de la personne assurée et que les simples plaintes subjectives ne suffisaient pas pour justifier une invalidité (partielle ou entière), compte tenu des difficultés en matière de preuve à établir l'existence de douleurs. Il a repris des critères développés initialement par la doctrine psychiatrique allemande (avant tout le docteur Klaus Foerster) pour poser un pronostic et évaluer l'exigibilité de l'exercice d'une activité lucrative en cas de troubles somatoformes douloureux, et les a déclarés applicables à l'évaluation du caractère invalidant de cette atteinte à la santé, en les modifiant légèrement. Le Tribunal fédéral a posé **la présomption** que les troubles somatoformes douloureux n'étaient pas invalidants, soit que leurs effets pouvaient en principe être surmontés par un effort de volonté raisonnablement exigible de la part de la personne assurée. Cette présomption pouvait cependant être renversée en présence soit d'une comorbidité psychiatrique d'une acuité et d'une durée importantes, soit d'un cumul de certains critères, dit critères de Foerster ou critères de morbidité (des affections corporelles chroniques ou un processus malade s'étendant sur plusieurs années sans rémission durable [1], une perte d'intégration sociale dans toutes les manifestations de la vie [2], un état psychique cristallisé, sans évolution possible au plan thérapeutique, marquant simultanément l'échec et la libération du processus de résolution du conflit [profit primaire tiré de la maladie] [3], ou l'échec de traitements ambulatoires ou stationnaires conformes aux règles de l'art et de mesures de réhabilitation, en dépit du comportement coopératif de l'assuré [4]).

Cette jurisprudence a par la suite été appliquée par analogie aux diagnostics de fibromyalgie¹⁵, de troubles dissociatifs (anesthésie dissociative et atteintes sensorielles)¹⁶, de

12 ATF 135 V 215, c. 6.1.1; ATF 102 V 165.

13 ATF 102 V 165, c. 3 *if*.

14 ATF 130 V 352; pour une traduction française, TFA, 21.4.2004, I 870/02, c. 3.3.

15 ATF 132 V 65.

16 TF, 9.2.2007, I 9/07, c. 4.

troubles moteurs dissociatifs¹⁷, de syndrome de fatigue chronique et de neurasthénie¹⁸, de traumatisme de type «coup du lapin» sans déficit fonctionnel organique objectivable («*Schleudertrauma*»)¹⁹, d'hypersomnie non organique²⁰, de trouble de la personnalité lié à un syndrome algique chronique²¹, mais pas au diagnostic de fatigue liée au cancer («*Cancer-related Fatigue*»)²².

- 17 Malgré les nombreuses et réitérées critiques soulevées par la doctrine juridique et médicale²³ à l'encontre de la jurisprudence sur les «syndromes sans pathogenèse ni étiologie claires et sans constat de déficit organique», le Tribunal fédéral l'a maintenue en niant qu'elle entraînait une discrimination indirecte pour les personnes souffrant d'une atteinte psychosomatique²⁴. Il a cependant précisé que cette jurisprudence ne constituait pas un motif suffisant pour révoquer – soit supprimer ou réduire –, au titre d'une adaptation à un changement des fondements juridiques, des rentes d'invalidité en cours (pas plus que l'entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2008, de l'art. 7 al. 2 LPGA [art. 7 N 33 s.; 17 N 26])²⁵. Par la suite, le Tribunal fédéral a mis en évidence que la difficulté majeure en relation avec le caractère invalidant de syndromes sans pathogenèse ni étiologie claires et sans constat de déficit organique consistait en l'absence d'une preuve directe de l'incapacité de travail déterminante du point de vue juridique, à défaut de pouvoir mesurer et contrôler l'atteinte à la santé (qualifiée de «non objectivable»); les critères posés servaient dès lors à l'**administration indirecte des preuves** et à éviter ainsi l'absence de preuve²⁶.
- 18 La jurisprudence débutée avec l'ATF 130 V 352 est aujourd'hui dépassée. Avec un arrêt rendu le 3 juin 2015²⁷, le Tribunal fédéral a **revu et modifié sa jurisprudence** sur les troubles somatoformes douloureux et les affections psychosomatiques comparables compte tenu de l'expérience des onze années précédentes et des critiques exprimées par la doctrine médicale et juridique²⁸.
- 19 Rappelant que l'invalidité suppose que la limitation de la capacité d'exécuter une tâche ou une action soit la conséquence d'une atteinte à la santé diagnostiquée de manière indiscutable par un médecin spécialiste de la discipline concernée, le Tribunal fédéral a tout d'abord souligné l'importance d'un **diagnostic médical posé selon les règles de l'art**. Les médecins doivent justifier l'atteinte à la santé retenue, de telle manière que les organes d'application du droit puissent vérifier que les critères diagnostics ont été observés. Doivent également être pris en considération d'**éventuels motifs d'exclusion** – concrétisés par une jurisprudence

17 TF, 30.4.2007, 9C_903/2007, c. 3.4.

18 TF, 17.8.2010, 9C_662/2009 et TF, 14.4.2008, I 70/07, c. 5.

19 ATF 136 V 279.

20 ATF 137 V 64.

21 TF, 15.6.2012, 8C_167/2012.

22 ATF 139 V 346.

23 Entre autres médecins, JEGER, Auseinandersetzung; HENNINGSEN et KOPP/MARELLI; parmi de nombreux auteurs juridiques, GÄCHTER/TREMP et WINZENRIED; cf. aussi la doctrine citée in ATF 141 V 281, c. 3.3.1 et par JEGER, Rechtsprechung, N 13 ss.

24 TF, 20.12.2011, 9C_776/2010, SVR 2012 IV n° 32 127. Voir aussi la décision d'irrecevabilité de la CourEDH du 17.11.2015, Requête n° 26275/12, ch. 33 à 39.

25 ATF 135 V 201; ATF 135 V 215, c. 6 et 7.

26 ATF 139 V 547, c. 7 à 9.

27 ATF 141 V 281. Le TF a mis à disposition une traduction en français des principaux considérants de cet arrêt sur son site internet (www.bger.ch/Presse/Actualité/Communiquésdepresse/Archivesdescommuniquésdepresse/08.10.2015).

28 Cf. n. 23.

antérieure²⁹ – en présence desquels il y a lieu de conclure à l'absence d'une atteinte à la santé ouvrant le droit aux prestations d'assurance. C'est le cas lorsque la limitation de la capacité d'exécuter une tâche ou une activité repose sur une exagération des symptômes ou d'une constellation semblable, et ce même si les caractéristiques d'un trouble somatoforme douloureux – respectivement d'une affection psychosomatique comparable – au sens de la classification sont réalisées. Des indices d'une telle exagération apparaissent notamment en cas de discordance entre les douleurs décrites et le comportement observé ou l'anamnèse, d'allégation d'intenses douleurs dont les caractéristiques demeurent vagues, d'absence de demande de soins ou de traitement, de grandes divergences entre les informations fournies par le patient et celles ressortant de l'anamnèse, d'allégation de lourds handicaps dans la vie quotidienne malgré un environnement psychosocial largement intact ou lorsque les plaintes très démonstratives laissent insensible l'expert³⁰.

Le Tribunal fédéral a abandonné la présomption du caractère non-invalidant des troubles en cause et introduit un **nouveau schéma d'évaluation** de leurs effets sur la capacité de travail de la personne assurée **au moyen d'un catalogue d'indicateurs standard** (tirés de la pratique médicale) qui permet de mettre en regard les facteurs incapacitants et les ressources dont dispose la personne assurée. Il a distingué un certain nombre d'indicateurs en fonction de deux catégories appelées «Degré de gravité fonctionnel» et «Cohérence». La première catégorie est examinée par le biais du complexe «atteinte à la santé» – comprenant les indicateurs «caractère prononcé des éléments pertinents pour le diagnostic», «succès du traitement ou résistance au traitement» et «comorbidités» – et des complexes «personnalité» et «contexte social». La seconde catégorie («Cohérence (aspects du comportement)») est appréciée au moyen des indicateurs «limitation uniforme du niveau d'activité dans tous les domaines comparables de la vie» et «poids des souffrances révélé par l'anamnèse établie en vue du traitement et de la réadaptation»³¹. Les réponses apportées par les experts médicaux à l'aide de ces indicateurs – dans la mesure où ils sont pertinents pour le cas particulier – donnent aux organes d'application du droit les indices nécessaires pour pallier le manque de preuves en relation avec l'évaluation de l'incapacité de travail en cas de troubles psychosomatiques.

Le Tribunal fédéral a encore précisé que ce **changement de jurisprudence** ne justifie pas en soi de retirer toute valeur probante aux expertises psychiatriques rendues en fonction de l'ancienne jurisprudence. Il convient bien plutôt de se demander si, dans le cadre d'un examen global, et en tenant compte des spécificités du cas d'espèce et des griefs soulevés, le fait de se fonder définitivement sur les éléments de preuve existants est conforme au droit fédéral. Il y a ainsi lieu d'examiner dans chaque cas si les expertises administratives et/ou les expertises judiciaires recueillies – le cas échéant en les mettant en relation avec d'autres rapports médicaux – permettent ou non une appréciation concluante du cas à l'aune des indicateurs déterminants³². Par ailleurs, les nouveaux prin-

29 ATF 132 V 65, c. 4.2.2; ATF 131 V 49; Cf. aussi TRAUB ANDREAS, Zu den Ausschlussgründen im Rahmen der Rentenprüfung bei psychosomatischen Leiden (Urteil 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015 E. 2.2), RSAS 2015 385 s.

30 ATF 141 V 281, c. 2.2.

31 ATF 141 V 281, c. 4. Pour une explication détaillée de ces indicateurs et un commentaire convaincant de leur application par la jurisprudence subséquente à l'ATF 141 V 281, cf. MEIER, ein Jahr, N 50 ss. Voir aussi, TRAUB, 117 ss, ainsi que les contributions de JEGER (31 ss), HENNINGSEN (79 ss) et MEIER (105 ss), in Riemer-Kafka/Hürzeler, Abklärungsverfahren.

32 ATF 141 V 281, c. 8. Pour des ex., TF, 22.3.2018, 9C_797/2017, c. 4; TF, 1.2.2018, 8C_300/2017, c. 5; TF, 26.1.2018, 9C_78/2017, c. 6.3.

cipes jurisprudentiels ne constituent pas un motif de nouvelle demande de prestations ou de révision au sens de l'art. 17 LPGA (art. 17 N 24); en l'absence de modification des circonstances, ils n'ouvrent donc pas le droit à une nouvelle appréciation au moyen de la grille d'évaluation structurée³³.

- 22 Dans un nouvel arrêt rendu le 30 novembre 2017³⁴ dans le domaine de l'assurance-invalidité, le Tribunal fédéral a franchi une **étape supplémentaire**: il a étendu l'application des principes de l'ATF 141 V 281³⁵ au-delà des troubles somatoformes douloureux et des affections psychosomatiques, à **toutes les atteintes psychiques**. Ces troubles et leur répercussion sur la capacité de travail doivent en règle générale être évalués au moyen de la grille d'évaluation normative et structurée, en se fondant sur des constatations médicales tenant compte de la série d'indicateurs standard prévus (N 20). Selon le Tribunal fédéral, il convient cependant, pour des motifs liés à la proportionnalité, de renoncer à mettre en œuvre une «procédure de preuve structurée» – soit de recueillir une expertise médicale étendue tenant compte des indicateurs – là où cela ne paraît pas nécessaire ou approprié. Il n'y a par exemple pas besoin d'une telle procédure de preuve lorsque les rapports médicaux à disposition, en tant qu'éléments de preuve concordants, permettent une appréciation suffisante sous l'angle de la nécessité concrète de preuve («*konkreter Beweisbedarf*»)³⁶. Pour l'heure, il appartiendra à la pratique de déterminer la manière la plus adéquate d'appliquer concrètement la grille d'évaluation fondée sur les indicateurs en fonction du diagnostic psychiatrique posé et de la complexité de la situation médicale concrètement en cause³⁷.
- 23 Faisant suite à l'invitation du Tribunal fédéral aux sociétés médicales de fournir des lignes directrices sur la pratique de l'expertise reflétant le consensus médical actuel – les indicateurs définis dans la grille d'évaluation servant uniquement de cadre normatif³⁸ – la Société suisse de psychiatrie et de psychothérapie a élaboré une 3^e édition des «Lignes directrices de qualité des expertises psychiatriques», relatives à l'évaluation médicale des troubles psychiatriques et psychosomatiques dans le droit de l'assurance, le 16 juin 2016, avec l'objectif de répondre aux exigences relatives à une procédure d'évaluation structurée et ouverte quant à son résultat³⁹.

B. L'incapacité de gain ou d'accomplir les travaux habituels

1. L'incapacité de gain permanente ou de longue durée (al. 1)

- 24 L'al. 1 de l'art. 8 de la loi définit l'invalidité pour les personnes assurées qui sont considérées comme **exerçant une activité lucrative**, à temps complet ou partiel, comme cela

33 ATF 141 V 585.

34 ATF 143 V 418, commenté par GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Praxisänderung zu Depressionen und anderen psychischen Leiden, Jusletter du 15 janvier 2018.

35 Jugés entre-temps applicables par analogie en relation avec le droit à une rente de l'AA en cas de syndrome sans pathogenèse ni étiologie claires et sans constat de déficit organique (ATF 141 V 574), ainsi que pour l'évaluation des effets invalidants d'un trouble de stress post-traumatique (TSPT) (ATF 142 V 342).

36 ATF 143 V 418, c. 7.1.

37 P.ex., TF, 11. I. 2018, 9C_307/2017, c. 5 ou les ex. cités n. 32. Pour une analyse détaillée de la jurisprudence postérieure à l'ATF 141 V 281, cf. MEIER MICHAEL E., Zwei Jahre neue Schmerzrechtsprechung, in Riemer-Kafka (éd.), Abklärungsverfahren, 113 ss.

38 ATF 141 V 281, c. 5.1.2.

39 *Spezialheft*; les lignes directrices peuvent aussi être consultés sous www.psychiatrie.ch. Elles ont été qualifiées par la jurisprudence de standard reconnu pour l'expertise psychiatrique et considérées comme une recommandation à suivre (TF, 1. 12. 2017, 8C_260/2017, c. 3.3).

ressort avant tout de la référence à l'incapacité de gain (art. 7 N 12), mais aussi de la systématique légale avec les précisions figurant aux al. 2 («sans activité lucrative») et 3 («qui n'exerçaient pas d'activité lucrative»). Il s'agit des personnes qui, au moment où survient l'atteinte à la santé déterminante, travaillent à plein temps ou à temps partiel ou qui, bien que ne travaillant pas à ce moment-là, auraient vraisemblablement repris une activité lucrative si l'atteinte à la santé ne s'était pas produite (statut de personne active, art. 16 N 11 ss). La **notion d'activité lucrative**, respectivement de personne exerçant une telle activité, n'est pas définie par la LPGA ou les lois spéciales. Une personne exerce une activité lucrative, lorsqu'elle agit en fournissant un travail physique ou intellectuel – en tant que salarié ou indépendant – dans le but d'obtenir des revenus et d'augmenter sa capacité de rendement économique⁴⁰. Il y a invalidité lorsque l'atteinte à la santé entraîne une incapacité de gain, partielle ou totale, présumée permanente ou de longue durée. Il s'agit de l'**élément économique** de la notion d'invalidité: la personne concernée doit subir une diminution totale ou partielle de sa capacité de gain au sens de l'art. 7 al. 1 LPGA (art. 7 N 13 et 26 ss) – et donc une limitation de sa capacité de travail (art. 7 N 15) –, l'incapacité de gain devant avoir un caractère permanent ou durable.

L'espace temporel que doit revêtir l'incapacité de gain pour être considérée comme **durable ou permanente** ne résulte pas de la Partie générale, mais des **lois spéciales d'assurance sociale**. Ainsi, en matière de rentes de l'assurance-invalidité, la personne assurée doit présenter une incapacité de travail d'au moins 40% en moyenne durant une année sans interruption notable (art. 28 al. 1 let. b LAI), pour être considérée comme invalide. S'agissant de l'assurance-accidents, une atteinte à la capacité de gain est permanente ou de longue durée dès le moment où il n'y a plus lieu d'attendre de la continuation du traitement médical une sensible amélioration de l'état de l'assuré et que d'éventuelles mesures de réadaptation ont été menées à terme (art. 19 al. 1 LAA); une règle correspondante est applicable dans le domaine de l'assurance militaire (art. 40 al. 1 LAM). Une atteinte à la santé qui entraîne une incapacité de gain seulement passagère relève éventuellement de l'assurance-maladie ou de l'assurance-accidents en relation avec des prestations visant à remplacer une perte de gain temporaire (indemnités journalières [art. 6 N 45 s.]).

2. La probable incapacité de gain des assurés mineurs (al. 2)

La loi prévoit, à son art. 8 al. 2, une définition spécifique de l'invalidité pour les **personnes assurées mineures qui n'exercent pas d'activité lucrative**, en reprenant celle qui était prévue précédemment par l'assurance-invalidité (pour les assurés âgés de moins de vingt ans révolus n'exerçant pas d'activité lucrative; art. 5 al. 2 aLAI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002). Les assurés mineurs sont réputés invalides si l'atteinte à la santé déterminante provoquera probablement une incapacité de gain totale ou partielle. L'invalidité pour ces assurés, qui ne sont pas entrés dans la vie professionnelle et dont l'atteinte à la santé ne signifie pas (encore) une atteinte directe à leur capacité de gain, est déterminée en fonction d'une situation hypothétique: la détérioration probable de la capacité de gain. Les répercussions négatives de l'atteinte à la santé doivent être examinées de **manière pronostique**, telles qu'elles se présenteraient à la date future à laquelle la personne concernée entrerait dans la vie active. Il n'est donc pas nécessaire que l'incapacité de gain soit actuellement réalisée sous l'angle temporel⁴¹ (ou qu'elle menace de survenir).

40 Cf. ATF 139 V 12, c. 4.3 (en relation avec l'art. 4 al. 1 LAVS); LOCHER/GÄCHTER, § 21 N 4.

41 TFA, 27.8.2004, I 670/03, c. 1.4.

27 La disposition ne doit pas être interprétée littéralement en ce sens que ne devrait être prise en considération qu'une probable limitation future de la capacité de gain; le cas échéant, l'assuré mineur présente aussi une invalidité lorsque l'atteinte à la santé aura vraisemblablement des répercussions négatives sur sa formation scolaire, professionnelle ou dans ses études. Ainsi, des mesures médicales peuvent déjà être utiles de manière prédominante à la réadaptation professionnelle et, malgré le caractère encore provisoirement labile de l'affection, prises en charge par l'assurance-invalidité si, sans ces mesures, la guérison serait accompagnée de séquelles ou s'il en résulterait un autre état défectueux stable, ce qui nuirait à la formation professionnelle, diminuerait la capacité de gain ou aurait ces deux effets en même temps. Chez les assurés mineurs, les coûts des mesures doivent dès lors être pris en charge par l'assurance-invalidité lorsque l'atteinte à la santé conduirait, selon une vraisemblance suffisante, à un état pathologique stable qui pourrait difficilement être corrigé et entraverait de manière importante une formation future et la capacité de gain⁴². Les conditions de l'invalidité pour les personnes assurées mineures sont dès lors soumises à une interprétation en règle générale plus large («*erleichterter Invaliditätsbegriff*»⁴³) qu'en relation avec les autres alinéas de l'art. 8.

3. L'incapacité d'accomplir les travaux habituels (al. 3)

28 Pour les personnes assurées **majeures qui n'exercent pas d'activité lucrative** (au moment où survient l'atteinte à la santé déterminante), l'invalidité est définie de manière particulière à l'art. 8 al. 3 de la loi, en fonction de la mesure dans laquelle elles sont empêchées par l'atteinte à la santé d'accomplir leurs travaux habituels. La loi ne définit pas la notion de personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative. Il s'agit de personnes physiques qui n'ont pas d'activité visant l'obtention de revenus et l'augmentation de leur capacité de rendement économique (N 24), l'élément déterminant n'étant pas le fait qu'aucun revenu ne découle de leur activité, mais qu'elles n'aient pas l'intention d'en obtenir⁴⁴.

29 L'art. 8 al. 3 ne précise pas non plus à quoi correspondent les activités auxquelles les personnes consacrent leur temps: alors qu'à l'origine, il s'agissait des activités ménagères usuelles d'une personne au foyer s'occupant de l'éducation de ses enfants, des soins et de l'assistance apportés gratuitement à des proches, ainsi que des activités de personnes faisant partie d'une communauté religieuse, la notion de travaux habituels s'est étendue à des activités d'utilité publique (activités de bienfaisance non rémunérées⁴⁵) et des activités artistiques (cf. art. 27 RAI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017). Depuis l'entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2018, de la modification de l'art. 27 RAI⁴⁶, les activités artistiques ou d'utilité publique ne sont cependant plus mentionnées par la disposition réglementaire. Celle-ci restreint le cercle des travaux habituels à des activités comparables à une activité lucrative, l'élément de la pertinence économique étant mis en avant (voir toutefois, quant au «domaine d'activité», art. 6 N 23; art. 16 N 52 et 62).

30 Selon la lettre de la loi, pour faire partie de la catégorie des assurés visés par l'art. 8 al. 3, la personne concernée ne doit pas avoir exercé d'activité lucrative «avant d'être atteint[e]

42 ATF 131 V 9, c. 4.2.

43 MEYER/REICHMUTH, art. 5 N 30.

44 LOCHER/GÄCHTER, § 25 N 7.

45 Voir cependant ATF 130 V 360, où le TFA ne se prononce pas de manière définitive sur la qualification d'une activité exercée à titre honorifique dans des organisations d'entraide.

46 RO 2017 7581. Pour une critique de cette modification: DUPONT ANNE-SYLVE, Assurances sociales: quelques actualités, in Fuhrer (éd.), Annales SDRCA 2017, 157 ss.

dans [sa] santé physique, mentale ou psychique». En réalité, ce qui est déterminant, ce n'est pas le fait que l'assuré n'exerçait pas d'activité lucrative au moment de la survenance de l'atteinte à la santé invalidante, mais **la situation hypothétique qui serait la sienne sans invalidité**, selon l'ensemble des circonstances subjectives et objectives du cas particulier⁴⁷. Cette interprétation résulte de la jurisprudence rendue à propos de l'art. 5 al. 1 aLAI – dont l'art. 8 al. 3 LPGa est inspiré⁴⁸ – qui continue à s'appliquer à la définition de l'invalidité de la Partie générale⁴⁹. La personne concernée doit donc être considérée comme sans activité lucrative (statut de non-actif) lorsque, dans le cas (hypothétique) où l'atteinte à la santé n'était pas survenue, elle ne travaillerait pas (art. 16 N 12).

Il en va de même de la condition selon laquelle il ne doit pas être exigible de l'assuré majeur qu'il exerce une activité lucrative. Le **critère de l'exigibilité** d'une activité lucrative de l'art. 8 al. 3 se rapporte non pas à la situation «en bonne santé» mais à celle où une invalidité est survenue. N'est donc pas déterminant dans quelle mesure l'exercice d'une activité professionnelle serait exigible de la personne assurée en bonne santé, mais ce que ferait celle-ci dans les mêmes circonstances si elle n'était pas atteinte dans sa santé⁵⁰. Par l'exigibilité de l'exercice d'une activité lucrative, on entend que l'assuré doit être considéré comme sans activité lucrative s'il devrait aussi l'être sans l'atteinte à la santé. **31**

Même si l'al. 3 de l'art. 8 ne le mentionne pas, à la différence de l'al. 1, l'invalidité suppose que les répercussions négatives de l'atteinte à la santé sur la capacité d'effectuer ses travaux habituels soient **permanentes ou de longue durée**⁵¹. Dès lors qu'elle correspond à l'empêchement d'accomplir les travaux habituels, la notion d'invalidité pour les assurés sans activité lucrative est très proche de celle de l'incapacité de travail, singulièrement l'inaptitude à accomplir le travail dans son domaine d'activité (art. 6 N 31). Il convient toutefois de les distinguer dans la mesure où l'incapacité de travail, soit la diminution du rendement fonctionnel dans l'accomplissement des travaux habituels, ne se confond pas avec le degré d'invalidité et se détermine, comme pour les assurés exerçant une activité lucrative, en fonction d'abord des données et de l'appréciation médicales⁵². Le degré d'invalidité des personnes sans activité lucrative est en règle générale évalué selon une comparaison des types d'activités exercées par la personne assurée à l'aide d'une «enquête sur le ménage» (art. 16 N 63 s). **32**

L'empêchement d'accomplir les travaux habituels correspond aux limitations concrètes que subit la personne assurée pour effectuer les activités usuelles et non pas à la valeur économique de la baisse de rendement due à l'atteinte à la santé invalidante, comme en droit de la responsabilité civile⁵³. **33**

47 ATF 117 V 194, c. 3b.

48 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 244.

49 TFA, 6.9.2004, I 249/04, c. 4, SVR 2005 IV n° 21 81; TFA, 5.9.2005, I 603/04, c. 5.3.

50 ATF 133 V 504, c. 3.3.

51 FANKHAUSER, Invaliditätsbegriff, N 19.5, 674; LOCHER/GÄCHTER, § 10 N 23.

52 ATF 130 V 97, c. 3.3.1 et 3.3.3.

53 Sur la notion du «préjudice ménager» («Haushaltsschaden») en droit civil, WEIDMANN DAVID/KRÖPFLI URS, Erhebung und Quantifizierung der Einschränkungen im Haushalt, REAS 2010 293 ss.

C. Le lien de causalité

- 34 Comme le met en évidence la loi en mentionnant la causalité (« conséquences ») en relation avec l'incapacité de gain à l'art. 7 al. 2 de la loi, l'invalidité comprend un **élément causal**: ce n'est que si l'atteinte à la santé entraîne une incapacité de gain (probable) de longue durée ou un empêchement d'accomplir les travaux habituels qu'il y a invalidité. Cela ressort, pour les assurés majeurs qui n'exercent pas d'activité lucrative, de l'application par analogie de l'art. 7 al. 2 de la loi – disposition qui se rapporte exclusivement à la capacité de gain –, prévue par la seconde phrase de l'art. 8 al. 3: tant l'aspect causal (avec l'exclusion des facteurs étrangers à l'invalidité [art. 7 N 29 ss]) que la possibilité d'exiger des assurés majeurs ayant le statut de non-actifs d'accomplir leurs travaux habituels sont valables pour cette catégorie de personnes, à l'instar de ce qui vaut pour les personnes assurées exerçant totalement ou partiellement une activité lucrative.

IV. Les conséquences de l'invalidité

- 35 Dans toutes les branches des assurances sociales soumises à la LPGA qui prévoient des prestations d'invalidité en tant que telles (à savoir l'assurance-invalidité, l'assurance-accidents et l'assurance militaire; N 1), l'invalidité au sens de l'art. 8 de la loi constitue une **condition nécessaire** dont tous les différents éléments doivent être réalisés pour entraîner la conséquence juridique qu'est la naissance, dans son principe, du **droit aux prestations** (avant tout une rente d'invalidité: art. 28 LAI, 18 al. 1 LAA et 40 al. 1 LAM). Les autres conditions particulières de ce droit, le début et l'étendue de chaque prestation concrète sont prévues par les lois spéciales.
- 36 Compte tenu des trois situations prévues par l'art. 8, le statut de la personne assurée – considérée comme exerçant (à plein temps ou seulement à temps partiel) ou n'exerçant pas une activité lucrative – détermine la subsumption à l'une ou l'autre des notions d'invalidité. La délimitation entre les art. 8 al. 1 et 8 al. 3 joue également un rôle pour la manière dont l'étendue de l'invalidité est évaluée concrètement, soit pour l'application des méthodes (ordinaire, mixte ou spécifique) d'évaluation de l'invalidité (art. 16 N 16 ss, 51 ss et 62 ss).
- 37 **L'invalidité au sens de l'art. 8 al. 3 LPGA** entre en ligne de compte uniquement dans le domaine de l'assurance-invalidité et de l'assurance militaire, parce que seules ces deux assurances sociales couvrent l'invalidité des personnes qui accomplissent leurs travaux habituels dans leur domaine d'activités (art. 28a al. 2 LAI et 27 RAI, art. 16 al. 5 et 17 OAM). Pour l'assurance-invalidité, on rappellera de manière générale qu'au regard de la notion relative et fonctionnelle de l'invalidité (N 7), celle-ci doit être déterminée pour **les mesures de réadaptation** en fonction des conditions particulières qui en ouvrent le droit, en s'écartant de la définition de l'art. 8 al. 1 LPGA.
- 38 Toujours dans le domaine de **l'assurance-invalidité**, l'art. 5 al. 2 LAI prévoit une dérogation implicite à la Partie générale en ce qui concerne l'invalidité des assurés qui n'exercent pas d'activité lucrative. Cette disposition renvoie à l'art. 8 al. 2 LPGA pour la détermination de l'invalidité des assurés « âgés de moins de 20 ans »; elle étend donc la notion d'invalidité de la Partie générale aux assurés majeurs sans activité lucrative qui n'ont pas encore atteint l'âge de vingt ans. Concrètement, cela signifie que pour ces personnes le droit éventuel à des prestations de l'assurance-invalidité en raison d'une invalidité est examiné au regard des exigences de l'art. 8 al. 2 LPGA. Celles-ci sont moins strictes quant à la survenance « actuelle » d'une incapacité de gain, dans la mesure où le point de savoir si une atteinte à la santé fonde le droit à une prestation de l'assurance-

invalidité est examinée de manière pronostique au moment où le jeune assuré entrera dans la vie active (N 26). Ceci vaut en particulier pour les mesures médicales prévues à l'art. 12 LAI⁵⁴ et, de manière plus générale, pour les autres mesures de réadaptation.

Dans l'**assurance-accidents**, le renvoi de l'art. 18 al. 1 LAA à l'art. 8 LPGA ne peut se rapporter qu'au 1^{er} alinéa de cette disposition: l'assurance-accidents ne couvre que l'invalidité dans le domaine de l'activité lucrative causée par un accident, et non l'empêchement dans l'accomplissement des travaux habituels (art. 16 N 9). La définition de l'art. 8 al. 1 LPGA s'applique pleinement dans ce cadre, sous réserve des dérogations en matière d'évaluation de l'invalidité prévues par la LAA (art. 18 al. 2 LAA en relation avec les art. 28 et 29 OLAA; art. 16 N 67). **39**

L'invalidité entraîne également des effets dans le domaine de l'**assurance-chômage**. L'art. 14 al. 2 LACI renvoie à l'art. 8 LPGA s'agissant d'une constellation dans laquelle il est renoncé aux conditions relatives à la période de cotisation prévues par l'art. 13 LACI: lorsqu'une personne est contrainte en raison de l'invalidité de son conjoint ou pour cause de suppression de sa rente d'invalidité d'exercer une activité salariée ou de l'étendre, elle est libérée à certaines conditions de l'exigence relative à la période de cotisation. Malgré le renvoi à l'art. 8 de la Partie générale, le motif tiré de l'invalidité du conjoint n'implique pas nécessairement que celui-ci soit mis au bénéfice d'une rente de l'assurance-invalidité. Le motif de libération est admis lorsque le conjoint devient incapable de travailler dans une mesure qui contraint l'autre époux – eu égard à la situation financière du couple ou de la famille – à compenser la perte de gain subie par la prise (ou l'extension) d'une activité lucrative. Il doit alors apparaître probable que le conjoint de l'assuré ne sera plus en mesure, définitivement ou pour une longue durée, d'assurer l'entretien du ménage comme jusqu'alors. Si, en revanche, il reçoit un revenu de substitution destiné à couvrir sa perte de salaire – p.ex. des indemnités de chômage –, le motif de libération n'est pas admis⁵⁵. Par ailleurs, la personne dont la rente d'invalidité – versée par l'assurance-invalidité, l'assurance-accidents ou l'assurance militaire – est supprimée ou fortement réduite parce que son état de santé s'est amélioré, et qui doit pour cette raison reprendre une activité lucrative ou étendre celle-ci, est également libérée de la condition relative à la période de cotisation aux conditions de l'art. 14 al. 2 LACI. **40**

54 Voir p.ex., TF, 17.4.2009, 9C_729/2008, SVR 2009 IV n° 40 116 (sur le traitement d'une « *anorexia nervosa juvenalis* » qui n'a pas à être pris en charge à titre de prestation prévue par l'art. 12 LAI).

55 TFA, 24.8.1998, c. 2a, DTA 1999 n° 5 16.

Art. 9

Impotence	Est réputée impotente toute personne qui, en raison d'une atteinte à sa santé, a besoin de façon permanente de l'aide d'autrui ou d'une surveillance personnelle pour accomplir des actes élémentaires de la vie quotidienne.
Hilflosigkeit	Als hilflos gilt eine Person, die wegen der Beeinträchtigung der Gesundheit für alltägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf.
Grande invalidità	È considerato grande invalido colui che, a causa di un danno alla salute, ha bisogno in modo permanente dell'aiuto di terzi o di una sorveglianza personale per compiere gli atti ordinari della vita.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. L'impotence	6
A. La notion	6
B. Les éléments constitutifs	9
C. Le degré d'impotence	27

Bibliographie

ETTLIN ROBERT, Die Hilflosigkeit als versichertes Risiko in der Sozialversicherung, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Fribourg 1998; LANDOLT HARDY, Pflegerecht, Band II, Berne 2002; LANDOLT HARDY, Hilflosenentschädigungen: Irrlicht oder Leuchtturm?, in Kieser/Lendfers (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2013, St-Gall 2014, 133-190; RYSER SIMON, Die Bedeutung der Verwaltungsweisungen für die Bemessung von Invalidität und Hilflosigkeit nach dem Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959, Grüşch 1986.

I. Introduction

- 1 La notion d'impotence qui figure à l'art. 9 LPGA constitue une reprise de la définition consacrée jusqu'alors par les art. 42 al. 2 LAI¹ et 26 al. 1 LAA²; ces deux dispositions, qui ont été abrogées lors de l'entrée en vigueur de la LPGA, le 1^{er} janvier 2003, donnaient une définition uniforme de l'impotence, qui s'appliquait par analogie, aux autres branches d'assurances sociales accordant des allocations pour impotent³. En adoptant l'art. 9 LPGA, le législateur n'a donc pas modifié la définition énoncée jadis dans la LAI et dans la LAA, de sorte que la jurisprudence antérieure demeure pertinente et que la no-

1 Art. 42 al. 2 LAI (dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier 1968 au 31 décembre 2002): «Est considéré comme impotent l'assuré qui, en raison de son invalidité, a besoin de façon permanente de l'aide d'autrui ou d'une surveillance personnelle pour accomplir les actes ordinaires de la vie» (RO 1968 29).

2 Art. 26 al. 1 LAA (dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier 1984 au 31 décembre 2002): «Si en raison de son invalidité, l'assuré a besoin de façon permanente de l'aide d'autrui ou d'une surveillance personnelle pour accomplir les actes ordinaires de la vie, il a droit à une allocation pour impotent» (RO 1982 1676).

3 FF 1991 II 181, 244.

tion d'impotence revêt une signification identique dans les différents régimes d'assurances sociales⁴.

Les notions d'impotence et d'invalidité sont indépendantes l'une de l'autre. Une personne peut en effet être impotente et avoir sa pleine capacité de gain, de sorte qu'elle n'est pas invalide (une personne paraplégique ou aveugle, qui, en raison de mesures de réadaptation conserve une pleine capacité de gain, p.ex.); l'inverse est également vrai puisqu'un assuré peut être invalide sans avoir besoin d'assistance pour accomplir les actes élémentaires de la vie quotidienne⁵. Les prestations en cas d'impotence et d'invalidité ne sont donc pas des prestations de même nature au sens de l'art. 74 LPGA.

La définition de l'impotence qui figurait aux art. 42 al. 2 LAI et 26 al. 1 LAA pouvait à cet égard être trompeuse, puisqu'elle semblait subordonner la reconnaissance d'une impotence à l'existence d'une invalidité (était réputé impotent, l'assuré qui, «en raison de son invalidité», avait besoin de façon permanente de l'aide d'autrui ou d'une surveillance personnelle pour accomplir les actes ordinaires de la vie). Malgré cette référence à la notion d'invalidité, il était admis qu'une personne pouvait être impotente et, partant, se voir reconnaître un droit à une allocation pour impotent, alors même qu'elle n'était pas invalide; en indiquant dorénavant que la cause de l'impotence est une «atteinte à la santé», l'art. 9 LPGA a éliminé cette source de confusion⁶.

Bien qu'il soit admis que l'impotence et l'invalidité sont deux éventualités distinctes l'une de l'autre, l'art. 37 OLAA, qui érigeait la reconnaissance d'un droit à une rente d'invalidité en une condition du droit à une allocation pour impotent de l'assurance-accidents⁷, n'a été modifié qu'avec effet au 1^{er} janvier 2017⁸; cette disposition avait cependant déjà été déclarée inapplicable par la jurisprudence, car contraire à la loi (art. 26 LAA) et à la Constitution⁹.

L'impotence ouvre le droit à **deux types de prestations**: une **allocation pour impotent**, qui sera servie par l'assurance-accidents (art. 26-27 LAA), l'assurance militaire (art. 20 LAM), l'assurance-vieillesse et survivants (art. 43^{bis} LAVS) ou l'assurance-invalidité (art. 42-42^{ter} LAI), selon le principe de l'exclusivité et l'ordre de priorité arrêté par l'art. 66 al. 3 LPGA; des **soins de longue durée** en cas de maladie (art. 25a LAMal) ou d'accident (art. 18 al. 2 let. b OLAA), lorsque l'impotence entraîne une dépendance de soins (soins de base pour patients dépendants au sens de l'art. 7 al. 2 let. c OPAS¹⁰ ou

4 TF, 23.7.2007, I 677/05, c. 2.2.1; ATF 133 V 450, c. 2.2.1; ATF 133 V 42, c. 3.4; TFA, 2.6.2004, I 127/04, c. 2.2.1.

5 ATF 137 V 351, c. 3.4; ATF 133 V 42, c. 3.5; ATF 117 V 146.

6 ATF 133 V 42, c. 3.4; TFA, 2.6.2004, I 127/04, c. 2.2.1; TF, 23.7.2007, I 677/05. Cf. aussi FF 1991 II 181, 280.

7 Art. 37 OLAA (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016): «Le droit à l'allocation pour impotent prend naissance le premier jour du mois durant lequel le bénéficiaire commence à remplir les conditions, mais au plus tôt lorsque s'ouvre le droit à la rente» (RO 1983 38).

8 RO 2016 4393.

9 ATF 133 V 42, c. 3.

10 S'agissant de la coordination entre une allocation pour impotent servie par l'AVS ou l'AI et les soins de base au sens de l'art. 7 al. 2 let. c OPAS, qui sont des prestations «essentiellement de même nature» (cf. art. 74 al. 2 let. d LPGA), «dans la mesure où elles servent à rembourser les coûts des mesures rendues nécessaires par l'impotence» (ATF 127 V 94, c. 3d), cf. ATF 127 V 94; ATF 125 V 297.

soins non médicaux selon l'art. 18 al. 2 let. b OLAA¹¹). Les conditions d'octroi des prestations en cas d'impotence sont arrêtées dans les lois spéciales d'assurances sociales.

II. L'impotence

A. La notion

- 6 L'art. 9 LPGA qualifie d'impotente «toute personne qui, en raison d'une atteinte à sa santé, a besoin de façon permanente de l'aide d'autrui ou d'une surveillance personnelle pour accomplir des actes élémentaires de la vie quotidienne». L'impotence réside ainsi dans un besoin durable d'aide ou de surveillance pour accomplir des actes élémentaires de la vie quotidienne, qui trouve sa cause dans une atteinte à la santé.
- 7 L'atteinte à la santé qui caractérise l'impotence (art. 9 LPGA) revêt une signification différente de celle qui est commune aux notions de maladie (art. 3 al. 1 LPGA), d'infirmité congénitale (art. 3 al. 2 LPGA), d'accident (art. 4 LPGA), d'incapacité de travail (art. 6 LPGA), d'incapacité de gain (art. 7 LPGA) et d'invalidité (art. 8 LPGA). L'atteinte à la santé propre à l'impotence ne procède en effet pas nécessairement d'une cause pathologique, puisqu'elle peut, en particulier, être due à l'âge¹². L'impotence d'un nouveau-né en bonne santé n'est ainsi, par exemple, pas une maladie (art. 3 al. 1 LPGA)¹³. Il en va de même d'une diminution des capacités liée au vieillissement. Ce n'est que si l'impotence due à l'âge entraîne une dépendance de soins au sens de l'art. 7 al. 2 let. c OPAS

11 L'art. 18 OLAA, adopté sur la base de l'art. 10 al. 3 LAA, a été modifié par la révision de la LAA qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017 (cf. Modification de la LAA du 25 septembre 2015, RO 2016 4375; Modifications de l'OLAA du 9 novembre 2016, RO 2016 4393). Dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016, cette disposition limitait l'obligation de prise en charge de l'assureur-accidents aux traitements et soins à caractère médical (traitements médicaux à domicile à visée thérapeutique, dispensés ou prescrits par un médecin, et soins infirmiers nécessaires au maintien de l'état de santé); les soins non médicaux, soit les soins extra-médicaux personnels (soins corporels et soins de base pour patients dépendants, tel que l'habillage, l'aide pour s'alimenter, etc.) et l'aide extra-médicale dans l'environnement de l'assuré (tenue du ménage englobant des tâches telles que la lessive et le nettoyage, p. ex.) ne s'inscrivaient en revanche pas au sein des prestations obligatoires (au sujet de la notion de «soins à domicile» à laquelle se référait l'ancien art. 18 OLAA et pour un aperçu des différentes catégories de prestations visées, cf. TF, 18.04.2013, 8C_332/2012; ATF 116 V 41; COMMISSION AD HOC SINISTRES LAA, Recommandations pour l'application de la LAA et de l'OLAA N° 7/90 «Soins à domicile» du 27 novembre 1990). Il convient toutefois de relever que s'agissant des soins extra-médicaux personnels nécessités par l'accident, des contributions appropriées pouvaient être accordées, mais exclusivement à la condition que l'intéressé ne perçût pas une allocation pour impotent. Dans la mesure où cette réglementation n'était conforme ni au Code européen de sécurité sociale (CESS, RS 0.831.104) ni à la Convention n° 102 de l'OIT (RS 0.831.102), qui postulent que les soins à domicile (c'est-à-dire tant les soins médicaux que les soins non médicaux) doivent être pris en charge sans que l'on puisse exiger une participation de l'assuré à leurs coûts (sur ce point, cf. FF 2008 4877, 4894 et 4907), l'art. 18 OLAA a été modifié en conséquence. Dans sa nouvelle teneur, cette disposition garantit dorénavant, en sus de la prise en charge des soins médicaux à domicile, également le droit de l'assuré à une contribution aux coûts des soins non médicaux dispensés à domicile, dans la mesure où ceux-ci ne sont pas couverts par une allocation pour impotent. La nouvelle disposition se réfère donc désormais à la notion d'«aide et de soins à domicile» en lieu et place de celle de «soins à domicile».

12 Sur ce point, cf. ETTLIN, 92-100.

13 ATF 125 V 8, c. 4c.

qu'elle répond à la définition de la maladie. La notion d'atteinte à la santé sur laquelle repose l'impotence est donc plus large que celle employée pour définir la maladie¹⁴.

La question de savoir si l'atteinte à la santé dont découle l'impotence trouve sa cause dans une maladie ou dans un accident n'a d'importance que pour déterminer l'assurance sociale tenue de prêter¹⁵. 8

B. Les éléments constitutifs

1. Un besoin d'aide ou de surveillance d'autrui

Conformément à l'art. 9 LPGA, pour être reconnue impotente, une personne doit **avoir besoin de «l'aide d'autrui ou d'une surveillance personnelle»** pour accomplir des actes élémentaires de la vie quotidienne. 9

L'**aide** nécessitée par une personne impotente peut être **directe ou indirecte**. L'aide est qualifiée de «directe» lorsque le tiers joue un rôle actif dans l'accomplissement des actes de la vie quotidienne (couper les aliments afin que la personne puisse s'alimenter, p.ex.), c'est-à-dire lorsque l'assuré n'est pas en mesure (ou seulement partiellement en mesure) d'effectuer lui-même lesdits actes; à l'inverse, l'aide est «indirecte», lorsqu'elle prend la forme d'une incitation à accomplir un acte de la vie quotidienne (rappeler à une personne fonctionnellement en mesure de faire elle-même un acte d'accomplir l'acte en question) ou d'une surveillance dans l'accomplissement d'un acte donné (surveiller une personne afin qu'elle s'habille correctement, qu'elle ne tombe pas en prenant sa douche ou encore ne s'étouffe pas en buvant), c'est-à-dire lorsque l'assuré est fonctionnellement à même d'accomplir seul les actes ordinaires de la vie mais que, sans l'aide d'un tiers, il ne le ferait pas ou ne le ferait que d'une manière imparfaite¹⁶. L'aide indirecte concerne en général les personnes qui présentent une atteinte à leur santé psychique. 10

N'est pas réputée impotente, la personne qui parvient à accomplir les actes élémentaires de la vie quotidienne grâce à des moyens auxiliaires pris en charge par une assurance sociale¹⁷. 11

Pour déterminer si un **assuré mineur** est impotent, il convient d'examiner si l'intéressé nécessite une aide ou une surveillance supplémentaire par rapport à la mesure nécessaire aux enfants en bonne santé du même âge (cf. art. 37 al. 4 RAI: «Dans le cas des mineurs, seul est pris en considération le surcroît d'aide et de surveillance que le mineur handicapé nécessite par rapport à un mineur du même âge et en bonne santé»)¹⁸. A cet égard, afin de faciliter l'évaluation, des lignes directrices figurent dans l'annexe III de la Circulaire sur l'invalidité et l'impotence dans l'assurance-invalidité (CIIAI)¹⁹. Par ailleurs, lors de l'évaluation, en particulier lorsqu'il s'agit de définir si le mineur nécessite une surveillance personnelle permanente (N 13), il faut tenir compte de l'obligation de diminuer le dommage des parents; en vertu de celle-ci, ils sont en effet tenus de prendre les mesures 12

14 Cf. LOCHER/GÄCHTER, § 11 N 4.

15 Cf. LOCHER/GÄCHTER, § 11 N 6.

16 Cf., p.ex., ATF 133 V 450, c. 4.3; ATF 121 V 88, c. 6b; ATF 107 V 145, c. 1c; ATF 106 V 156, c. 2a. Cf. aussi CIIAI N 8028-8031.

17 ATF 117 V 146.

18 ATF 113 V 17, c. 1a.

19 Cf. TF, 3.4.2018, 9C_831/2017, c. 3.2; TF, 14.10.2014, 9C_360/2014, c. 4.5; TF, 15.10.2008, 8C_158/2008, c. 5.2.2.

nécessaires en vue d'assurer la sécurité et de diminuer le danger que l'assuré peut représenter pour lui-même ou pour autrui (sécuriser les boutons des plaques électriques, par exemple)²⁰.

- 13 A l'aide et à la surveillance mentionnées à l'art. 9 LPGa, peut encore s'ajouter un **besoin de «soins permanents» ou de «surveillance personnelle permanente»** (cf. art. 37 al. 1, al. 2 let. b et al. 3 let. b RAI, art. 38 al. 2, al. 3 let. b et al. 4 lit b OLAA)²¹. En cas d'impotence grave (N 30), l'assuré présente nécessairement un tel besoin (cf. art. 37 al. 1 RAI, art. 38 al. 2 OLAA).
- 14 Selon la jurisprudence, les soins permanents et la surveillance personnelle permanente, qui se traduisent en temps destiné à apporter une aide supplémentaire (cf. art. 39 RAI), ne se rapportent pas aux actes ordinaires de la vie; les prestations d'aide dont il a déjà été tenu compte pour évaluer l'aide directe ou indirecte nécessaire à l'accomplissement d'un ou de plusieurs de ces actes (N 10) ne doivent en effet pas être prises en considération lorsqu'il s'agit de déterminer le besoin de surveillance ou de soins permanents²². Alors que les **soins permanents** sont des soins de base pour patients dépendants au sens des art. 25a LAMal et 7 al. 2 let. c OPAS, qui sont prescrits par un médecin (art. 8 OPAS) à cause de l'état physique ou psychique de l'assuré, la **surveillance personnelle permanente** fait référence à «une assistance spécialement nécessaire en raison de l'état de santé de l'assuré»²³. Pour qu'elle puisse fonder un droit, la surveillance personnelle permanente doit présenter un certain degré d'intensité. S'il ne suffit pas que l'assuré séjourne dans une institution spécialisée et se trouve sous une surveillance générale de cette institution, la nécessité d'une surveillance personnelle permanente doit être admise lorsqu'il s'avère que l'assuré, laissé sans surveillance, mettrait en danger de façon très probable soit lui-même soit des tiers; il peut en aller ainsi, par exemple, lorsque l'assuré ne peut être laissé seul toute la journée en raison de défaillances mentales ou psychiques, ou lorsqu'un tiers doit être présent toute la journée, sauf pendant de brèves interruptions²⁴. Quant à la condition de la régularité, elle est donnée lorsque l'assuré nécessite une surveillance ou une aide personnelle ou pourrait en nécessiter une chaque jour; il en est ainsi, par exemple, lors de crises susceptibles de ne se produire que tous les deux ou trois jours, mais pouvant aussi survenir brusquement chaque jour ou même plusieurs fois par jour²⁵. La question de savoir si une aide ou une surveillance personnelle permanente est nécessaire doit être tranchée de manière objective selon l'état de l'assuré; en principe, peu importe l'environnement dans lequel celui-ci se trouve dès lors qu'en évaluant l'impotence, on ne saurait faire aucune différence selon que l'assuré vit dans sa famille, en logement privé ou dans un foyer²⁶.

20 Cf. TF, 3.4.2018, 9C_831/2017, c. 5.1; TF, 19.9.2016, 9C_76/2016, c. 3.2.2.

21 Sur le besoin de soins permanents et de surveillance personnelle permanente, cf. CIIAI, N 8032-8039.

22 TF, 3.4.2018, 9C_831/2017, c. 3.1; TF, 10.8.2016, 9C_809/2015, c. 5.2; TF, 16.10.2015, 8C_691/2014, c. 6.3.3; TF, 26.02.2009, 9C_431/2008, c. 4.4.1.

23 TF, 3.4.2018, 9C_831/2017, c. 3.1.

24 Cf., p.ex., TF, 3.4.2018, 9C_831/2017, c. 3.1; ATF 107 V 136, c. 2b; ATF 106 V 153, c. 2a; ATF 105 V 52, c. 4b.

25 Cf., p.ex., TF, 3.4.2018, 9C_831/2017, c. 3.1; TF, 15.10.2008, 8C_158/2008, c. 5.2.1 et les références.

26 Cf., p.ex., TF, 3.4.2018, 9C_831/2017, c. 3.1; TF, 21.4.2015, 9C_598/2014, c. 5.2.1; TF, 15.10.2008, 8C_158/2008, c. 5.2.1; TF, 31.1.2008, 9C_608/2007, c. 2.2.1; ATF 107 V 136, c. 1b; ATF 106 V 153, c. 2a.

L'assurance-invalidité octroie un **supplément pour soins intenses** aux mineurs impotents qui vivent à domicile et qui présentent un besoin de soins intenses ou de surveillance personnelle permanente (art. 42^{ter} al. 3 LAI, art. 36 al. 2 et 39 RAI)²⁷. Le supplément pour soins intenses est une prestation dépendante de l'allocation pour impotent, puisqu'il implique la préexistence d'une telle allocation²⁸. Le droit audit supplément dépend du point de savoir si l'impotent mineur nécessite un surcroît de soins (cf. art. 39 al. 1-2 RAI)²⁹ ou de surveillance (cf. art. 39 al. 3 RAI) en termes de temps; il repose en conséquence sur une appréciation temporelle de la situation³⁰.

En matière d'assurance-invalidité, depuis l'entrée en vigueur de la 4^e révision de la LAI, le 1^{er} janvier 2004³¹, l'évaluation de l'impotence tient également compte d'un éventuel **besoin d'accompagnement durable pour faire face aux nécessités de la vie** (cf. art. 42 al. 3 LAI, art. 37 al. 2 let. c, al. 3 let. e et 38 RAI)³². La notion d'«accompagnement pour faire face aux nécessités de la vie» n'englobe ni l'aide (directe ou indirecte) de tiers nécessaire pour accomplir les six actes élémentaires de la vie quotidienne (N 21), ni les soins permanents ou la surveillance personnelle permanente (N 13-14); il s'agit, bien plutôt, d'une «aide complémentaire et autonome, pouvant être fournie sous forme d'une aide directe ou indirecte à des personnes atteintes dans leur santé physique, psychique ou mentale»³³. Cette aide est accordée aux assurés majeurs qui ne vivent pas dans une institution et qui ne sont pas en mesure, sans l'accompagnement d'une tierce personne, de vivre de manière indépendante (art. 38 al. 1 let. a RAI)³⁴ ou de faire face aux nécessités de la vie et d'établir des contacts sociaux (art. 38 al. 1 let. b RAI)³⁵; cette aide peut également tendre à éviter un risque important d'isolement durable de l'assuré du monde extérieur (art. 38 al. 1 let. c RAI)³⁶. Pour être pris en compte, l'accompagnement doit toutefois être «régulier», ce qui est le cas lorsqu'il est nécessaire en moyenne au moins deux heures par semaine sur une période de trois mois³⁷. Selon la jurisprudence, la nécessité de l'aide d'une tierce personne doit être examinée de manière objective, en se fondant sur l'état de

27 Sur ce point, cf. CHAI, N 8069-8079.

28 Cf. TF, 11.9.2014, 9C_350/2014, c. 4.2.1; TF, 25.2.2014, arrêt 9C_666/2013, c. 8.2.

29 Les soins de base auxquels l'art. 39 al. 2 RAI se réfère sont ceux figurant à l'art. 7 al. 2 let. c OPAS. Cf. TF, 11.9.2014, 9C_350/2014, c. 4.2.3.

30 Cf. TF, 11.9.2014, 9C_350/2014, c. 4.2.3; TF, 25.2.2014, 9C_666/2013, c. 8.2. Pour un exemple, cf. TF, 23.5.2017, 8C_72/2017.

31 RO 2003 3837.

32 Sur ce point, cf. CHAI, N 8040-8055.

33 TF, 26.9.2014, 9C_425/2014, c. 4.1. Cf. aussi TF, 10.5.2010, 9C_1056/2009, c. 2; ATF 133 V 450.

34 Dans cette hypothèse, l'accompagnement pour faire face aux nécessités de la vie doit permettre à l'assuré de gérer lui-même sa vie quotidienne, c'est-à-dire de structurer sa journée, de faire face aux situations qui se présentent tous les jours (problèmes de voisinage, questions de santé, d'alimentation ou d'hygiène, activités administratives simples, p.ex.), et de tenir son ménage (aide directe ou indirecte d'un tiers). Cf. TF, 28.11.2017, 9C_539/2017, c. 5.2.1; TF, 26.9.2014, 9C_425/2014, c. 4.1; ATF 133 V 450, c. 10.

35 L'accompagnement doit ici permettre à la personne assurée de quitter son domicile pour certaines activités ou rendez-vous nécessaires (achats, loisirs ou encore contacts avec les services officiels, le personnel médical ou le coiffeur). Cf. TF, 26.9.2014, 9C_425/2014, c. 4.1; TF, 21.7.2008, 9C_28/2008, c. 3.

36 L'accompagnement doit prévenir un risque d'isolement durable, ainsi que la perte de contacts sociaux et, par conséquent, éviter une péjoration subséquente de l'état de santé de l'assuré. Cf. TF, 26.9.2014, 9C_425/2014, c. 4.1; TF, 28.4.2008, 9C_543/2007, c. 5.2.

37 TF, 26.9.2014, 9C_425/2014, c. 4.1; TF, 10.5.2010, 9C_1056/2009, c. 2; ATF 133 V 450, c. 6.2.

santé de l'assuré, si bien qu'il s'agit de trancher le point de savoir si, dans la situation où il ne dépendrait que de lui-même, il aurait besoin de l'aide d'un tiers; l'environnement dans lequel se trouve l'intéressé n'est dès lors, en principe, pas déterminant, et l'assistance que lui apportent concrètement les membres de sa famille – laquelle a trait à l'obligation de diminuer le dommage –, est une circonstance qui ne doit être examinée que dans une seconde étape³⁸. A ce dernier propos, la jurisprudence considère que si la question de savoir comme s'organiserait la communauté familiale dans le cas où elle ne devrait pas percevoir de prestations d'assurance est certes importante, l'aide exigible des membres de la famille de la personne impotente ne doit cependant pas devenir excessive ou disproportionnée³⁹.

- 17 Si l'évaluation de l'impotence doit avoir lieu sans tenir compte de l'environnement dans lequel vit l'assuré (N 14 et 16)⁴⁰, son lieu de vie est susceptible d'avoir des effets, notamment, sur le montant de l'allocation pour impotent. L'art. 42^{ter} al. 2 LAI dispose en effet que l'allocation pour impotent versée à une personne qui séjourne dans un home correspond au quart de celle qui serait versée si la personne vivait à domicile⁴¹. Quant à l'allocation pour impotence faible de l'assurance-vieillesse et survivants, elle n'est servie que si l'assuré vit à domicile (cf. art. 43^{bis} al. 1^{bis} LAVS).

2. Un besoin durable d'aide ou de surveillance

- 18 Pour admettre la présence d'une impotence, le besoin d'aide ou de surveillance dans l'accomplissement des actes élémentaires de la vie quotidienne doit exister «de façon permanente» (art. 9 LPGA). Le besoin doit donc revêtir **un caractère durable** et ne pas être seulement temporaire.
- 19 La condition afférente à la «durabilité» ou à la «permanence» du besoin d'aide ou de surveillance est réalisée sans qu'il soit nécessaire que celui-ci existe en permanence, 24 heures sur 24; il suffit que ce besoin soit occasionné par une atteinte qui puisse être présumée permanente ou de longue durée, par opposition à un état temporaire (une maladie intercurrente, p.ex.)⁴².
- 20 La durée qui doit être celle du besoin d'aide ou de surveillance pour ouvrir le droit à des prestations est précisée dans les lois spéciales d'assurances sociales. En matière d'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, le droit à une allocation pour impotent est subordonné à l'exigence que la personne ait présenté une impotence sans interruption pendant une année entière au moins (art. 43^{bis} al. 2 LAVS, art. 42 al. 4 LAI, en relation avec les art. 28 al. 1 let. b et 42^{bis} al. 3 LAI et 35 al. 1 RAI)⁴³. Bien qu'un **délai d'attente** ne soit pas mentionné *expressis verbis* dans la LAA, un droit à une allocation pour impotent de l'assurance-accidents n'existe également que si le besoin d'aide peut être qualifié de du-

38 TF, 14.12.2017, 9C_330/2017, c.4; TF, 28.11.2017, 9C_539/2017, c.5.2.1-5.2.2; TF, 26.9.2014, 9C_425/2014, c.4.2; TF, 1.4.2010, 9C_410/2009, c.5.1.

39 TF, 14.12.2017, 9C_330/2017, c.4; TF, 28.11.2017, 9C_539/2017, c.5.3; TF, 1.4.2010, 9C_410/2009, c.5.5.

40 Cf., p.ex., TF, 3.4.2018, 9C_831/2017, c.3.1; TF, 21.4.2015, 9C_598/2014, c.5.2.1; TF, 15.10.2008, 8C_158/2008, c.5.2.1; TF, 31.1.2008, 9C_608/2007, c.2.2.1; ATF 107 V 136, c.1b; ATF 106 V 153, c.2a.

41 Est réputée vivre dans un home au sens de l'art. 42^{ter} al. 2 LAI, la personne qui y passe plus de quinze nuits par mois civil (cf. ATF 132 V 321, c.6-7).

42 TF, 3.4.2018, 9C_831/2017, c.3.1; TF, 4.3.2013, 8C_745/2012, c.6.2; ATF 107 V 136, c.1b; ATF 106 V 153, c.2a.

43 TF, 4.3.2013, 8C_745/2012, c.6.3. Cf. aussi ATF 137 V 351; ATF 105 V 66.

nable, ce qui ne saurait être le cas lorsque la durée du besoin est égale ou inférieure à deux mois⁴⁴. A cet égard, le délai d'attente d'une année arrêté par la LAVS et la LAI devrait pouvoir être appliqué par analogie dans les autres régimes d'assurances sociales qui octroient des allocations pour impotent (soit, dans l'assurance-accidents et l'assurance militaire)⁴⁵.

3. Une incapacité d'accomplir les actes élémentaires de la vie quotidienne

L'impotence qualifie une personne qui n'est plus en mesure d'accomplir des «actes élémentaires de la vie quotidienne» sans l'aide ou la surveillance d'autrui (art. 9 LPGa). Selon la jurisprudence, les **actes élémentaires de la vie quotidienne** recouvrent six domaines: se vêtir et se dévêtir (éventuellement adapter la prothèse ou l'enlever); se lever, s'asseoir, se coucher (y compris se mettre au lit ou le quitter); manger (apporter le repas au lit, couper des morceaux, amener la nourriture à la bouche, réduire la nourriture en purée, ainsi que la prise de nourriture par sonde); faire sa toilette (se laver, se coiffer, se raser, prendre un bain, se doucher); aller aux toilettes (se rhabiller, hygiène corporelle et vérification de la propreté, façon inhabituelle d'aller aux toilettes); se déplacer à l'intérieur ou à l'extérieur et établir des contacts (dans l'appartement, à l'extérieur, entretien des contacts sociaux)⁴⁶.

Les actes ordinaires de la vie ne comprennent ni les actes inhérents à l'exercice d'une profession ou à l'accomplissement d'activités équivalentes (études, vie en communauté, tenue du ménage proprement dite), ni les activités liées à la réadaptation professionnelle (assistance pour se rendre au travail, p.ex.); les effets du handicap dans ces domaines relèvent en effet de la notion d'invalidité et ils sont donc pris en compte lors de la détermination du droit à une éventuelle rente d'invalidité⁴⁷.

Si l'accomplissement d'un acte élémentaire de la vie est seulement rendu plus difficile ou ralenti par l'atteinte à la santé, la personne n'est pas réputée être impotente⁴⁸.

Les actes élémentaires de la vie quotidienne comportent généralement plusieurs **fonctions partielles**. Ainsi, par exemple, vérifier son hygiène, s'asseoir sur le siège des toilettes ou encore remettre en ordre ses vêtements après être allé aux toilettes, sont des fonctions partielles de l'acte «aller aux toilettes»; l'action qui consiste à fermer la porte des toilettes, en revanche, ne constitue pas une fonction partielle de cet acte⁴⁹.

Pour qu'il y ait nécessité d'assistance dans l'accomplissement d'un acte ordinaire de la vie comportant plusieurs fonctions partielles, il n'est pas indispensable que l'assuré nécessite l'aide d'autrui pour toutes ou la plupart de ces fonctions; il suffit, bien au contraire, qu'il ne requière l'aide régulière et importante d'autrui que pour une seule de ces fonctions partielles⁵⁰. En outre, le besoin d'une aide doit être admis même si l'intéressé peut encore accomplir une fonction partielle, lorsque celle-ci ne lui sert plus à rien⁵¹. Les fonctions par-

44 TF, 4.3.2013, 8C_745/2012, c. 6.4-6.5.

45 Cf. LOCHER/GÄCHTER, § 11 N 14.

46 Cf., parmi d'autres, ATF 127 V 94, c. 3c; ATF 121 V 88, c. 3a; ATF 117 V 27, c. 4b; ATF 113 V 17, c. 1a. Cf. aussi CIIAI, N 8010 et 8014-8024.

47 ATF 117 V 27, c. 4b. Cf. aussi CIIAI, N 8012.

48 TF, 14.10.2014, 9C_360/2014, c. 4.4; TF, 8.1.2013, 9C_633/2012, c. 3.4.

49 TF, 8.1.2013, 9C_633/2012, c. 4.2.2; ATF 121 V 88, c. 6.

50 TF, 16.10.2015, 8C_691/2014, c. 3.3; TF, 8.1.2013, 9C_633/2012, c. 3.4; ATF 117 V 146, c. 2; ATF 107 V 136, c. 1d; ATF 107 V 145, c. 1c.

51 TF, 16.10.2015, 8C_691/2014, c. 3.3; ATF 117 V 146, c. 3b; ATF 107 V 145, c. 1c.

tielles d'un acte ordinaire de la vie ne doivent toutefois être prises en considération qu'une fois en tout lorsque l'assuré a besoin de l'aide d'autrui pour accomplir ces fonctions dans plusieurs actes ordinaires⁵².

- 26 Si l'évaluation du degré d'impotence d'une personne doit être effectuée en tenant compte de l'obligation de diminuer le dommage qui incombe à l'assuré, l'on ne saurait toutefois, de manière générale, considérer comme apte à effectuer un acte ordinaire de la vie une personne qui ne peut accomplir cet acte que d'une façon non conforme aux mœurs usuelles⁵³. L'assuré qui est incapable d'utiliser des services pour manger, mais qui peut s'en sortir tout seul en portant les aliments à sa bouche à l'aide de ses doigts, «d'une manière sinon esthétique, du moins efficace», est ainsi réputé ne pas pouvoir manger sans l'aide d'autrui⁵⁴. A l'inverse, ne présente pas un besoin d'aide régulière pour se rendre aux toilettes, la personne qui, ne pouvant accéder à l'intérieur des toilettes avec son fauteuil roulant, est contrainte de recourir à l'aide d'une tierce personne pour fermer la porte des toilettes (*in casu*, la personne pouvait se placer devant l'entrée de la salle de bain seule, se transférer seule de son fauteuil sur le siège des toilettes et éliminer son urine et ses selles, de sorte que l'aide d'autrui consistait uniquement à retirer le fauteuil et à fermer la porte pour préserver son intimité); dans cet arrêt, toutefois, il s'agissait d'un couple, de sorte que la notion de sphère intime a été appréciée de manière plus large que celle qui a cours dans la sphère sociale et publique, le Tribunal fédéral ayant considéré que le fait de ne pas pouvoir fermer la porte des toilettes pendant leur utilisation ne dépassait pas, malgré les désagréments passagers que cela pouvait causer, le seuil du tolérable dans un couple présentant de nombreuses années de vie commune⁵⁵.

C. Le degré d'impotence

- 27 L'impotence est évaluée par les offices assurance-invalidité, en collaboration étroite avec le médecin⁵⁶.
- 28 Le **degré d'impotence** se détermine en fonction du nombre d'actes ordinaires de la vie (N 21 ss) pour lesquels l'aide ou la surveillance d'autrui est nécessaire (N 10)⁵⁷. Il est également tenu compte d'un besoin de soins permanents ou de surveillance personnelle permanente (N 13-14); dans l'assurance-invalidité, l'on prend en considération, de surcroît, un éventuel besoin de l'assuré d'être accompagné durablement pour faire face aux nécessités de la vie (cf. art. 42 al. 3 LAI, art. 37 al. 2 let. c, al. 3 let. e et 38 RAI; N 16). L'évaluation du besoin d'aide pour accomplir les actes élémentaires de la vie quotidienne relève donc d'une appréciation fonctionnelle ou qualitative de la situation⁵⁸.
- 29 **L'impotence peut être faible, moyenne ou grave** (art. 43^{bis} al. 1 LAVS, art. 42 al. 2 LAI, art. 27 LAA et 38 OLAA). Le degré d'impotence déterminant pour le calcul du montant de l'allocation au moment de la naissance du droit est déterminé en référence au degré d'impotence moyen présenté pendant la période d'attente d'une année (art. 43^{bis} al. 2

52 TF, 16.10.2015, 8C_691/2014, c. 3.3; TF, 1.6.2015, 9C_688/2014, c. 3.4; TF, 8.1.2013, 9C_633/2012, c. 3.4. Cf. aussi CIIAI, N 8027.

53 ATF 106 V 153, c. 2. Cf. aussi KIESER, ATSG-Kommentar, art. 9 N 8.

54 ATF 106 V 153, c. 2.

55 TF, 8.1.2013, 9C_633/2012, c. 4.2.2.

56 TF, 23.7.2007, I 677/05, c. 5.1.1. Sur l'évaluation du degré d'impotence, cf. CIIAI, N 8082-8091.

57 TF, 11.9.2014, 9C_350/2014, c. 4.2.2.

58 TF, 11.9.2014, 9C_350/2014, c. 4.2.2; TF, 25.2.2014, 9C_666/2013, c. 8.1.

LAVS, art. 42 al. 4 LAI, en relation avec les art. 28 al. 1 let. b, 42^{bis} al. 3 LAI et 35 al. 1 RAI)⁵⁹.

L'impotence est réputée **grave** lorsque l'assuré est entièrement impotent, c'est-à-dire lorsqu'il a besoin d'une aide régulière et importante d'autrui pour tous les actes ordinaires de la vie et si son état nécessite, en outre, des soins permanents ou une surveillance personnelle (art. 37 al. 1 RAI, art. 38 al. 2 OLAA)⁶⁰. **30**

L'impotence est **de degré moyen** si l'assuré, même avec des moyens auxiliaires, nécessite une aide régulière et importante d'autrui pour accomplir la plupart des actes ordinaires de la vie (art. 37 al. 2 let. a RAI, art. 38 al. 3 let. a OLAA) ou s'il a besoin d'une aide régulière et importante d'autrui pour accomplir au moins deux actes ordinaires de la vie, et nécessite, en outre, une surveillance personnelle permanente (art. 37 al. 2 RAI, art. 38 al. 3 let. b OLAA). Dans l'assurance-invalidité, une impotence moyenne est également admise lorsqu'une personne vivant chez elle requiert une aide régulière et importante d'autrui pour accomplir au moins deux actes ordinaires de la vie et nécessite, en sus, un accompagnement durable pour faire face aux nécessités de la vie (art. 42 al. 3 LAI, art. 37 al. 2 let. c et 38 RAI; N 16). **31**

L'impotence est **faible** si l'assuré, même avec des moyens auxiliaires, a besoin de l'aide d'autrui, de façon régulière et importante, pour accomplir au moins deux actes ordinaires de la vie (art. 37 al. 3 let. a RAI, art. 38 al. 4 let. a OLAA), s'il nécessite une surveillance personnelle permanente (art. 37 al. 3 let. b RAI, art. 38 al. 4 let. b OLAA), s'il présente de façon permanente un besoin de soins particulièrement astreignants du fait de son infirmité (art. 37 al. 3 let. c RAI, art. 38 al. 4 let. c OLAA) ou s'il ne peut, en raison d'une grave atteinte des organes sensoriels ou d'une grave infirmité corporelle, entretenir des contacts sociaux avec son entourage que grâce à d'importants services fournis de façon régulière par des tiers (art. 37 al. 3 let. d RAI, art. 38 al. 4 let. d OLAA). Dans l'assurance-invalidité, présente également une impotence faible, la personne qui requiert un accompagnement durable pour faire face aux nécessités de la vie (art. 42 al. 3 LAI, art. 37 al. 3 let. e et 38 RAI; N 16). **32**

Art. 10

Salarié

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

Est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales.

Als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten Personen, die in unselbstständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen.

⁵⁹ ATF 125 V 256.

⁶⁰ Dans l'AVS, la LAI s'applique par analogie à l'évaluation de l'impotence (art. 43^{bis} al. 5 LAVS). Cf. aussi art. 66^{bis} al. 1 RAVS: l'art. 37 al. 1, al. 2 let. a et b et al. 3 let. a-d RAI est applicable par analogie à l'évaluation de l'impotence. Etant donné que l'art. 66^{bis} al. 1 RAVS ne renvoie pas aux art. 37 al. 2 let. c, al. 3 let. e et 38 RAI, dans l'AVS, on ne prend toutefois pas en considération un éventuel besoin de l'assuré d'être accompagné durablement pour faire face aux nécessités de la vie. Cependant, en vertu du principe de la garantie des droits acquis (art. 43^{bis} al. 4 LAVS), lorsqu'une personne qui était au bénéfice d'une allocation pour impotent de l'assurance-invalidité arrive à l'âge de la retraite, elle est assurée de percevoir une allocation pour impotent au moins égale de l'AVS.

Salariati È considerato salariato chi per un lavoro dipendente riceve un salario determinante secondo la pertinente legge.

Plan

	N
I. Généralités	1
II. Eléments constitutifs de la notion de salarié	8
A. Travail dépendant	10
B. Salaire déterminant	19
III. Casuistique	27
IV. Portée de la disposition	31
A. La portée de la notion de salarié en droit des assurances sociales	32
B. Droit des assurances sociales et droit du travail	37

Bibliographie

ACHERMANN KARL, Der Arbeitgeber in der schweizerischen Sozialversicherung, RSAS 1960 117 ss; AUBERT GABRIEL, art. 319, in Thévenoz/Werro (éd.), Commentaire romand, Code des obligations I, Bâle 2012, 1965 ss; BOHNET FRANÇOIS/DIETSCHY PATRICIA, art. 343 CO, in Dunand/Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, 896 ss; DIETSCHY PATRICIA, Les conflits de travail en procédure civile suisse, Bâle 2011; DUNAND JEAN-PHILIPPE, art. 319 CO, in Dunand/Mahon (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, 1 ss (cité: Commentaire); DUNAND JEAN-PHILIPPE, Internet au travail: droits et obligations de l'employeur et du travailleur, in Dunand/Mahon (éd.), Internet au travail, Genève/Zurich/Bâle 2014, 33 ss (cité: Internet); FREY FELIX, Worin sich die Selbständigerwerbenden von den Unselbständigerwerbenden unterscheiden, in Schaffhauser/Kieser (éd.), AHV – Beitragsrecht, St-Gall 2011, 41 ss; KAHIL-WOLFF BETTINA, Présentation générale de la LPGA, in Kahil-Wolff (éd.), Partie générale, 13 ss (cité: Présentation); LANZ RAPHAEL, Die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht, PJA 1997 1463 ss; PÄRLI KURT, Das Einkommen von Uber-Fahrem im Lichte des Sozialversicherungsrechts, Jusletter du 12 juin 2017; PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, art. 319, in Vogt (éd.), Basler Kommentar OR I, Bâle 2015, 1806 ss; RIEMER-KAFKA GABRIELA/STUDER VIVIANA, Digitalisierung und Sozialversicherung – einige Gedanken zum Umgang mit neuen Technologien in der Arbeitswelt, RSAS 2017 354 ss; ROUSSELLE-RUFFIEUX SARA, Activité dépendante et indépendante au regard du CO et de la LAVS, in Wyler (éd.), Panorama II en droit du travail, Berne 2012, 177 ss; SCHWAB KLAUS, La quatrième révolution industrielle, Malakoff 2017; STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 CO, Zurich/Bâle/Genève 2012; VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY, Effets de la LPGA sur le droit du travail, DTA 2005 153 ss; WITZIG AURÉLIEN, L'ubérisation du monde du travail. Réponses juridiques à une évolution économique, RDS I 2016 457 ss (cité: Ubérisation); WITZIG AURÉLIEN, Droit du travail, Genève/Zurich/Bâle 2018 (cité: Droit du travail); WYLER RÉMY, Les rapports de la LPGA avec le droit du travail, in Kahil-Wolff (éd.), Partie générale, 131 ss; WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, Berne 2014.

I. Généralités

- 1 L'art. 10 LPGA fait partie du chapitre 2 de la loi qui est consacré aux définitions de «notions générales» (cf. art. 3 à 13a LPGA). Il contient une définition de la notion de salarié.
- 2 La disposition a fait l'objet de plusieurs versions lors des travaux préparatoires¹. La formulation finalement retenue résulte pour partie d'une proposition de la Commission du

¹ Cf. Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4195 s., ainsi que KIESER, ATSG-Kommentar, art. 10 N 1.

Conseil des Etats de 1991 et pour partie d'une proposition du Conseil fédéral de 1994. A cet égard, la Commission du Conseil des Etats proposait une définition du salarié en fonction du «sujet», soit la personne du salarié: «Est réputé salarié celui qui reçoit une rémunération pour un travail dépendant fourni pour un temps déterminé ou indéterminé»². En revanche, le Conseil fédéral proposait une définition en fonction de l'«objet», soit du «salaire déterminant»: «Est réputé salarié celui qui reçoit un salaire déterminant [...]»³. L'art. 10 LPGa n'a pas été modifié depuis l'adoption de la loi. Il n'a par ailleurs pas été précisé dans l'OPGA.

L'art. 10 LPGa doit être étudié en relation avec les art. 11 et 12 de la loi. Il convient en effet de distinguer, d'une part, le «salarié» (défini à l'art. 10 LPGa) qui noue une relation juridique avec un «employeur» (défini à l'art. 11 LPGa) dans le cadre d'une activité lucrative dépendante, et, d'autre part, les «personnes exerçant une activité lucrative indépendante» (définies à l'art. 12 LPGa). 3

Le mot «salarié» a l'avantage de la concision, mais l'inconvénient de ne pas être un terme utilisé couramment en droit des assurances sociales. Le salarié correspond, en réalité, à la notion de personne exerçant une activité lucrative dépendante, au sens de l'art. 5 LAVS⁴. 4

L'exercice d'une activité lucrative dépendante déclenche l'assujettissement à la plupart des régimes d'assurance sociale⁵. C'est dire son importance. Toutefois, la législation sur l'AVS a tenu depuis longtemps le rôle de «partie générale officieuse» en ce domaine, rôle qu'elle a conservé après l'entrée en vigueur de la LPGa⁶. En conséquence, la définition de l'art. 10 LPGa doit être comprise en relation avec la pratique de l'AVS⁷, à laquelle nous nous référerons largement. 5

La notion de salarié, respectivement de personne exerçant une activité lucrative dépendante, est réglée de manière impérative dans la législation de sécurité sociale. Toute convention contraire des parties est nulle de plein droit et inopposable à l'assureur social⁸. 6

Nous exposerons ci-dessous, dans l'ordre, les éléments constitutifs de la notion de salarié (**chapitre II**), la casuistique traitée par la jurisprudence (**chapitre III**), et enfin, la portée de la notion (**chapitre IV**). 7

II. Eléments constitutifs de la notion de salarié

Selon l'art. 10 LPGa, la notion de salarié dépend de la réalisation de deux conditions cumulatives: est, en effet, réputé salarié celui qui fournit une prestation de travail dépendante (N 10 ss) et qui reçoit en échange de cette prestation un salaire déterminant (N 19 ss)⁹. La définition comporte ainsi un double caractère qui englobe à la fois le sujet, soit le salarié, et l'objet, soit le salaire déterminant¹⁰. 8

2 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, ad. art. 10 LPGa, 184 et 244 s.

3 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, ad. art. 10 LPGa, 908 ss.

4 KAHIL-WOLFF, Présentation, 19.

5 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 109 N 75.

6 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 109 N 75.

7 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 10 N 20 s.; VON KAENEL/WYLER, 157 s.

8 ATF 107 II 430, c. 4. Voir aussi KIESER, ATSG-Kommentar, art. 10 N 18.

9 ATF 140 V 368, c. 4.1; TF, 4.8.2014, 9C_166/2014, c. 4.1. Voir aussi KIESER, ATSG-Kommentar, art. 10 N 24.

10 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 10 N 1; WYLER, 134.

- 9 Il va de soi que le terme « salarié » comprend autant les femmes que les hommes. Dans ce sens, la version allemande de l'art. 10 LPGA est plus précise et neutre puisqu'elle inclut expressément les salariées¹¹.

A. Travail dépendant

- 10 Le premier élément constitutif de la notion de salarié consiste dans l'exécution d'une prestation de travail dépendante.
- 11 La prestation de travail englobe toute activité humaine, de nature physique ou intellectuelle, déterminée, qui est exercée en vue d'obtenir une rémunération¹². Les motifs pour lesquels la personne concernée exécute l'activité n'ont pas d'importance¹³. Le travail est fourni pendant un certain temps, pour une durée déterminée ou indéterminée¹⁴.
- 12 Quant à l'activité dépendante proprement dite, il s'agit d'une notion juridique indéterminée qui n'est définie ni dans la LPGA ni dans aucune autre loi de sécurité sociale. Il faut donc en chercher les critères dans la jurisprudence (relative à la LAVS et à l'art. 10 LPGA)¹⁵.
- 13 Selon la jurisprudence, le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée dépend essentiellement des circonstances économiques et non de la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Les rapports de droit civil (qualification du contrat) peuvent certes fournir des indices, mais ils ne sont pas déterminants¹⁶. Comme nous le préciserons encore, la jurisprudence retient une conception autonome de la notion de salarié en droit de la sécurité sociale qui n'est notamment pas identique à la notion de salarié en droit du travail (N 31 ss).
- 14 En droit de la sécurité sociale, est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation de son travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise (N 15 ss) et qui ne supporte pas le risque économique encouru par l'entrepreneur (N 17 ss)¹⁷. L'importance de ces deux critères généraux est comparable. En fonction des circonstances du cas d'espèce, il pourra toutefois être justifié de donner un poids accru au lien de dépendance ou alors à l'absence de risque économique¹⁸.

1. Lien de dépendance

- 15 Selon la jurisprudence et la pratique des autorités AVS, les principaux éléments qui permettent de déterminer le lien de dépendance (rapport social de dépendance) quant à l'organisation du travail et du point de vue économique sont¹⁹:

11 «*Als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten Personen (...)*».

12 PORTMANN/RUDOLPH, N 7; WYLER/HEINZER, 20.

13 OFAS, Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD), état au 1^{er} janvier 2017, N 1003.

14 OFAS, Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD), état au 1^{er} janvier 2017, N 1004.

15 LOCHER/GÄCHTER, § 22 N 14.

16 ATF 123 V 161, c. 1; ATF 122 V 169, c. 3a; ATF 119 V 161, c. 2; TF, 5.7.2011, 9C_1062/2010, c. 7.1.

17 ATF 123 V 161, c. 1; ATF 122 V 169, c. 3a; ATF 119 V 161, c. 2; TF, 5.7.2011, 9C_1062/2010, c. 7.1; TF, 18.6.2013, 8C_97/2013, c. 2.2.

18 LOCHER/GÄCHTER, § 22 N 21.

19 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 10 N 17 ss; LANZ, 1468 ss; ROUSSELLE-RUFFIEUX, 192, et les références citées par ces auteurs.

- le droit de l'employeur de donner au salarié des directives précises sur les tâches à effectuer, le lieu et l'horaire de travail (lien de subordination);
- l'obligation pour le salarié d'exercer personnellement la tâche qui lui est confiée;
- le fait que la rémunération est fixée essentiellement en fonction du temps de présence dans l'entreprise et non en fonction du travail effectué;
- le fait que le salarié n'exécute de prestations que pour un seul client (employeur);
- l'obligation de respecter un règlement d'entreprise;
- l'interdiction de concurrence exigée du salarié.

On l'aura compris, la notion d'activité lucrative dépendante englobe en premier lieu les rapports créés par un contrat de travail au sens de l'art. 319 CO. Elle les dépasse toutefois largement puisque ce n'est pas la nature juridique du lien liant les parties qui est décisive, mais l'ensemble des circonstances économiques²⁰. **16**

2. Absence de risque économique encouru par l'assuré

Le risque économique encouru par l'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise²¹. L'indépendant supporte seul les frais de son activité économique indépendamment de la réussite de celle-ci²². **17**

Constituent notamment des indices révélant l'absence d'un risque économique d'entrepreneur, et donc l'existence d'une activité dépendante, le fait que l'assuré²³: **18**

- n'opère pas des investissements importants ou n'a aucun pouvoir de décision sur les investissements;
- ne subit pas les pertes;
- ne supporte pas le risque d'encaissement et de ducroire;
- ne supporte pas les frais généraux;
- n'agit pas en son propre nom et pour son propre compte;
- ne se procure pas lui-même les mandats;
- n'occupe pas du personnel;
- n'utilise pas ses propres locaux commerciaux;
- n'exerce pas une activité simultanée pour plusieurs mandants;
- n'est pas inscrit en raison individuelle au registre du commerce.

B. Salaire déterminant

Le second élément constitutif de la notion de salarié réside dans la réception d'un «salaire déterminant au sens des lois spéciales». **19**

Le «salaire déterminant» constitue la rémunération versée en raison d'une activité dépendante²⁴. La notion de salaire déterminant n'est pas définie dans la LPGA. Elle a été reprise de la LAVS dans laquelle elle constitue le critère de délimitation entre l'activité rémunérée dépendante et l'activité rémunérée indépendante. Selon l'art. 5 al. 2 LAVS, **20**

²⁰ VALTERIO, Commentaire AVS/AI, N 220.

²¹ TF, 5.7.2011, 9C_1062/2010, c. 7.3; TFA, 10.1.2005, H 334/03, c. 6.3.1.

²² ROUSSELLE-RUFFIEUX, 190.

²³ Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 10 N 17 ss; LANZ, 1471 ss; ROUSSELLE-RUFFIEUX, 191 s., et les références citées par ces auteurs.

²⁴ ROUSSELLE-RUFFIEUX, 188.

première phrase, le salaire déterminant comprend «toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé».

- 21 La rémunération comprend des prestations en argent ou en nature, éventuellement une créance du salarié²⁵. Elle est en principe fixée en fonction du temps pendant lequel le travailleur se met à disposition de son employeur. Elle peut aussi dépendre, en tout ou partie, du travail fourni ou d'autres critères, comme le résultat de l'entreprise²⁶.
- 22 Le législateur a énuméré de manière exemplative un certain nombre de contributions qui doivent être considérées comme «salaire déterminant»: il s'agit des «allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail» (art. 5 al. 2, 2^e phrase, LAVS)²⁷. L'art. 7 RAVS détaille les éléments du salaire déterminant, alors que l'art. 8 RAVS en précise, de manière exhaustive, les exceptions²⁸.
- 23 Selon le Tribunal fédéral, font partie du salaire déterminant, par définition, toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail; peu importe, à ce propos, que les rapports de service soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole²⁹.
- 24 On considère donc comme revenu d'une activité salariée, soumis à cotisations, non seulement les rétributions versées pour un travail effectué, mais en principe toute indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de cotisations en vertu de prescriptions légales expressément formulées³⁰.
- 25 Selon la jurisprudence, font partie du salaire déterminant les versements opérés par l'employeur en faveur des travailleurs licenciés en raison de la fusion d'entreprises ou de mesures de restructuration, lorsque ces paiements ont pour but de compenser le dommage subi temporairement par la perte de l'emploi ou les inconvénients liés à la recherche d'une nouvelle activité. Il en va de même de l'indemnité versée en raison de la perte d'emploi avant même l'entrée en service du travailleur³¹.
- 26 La formulation de l'art. 10 LPGa, qui se réfère «aux lois spéciales», peut donner l'impression que chaque loi spéciale de sécurité sociale aurait sa propre définition de la notion de salaire déterminant et par voie de conséquence de salarié. Tel n'est pas le cas. En effet, s'agissant de la notion de salaire déterminant, les différentes lois renvoient de manière explicite ou implicite à l'art. 5 al. 2 LAVS qui constitue donc la source générique³². La référence «aux lois spéciales» doit plutôt se comprendre dans le sens que l'on est resté à une fixation différenciée du gain déterminant dans chaque loi d'assurances sociales³³.

25 OFAS, Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD), état au 1^{er} janvier 2017, N1007.

26 WYLER/HEINZER, 135 ss.

27 Cf. GREBER/DUC/SCARTAZZINI, art. 5 N 20.

28 Cf. GREBER/DUC/SCARTAZZINI, art. 5 N 22.

29 ATF 140 V 368, c. 4.3.1; ATF 137 V 321, c. 2; ATF 133 V 153, c. 3.1; ATF 131 V 444, c. 1.

30 ATF 123 V 5, c. 1.

31 ATF 124 V 100, c. 2.

32 LOCHER/GÄCHTER, § 22 N 12.

33 WYLER, 135.

III. Casuistique

Le Tribunal fédéral a relevé que les manifestations de la vie économique revêtent des formes si diverses qu'il faut décider dans chaque cas particulier si l'on est en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante, en considérant toutes les circonstances du cas d'espèce³⁴. La diversité des relations économiques créées par les conventions contractuelles passées entre les parties, la variété des conditions de travail et l'apparition de nouvelles formes de rémunération empêchent d'établir une classification schématique des activités dépendantes et indépendantes³⁵. A notre sens, il faut aussi tenir compte du fait que la quatrième révolution industrielle implique une transformation profonde des systèmes de production, de consommation, de transport et de livraison³⁶. En effet, l'«économie à la demande» bouleverse complètement la typologie et les acteurs des prestations de service³⁷. On doit alors se demander si les critères de rattachement actuels pour qualifier une activité lucrative de dépendante ou indépendante tiennent suffisamment compte des situations nouvelles qui sont induites par la transformation numérique de l'économie³⁸?

D'une manière générale, on trouvera souvent dans un cas donné des caractéristiques appartenant autant aux activités dépendantes qu'indépendantes; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants. La nature juridique du rapport liant les parties n'est pas déterminante³⁹. Ainsi, des constructions insolites de droit civil, destinées à motiver un certain statut d'assuré social, sont dépourvues de valeur indicative⁴⁰. De même, la qualification opérée par les autorités fiscales n'est pas décisive⁴¹. Par ailleurs, il n'existe pas de présomption juridique en faveur de l'activité salariée ou indépendante⁴². Enfin, il faut tenir compte du fait qu'une personne peut avoir simultanément les deux statuts ou alors changer de statut (cf. art. 12 al. 2 LPG; art. 12 N 23 ss).

Il résulte de ce qui précède qu'il est dans la plupart des cas impossible de répertorier des professions ou des activités qui seraient typiques d'une activité dépendante ou indépendante. C'est ainsi que les professions suivantes ont pu être considérées par l'assureur social ou par le juge comme un cas d'activité dépendante ou indépendante, en fonction de l'analyse de l'ensemble des circonstances: agents, artistes, auteurs, chauffeurs de taxi, coiffeurs, comptables, concierges, conseillers, engraisseurs de veaux ou de porcs, enseignants, experts, informaticiens, journalistes, médecins, musiciens, professeurs de ski, psychologues, traducteurs, travailleurs à la tâche, voyageurs et représentants de commerce, etc.⁴³.

La jurisprudence concernant la délimitation entre activité lucrative dépendante et indépendante est abondante⁴⁴. Nous présenterons ici quelques cas qui ont été considérés

34 ATF 123 V 161, c. 1.

35 GREBER/DUC/SCARTAZZINI, 186 ss; OFAS, Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD), état au 1^{er} janvier 2017, 83 ss.

36 SCHWAB, 12.

37 SCHWAB, 62 ss.

38 Cf. RIEMER-KAFKA/STUDER, 358 ss et WITZIG, Ubérisation, 469.

39 ATF 123 V 161, c. 1; ATF 114 V 65, c. 2a; TF, 5.7.2011, 9C_1062/2010, c. 7.1.

40 GREBER/DUC/SCARTAZZINI, art. 5 N 99; VALTERIO, Commentaire AVS/AI, N 299.

41 TF, 31.5.2010, 9C_1094/2009, c. 2.3.

42 LANZ, 1474; OFAS, Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD), état au 1^{er} janvier 2017, N 1020.

43 Cf. GREBER/DUC/SCARTAZZINI, 186 ss; OFAS, Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD), état au 1^{er} janvier 2017, 83 ss; VALTERIO, Commentaire AVS/AI, 79 ss.

44 Cf. FREY, 47 ss; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 10 N 18 et art. 12 N 9; VALTERIO, Commentaire AVS/AI, 79 ss, et les références citées par ces auteurs.

comme des revenus d'une activité lucrative dépendante au sens de la législation de sécurité sociale, correspondant donc à la notion de salarié au sens de l'art. 10 LPGa:

- les revenus des vigneron-tâcherons, dans la mesure où ils s'étaient engagés à œuvrer pour le compte de propriétaires pendant un temps déterminé, que leur activité était réglée par des prescriptions détaillées et que leur rémunération laissait pour l'essentiel le risque économique de l'exploitation à la charge des propriétaires (1988)⁴⁵;
- les revenus de journalistes (dits libres) qui rédigeaient régulièrement des articles pour le même journal et qui étaient soumis au pouvoir de direction de l'éditeur, même s'ils étaient libres dans l'organisation de leur travail et qu'ils disposaient de leur propre bureau et de leur propre documentation (1993)⁴⁶;
- les revenus perçus par une hôtesse téléphonique, dont la tâche consistait à entretenir des conversations téléphoniques dans le cadre d'un télékiosque, dans la mesure où elle travaillait dans une exploitation qui disposait de ses propres installations, que le décompte se fondait sur les heures effectuées, que le travail était régulièrement contrôlé et que l'hôtesse ne supportait pas de risque économique (1996)⁴⁷;
- les honoraires perçus par les médecins-chefs pour les traitements stationnaires prodigués à des patients de la division privée des établissements hospitaliers du canton de Lucerne, dans la mesure où ces médecins bénéficiaient des installations et du personnel de l'hôpital, même s'ils étaient soumis à des contrats de mandat, que l'administration fiscale avait considéré les honoraires perçus comme provenant d'une activité lucrative indépendante et que les médecins supportaient le risque du recouvrement de leurs honoraires (1996)⁴⁸;
- les honoraires perçus par les médecins-chefs pour les traitements stationnaires prodigués à des patients de la division privée des établissements hospitaliers du canton de Genève, dans la mesure où toute l'infrastructure et le personnel de l'hôpital étaient mis à leur disposition (1998)⁴⁹;
- les revenus perçus par des revendeuses autorisées, qui vendaient des produits lors de réunions à domicile, dans la mesure où l'activité ne nécessitait aucune organisation d'entreprise (pas de personnel ou de locaux propres, absence d'investissements d'une certaine importance) et que le risque de mévente était limité, et même si l'activité présentait des particularités liées à son mode d'organisation (liberté d'agir pour son propre compte et d'établir les factures en son nom, liberté d'organiser son travail) (2003)⁵⁰;
- les revenus perçus par des travailleuses à domicile effectuant des travaux simples, dans la mesure où elles ne supportaient aucun risque d'entrepreneur et qu'elles se trouvaient dans une relation de dépendance qui résultait notamment de la régularité du travail fourni, ainsi que du devoir de respecter les directives sur les modalités d'exécution du travail (2003)⁵¹;
- les revenus perçus par un pilote d'avion (dit libre) qui travaillait régulièrement pour la même société et qui remplaçait souvent des employés fixes, par exemple lorsqu'ils étaient en vacances ou en congé, même s'il avait la faculté de refuser certains travaux (2008)⁵²;

45 ATF 114 V 65, c. 2b.

46 ATF 119 V 161, c. 3.

47 ATF 122 V 169, c. 6.

48 ATF 122 V 281, c. 5.

49 ATF 124 V 97, c. 6a.

50 TFA, 22.5.2003, H 61/02, c. 3.

51 TFA, 23.1.2003, H 274/02, c. 3.

52 TF, 1.7.2009, 9C_614/2008, c. 4.2.

- les revenus perçus par un chauffeur de taxi qui effectuait des prestations au service d'une société assumant la fonction de coordinatrice entre chauffeurs de taxis propriétaires de leurs véhicules, dans la mesure où le taxi était revêtu du logo et du numéro de téléphone de la société, que le chauffeur était tenu de facto au respect d'un horaire de travail et qu'il ne supportait pas de risque économique (2017)⁵³;
- les revenus perçus par une psychothérapeute exerçant une activité à temps partiel au sein d'un institut constitué en société en nom collectif, sous sa propre responsabilité et pour son propre compte, dans la mesure où elle apparaissait sur le site Internet de l'institut comme membre du team et qu'elle partageait l'ensemble des locaux avec ses confrères (salle de traitement, salle d'attente, secrétariat, sanitaires, etc.) contre une participation aux frais généraux (2018)⁵⁴.

IV. Portée de la disposition

La notion de salarié, respectivement de personne exerçant une activité lucrative dépendante, au sens des art. 10 LPGA et 5 al. 2 LAVS, a un impact très important en droit des assurances sociales (N 32 ss). Elle n'a en revanche pas de portée spécifique dans d'autres branches juridiques car la jurisprudence part du principe que chaque domaine a sa propre conception (autonome) de la notion de salarié⁵⁵. En pratique, c'est la comparaison entre le droit de la sécurité sociale et le droit privé du travail (art. 319 al. 1 CO) qui suscite l'attention, tant les interactions entre ces deux disciplines sont nombreuses (N 37 ss).

A. La portée de la notion de salarié en droit des assurances sociales

La distinction entre personne exerçant une activité lucrative dépendante et personne exerçant une activité lucrative indépendante est fondamentale en droit des assurances sociales puisqu'elle délimite le statut des personnes dans les divers régimes et qu'elle détermine le taux de cotisation, ainsi que le mode de perception⁵⁶.

La personne qui exerce une activité lucrative dépendante (le salarié) bénéficie d'une couverture obligatoire contre les risques de la vieillesse et de l'invalidité (LAVS, LPP et LAI), de l'accident (LAA), de la maternité et du service militaire (LAPG), et du chômage (LACI).

En revanche, la personne qui exerce une activité lucrative indépendante, n'est pas obligatoirement assujettie à la prévoyance professionnelle (cf. art. 3 LPP), ne bénéficie pas de l'assurance-accidents obligatoire (cf. art. 4 LAA) et est exclue de l'assurance-chômage (cf. art. 2 et 13 LACI).

De même, dans le régime de l'AVS, la distinction entre revenu d'une activité lucrative dépendante (cf. art. 5 LAVS) et indépendante (cf. art. 9 LAVS) est décisive⁵⁷. Lorsque le revenu provient d'une activité indépendante, l'assuré doit verser la totalité des cotisations, lesquelles ne peuvent pas être prélevées à la source (cf. art. 8 ss LAVS). En revanche, lorsque le revenu provient d'une activité lucrative dépendante, les cotisations sont partagées entre l'assuré et l'employeur et les cotisations perçues sont prélevées à la source chez l'employeur (cf. art. 5 ss LAVS)⁵⁸. On parle alors de cotisations «paritaires».

53 TF, 19.6.2017, 8C_189/2017, c. 4. Voir également, TF, 9.11.2017, 8C_571/2017.

54 TF, 17.5.2018, 9C_308/2017, c. 6.

55 ATF 122 V 169, c. 3a.

56 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 10 N 3; LANZ, 1464.

57 GREBER/DUC/SCARTAZZINI, art. 5 N 96.

58 LOCHER/GÄCHTER, § 22 N 3; VALTERIO, Commentaire AVS/AI, N 214.

- 36 Plus généralement, et pour assurer la cohérence du système, il faut partir du principe que la notion de salarié de l'art. 10 LPGa a vocation à s'appliquer à l'ensemble du droit suisse de la sécurité sociale⁵⁹. Ce qui n'empêche pas l'existence de quelques situations spécifiques⁶⁰. Par exemple, l'art. 1a al. 2 LAA prévoit que le Conseil fédéral peut étendre l'assurance obligatoire aux «personnes dont la situation est analogue à celle qui résulterait d'un contrat de travail». Le Conseil fédéral a utilisé cette compétence pour les «personnes exerçant une activité chez un employeur aux fins de se préparer au choix d'une profession» (art. 1a al. 1 OLAA).

B. Droit des assurances sociales et droit du travail

- 37 La conception de la notion de salarié en droit des assurances sociales n'a pas d'influence directe sur la notion de salarié/travailleur en droit du travail puisque les deux matières sont considérées comme autonomes. Certes, la plupart des critères retenus en droit de la sécurité sociale se retrouvent en droit privé du travail. Malgré tout, les notions ne sont pas identiques. En effet, ainsi que nous l'avons évoqué (N 8 ss), le droit de la sécurité sociale prend surtout en considération le degré de dépendance économique. Alors que, comme nous allons le voir, le droit privé du travail accorde, lui, une importance prépondérante à la notion de subordination juridique (N 38 ss). Il conviendra, finalement, de relever les convergences et les divergences entre les deux matières (N 54 ss).

1. La notion de salarié (employé) en droit privé du travail (art. 319 al. 1 CO)

- 38 L'art. 319 al. 1 CO définit le contrat individuel de travail comme le contrat par lequel «le travailleur s'engage pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et celui-ci à payer un salaire fixé d'après le temps ou le travail fourni».
- 39 D'un point de vue terminologique, il convient de relever que la disposition légale précitée a consacré le terme de «travailleur» et non de «salarié». Cette différence n'a pas de portée matérielle puisqu'on utilise en droit privé du travail indistinctement les termes de «travailleur», d'«employé» et de «salarié» pour nommer la personne qui fournit sa prestation de travail au service de l'employeur.
- 40 Le contrat de travail est donc un contrat bilatéral parfait dont la réalisation dépend de l'existence de quatre conditions cumulatives⁶¹:
- une prestation personnelle de travail;
 - un élément de durée (déterminée ou indéterminée);
 - un rapport de subordination;
 - un salaire.
- 41 Le lien de subordination constitue l'élément caractéristique essentiel du contrat de travail⁶². En pratique, il tient souvent lieu de critère décisif qui permet d'admettre ou au contraire d'exclure l'existence d'un contrat de travail au profit d'un autre contrat (contrat d'entreprise, de mandat ou de société simple notamment)⁶³.

59 LOCHER/GÄCHTER, § 22 N 7 et N 23. Voir aussi LANG, 1464 ss. *Contra*: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 10 N 22 s. et 33 ss, qui se réfère à l'art. 2 LPGa.

60 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 10 N 12 s.

61 Cf. DUNAND, Commentaire, art. 319 N 8.

62 DUNAND, Commentaire, art. 319 N 16; WITZIG, Droit du travail, 86 ss.

63 Cf., p.ex., ATF 130 III 213, c. 2.1; TF, 4.2.2000, 4C.346/1999, c. 2.

Le rapport de subordination place le travailleur dans la dépendance de son employeur sous l'angle temporel (horaire et temps de travail), spatial (lieu de travail) et hiérarchique (instructions et contrôle)⁶⁴. En raison de ce rapport de dépendance, le contrat de travail constitue sous l'angle contractuel le contrat de l'activité dépendante par excellence⁶⁵. **42**

Sont en principe considérés comme des indices de la conclusion d'un contrat de travail (étant entendu qu'aucun des indices n'est à lui seul déterminant)⁶⁶: **43**

- l'obligation de respecter le même horaire que les autres collaborateurs et d'annoncer ses absences;
- l'exercice de l'activité dans les locaux de l'employeur et l'utilisation du matériel fourni par celui-ci, son papier à lettres ou son adresse électronique;
- l'obligation de remettre des rapports périodiques d'activité, de devoir participer à des réunions hebdomadaires ou de devoir rencontrer un certain nombre de clients;
- l'obligation d'atteindre un chiffre d'affaires minimum;
- le devoir de mettre en œuvre toutes ses forces au service de l'employeur;
- l'existence d'un traitement fixe et le remboursement des frais;
- l'obligation de travailler à plein temps;
- l'existence de rapports contractuels d'une certaine durée ou de clauses prévoyant un délai de congé;
- des dispositions relatives à une période d'essai, aux heures supplémentaires, aux vacances, à un salaire en cas de maladie ou à une interdiction de concurrence;
- ou encore, le prélèvement de cotisations sociales sur la rémunération due, ainsi que la qualification d'activité lucrative dépendante, opérée par les autorités fiscales ou en matière d'assurances sociales (même si la notion est traitée de manière autonome dans les divers domaines juridiques).

La notion de lien de subordination en droit du travail tend toutefois à évoluer. En effet, pour apprécier le degré de dépendance du travailleur, la jurisprudence tient compte de manière croissante de l'intégration de celui-ci dans l'organisation de l'entreprise et de sa dépendance économique. Le critère de la dépendance purement juridique et fonctionnelle s'en trouve relativisé. **44**

En pratique, le degré d'indépendance n'est pas toujours un critère décisif étant donné que certains travailleurs, par exemple, ceux qui exercent des fonctions dirigeantes, typiquement libérales, ou ceux qui sont payés à la commission, peuvent disposer d'une large autonomie dans l'organisation de leur travail⁶⁷. Il faut alors se fonder sur l'image globale que présente l'intégration du prestataire de services dans l'entreprise⁶⁸. Selon le Tribunal fédéral, pour conclure à l'existence d'un rapport de subordination, et partant d'un contrat de travail, il faut que le prestataire de services déploie son activité en étant intégré dans l'organisation de l'entreprise qui l'emploie, sous le contrôle et l'autorité des organes de l'employeur⁶⁹. La subordination est alors essentiellement organisationnelle et non plus fonctionnelle⁷⁰. Dans un tel cas, plaident notamment en faveur du contrat de travail la **45**

64 AUBERT, art. 319 N 6-13.

65 ROUSSELLE-RUFFIEUX, 180.

66 Voir DUNAND, Commentaire, art. 319 N 31; PORTMANN/RUDOLPH, N 14 ss; ROUSSELLE-RUFFIEUX, 181 ss, et les références citées par ces auteurs.

67 DUNAND, Commentaire, art. 319 N 17, et les références citées.

68 TF, 9.3.2004, 4P.83/2003, c. 3.2.

69 TF, 5.7.2011, 4A_194/2011, c. 5.6.1; TF, 31.10.2005, 4C.163/2005, c. 4.1.

70 TF, 3.9.2015, 4A_200/2015, c. 4.2.3; TF, 29.4.2015, 4A_86/2015, c. 4.1; TF, 5.7.2011, 4A_194/2011, c. 5.6.1.

rémunération fixe ou périodique, la mise à disposition d'une place de travail et des outils de travail, ainsi que la prise en charge, par l'employeur, du risque de l'entreprise; le travailleur renonce à participer au marché comme entrepreneur assumant le risque économique et abandonne à un tiers l'exploitation de sa prestation, en contrepartie d'un revenu assuré⁷¹.

- 46 Par ailleurs, le Tribunal fédéral n'hésite plus à tenir compte de la dépendance économique du travailleur comme critère de l'existence d'un lien de subordination et donc d'un contrat de travail⁷². Constitue un indice de dépendance économique le fait que le travailleur exerce son activité exclusivement pour un employeur unique, ou qu'il soit intégré dans une tierce structure de travail organisée dont il reçoit ses instructions, de sorte que le travailleur ne dispose pas d'indépendance dans la gestion de sa force de travail⁷³.
- 47 De même, le droit du travail a admis la notion de travailleur libre pour qualifier le prestataire de services qui déploie son activité professionnelle de manière relativement indépendante, tant du point de vue temporel que matériel, mais qui dépend fortement d'un point de vue économique d'une entreprise déterminée⁷⁴. Selon le Tribunal fédéral, comme cette catégorie de prestataires ne répond clairement ni à la définition du travailleur ni à celle de l'indépendant, il convient de déterminer de cas en cas si les art. 319 ss CO sur le contrat de travail peuvent s'appliquer, par analogie, pour mettre ces personnes au bénéfice d'une partie des normes protectrices du droit du travail, sans les assimiler toutefois entièrement au travailleur⁷⁵.
- 48 Enfin, l'économie numérique, issue de la quatrième révolution industrielle, transforme en profondeur les rapports de travail⁷⁶. Une autonomie accrue est accordée aux employés quant au lieu et au temps de travail⁷⁷. Dans certains secteurs, les employeurs recourent désormais au « nuage humain » (« *human cloud* ») dans lequel les personnes qui proposent leur force de travail ne sont plus des employés au sens classique mais des prestataires de services plus ou moins indépendants⁷⁸.
- 49 Il est fréquent que les parties à un litige se disputent au sujet de la qualification du contrat. Il faut souligner que ce n'est pas tant l'activité exercée (p.ex.: conseils juridiques) qui détermine l'existence ou non d'un contrat de travail, mais bien plus les caractéristiques des liens noués avec le contractant (existence d'un lien de subordination)⁷⁹. Ainsi, un avocat peut intervenir autant en qualité d'employé que de mandataire.
- 50 Le juge devra effectuer une appréciation globale dans laquelle il prendra en compte l'ensemble des circonstances intervenues avant, pendant, et après la conclusion du contrat⁸⁰. Pour déterminer si les parties ont conclu un contrat de travail, le juge doit vérifier l'existence des quatre critères légaux cumulatifs rappelés ci-dessus, ainsi que d'éventuels indices complémentaires. Les critères formels, tels l'intitulé du contrat, les déclarations des parties ou les déductions aux assurances sociales, ne sont pas déterminants⁸¹.

71 TF, 16.3.2017, 4A_592/2016, c. 2.1.

72 TF, 9.2.2009, 4A_553/2008, c. 4.2; TF, 25.1.2007, 4C.276/2006, c. 4.3.

73 TF, 5.7.2011, 9C_1062/2010, c. 7; TF, 30.1.2009, 4A_562/2008, c. 3.2.2. Voir aussi WYLER/HEINZER, 20.

74 Cf. DUNAND, Commentaire, art. 319 N 77; PORTMANN/RUDOLPH, N 48.

75 TF, 24.5.2005, 4P.36/2005, c. 2.3; TF, 9.3.2004, 4P.83/2003, c. 3.2.

76 PÄRLI, N 1.

77 DUNAND, Internet, 35.

78 SCHWAB, 62 ss. Voir aussi PÄRLI, N 5 ss, ainsi que TF, 19.6.2017, 8C_189/2017, c. 4.

79 ROUSSELLE-RUFFIEUX, 178.

80 DUNAND, Commentaire, art. 319 N 43.

81 ATF 99 II 313; TF, 3.9.2015, 4A_200/2015, c. 4.2.2; TF, 14.12.2010, 2C_714/2010, c. 3.4.2.

Les enjeux de la qualification du contrat sont importants⁸². En effet, le contrat de travail est soumis à de nombreuses règles impératives qui résultent non seulement du code des obligations (cf. art. 341, 361 et 362 CO), mais aussi de plusieurs législations de droit public, comme la loi sur le travail (LTr), la loi sur l'égalité (LEg) ou encore la loi sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés (LDét). Dans une même situation de fait, le travailleur est bien mieux protégé que ne le serait un mandataire ou un entrepreneur (cf., p.ex., les règles sur le droit à une rémunération en cas d'incapacité non fautive, art. 324a et 324b CO, ou sur la fin du contrat, art. 335 ss CO).

Par ailleurs, le contentieux du contrat de travail est régi par des règles de procédure spécifiques (cf., p.ex., les art. 113 et 114 CPC)⁸³ et soumis dans certains cantons à des tribunaux spécialisés⁸⁴.

Enfin, et nous sommes au cœur de notre sujet, le statut de travailleur implique le plus souvent celui de personne réalisant un revenu provenant d'une activité lucrative dépendante (salarié), qui assure la couverture des assurances sociales en cas de retraite, accident et chômage⁸⁵. Nous allons toutefois rappeler ci-dessous (N 54 ss) qu'il existe quelques divergences quant à la notion de salarié en droit de la sécurité sociale et en droit privé du travail.

2. Notion de salarié: convergences et divergences entre le droit de la sécurité sociale et le droit privé du travail

Les notions de salarié en droit des assurances sociales et en droit du travail sont proches. En effet, elles se définissent globalement par des éléments caractéristiques et des indices similaires⁸⁶. Nous l'avons vu, il existe toutefois des divergences ou à tout le moins des nuances. Comme l'a indiqué le Tribunal fédéral, «les notions ne coïncident pas entièrement au sein de l'ordre juridique»⁸⁷.

En droit de la sécurité sociale, on s'intéresse principalement aux circonstances économiques: sont salariées, les personnes qui dépendent économiquement entièrement ou très largement d'un employeur qui tire profit de leur activité⁸⁸. Alors qu'en droit du travail, est en principe décisive la nature juridique du rapport contractuel noué entre les partenaires: sont salariées, les personnes qui sont juridiquement subordonnés à l'employeur dans le cadre d'un contrat de travail⁸⁹. Par ailleurs, la condition du «salaire déterminant» est étrangère au droit du travail⁹⁰.

Il n'existe donc pas une notion unitaire de salarié en droit social (droits des assurances sociales et droit du travail), mais plutôt deux notions indépendantes⁹¹. Globalement, la

82 Cf. DUNAND, Commentaire, art. 319 N 33 à 36.

83 BOHNET/DIETSCHY, art. 343 N 1 ss; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, art. 319 N 14; WYLER/HEINZER, 745 ss.

84 DIETSCHY, N 41 ss.

85 AUBERT, N 24.

86 Rapport du Conseil fédéral du 14 novembre 2001 sur un traitement uniforme et cohérent des activités lucratives dépendantes et indépendantes en droit fiscal et en droit des assurances sociales, FF 2002 1076, 1106; ROUSSELLE-RUFFIEUX, 196.

87 TF, 5.7.2011, 4A_194/2011, c. 5.6.1.

88 WITZIG, Ubérisation, 465.

89 WITZIG, Ubérisation, 465.

90 ROUSSELLE-RUFFIEUX, 188 s.; VON KAENEL/WYLER, 157.

91 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 10 N 9 s.

notion de salarié en droit des assurances sociales est plus large que la notion de travailleur en droit privé du travail: si tout contrat de travail constitue une activité dépendante au sens du droit des assurances sociales, l'inverse n'est pas vrai⁹². Il peut en effet arriver qu'un tribunal civil qualifie une relation juridique de mandat ou de contrat d'entreprise, alors que l'assureur ou le juge social la considère comme un cas d'activité lucrative dépendante⁹³. La jurisprudence a par exemple considéré qu'un prestataire de services avait perçu des revenus provenant d'une activité lucrative dépendante, alors qu'il était lié par un contrat d'agence (cf. art. 418a CO)⁹⁴ ou un contrat de mandat (cf. art. 394 CO)⁹⁵.

- 57** Cette dichotomie peut générer des conséquences pratiques non négligeables⁹⁶. Prenons le cas, par exemple, d'un mandataire qui est considéré par la caisse de compensation comme exerçant une activité lucrative dépendante. Dans une telle hypothèse, le mandataire aura le statut de «salarié» au sens de l'art. 10 LPGA et le mandant se verra qualifié d'«employeur» au sens de l'art. 11 LPGA. A ce titre, ce dernier devra verser des cotisations sociales sur la rémunération versée au mandataire-salarié. L'employeur AVS sera débiteur à l'égard de la caisse de la totalité de la cotisation AVS. Par ailleurs, la qualification retenue par la caisse AVS vaudra pour toutes les assurances sociales⁹⁷.
- 58** Il nous semble toutefois que la différence de conception entre le droit des assurances sociales et le droit du travail est en train de s'estomper. En effet, nous avons vu que la notion de rapport de subordination est en train d'évoluer en droit du travail: la jurisprudence comprend désormais ce rapport dans un sens large qui revient à privilégier les critères de la dépendance économique et de l'intégration dans la structure économique par rapport à une appréciation purement juridique⁹⁸. Il en résulte un rapprochement avec la pratique qui a cours en droit des assurances sociales. Par ailleurs, on peut se demander si la notion de salaire déterminant, propre au droit des assurances sociales, ne revient pas à exprimer d'une manière singulière le lien de subordination caractéristique du contrat de travail⁹⁹.
- 59** Au vu de ce qui précède, les autorités compétentes ne devraient-elles pas chercher à unifier les deux régimes sur la base des critères retenus en droit des assurances sociales¹⁰⁰? Certains auteurs ont relevé avec raison que le but de protection sociale en faveur du «salarié» en droit des assurances sociales et du «travailleur» en droit du travail est similaire, ce qui justifierait une harmonisation des pratiques de ces domaines¹⁰¹.
- 60** Cette question mériterait d'être examinée dans un proche avenir. Le contexte de la transformation numérique de l'économie qui tend à modifier le rapport à l'emploi et risque de restreindre les protections apportées par le droit social (droit des assurances sociales et droit du travail) rend la question urgente¹⁰².

92 Rapport du CF du 14 novembre 2001 sur un traitement uniforme et cohérent des activités lucratives dépendantes et indépendantes en droit fiscal et en droit des assurances sociales, FF 2002 1076, 1080; LOCHER/GÄCHTER, § 22 N 16; ROUSSELLE-RUFFIEUX, 178.

93 VON KAENEL/WYLER, 158.

94 ATF 97 V 134, c. 3.

95 ATF 122 V 169, c. 6.

96 Sur cette question, cf. ROUSSELLE-RUFFIEUX, 198 ss.

97 ROUSSELLE-RUFFIEUX, 202 s.

98 WITZIG, Ubérisation, 465.

99 ROUSSELLE-RUFFIEUX, 197.

100 WITZIG, Ubérisation, 466.

101 LANZ, 1481 s.; ROUSSELLE-RUFFIEUX, 198.

102 Sur ces questions, cf. RIEMER-KAFKA/STUDER, 379 ss et WITZIG, Ubérisation, 457 ss.

Art. 11

Employeur	Est réputé employeur celui qui emploie des salariés.
Arbeitgeber	Arbeitgeber ist, wer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt.
Datore di lavoro	È considerato datore di lavoro chi impiega salariati.

Plan

	N
I. Généralités	1
II. Notion d'employeur	4

Bibliographie

Cf. bibliographie art. 10 LPGA.

I. Généralités

L'art. 11 LPGA fait partie du chapitre 2 de la loi qui est consacré aux définitions de «notions générales» (cf. art. 3 à 13a LPGA). Il contient une définition de la notion d'employeur. La formulation retenue par le Parlement est largement inspirée d'un projet de la Commission du Conseil des Etats de 1991, laquelle proposait la définition suivante: «Est réputé employeur celui qui occupe des salariés»¹. La définition choisie par le Parlement est donc similaire, sous réserve que le terme «occupe» a été remplacé par le terme «emploie».

L'art. 11 LPGA n'a pas été modifié depuis l'adoption de la loi. Il n'a par ailleurs pas été précisé dans l'OPGA.

A vrai dire, l'art. 11 LPGA a une portée réduite voire un caractère tautologique puisqu'il se limite à observer qu'est réputé employeur «celui qui emploie des salariés». Son sens dépend donc directement de l'art. 10 LPGA (définition du «salarié») avec lequel il est en corrélation directe. De plus, la notion de salarié (ou de personne exerçant une activité lucrative dépendante), et donc la notion d'employeur aussi, relèvent elles-mêmes principalement de la législation sur l'AVS qui tient lieu de «partie générale officieuse» dans ce contexte². Il en résulte que la notion d'employeur est largement marquée par la pratique de l'AVS à laquelle l'art. 11 LPGA renvoie tacitement³. Ces diverses considérations justifient le caractère succinct du commentaire qui suit (N 4 ss). Les lecteurs sont invités à se référer aux commentaires des art. 10 et 12 LPGA pour le surplus.

II. Notion d'employeur

Selon l'art. 11 LPGA, est «réputé employeur celui qui emploie des salariés». Il va de soi que le terme «salariés» comprend autant les femmes que les hommes. Dans ce sens, la version allemande de l'art. 11 LPGA est plus précise et neutre puisqu'elle inclut expressément les salariées⁴.

1 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, ad. art. 11 LPGA, 184 et 245.

2 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 109 N 75.

3 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 109 N 75.

4 «Arbeitgeber ist, wer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt».

- 5 La définition de l'employeur constitue le miroir de la définition du salarié: l'employeur est celui qui emploie des salariés au sens de l'art. 10 LPGA⁵. Selon cette dernière disposition, la notion de salarié dépend de la réalisation de deux conditions cumulatives: est réputé salarié celui qui fournit une prestation de travail dépendante et qui reçoit en échange de cette prestation un salaire déterminant. Il en résulte que l'employeur est celui qui reçoit une prestation de travail dépendante et qui paye en échange un salaire résultant d'une activité dépendante, appelé salaire déterminant⁶.
- 6 Contrairement à ce que peut laisser supposer le texte de l'art. 11 LPGA, la condition du paiement d'un salaire déterminant (critère de l'objet) est tout aussi importante que celle de l'occupation d'un employé (critère du sujet)⁷. Ainsi, la définition de l'art. 11 LPGA doit être interprétée en harmonie avec celle de l'art. 12 al. 1 LAVS selon lequel l'employeur est défini comme celui qui verse une rémunération au sens de l'art. 5 al. 2 de la même loi.
- 7 Plus généralement, il faut admettre qu'en droit des assurances sociales, il existe une notion unitaire de l'employeur, c'est-à-dire que la notion est la même pour tous les régimes⁸. Notons dans ce contexte que la LACI renvoie expressément à l'art. 11 LPGA lorsqu'il s'agit de déterminer l'employeur qui doit payer les cotisations en vertu de l'art. 12 LAVS (cf. art. 2 al. 1 let. b LACI).
- 8 L'employeur peut exister sous diverses formes juridiques: personne physique (cf. art. 11 ss CC), personne morale (cf. art. 52 ss CC; art. 630 ss CO), société simple (cf. art. 530 ss CO), etc.⁹.
- 9 Dans certaines hypothèses, il n'est pas aisé de déterminer qui est l'employeur au sens des assurances sociales. La pratique de l'AVS nous fournit quelques critères et précisions. Comme nous l'avons vu, doit en principe être considérée comme employeur l'entité qui occupe effectivement l'employé et qui lui verse un salaire déterminant. La qualification juridique en droit du travail n'est pas décisive. Il est en effet possible, dans certains cas, selon une appréciation basée sur l'objet de la prestation, que l'obligation de cotiser existe lorsqu'un sujet de droit autre que l'employeur selon le droit du travail effectue une libéralité, à condition que celle-ci et le rapport de travail soient économiquement liés¹⁰. Ainsi, les libéralités d'un fonds patronal de bienfaisance sont fondamentalement soumises à cotisations en tant que prestations discrétionnaires¹¹.
- 10 Il peut également arriver, à titre exceptionnel, que l'entité qui verse le salaire déterminant ne puisse être considérée comme l'employeur, notamment lorsqu'elle le fait sur mandat de la personne qui occupe les salariés. L'art. 12 LAVS indique seulement qu'en cas de doute, c'est-à-dire lorsque l'on se demande qui est le véritable employeur, il faut considérer comme tel celui qui verse le salaire¹². Mais lorsque la personne qui paye le salaire n'est pas la même que celle qui emploie les salariés, l'employeur au sens de la LAVS est celui qui occupe effectivement les travailleurs et non pas le tiers qui verse le

5 WYLER, 136.

6 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 11 N 5; LOCHER/GÄCHTER, § 23 N 4; ROUSSELLE-RUFFIEUX, 188.

7 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 11 N 3.

8 LOCHER/GÄCHTER, § 23 N 2.

9 LOCHER/GÄCHTER, § 23 N 3.

10 ATF 137 V 321, c. 2.

11 ATF 137 V 321, c. 3.1.

12 TF, 3.8.2010, 9C_456/2010, c. 4.3; TFA, 4.12.1989, H 28/89, c. 3b, RCC 1990 141; TFA, 18.8.1986, H 38/84, c. 2b, RCC 1987 32.

salaire¹³. En d'autres termes, dans de telles circonstances, ce n'est pas l'adresse du versement qui est déterminante, mais bien plutôt, le point de savoir pour qui est-ce que l'activité dépendante est exercée. Tel est le cas, en règle générale, lorsque la prestation du tiers dépend de rapports de subordination dans l'organisation du travail dont l'origine se situe à un autre endroit. Ainsi, lorsqu'un tiers verse une prestation pécuniaire qualifiée de salaire au sens de la LAVS, cette seule circonstance ne fait pas de lui le titulaire de l'obligation de cotiser¹⁴.

De même, lorsqu'une société holding étrangère (société mère) accorde des avantages aux salariés de sa société fille suisse pour l'acquisition d'actions, il y a lieu de considérer que c'est la société fille qui est employeur au sens de la LAVS: quand des salariés obtiennent des avantages de la part d'un tiers, qui doivent être qualifiés, vu leur nature, de prestations de l'employeur, c'est ce dernier qui doit payer les cotisations y relatives, compte tenu des circonstances économiques réelles¹⁵.

Tout comme la notion de salarié au sens de l'art. 10 LPGA n'est pas identique à la notion de travailleur selon les art. 319 ss CO (art. 10 N 37 ss), la notion d'employeur au sens de l'art. 11 LPGA n'est pas identique à celle que l'on retient en droit du travail¹⁶. Il peut arriver, en effet, qu'un partenaire contractuel soit qualifié de mandataire au sens du droit privé et considéré dans le même temps comme exerçant une activité lucrative dépendante par l'assureur social. Une telle distinction aura des conséquences sur le statut d'employeur: le co-contractant sera assujéti en tant qu'employeur au paiement de cotisations pour les assurances sociales; dans le même temps, en droit privé, il ne sera pas tenu d'assumer les charges d'employeur puisqu'il sera considéré comme un mandant au sens de l'art. 394 CO¹⁷.

Une fois déterminé, le statut d'employeur implique de nombreuses conséquences juridiques en droit des assurances sociales¹⁸. La LPGA prévoit, d'une manière générale, le devoir de collaborer gratuitement à l'exécution des différentes lois sur les assurances sociales (art. 28 al. 1), ainsi que le devoir de remplir de manière complète et exacte les formules destinées à faire valoir et à établir le droit aux prestations et de les communiquer à l'assureur compétent (art. 29 al. 2). Par ailleurs, les indemnités journalières et les prestations analogues sont versées à l'employeur dans la mesure où il continue à verser un salaire à l'assuré malgré son droit à des indemnités journalières (art. 19 al. 2 LPGA). Enfin, il est prévu un privilège de recours en faveur de l'employeur (art. 75 al. 2 LPGA).

Les diverses lois d'assurances sociales soumettent l'employeur à de nombreuses obligations qui consistent, par exemple dans le régime de la LAVS, à retenir sur chaque paie les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante et à les verser périodiquement aux caisses compétentes en même temps que la cotisation d'employeur (art. 14 al. 1 et art. 51 al. 3 LAVS). L'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas ces prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation (art. 52 al. 1 LAVS).

13 TFA, 9.10.1975, H 117/74, RCC 1976 155. Ce principe ne vaut pas dans le cadre de la location de services, où l'entreprise qui fournit les salariés (agence temporaire, bailleur de services) est considérée comme l'employeur et non pas l'entreprise utilisatrice (locataire de services) qui les occupe (TF, 3.8.2010, 9C_456/2010, c. 4.3 et Directives de l'OFAS sur la perception des cotisations dans l'AVS/AI et APG [DP], N 1016).

14 TF, 6.3.2009, 9C_824/2008, c. 6.1.

15 ATF 102 V 152, c. 3.

16 VON KAENEL/WYLER, 158.

17 VON KAENEL/WYLER, 158.

18 Cf. ACHERMANN, 118 ss; LOCHER/GÄCHTER, 168 ss; VON KAENEL/WYLER, 158 ss.

Art. 12

Personnes exerçant une activité lucrative indépendante ¹ Est considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante celui dont le revenu ne provient pas de l'exercice d'une activité en tant que salarié.

² Une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salarié si elle reçoit un salaire correspondant.

Selbstständig-erwerbende ¹ Selbstständigerwerbend ist, wer Erwerbseinkommen erzielt, das nicht Entgelt für eine als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer geleistete Arbeit darstellt.

² Selbstständigerwerbende können gleichzeitig auch Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer sein, wenn sie entsprechendes Erwerbseinkommen erzielen.

Indipendenti ¹ È considerato lavoratore indipendente chi non consegue un reddito dall'esercizio di un'attività di salariato.

² Un indipendente può essere contemporaneamente anche un salariato, se consegue un reddito per un lavoro dipendente.

Plan

	N
I. Généralités	1
II. Activité lucrative indépendante (al. 1)	7
A. Notion	10
B. Casuistique	19
III. Double statut, indépendant et salarié (al. 2)	23
A. Double statut	24
B. Changement de statut	27

Bibliographie

Cf. bibliographie art. 10 LPGA.

I. Généralités

- 1 L'art. 12 LPGA fait partie du chapitre 2 de la loi qui est consacré aux définitions de «notions générales» (cf. art. 3 à 13a LPGA). Il contient une définition de la notion de personnes exerçant une activité lucrative indépendante. La formulation retenue par le Parlement est largement inspirée d'une proposition de la Commission du Conseil des Etats de 1991¹. La définition est identique, sous réserve de la dernière partie de l'al. 2. En effet, la formulation préconisée par la Commission, «reçoit une rémunération pour un travail dépendant», a été remplacée par les termes suivants: «reçoit un salaire correspondant».
- 2 L'art. 12 LPGA est formé de deux alinéas. Alors que le premier contient la définition des personnes exerçant une activité lucrative indépendante, le second traite du cas dans lequel un indépendant a simultanément la qualité de salarié.

¹ Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, ad art. 12 LPGA, 185 et 245.

L'art. 12 LPGA n'a pas été modifié depuis l'adoption de la loi. Il n'a par ailleurs pas été précisé dans l'OPGA.

L'art. 12 LPGA définit la personne exerçant une activité lucrative indépendante comme celle «dont le revenu ne provient pas de l'exercice d'une activité en tant que salarié». Il s'agit d'une acception négative qui porte l'attention sur la notion de salarié, laquelle est définie à l'art. 10 LPGA². L'art. 12 LPGA doit donc être étudié en relation étroite avec l'article 10 de la loi. 3

La notion de personne exerçant une activité lucrative indépendante relève principalement de la législation sur l'AVS (cf. art. 9 LAVS), laquelle tient lieu de «partie générale officieuse» en ce domaine³. Il est d'ailleurs admis que l'art. 12 LPGA renvoie tacitement à la définition et à la pratique de l'AVS; il n'a en conséquence qu'une portée normative limitée⁴. 4

Ces considérations justifient le caractère succinct du commentaire qui suit. Il portera, dans l'ordre, sur l'alinéa premier (**chapitre II**), puis sur l'alinéa second (**chapitre III**) de l'art. 12 LPGA. 5

Les lecteurs sont invités à se référer au commentaire de l'art. 10 LPGA pour le surplus.

Notons encore que la notion de personne exerçant une activité lucrative indépendante, est réglée de manière impérative dans la législation de sécurité sociale. Toute convention contraire des parties serait nulle de plein droit et inopposable à l'assureur social⁵. 6

II. Activité lucrative indépendante (al. 1)

Bien que le texte de l'art. 12 al. 1 LPGA soit centré sur le critère du sujet («ne provient pas d'une activité en tant que salarié»), il faut admettre que la notion d'activité lucrative indépendante se fonde également sur le critère de l'objet (revenu provenant d'une activité indépendante), au même titre que les notions de salarié (cf. art. 10 LPGA) et d'employeur (art. 11 LPGA)⁶. 7

Par ailleurs, il va de soi que le terme «salarié» comprend autant les femmes que les hommes. Dans ce sens, la version allemande de l'art. 12 al. 1 LPGA est plus précise et neutre puisqu'elle inclut expressément les salariées⁷. 8

Après une description de la notion (N 10 ss), nous présenterons quelques éléments de la casuistique (N 19 ss). 9

A. Notion

L'art. 12 al. 1 LPGA définit de manière négative la «personne exerçant une activité lucrative indépendante» par rapport à la notion de salarié au sens de l'art. 10 LPGA, tout comme l'art. 9 al. 1 LAVS définit de manière négative la notion de revenu provenant 10

2 LOCHER/GÄCHTER, § 24 N 3.

3 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 109 N 75.

4 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 109 N 75. Voir aussi TF, 21. 12. 2007, H 180/06, c. 4.

5 ATF 107 II 430, c. 4. Voir aussi KIESER, ATSG-Kommentar, art. 10 N 18.

6 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 12 N 2 ss.

7 «Selbstständigerwerbend ist, wer Erwerbseinkommen erzielt, das nicht Entgelt für eine als Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer geleistete Arbeit darstellt».

d'une activité indépendante par rapport à celle de revenu provenant d'une activité dépendante au sens de l'art. 5 al. 1 LAVS⁸. La définition de l'art. 12 al. 1 LPGA correspond ainsi à la jurisprudence développée en relation avec l'art. 9 al. 1 LAVS et à laquelle on peut se référer⁹. Plus généralement, il faut considérer qu'il existe une notion unitaire de la personne exerçant une activité lucrative indépendante en droit des assurances sociales¹⁰. Notons dans ce contexte que la LAPG renvoie expressément à l'art. 12 LPGA lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions que les femmes doivent remplir pour avoir droit à l'allocation de maternité (cf. art. 16b al. 1 let. c ch. 2 LAPG).

- 11 Selon la jurisprudence, on est en règle générale en présence d'une activité lucrative indépendante lorsque la personne tenue de cotiser participe, par l'engagement de sa force de travail et de son capital, aux échanges économiques en s'organisant elle-même et de manière visible pour le public afin de fournir des prestations de service ou de créer des produits qui sont utilisés ou acquis au moyen de contre-prestations financières ou pécuniaires¹¹.
- 12 Une activité exercée en même temps pour plusieurs sociétés, mais pour son propre compte et sans dépendre de ces sociétés parle en faveur d'une activité indépendante. Ce n'est pas la possibilité juridique d'accepter du travail de plusieurs mandants, mais le nombre réel de ces mandats qui est déterminant¹².
- 13 Les indices caractéristiques d'une activité indépendante résident dans¹³:
 - la mise en œuvre d'investissements d'une certaine importance;
 - l'usage de ses propres locaux de travail et l'engagement de son propre personnel;
 - l'inscription en raison individuelle au registre du commerce;
 - le fait de traiter sur un pied d'égalité avec la personne qui a confié l'activité à exécuter;
 - le fait de percevoir des honoraires largement supérieurs au salaire versé pour une activité similaire, ce qui laisse supposer que l'assuré doit supporter tout ou partie des frais généraux;
 - l'exercice d'une activité simultanée au service de plusieurs mandants;
 - le choix de l'horaire et du lieu de la prestation et l'absence d'instructions précises;
 - le fait de supporter le risque économique de l'activité.
- 14 Il faut toutefois être prudent dans le maniement de ces critères puisque seuls les rapports économiques et de fait sont déterminants. Ainsi, la possibilité pour un assuré d'organiser assez librement son horaire de travail ne plaide pas nécessairement en faveur d'une activité lucrative indépendante puisqu'une telle liberté peut aussi exister dans le cadre d'une activité dépendante¹⁴.

8 Art. 9 al. 1 LAVS: «Le revenu provenant d'une activité indépendante comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante». L'art. 9 LAVS est complété par l'art. 17 RAVS.

9 TFA, 10.4.2006, H 2/06, c. 4.4.

10 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 12 N 10.

11 ATF 115 V 161, c. 9a.

12 Rapport du Conseil fédéral du 14 novembre 2001 sur un traitement uniforme et cohérent des activités lucratives dépendantes et indépendantes en droit fiscal et en droit des assurances sociales, FF 2002 1076, 1081.

13 Pour un inventaire des critères, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 12 N 8; ROUSSELLE-RUFFIEUX, 191 s. et VALTERIO, Commentaire AVS/AI, N 222, ainsi que les références citées par ces auteurs.

14 VALTERIO, Commentaire AVS/AI, N 218.

Le risque économique encouru par l'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise¹⁵. Le risque particulier de l'entrepreneur découle du fait que, quel que soit le résultat de son activité, il doit supporter les coûts de son entreprise¹⁶. 15

Constituant plus spécifiquement des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur, le fait que l'assuré opère des investissements importants, supporte le risque d'encaissement et de ducroire, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux commerciaux¹⁷. Cela étant, certaines activités économiques, notamment dans le domaine des services, n'exigent pas, de par leur nature, d'investissements importants ou de faire appel à du personnel. En pareilles circonstances, il convient d'accorder moins d'importance au critère du risque économique de l'entrepreneur et davantage à celui de l'indépendance économique et organisationnelle¹⁸. 16

Il faut encore préciser que lorsqu'une personne assurée devient indépendante et continue néanmoins d'être active dans une large mesure pour celui qui était son employeur jusque-là, des exigences élevées doivent être posées s'agissant de la reconnaissance de son statut d'indépendant en relation avec les travaux effectués pour cette personne: les indications en faveur d'une activité indépendante doivent alors être clairement prépondérantes¹⁹. Ceci est particulièrement vrai lorsque le genre d'activité est similaire à celle exercée auparavant et si elle consiste essentiellement en des travaux exercés (dans l'entreprise ou le secteur en question) par des travailleurs dépendants²⁰. 17

Enfin, ne peut être reconnue comme activité lucrative indépendante une activité purement apparente ou qui n'a aucun caractère lucratif, telle l'activité d'un amateur qui travaille uniquement pour son plaisir et qui dépend uniquement de goûts personnels. Lorsqu'il s'agit de distinguer de telles formes d'activité de l'activité lucrative indépendante, l'intention lucrative conformément au but précité revêt une importance décisive. Il ne suffit pourtant pas que la personne tenue de cotiser allègue subjectivement, pour ses activités, une intention lucrative. Encore faut-il qu'elle puisse la prouver sur la base de réalités économiques telles qu'elles sont typiques d'une activité lucrative indépendante²¹. 18

B. Casuistique

Le Tribunal fédéral a relevé que les manifestations de la vie économique revêtent des formes si diverses qu'il faut décider dans chaque cas particulier si l'on est en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante, en considérant toutes les circonstances du cas d'espèce. En effet, la diversité des relations économiques créées par les conventions contractuelles passées entre les parties, la variété des conditions de travail et 19

15 TFA, 10.1.2005, H 334/03, c. 6.3.1.

16 TF, 22.5.2003, H 61/02, c. 3.3.

17 TFA, 10.1.2005, H 334/03, c. 6.3.1.

18 TF, 23.9.2013, 9C_364/2013, c. 4.1; TF, 14.2.2007, H 19/06, c. 5.1.

19 TF, 12.4.2012, 8C_367/2011, c. 2.3; TF, 28.8.2007, U 427/06, c. 4.2.

20 TF, 1.7.2009, 9C_614/2008, c. 4.1.

21 ATF 115 V 161, c. 9b.

l'apparition de nouvelles formes de rémunération empêchent d'établir une classification schématique des activités dépendantes et indépendantes²².

- 20** Souvent, on trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas en question. La nature juridique du rapport liant les parties peut fournir des indices pour la qualification en matière AVS, mais n'est pas déterminante²³. Ainsi, des constructions insolites de droit civil, destinées à motiver un certain statut d'assuré social, sont dépourvues de valeur indicative²⁴. De même, la qualification opérée par les autorités fiscales n'est pas décisive²⁵. Par ailleurs, il n'existe pas de présomption juridique en faveur de l'activité salariée ou indépendante²⁶. Enfin, il faut tenir compte du fait qu'une personne peut avoir simultanément les deux statuts ou alors changer de statut (N 23 ss).
- 21** Il résulte de ce qui précède qu'il est dans la plupart des cas impossible de répertorier des professions ou des activités qui seraient typiques d'une activité dépendante ou indépendante. C'est ainsi que les professions suivantes ont pu être considérées par l'assureur social ou le juge comme un cas d'activité dépendante ou indépendante, en fonction de l'analyse de l'ensemble des circonstances: agents, artistes, auteurs, chauffeurs de taxi, coiffeurs, comptables, concierges, conseillers, engraisseurs de veaux ou de porcs, enseignants, experts, informaticiens, journalistes, médecins, musiciens, professeurs de ski, psychologues, traducteurs, travailleurs à la tâche, voyageurs et représentants de commerce, etc.²⁷.
- 22** La jurisprudence concernant la délimitation entre activité lucrative dépendante et indépendante est abondante²⁸. Nous présenterons ici quelques cas qui ont été considérés comme des revenus provenant d'une activité indépendante au sens de la législation de sécurité sociale, correspondant donc à la notion de personne exerçant une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 al. 1 LPGA:
- les honoraires que les médecins-chefs des établissements hospitaliers du canton de Genève perçoivent pour les soins prodigués à la clientèle ambulatoire dans le cabinet privé mis à leur disposition par l'établissement hospitalier, dans la mesure où ces médecins exercent leur activité à titre individuel et personnel et qu'ils en assument le risque économique (1998)²⁹;
 - les revenus perçus par un informaticien-consultant qui a effectué des investissements importants (CHF 24 000.– de frais de formation et CHF 12 000.– de frais liés à l'acquisition de matériel), qui disposait d'une certaine liberté d'organisation et qui a également exécuté des prestations pour d'autres mandants (2007)³⁰;

22 Rapport du CF du 14 novembre 2001 sur un traitement uniforme et cohérent des activités lucratives dépendantes et indépendantes en droit fiscal et en droit des assurances sociales, FF 2002 1076, 1081 s.

23 ATF 123 V 161, c. 1; ATF 114 V 65, c. 2a; TF, 5.7.2011, 9C_1062/2010, c. 7.1.

24 GREBER/DUC/SCARTAZZINI, art. 5 N 99; VALTERIO, Commentaire AVS/AI, N 299.

25 TF, 31.5.2010, 9C_1094/2009, c. 2.3.

26 OFAS, Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD), état au 1^{er} janvier 2017, N 1020.

27 Cf. GREBER/DUC/SCARTAZZINI, 186 ss; OFAS, Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD), état au 1^{er} janvier 2017, 83 ss; VALTERIO, Commentaire AVS/AI, 79 ss.

28 Cf. FREY, 47 ss; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 10 N 18 et art. 12 N 9 et VALTERIO, Commentaire AVS/AI, 79 ss, et les références citées par ces auteurs.

29 ATF 124 V 97, c. 6b.

30 TF, 19.3.2007, H 194/05, c. 6, c. 7.

- les revenus perçus par un consultant en assurances privées, qui s’entremettait en vue d’offrir à sa clientèle la meilleure solution d’assurance, dans la mesure où il n’existait aucun lien de subordination organisationnelle avec la compagnie d’assurances (le consultant démarchait et conseillait sa clientèle en son propre nom, organisait librement son activité depuis ses propres locaux) et qu’il devait engager et supporter l’entier des frais nécessaires à l’exercice de son activité (téléphonie, informatique, transport; 2007)³¹;
- les revenus perçus par une codeuse-interprète intervenant auprès de bénéficiaires sourds ou malentendants, par l’intermédiaire d’une fondation, dans la mesure où la codeuse assumait le risque économique d’entrepreneur (agissait en son propre nom, supportait le risque d’encaissement et n’était pas rémunérée en cas d’empêchement non fautif) et n’avait pas de lien de dépendance (pas de rapport de subordination, liberté d’accepter d’autres mandats; 2013)³².

III. Double statut, indépendant et salarié (al. 2)

Après avoir traité du cas des personnes «à double» statut envisagé dans l’art. 12 al. 2 **23**
LPGA (N 24 ss), nous aborderons celui des personnes qui changent de statut (N 27 ss).

A. Double statut

La loi n’impose pas de statut unique aux personnes qui exercent plusieurs activités lucratives. Il est donc parfaitement possible qu’un assuré soit qualifié simultanément de personne exerçant une activité dépendante et de personne exerçant une activité indépendante, pour la même entreprise ou pour plusieurs entreprises³³. Le Tribunal fédéral a eu, par exemple, à traiter du cas d’un avocat recevant des indemnités d’une société à la fois au titre de revenu d’une activité dépendante (activité au sein du conseil d’administration) et au titre de revenu d’une activité indépendante (activité de représentation)³⁴. **24**

L’art. 12 al. 2 LPGA se limite à rappeler le principe du double statut. Confrontée à une telle hypothèse, la caisse compétente doit examiner pour chaque revenu s’il provient d’une activité indépendante ou dépendante³⁵. La proportion entre une rémunération déterminée et l’ensemble des revenus de l’activité lucrative est sans importance³⁶. De même, le fait que la personne ait été affiliée dans un premier temps en qualité de personne dépendante ou au contraire de personne indépendante n’est pas pertinent³⁷. **25**

Dans le même temps, il faut bien sûr assurer une certaine cohérence. Dès lors, dans le cas d’une personne exerçant la même activité pour différents employeurs ou mandants ou exerçant diverses activités lucratives pour la même entité, on cherchera autant que possible à qualifier ces diverses activités de manière coordonnée, c’est-à-dire de les considérer toutes soit comme des activités salariées soit comme des activités indépendantes³⁸. **26**

31 TF, 14.2.2007, H 19/06, c. 5.2.

32 TF, 23.9.2013, 9C_364/2013, c. 3 et 4.

33 GREBER/DUC/SCARTAZZINI, art. 5 N 118; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 12 N 13; VALTERIO, Commentaire AVS/AI, N 297.

34 ATF 105 V 113, c. 3.

35 ATF 122 V 169, c. 3b.

36 ATF 119 V 161, c. 3c.

37 ATF 119 V 161, c. 3c.

38 ATF 119 V 161, c. 3c; TF, 19.3.2007, H 194/05, c. 7.4. Voir aussi GREBER/DUC/SCARTAZZINI, art. 5 N 102.

B. Changement de statut

- 27 Il peut se produire divers cas qui impliquent un changement de statut. Par exemple, un salarié devient indépendant ou une personne sans activité lucrative; un indépendant devient salarié ou une personne sans activité lucrative; ou encore une personne sans activité lucrative devient salariée ou indépendante. L'impact sur le statut de cotisant sera différent selon qu'il implique ou non la remise en cause de décisions de cotisations antérieures³⁹.
- 28 Si le changement de statut implique la remise en cause de décisions de cotisations antérieures passées en force, il doit être soumis aux conditions qui président à la révocation des décisions, par la voie de la reconsidération ou de la révision procédurale (cf. art. 53 LPGA)⁴⁰. Si le changement de statut n'est pas de nature à produire ses effets dans le passé, mais au contraire uniquement dans le futur, il convient, en principe, d'examiner librement la question du statut de cotisant, tout en observant une certaine retenue dans les cas limites⁴¹. La reconnaissance d'une activité indépendante sera soumise à des exigences sévères lorsqu'un assuré, ayant précédemment le statut de salarié, continue d'exercer une activité pour son employeur précédent⁴². Les indices en faveur d'une activité indépendante doivent alors être clairement prépondérants⁴³. L'assureur social sera d'autant plus vigilant lorsque l'activité exercée est similaire à l'activité fournie précédemment en qualité de salarié et qu'elle correspond à des travaux qui sont typiquement fournis par des salariés⁴⁴.
- 29 Enfin, il peut exister des cas mixtes qui appellent une approche différenciée⁴⁵. Ainsi, lorsque la question du changement de statut concerne à la fois des rémunérations sur lesquelles des cotisations d'assurance sociale ont déjà été prélevées, ainsi que des rémunérations qui n'ont pas encore fait l'objet d'une décision, il faut examiner, en ce qui concerne la part des rémunérations visées par une décision passée en force, si les conditions de la reconsidération ou de la révision procédurale sont réalisées. En revanche, la question du statut de cotisant doit être examinée librement s'agissant de la part des rémunérations au sujet desquelles aucune décision n'a été rendue⁴⁶.

Art. 13**Domicile et résidence habituelle**

Wohnsitz und
gewöhnlicher
Aufenthalt

¹ Le domicile d'une personne est déterminé selon les art. 23 à 26 du code civil.

² Une personne est réputée avoir sa résidence habituelle au lieu où elle séjourne un certain temps même si la durée de ce séjour est d'emblée limitée.

¹ Der Wohnsitz einer Person bestimmt sich nach den Artikeln 23–26 des Zivilgesetzbuches.

² Ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat eine Person an dem Ort, an dem sie während längerer Zeit lebt, selbst wenn diese Zeit zum Vorherein befristet ist.

39 VALTERIO, Commentaire AVS/AI, N 229.

40 ATF 121 V 1, c. 6; TF, 30.8.2007, H 217/06, c. 2.1.4.

41 ATF 121 V 1, c. 6; TFA, 20.8.2002, H 74/01, c. 3.1.

42 VALTERIO, Commentaire AVS/AI, N 224.

43 TF, 12.4.2012, 8C_367/2011, c. 2.2; TF, 5.7.2011, 9C_1062/2010, c. 7.4.

44 TF, 1.7.2009, 9C_614/2008, c. 4.1.

45 VALTERIO, Commentaire AVS/AI, N 231.

46 ATF 121 V 1, c. 6.

- Domicilio e dimora abituale ¹ Il domicilio di una persona è determinato secondo le disposizioni degli articoli 23–26 del Codice civile.
- ² Una persona ha la propria dimora abituale nel luogo in cui vive per un periodo prolungato, anche se la durata del soggiorno è fin dall’inizio limitata.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	3
C. Objet, but et nature de la norme	4
II. Champ d’application	5
III. Notions	6
A. Le domicile (al. 1)	6
B. La résidence habituelle (al. 2)	18
C. La résidence au sens du droit conventionnel de la sécurité sociale	20
IV. Principes	23
V. Exceptions	27

Bibliographie

AVENATI ELENA/GHÉLEW ANDRÉ/MEULI ALBERTO, Domicile et nationalité dans les différentes branches des assurances sociales suisses, RSAS 1981 241 ss; EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, 385 ss (cité: Krankenversicherung); REICHMUTH MARCO, Wohnsitz und Aufenthalt bei Dauerleistungen in der 1. Säule, in Kieser/Lendfers (éd.), JaSo 2014, Zurich/St-Gall 2014, 105 ss (cité: Wohnsitz); WEIBEL ROSMARIE, Sozialversicherungen und Migrationsrecht: Anpruchsverluste ausländischer Personen, plädoyer 3 (2016) 34 ss.

I. Introduction

A. Généralités

Le domicile d’une personne est une notion essentielle dans le droit des assurances sociales, puisqu’il constitue très souvent l’une des conditions nécessaires dont dépendent l’affiliation au système d’assurance sociale suisse et l’obligation de verser des cotisations, ainsi que l’octroi des prestations. Il détermine aussi, en règle générale, la compétence (à raison du lieu) en matière de procédure (art. 58 al. 1 N 4 ss). Sous l’angle du droit aux prestations, la condition de la résidence habituelle est souvent prévue en plus de celle du domicile (par exemple, dans le domaine des prestations complémentaires [art. 4 LPC]). Par ailleurs, le lieu de «résidence» de la personne concernée joue un rôle important en relation avec une situation transfrontalière, le droit conventionnel de la sécurité sociale en faisant un critère de rattachement, en dehors de celui tiré du lieu où la personne concernée exerce une activité lucrative. Aussi, est-il important de prévoir une **définition uniforme du domicile et de la résidence habituelle** valable pour toutes les lois spéciales d’assurance sociale qui en font découler de nombreux effets, voire, cas échéant, pour une situation transfrontalière soumise au droit conventionnel (N 20 ss).

La proposition initiale de la SSDA selon laquelle les deux notions étaient définies séparément, chacune d’elle faisant l’objet d’un alinéa de l’art. 13, afin de mieux différencier

les situations visées, a été reprise sans modification¹. Seuls les termes de «séjourner habituellement/où elle réside» ont été intervertis («avoir sa résidence habituelle/où elle séjourne») par la Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale lors de la rédaction finale de la version française.

B. Systématique

- 3 Lors de l'entrée en vigueur de la Partie générale, l'art. 13 était la dernière disposition consacrée à la définition de notions générales, au chapitre 2 de la loi, avant les dispositions générales concernant les prestations et les cotisations des art. 14 à 26. Depuis le 1^{er} janvier 2007, il est suivi par une nouvelle norme, l'art. 13a concernant le partenariat enregistré, qui renvoie également à des notions du droit civil.

C. Objet, but et nature de la norme

- 4 L'art. 13 a pour objet la définition du domicile et celle de la résidence habituelle. Il crée ainsi un fondement commun pour les nombreux effets que les lois spéciales d'assurance sociale rattachent à ces deux termes juridiques. Alors que pour définir le premier, un renvoi aux règles du CC relatives au domicile est suffisant (N 6 ss), le second, pour lequel le CC ne prévoit aucune disposition spécifique, nécessite une définition propre au droit des assurances sociales (N 18 ss).

II. Champ d'application

- 5 Les deux définitions prévues par l'art. 13 s'appliquent chaque fois que la loi spéciale d'assurance fait dépendre du domicile ou de la résidence habituelle d'une personne (ou des deux à la fois) un droit ou une obligation. Il peut s'agir d'une **situation interne** au droit suisse, mais aussi d'une **situation transfrontalière** qui implique de déterminer l'Etat dans lequel la personne concernée a son domicile ou sa résidence habituelle, en fonction du critère de rattachement à un régime d'assurance sociale, dans la mesure où le droit conventionnel applicable ne prévoit pas une notion autonome (N 20 ss).

III. Notions

A. Le domicile (al. 1)

- 6 Pour définir la notion de domicile dans le domaine des assurances sociales, l'art. 13 al. 1 renvoie aux art. 23 à 26 CC. En d'autres termes, le domicile doit être déterminé selon les règles du droit civil en la matière; le droit des assurances sociales n'institue donc pas une notion du domicile qui lui soit propre.
- 7 Le **domicile civil** d'une personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir (art. 23 al. 1, 1^{re} phrase, CC). Cette notion comprend deux éléments qui doivent être réalisés de manière cumulative pour la constitution du domicile volontaire: le premier, la résidence, soit un séjour effectif d'une certaine durée dans un endroit déterminé et la création en ce lieu de rapports assez étroits, est objectif et externe, tandis que le second, soit la volonté de se fixer pour une certaine durée au lieu de sa résidence, est subjectif et interne.

¹ Rapport SSDA, 41; Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 245; Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4198.

Pour cet élément, ce n'est cependant pas la volonté interne de la personne concernée qui importe, mais les circonstances reconnaissables pour des tiers, qui permettent de déduire qu'elle a cette volonté².

L'intention de se constituer un domicile volontaire suppose que l'intéressé soit **capable de discernement** au sens de l'art. 16 CC. Cette exigence ne doit pas être appréciée de manière trop sévère et peut être réalisée par des personnes présentant une maladie mentale, dans la mesure où leur état permet de se former une volonté³. **8**

Le domicile d'une personne se trouve donc au lieu avec lequel elle a **les relations les plus étroites**, compte tenu de l'ensemble des circonstances. En règle générale, il correspond à l'endroit où elle dort, passe son temps libre et laisse ses effets personnels. Le lieu où les papiers d'identité ont été déposés ou celui figurant dans des documents administratifs, comme des attestations de la police des étrangers, des autorités fiscales ou des assurances sociales, constituent des indices qui ne sauraient toutefois l'emporter sur le lieu où se focalise un maximum d'éléments concernant la vie personnelle, sociale et professionnelle de l'intéressé⁴. **9**

Du point de vue du droit des assurances sociales, il n'est dès lors pas déterminant pour fonder un domicile en Suisse que la personne concernée dispose d'une **autorisation d'établissement ou de résidence** dans le pays. La jurisprudence est cependant plus restrictive avec les personnes disposant d'une autorisation de séjour saisonnière ou de courte durée, pour lesquelles l'intention de s'établir pour un certain temps en Suisse ne peut pas être prise en compte, en principe, tant que le droit public empêche à long terme sa concrétisation (par la reconnaissance d'un droit de séjour limité dans le temps)⁵. En revanche, le seul fait de ne pas disposer d'une autorisation de séjour en Suisse ou de s'être fait retirer celle-ci n'exclut pas la possibilité d'être considéré comme domicilié dans ce pays sous l'angle de l'obligation d'assurance⁶. Le retrait du permis de séjour ne conduit pas nécessairement et automatiquement à la perte du domicile en Suisse; ce résultat n'intervient que lorsque la personne de nationalité étrangère abandonne, de manière reconnaissable pour les tiers, l'intention de s'y établir⁷. Il en a été ainsi d'un ressortissant étranger dont la résidence prolongée dans un pays étranger a rendu caduque l'autorisation d'établissement dont il bénéficiait en Suisse, de sorte qu'il ne disposait plus d'aucun droit de présence en Suisse; la conjonction de la résidence (prolongée) à l'étranger et l'absence d'autorisation de séjour ne permettaient pas de retenir une intention de rester durablement en Suisse, en relation avec l'obligation de s'assurer obligatoirement à l'assurance-vieillesse et survivants⁸. **10**

Les requérants d'asile et les personnes admises à titre provisoire ont en principe un domicile en Suisse, même si elles ont l'intention de retourner dans leur pays dès que les circonstances qui y règnent le permettront⁹. De même, le lieu de séjour des personnes qui **11**

2 ATF 134 V 236, c. 2.1.

3 ATF 141 V 530, c. 5.2; ATF 134 V 236, c. 2.1. Sur le caractère relatif de la capacité de discernement, ATF 134 II 235, c. 4.3.2.

4 ATF 141 V 520, c. 5.2.

5 ATF 113 V 261, c. 2b; TFA, 18.3.2005, I 275/02, c. 6; cf. aussi, TF, 9.2.2016, 9C_492/2015, c. 6.3, critiqué par SCHNEIDER ELENA, Zum Wohnsitzbegriff im Sozialversicherungsrecht, RSAS 2016 631 ss.

6 ATF 129 V 77, c. 5.2; TF, 31.8.2009, 9C_914/2008, c. 6.1.

7 TFA, 30.9.2004, I 486/00, c. 2, SVR 2005 IV n° 20 79; BOLLINGER, Bedeutung, 37.

8 TF, 12.5.2016, 9C_747/2015, c. 7.

9 Cf. TFA, 23.12.1999, SVR 2000 IV n° 14 41. Voir aussi, l'art. 1 al. 2 let. c OAMal, qui prévoit pour ces personnes une obligation d'assurance à l'assurance obligatoire des soins, indépendamment de la condition du domicile.

ont été reconnues comme **réfugiées ou apatrides** au sens de la convention du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés (RS 0.142.30) et de celle du 28 septembre 1954 sur le statut des apatrides (RS 0.142.40) est considéré comme leur domicile¹⁰.

- 12** Aux termes de l'art. 23, al. 1, 2^e phrase, CC, **le séjour** dans une institution de formation ou **le placement** dans un établissement d'éducation, un home, un hôpital ou une maison de détention ne constitue en soi pas le domicile. Un centre pour requérants d'asile a également été considéré comme un établissement au sens de cette disposition¹¹. Dans le même ordre d'idées, le séjour temporaire d'une personne à l'étranger pour y suivre des études universitaires n'entraîne en principe pas le transfert à cet endroit du centre de ses intérêts; elle maintient son domicile en Suisse et reste donc soumise obligatoirement à l'assurance-vieillesse et survivants¹².
- 13** Lors du **placement dans un établissement par des tiers**, on devra exclure régulièrement la création d'un domicile à cet endroit, l'installation dans l'établissement relevant de la volonté de tiers et non de celle de l'intéressé. Il en va en revanche autrement lorsqu'une personne majeure et capable de discernement décide de son plein gré, c'est-à-dire volontairement et sans contrainte, d'entrer dans un établissement pour une durée illimitée et choisit par ailleurs librement l'établissement ainsi que le lieu de séjour. Dans la mesure où, lors de l'entrée dans un établissement qui survient dans ces circonstances, le centre de l'existence est déplacé en ce lieu, un nouveau domicile y est constitué. L'entrée dans un établissement doit aussi être considérée comme le résultat d'une décision volontaire et libre lorsqu'elle est dictée par la «force des choses» («*Zwang der Umstände*»), tel le fait de dépendre d'une assistance ou d'avoir des difficultés financières¹³.
- 14** Ces règles ne sont toutefois pas applicables telles quelles **en matière de prestations complémentaires** où la compétence pour fixer et verser les prestations ressortit au canton de domicile du bénéficiaire (art. 21 al. 1, 1^{re} phrase, LPC). La LPC prévoit en effet expressément que le séjour dans un home, un hôpital ou tout autre établissement, ou encore le placement dans une famille à certaines conditions ne fonde aucune nouvelle compétence (art. 21 al. 1, 2^e phrase, LPC). Aussi, est ou reste compétent pour fixer et verser les prestations complémentaires le canton dans lequel la personne assurée a son domicile au sens du droit civil juste avant son entrée dans le home ou l'établissement, respectivement juste avant le placement dans la famille d'accueil¹⁴. Par ailleurs, si le séjour dans un établissement mentionné par la loi n'a pas d'effet sur le domicile de l'ayant droit, sous l'angle de la compétence du canton pour allouer les prestations, d'autres circonstances déterminantes pour le domicile au sens du droit civil et donc du droit aux prestations complémentaires (par le renvoi de l'art. 13 al. 1 LPGA) doivent en revanche être prises en considération. Lorsque le domicile dérivé de la personne concernée, alors sous autorité parentale prolongée, change – le détenteur de l'autorité parentale a transféré son domicile dans un autre canton –, le transfert de domicile (découlant du droit civil) conduit à un changement de compétence à raison du lieu des autorités chargées de l'exécution de la LPC¹⁵.

¹⁰ Directives de l'OFAS sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI (DAA), état au 1^{er} janvier 2018 N 1032.

¹¹ TFA, 8.8.2005, P 21/04, c. 4.1, SVR 2006 EL n° 7 25.

¹² TFA, 20.2.1984, RCC 1984 562 ss (sur l'art. 26 aCC).

¹³ ATF 134 V 236, c. 2.1; ATF 133 V 309, c. 3.1.

¹⁴ ATF 142 V 67; sur l'absence d'une disposition semblable à l'art. 21 al. 1 LPC pour la question de la compétence intercantonale pour le financement résiduel des coûts de soins au sens de l'art. 25a al. 5 LAMal, ATF 140 V 563.

¹⁵ ATF 138 V 23, c. 3.

Comme le droit civil interdit la possibilité d'avoir **plusieurs domiciles** en même temps (art. 23 al. 2 CC), le domicile d'une personne qui séjourne alternativement à différents endroits est considéré comme étant constitué au lieu avec lequel elle a les attaches les plus étroites. Le fait d'emmener sa famille avec soi lors d'un séjour professionnel de plusieurs années, tout en prenant des précautions pour faciliter son retour ultérieur en Suisse (notamment, renouvellement du permis d'établissement et maintien du bail du logement), doit être considéré comme déterminant pour retenir un transfert du domicile à l'étranger¹⁶. 15

Dès lors que le renvoi de la Partie générale comprend également l'art. 24 al. 1 CC, selon lequel toute personne conserve son domicile aussi longtemps qu'elle ne s'en est pas créé un nouveau, un enfant qui accède à la majorité conserve son **domicile légal dérivé** de celui de ses parents (art. 25 al. 1 CC; voir aussi N 27), aussi longtemps qu'il n'a pas fondé un nouveau domicile. Ainsi, au moment d'accéder à sa majorité, une personne domiciliée à l'étranger chez ses parents, qui a été accueillie comme interne dans un centre de pédagogie curative en Suisse pendant sa minorité, ne peut prétendre une allocation pour impotent de l'assurance-invalidité, aussi longtemps qu'elle n'a pas manifesté sa volonté de se créer un nouveau domicile en Suisse. Selon le Tribunal fédéral, on ne saurait considérer que le séjour à l'institution procédait d'un choix délibéré et qu'une volonté de s'établir en ce lieu se serait substituée au motif initial de placement¹⁷. 16

Lorsqu'il s'agit de déterminer le domicile d'une **personne qui arrive de l'étranger** au regard de son affiliation à l'assurance-vieillesse et survivants suisse, la règle de l'art. 24 al. 2 CC (relative à l'assimilation, dans certaines conditions, du lieu de résidence au domicile) doit également être prise en considération. Lorsque l'intéressé a quitté son domicile à l'étranger sans en acquérir un nouveau, c'est le lieu où il réside en Suisse qui doit être considéré comme son domicile¹⁸. 17

B. La résidence habituelle (al. 2)

Le droit civil ne définit pas la notion de résidence, de sorte qu'une **notion propre au droit des assurances sociales** a été créée par la jurisprudence¹⁹ et reprise à l'art. 13 al. 2 LPGA. Par résidence habituelle au sens de la disposition, on entend la résidence effective en Suisse et la volonté de conserver cette résidence pendant un certain temps, même si la durée du séjour est d'emblée limitée. Le fait de se trouver par hasard dans un lieu (simple présence physique) ne suffit pas²⁰; il doit en principe s'agir d'un séjour de quelques mois. Par ailleurs, le centre de toutes les relations de l'intéressé doit se situer en Suisse²¹. Au regard de cette condition, il apparaît que la résidence habituelle comporte un élément de durée plus marqué, qui ne se retrouve pas forcément dans la notion de résidence prévue aux art. 24 al. 2 et 25 al. 1 CC²². Selon la lettre claire de l'art. 13 al. 2 LPGA, il n'est en revanche pas déterminant que la durée de la résidence soit d'emblée limitée. Lors-

16 TFA, 28.8.1981, RCC 1982 171.

17 TF, 11.5.2016, 9C_768/2015, c. 4.

18 TF, 16.2.2016, 9C_10/2016, c. 3.

19 Voir p.ex. ATF 119 V 98, c. 6c.

20 A l'inverse de ce qui vaut pour le séjour de deux mois au plus prévu par l'art. 9 al. 3 let. b LAI, où l'élément constitutif de «résider» doit être compris dans le sens d'une présence physique (ATF 143 V 114, c. 5).

21 ATF 141 V 530, c. 5.3.

22 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 13 N 20 s.

qu'elle est interrompue, cette **interruption** produit des effets à partir d'un certain laps de temps (N 26 ss).

- 19 La résidence habituelle joue un rôle important, dans la mesure où dans différentes constellations, elle constitue une **condition supplémentaire** à celle du domicile pour ouvrir le droit à des prestations de l'assurance sociale. On peut citer les exemples du droit à la rente de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité pour les ressortissants étrangers (art. 18 al. 2 LAVS et 6 al. 2 LAI) ou à l'allocation pour impotent (art. 42 al. 1 et 42^{bis} al. 1 LAI). Par ailleurs, la loi exige parfois une résidence préalable d'une certaine durée, avant la date pour laquelle les prestations sont demandées (résidence de dix ans pour les étrangers, en relation avec la rente de l'assurance-invalidité [art. 6 al. 2 LAI] ou les prestations complémentaires²³ [art. 5 al. 1 LPC]). Il faut toutefois réserver les **dispositions dérogoatoires** des conventions bilatérales de sécurité sociale conclues par la Suisse avec un certain nombre d'Etats pour leurs ressortissants respectifs. En vertu du principe de l'égalité de traitement qui est en règle générale prévu par la convention de sécurité sociale pour pallier les discriminations fondées sur la nationalité prévues par le droit interne, les conditions supplémentaires que celui-ci impose aux ressortissants étrangers pour avoir droit à certaines prestations ne sont pas applicables, à moins d'être réservées dans la convention elle-même²⁴ (N 31 s).

C. La résidence au sens du droit conventionnel de la sécurité sociale

- 20 Les **conventions bilatérales de sécurité sociale** conclues par la Suisse font en règle générale référence à la notion de «résidence», par exemple comme condition du droit aux prestations²⁵. Il faut, en premier lieu, en rechercher le **sens autonome** en fonction du texte même de la disposition conventionnelle, conformément aux règles d'interprétation habituelles déduites de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS 0.111)²⁶. En second lieu, si la convention de sécurité sociale – interprétée selon ces règles – ne définit pas elle-même la «résidence» ou, lorsqu'elle fait appel à cette notion, le «domicile», il est possible d'interpréter ces termes selon les «conceptions suisses», c'est-à-dire d'après ce que prévoit à leur égard le droit suisse des assurances sociales²⁷. Ainsi, les termes «qui résident en Suisse» prévus par la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et la République de Turquie²⁸ ont été interprétés conformément aux conceptions suisses sur la résidence habituelle, comme le lieu où la personne concernée se trouve effectivement avec la volonté de maintenir la résidence pour un certain temps, le centre de toutes ses relations devant par ailleurs se trouver en Suisse²⁹.
- 21 Dans les **situations transfrontalières concernant la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne ou de l'AELE**, la résidence constitue également un critère de rattachement pour l'application de la législation d'un seul Etat concerné, lorsque n'intervient pas d'abord le critère général du lieu de l'exercice d'une activité lucrative (*lex loci labo-*

23 Cette condition, qui est directement discriminatoire, ne peut cependant pas être opposée à un ressortissant étranger auquel s'applique l'ALCP (ATF 133 V 265, sur l'art. 2 al. 1 aLPC).

24 Voir p.ex., ATF 112 V 337; TFA, 30.11.2001, I 205/01, c. 2c.

25 Voir p.ex. l'art. 5 de la Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République orientale de l'Uruguay, du 11 avril 2013 (RS 0.831.109.776.1).

26 Sur ces règles, ATF 135 V 339, c. 5.3.

27 ATF 117 V 268. Sur la notion de résidence permanente, ATF 120 V 410, c. 4b.

28 Conclue le 1^{er} mai 1969 (RS 0.831.109.763.1); art. 9 par. 2 de la Convention.

29 ATF 112 V 164.

ris) ou dans les situations où la personne concernée travaille dans plusieurs Etats membres de l'Union européenne ou de l'AELE³⁰. L'art. 1 let. j du Règlement 883/2004, auquel renvoie l'ALCP, définit la «résidence» comme le lieu où une personne réside habituellement. En vertu de l'art. 11 du Règlement 987/2009 («Eléments pour la détermination de la résidence»)³¹, la résidence est assimilée au centre d'intérêt de la personne concernée qui peut être établi selon une évaluation globale en prenant en considération notamment les critères de la durée et la continuité de la présence sur le territoire de l'Etat concerné, la nature et les spécificités de toute activité exercée, la situation familiale et l'Etat dans lequel l'intéressé est censé résider aux fins de l'impôt. L'examen des critères prévus par la disposition d'exécution du droit communautaire a amené le Tribunal fédéral à nier la résidence en Suisse d'une travailleuse frontalière, qui requerrait des indemnités journalières de l'assurance-chômage, les liens personnels, professionnels et associatifs n'ayant pas été considérés comme déterminants au regard des liens familiaux et du logement en France³².

Le droit européen de la sécurité sociale prévoit par ailleurs la notion de **séjour**, qui est définie comme le séjour temporaire (art. 1 let. k du Règlement 883/2004). Celui-ci ne correspond donc pas à la notion de la résidence habituelle du droit suisse, parce qu'il suffit, pour en réaliser la définition, de se trouver à un certain endroit même par hasard. La notion de séjour joue avant tout un rôle pour l'entraide en matière de prestations en nature de l'assurance-maladie et de l'assurance-accidents prévue par le Règlement 883/2004³³.

22

IV. Principes

L'art. 13 al. 1 LPGa pose le principe que **le domicile** au sens des assurances sociales est le domicile selon les art. 23 à 26 CC, en reprenant une règle établie depuis longtemps par la jurisprudence constante³⁴. **Le renvoi aux dispositions du CC** a pour effet qu'elles deviennent en principe partie intégrante du droit des assurances sociales: chaque fois que le terme de domicile est utilisé par une loi spéciale d'assurance sociale, il correspond à celui des art. 23 ss CC (voir cependant N 27 ss).

23

Le point de savoir si le domicile constitue le critère de rattachement pour l'affiliation à l'assurance ou le droit à la prestation d'assurance est déterminé exclusivement par **la loi spéciale**, l'art. 13 al. 1 LPGa ne faisant que définir le domicile (par renvoi). Aussi, la loi spéciale peut-elle prévoir un autre critère de rattachement, tel le lieu où «habite» («*wohnt*») la personne concernée. Ainsi, dans le domaine de l'assurance-chômage, la définition du domicile de l'art. 13 al. 1 LPGa – et donc celle de l'art. 23 al. 1 CC – ne trouve pas application: la notion d'«habiter» («*wohnen*»; art. 8 al. 1 let. c LACI³⁵) im-

24

30 Pour déterminer la législation applicable en cas de pluriactivité, les annexes aux Directives sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI (DAA) de l'OFAS présentent les différentes constellations possibles sous forme de tableaux très utiles en pratique (www.ofas.admin.ch).

31 Cette disposition codifie les éléments élaborés par la jurisprudence de la CJUE qui peuvent être pris en compte pour déterminer le centre d'intérêt (CJUE, 11.9.2014, C-394/13, point 34).

32 ATF 142 V 590, c. 6; plus restrictif, ATF 138 V 186, c. 3.3.1 (selon lequel le droit communautaire laisse dans une large mesure ouverte la question de savoir comment doit être déterminée la notion de résidence et renvoie pour une définition plus précise au droit national en cause).

33 EUGSTER, Krankenversicherung, 579 ss N 556 ss.

34 Voir p.ex. ATF 108 V 24, c. 2; ATF 106 V 5.

35 Même si dans la version française de la disposition, le terme «domicilié» est utilisé (comme à l'art. 12 LACI).

plique la résidence effective et habituelle en Suisse, laquelle peut être interrompue de manière temporaire lorsque l'assuré se rend à l'étranger pour exercer une activité lucrative (de durée limitée)³⁶. Le lieu de rattachement au lieu où «réside/wohnt» la personne assurée est également prévu dans l'assurance-maladie en relation avec la prise en charge des coûts de traitements ambulatoires (art. 41 al. 1 LAMal); il s'agit du lieu où réside la personne et non pas forcément du domicile au sens civil³⁷.

- 25 Lorsque la loi spéciale prévoit l'exigence du domicile en relation avec le droit à des prestations d'assurance, la condition doit être remplie au moment où sont réalisées les (autres) conditions du droit à la prestation et non pas au moment de la décision de l'assureur social³⁸.
- 26 Quant à la **résidence habituelle**, lorsqu'elle sert de critère de rattachement selon la loi spéciale d'assurance sociale, il faut que la personne concernée ait effectivement sa résidence dans le lieu en cause et la volonté de conserver celle-ci au moment déterminant; le centre de toutes ses relations doit en outre se trouver en Suisse. Comme la notion doit être comprise dans un sens objectif, la condition de résidence n'est en règle générale plus réalisée à la suite d'un départ à l'étranger (voir cependant N 28 ss).

V. Exceptions

- 27 Contrairement à ce que prévoit littéralement l'art. 13 al. 1 LPGA, les règles du droit civil sur le domicile ne sont pas intégralement reprises dans le droit des assurances sociales. Selon le Tribunal fédéral, des **motifs particuliers** propres à ce droit peuvent conduire à s'écarter de la notion spécifique du domicile au sens des art. 23 ss CC. Il en va ainsi en ce qui concerne le **domicile dérivé** d'une personne majeure sous curatelle de portée générale, dont le domicile est au siège de l'autorité de protection de l'adulte, selon l'art. 26 CC. En relation avec le droit à la rente extraordinaire et à l'allocation pour impotent de l'assurance-invalidité, cette notion du domicile dérivé ne s'applique pas³⁹. En d'autres termes, le domicile dérivé au siège de l'autorité de protection de l'adulte (art. 26 CC) ne fonde pas un domicile en Suisse s'il n'en existait pas déjà un avant la mise sous curatelle de portée générale⁴⁰. La notion de domicile du droit des assurances sociales est, sur ce point, plus restrictive que celle de droit civil.
- 28 En ce qui concerne la résidence, elle cesse en principe avec le **départ à l'étranger**. En cas de séjour temporaire à l'étranger sans volonté de quitter définitivement la Suisse, le principe de la résidence tolère cependant deux exceptions. La première concerne les séjours de courte durée à l'étranger, lorsqu'ils ne dépassent pas le cadre de ce qui est généralement admis et qu'ils reposent sur des raisons valables (visite, vacances, affaires, cure, formation); leur durée ne saurait cependant dépasser une année, étant précisé qu'une telle durée ne peut se justifier que dans des circonstances très particulières. La seconde

36 TF, 7.12.2007, 8C_270/2007, c. 2; TF, 15.2.2013, 8C_658/2012, c. 3.

37 ATF 126 V 484, c. 5d; EUGSTER, Krankenversicherung, 767 N 1208. Sur la notion de «canton de résidence», assimilé au «canton de domicile», voir ATF 131 V 50.

38 TF, 5.11.2014, 8C_610/2014, c. 3 et 4.2.2. Dans l'AI, voir TF, 21.3.2014, 9C_446/2013, c. 6.2 (cas particulier dans lequel les conditions constitutives du droit à la prestation de l'AI ont été considérées comme réalisées postérieurement à la survenance de l'invalidité, le domicile en Suisse ne constituant plus une de ces conditions).

39 ATF 135 V 249 (sur l'art. 13 al. 1 LPGA en relation avec l'art. 25 al. 2 aCC), qui confirme l'ATF 130 V 404 (sur la situation avant l'entrée en vigueur de l'art. 13 LPGA).

40 ATF 141 V 530, c. 5.5.

concerne les séjours de longue durée à l'étranger, lorsque le séjour, prévu initialement pour une courte durée, doit être prolongé au-delà d'une année en raison de circonstances imprévues telles que la maladie ou un accident, ou lorsque des motifs contraignants (tâches d'assistance, formation, traitement d'une maladie) imposent d'emblée un séjour d'une durée prévisible supérieure à une année⁴¹.

Constitue par exemple une raison valable pour justifier le maintien de la résidence effective en Suisse, un séjour (de courte durée) à l'étranger de près de six mois alliant loisirs et but curatif⁴², à l'inverse de la situation où le séjour initialement dicté par des motifs de santé a été renouvelé à intervalles réguliers, sans que l'assistance thérapeutique le justifiait et que le centre des intérêts a été déplacé à l'étranger⁴³. L'exception relative aux séjours de longue durée est réalisée lorsque la personne concernée doit prolonger son séjour à l'étranger pour des raisons de santé, parce que son état de santé ne lui permet pas de voyager ou qu'un traitement approprié ne peut pas être prodigué en Suisse⁴⁴. Elle ne l'est pas en revanche lorsque l'intéressé se rend à l'étranger pour s'y faire soigner et n'envisage plus de retourner en Suisse⁴⁵.

Ces exceptions prévues par la jurisprudence s'appliquent également lorsqu'il s'agit d'examiner la condition de la résidence habituelle indépendamment de la question du domicile. Ainsi, pour déterminer la résidence d'un ressortissant mineur suisse qui n'a pas son domicile en Suisse, en relation avec le droit à une rente extraordinaire de l'assurance-invalidité en vertu de l'art. 42^{bis} al. 1 LAI (qui ne prévoit pas les conditions cumulatives du domicile et de la résidence habituelle en Suisse), l'exception relative au séjour temporaire sans volonté de quitter la Suisse s'applique: la résidence habituelle en Suisse a été considérée comme maintenue pendant une année, malgré un séjour à l'étranger (qui avait initialement un caractère provisoire)⁴⁶.

A titre d'exceptions relatives au domicile et à la résidence, il convient de signaler que le **principe de la territorialité** selon lequel les prestations des assurances sociales suisses sont en règle générale accordées uniquement en Suisse est soumis à la réserve de dispositions contraires des conventions de sécurité sociale, en particulier du Règlement 883/2004 auquel renvoie l'ALCP. Par conséquent, dans les situations dans lesquelles le droit suisse des assurances sociales fait dépendre le droit à une prestation ou le versement de celle-ci du domicile et ou de la résidence habituelle en Suisse de l'assuré (comme p. ex. le versement d'une rente fondée sur un taux d'invalidité inférieur à 50% [art. 29 al. 4 LAI]), il faut examiner de cas en cas si la clause de domicile ou de résidence peut effectivement être opposée à une personne qui entre dans le champ d'application du Règlement 883/2004 ou d'une convention bilatérale de sécurité sociale.

Ainsi, en vertu de l'art. 7 dudit règlement, intitulé «Levée des clauses de résidence», un Etat partie à l'ALCP ne peut en principe pas refuser de verser des prestations en espèces à un assuré au motif qu'il ne réside pas dans l'Etat compétent. En d'autres termes, cette disposition prévoit un **principe de l'exportation** et conduit dans son résultat à mettre sur un pied d'égalité les territoires des Etats membres en ce qui concerne le droit aux

41 ATF 111 V 180, c. 4; TF, 16.4.2015, 9C_729/2014, c. 3.

42 TFA, 14.5.1991, RCC 1992 36 ss.

43 TF, 16.4.2015, 9C_729/2014, c. 4: le droit à une allocation pour impotent a dès lors été supprimé.

44 ATF 110 V 278, c. 2c.

45 TFA, 20.6.2001, I 259/01.

46 TF, 6.7.2016, 9C_940/2015, c. 3.3.

prestations⁴⁷. Des exceptions à ce principe sont cependant prévues par le Règlement 883/2004 (cf. art. 70) ou par l'ALCP (voir p.ex. ch. II du Protocole à l'annexe II de l'ALCP). Alors que le quart de rente de l'assurance-invalidité et la rente extraordinaire de l'assurance-vieillesse et survivants sont versés à l'étranger en vertu du principe de l'exportation⁴⁸, tel n'est pas le cas de la rente extraordinaire de l'assurance-invalidité, de l'allocation pour impotent et des prestations complémentaires⁴⁹.

Art. 13a

Partenariat enregistré

- ¹ Pendant toute sa durée, le partenariat enregistré est assimilé au mariage dans le droit des assurances sociales.**
- ² Le partenaire enregistré survivant est assimilé à un veuf.**
- ³ La dissolution judiciaire du partenariat enregistré est assimilée au divorce.**

Eingetragene Partnerschaft

- ¹ Solange eine eingetragene Partnerschaft dauert, ist sie im Sozialversicherungsrecht einer Ehe gleichgestellt.
- ² Stirbt eine Partnerin oder ein Partner, so ist die überlebende Person einem Witwer gleichgestellt.
- ³ Die gerichtliche Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft ist einer Scheidung gleichgestellt.

Unione domestica registrata

- ¹ Per tutta la sua durata, nel diritto delle assicurazioni sociali l'unione domestica registrata è equiparata al matrimonio.
- ² Il partner registrato superstite è equiparato al vedovo.
- ³ Lo scioglimento giudiziale dell'unione domestica registrata è equiparato al divorzio.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	2
C. Objet, but et nature de la norme	3
II. Champ d'application	5
III. Notions	7
A. Le partenariat enregistré et sa dissolution (al. 1 et 3)	7
B. Le partenaire enregistré survivant (al. 2)	9
C. «Les membres de la famille»	10
IV. Principes	14
A. Les règles d'assimilation	14
B. Les conséquences sur les lois spéciales	19

47 ATF 142 V 2, c. 6.1; ATF 130 V 145, c. 4.1 (concernant la disposition correspondante – art. 10 par. 1 – du Règlement 1408/71). Voir aussi REICHMUTH, Wohnsitz, 112 ss.

48 ATF 130 V 253 (sur le quart de rente AI) et ATF 130 V 145 (sur la rente extraordinaire AVS).

49 ATF 142 V 2 (sur l'allocation pour impotent); ATF 141 V 530 (sur la rente extraordinaire AI); TF, 23.9.2011, 9C_580/2011, c. 4.2.1 (sur les prestations complémentaires).

Bibliographie

FAHRNI CATHERINE, Répercussions sur les assurances sociales de la loi sur le partenariat (LPart), CHSS 2005 72 ss; LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Sozialversicherungsrecht, in Büchler (éd.), Fam-Komm Eingetragene Partnerschaft, Berne 2007, 843 ss (cité: SV); MOSIMANN HANS-JAKOB, Verwandtschaftsverhältnisse und ihre Auswirkungen im Sozialversicherungsrecht, in Riemer-Kafka (éd.), Sozialversicherungsrecht: seine Verknüpfungen mit dem ZGB, Zurich/Bâle/Genève 2016, 55 ss (cité: ZGB); ROSMANITH XAVIER, Partenariat enregistré et assurances sociales suisses, in Ziegler/Montini/Ayse Copur (éd.), Droit LGTB: droit des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres en Suisse, 2^e éd., Bâle 2015, 555 ss; RUMO-JUNGO ALEXANDRA/GERBER JENNI REGULA, Sozialversicherungsrechtliche Aspekte des PartG, in Geiser/Gremper (éd.), ZK zum Partnerschaftsgesetz, Zurich/Bâle/Genève 2007, 743 ss.

I. Introduction

A. Généralités

L'institution du partenariat enregistré qui permet à deux personnes du même sexe n'ayant pas de lien de parenté de donner un cadre juridique à leur relation de couple a été créée en droit suisse par l'adoption de la LPart, le 18 juin 2004, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2007. Afin de régler les droits et obligations des partenaires enregistrés dans le domaine des assurances sociales, le législateur a prévu une solution simple et logique: il a assimilé les personnes liées par un partenariat enregistré à des conjoints et le partenariat enregistré au mariage, en introduisant l'art. 13a dans la LPGA. Il y a également réglé la situation lorsque le partenariat enregistré prend fin, que ce soit par la dissolution judiciaire ou le décès de l'une ou de l'un des partenaires¹. 1

B. Systématique

La disposition sur le partenariat enregistré fait partie des «Définitions de notions générales» auxquelles est consacré le deuxième chapitre de la loi. Ajoutée avec l'entrée en vigueur de la LPart², elle a fait l'objet d'une numérotation additionnelle à la suite de la dernière définition générale prévue initialement à l'art. 13 LPGA. Son adoption met en évidence l'utilité et le bénéfice de la Partie générale en cas de modification législative ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble du droit des assurances sociales: il suffit d'une seule nouvelle disposition dans la loi pour que le changement introduit en l'espace – l'état civil et les effets du partenariat enregistré – s'applique dans toutes les lois spéciales soumises à la LPGA. Aucune d'entre elles ne prévoit d'exceptions quant à l'application de l'art. 13a. 2

C. Objet, but et nature de la norme

L'art. 13a a pour but de régler la situation de la personne liée par un partenariat enregistré sur le plan des assurances sociales (à l'exception de la prévoyance professionnelle (N 14 *in fine*)). Dans la perspective de traiter de manière identique les partenaires enregistrés et les conjoints, cette disposition comprend trois «définitions» (correspondant davantage à trois principes d'assimilation): le partenariat enregistré (al. 1), le partenaire enregistré survivant (al. 2) et la dissolution judiciaire du partenariat enregistré (al. 3). 3

1 La forme masculine (le partenaire) utilisée ci-après s'entend du partenaire de sexe féminin ou masculin.

2 Ch. 28 de l'annexe à la LPart (RO 2005 5685, 5717).

- 4 La disposition ne traite que de **la situation des partenaires enregistrés du point de vue des assurances sociales**. Elle ne concerne pas d'autres formes de partenariat ou de concubinage, que ce soit la communauté de vie formée par un homme et une femme qui n'ont pas conclu de mariage ou celle formée par deux hommes ou deux femmes qui n'ont pas fait enregistrer leur partenariat. En dehors de la possibilité d'instituer comme bénéficiaire de prestations pour survivants de la prévoyance professionnelle la personne avec laquelle la personne assurée forme une communauté de vie (art. 20a al. 1 let. a LPP), le droit des assurances sociales ne prend en considération que l'union conjugale et le partenariat enregistré³, sous réserve de quelques constellations particulières où le concubinage peut jouer un rôle⁴.

II. Champ d'application

- 5 Toute personne qui a fait enregistrer officiellement son partenariat en Suisse aux conditions prévues par la LPart et dont l'état civil est dès lors «lié par un partenariat enregistré» (art. 2 al. 3 LPart) tombe sous le coup de l'art. 13a de la loi. Il en va de même de la personne dont le partenariat valablement enregistré à l'étranger est reconnu en Suisse ou dont le mariage valablement célébré à l'étranger avec une personne du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré⁵.
- 6 La disposition porte non seulement sur la situation du partenaire enregistré pendant la durée du partenariat, mais aussi sur celle qui prévaut lorsque le partenariat enregistré a pris fin en raison du décès de l'un des partenaires ou lorsqu'il a fait l'objet d'une dissolution judiciaire. Elle ne s'applique qu'à partir de son entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2007.

III. Notions

A. Le partenariat enregistré et sa dissolution (al. 1 et 3)

- 7 La notion de «partenariat enregistré» au sens de l'art. 13a al. 1 correspond à celle prévue par la LPart, à savoir le partenariat que deux personnes du même sexe s'engagent à mener en couple en assumant l'une envers l'autre les droits et les devoirs découlant de ce lien civil et qui le font **enregistrer officiellement** selon la procédure prévue à cet effet (cf. art. 2 LPart). Le terme de mariage – auquel le partenariat est assimilé – renvoie à l'union entre deux personnes hétérosexuelles créée par la célébration de cette institution (art. 97 ss et 159 CC). En règle générale, l'assimilation du partenariat enregistré au mariage, pendant toute sa durée, entraîne une amélioration de la position juridique de la personne concernée en droit des assurances sociales, à quelques exceptions près (dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants [N 21]). L'égalité vaut aussi lorsque le mariage a des conséquences moins favorables que dans le cas d'autres formes de vie commune (p. ex. sur le montant de la rente de vieillesse de l'assurance-vieillesse et survivants [N 21]).
- 8 En parallèle, la **fin des rapports** entre les partenaires enregistrés de leur vivant est assimilée au divorce selon l'art. 13a al. 3 LPGA. On entend par divorce, la dissolution judiciaire de l'union conjugale au sens des art. 111 ss CC, tandis que la dissolution judiciaire du partenariat enregistré correspond à celle prononcée par un tribunal qui met un terme,

³ RUMO-JUNGO/GERBER JENNI, 746 N 3.

⁴ MOSIMANN, ZGB, 90 ss.

⁵ Art. 45 al. 1 LDIP par analogie (en corrélation avec l'art. 65a LDIP) et art. 45 al. 3 LDIP.

par son jugement, au partenariat aux conditions des art. 29 ss LPart. Du point de vue temporel, est déterminant le moment de l'entrée en force du jugement de dissolution⁶. L'état civil des anciens partenaires enregistrés est alors «partenariat dissous» et ils sont assimilés, sous l'angle du droit des assurances sociales, aux conjoints divorcés.

B. Le partenaire enregistré survivant (al. 2)

En cas de décès de l'un des deux partenaires liés par un partenariat enregistré – ce qui entraîne *de iure* la fin de celui-ci –, le ou la survivant(e) a le statut d'un **veuf**. Ainsi et conformément à l'art. 13a al. 2, le partenaire survivant est assimilé à une personne de sexe masculin dont le mariage a pris fin à la suite du décès de son épouse (N 16 ss).

C. «Les membres de la famille»

Comme l'art. 13a LPGA renvoie aux notions du mariage et du divorce, telles que prévues par le droit de la famille, il faut garder à l'esprit que les lois d'assurances sociales se réfèrent aux liens de parenté prévus par **le droit de la famille** (p.ex. les «parents de ligne ascendante, frères, sœurs» [art. 29^{septies} al. 1 LAVS]), ou, plus généralement, aux termes de «membres de la famille» (p.ex. art. 3 al. 2 let. d LAVS) ou de «proches» (p.ex. art. 59 al. 1 LAM). Ces notions doivent être comprises au sens du droit de la famille tel que prévu par le CC, qui désigne le lien du mariage en tant que fondement de la famille⁷. Les conjoints sont toujours considérés comme des membres de la famille, auxquels il faut donc assimiler les personnes liées par un partenariat enregistré. Ainsi, lorsque d'autres termes sont utilisés, comme celui de membre de la famille ou de proche, ils comprennent également les partenaires enregistrés. La notion de proche n'est pas définie par les lois spéciales d'assurances sociales; elle comprend aussi des personnes qui n'ont pas forcément un lien de proximité défini par le droit civil avec l'intéressé⁸.

De même, le droit des assurances sociales attribue souvent des effets juridiques à l'existence d'un **lien de filiation** au sens du droit civil. Depuis l'entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2018, de la modification du CC du 17 juin 2016 relative au droit de l'adoption, la personne liée par un partenariat enregistré a le droit d'adopter l'enfant mineur de son partenaire enregistré, conformément à l'art. 264c al. 1 ch. 2 CC⁹ (en relation avec l'art. 27a LPart).

Au-delà du lien de filiation, un **lien d'alliance** – l'enfant de l'un des partenaires enregistrés est l'allié de l'autre («beau-père ou belle-mère»; cf. art. 21 al. 1 CC) – ou un **lien nourricier** entre un enfant et la personne assurée – qui suppose d'assumer gratuitement et durablement les frais d'entretien et d'éducation de l'«enfant recueilli» (N 25) – peuvent également entraîner des conséquences par rapport à un certain nombre de prestations d'assurances sociales (N 19 ss). Il convient donc d'examiner pour chaque cas particulier impliquant la présence d'un ou de plusieurs enfants, si l'enfant se trouve dans une relation particulière, de filiation (par l'adoption) ou d'entretien, sous l'angle du droit des assurances sociales avec le partenaire enregistré de son père ou de sa mère. Les éventuels effets juridiques sur le droit aux prestations d'assurances sociales ne découlent alors pas

6 Cf. ATF 132 V 236.

7 LEUZINGER-NAEF, SV, 846 N 3; RUMO-JUNGO/GERBER JENNI, 746 N 2.

8 MOSIMANN, ZGB, 89 s.

9 RO 2017 3699; Message du 28 novembre 2014 concernant la révision du code civil (Droit de l'adoption), FF 2015 835, 879 ss.

de l'état civil des partenaires enregistrés, mais du fait que l'un ou l'autre réalise les conditions prévues par le droit des assurances sociales quant au lien particulier entre l'enfant et l'ayant droit pour l'ouverture du droit à la prétention correspondante.

- 13 L'existence d'une **obligation d'entretien** découlant du droit de la famille peut également entraîner des conséquences juridiques en droit des assurances sociales. Or l'un des partenaires enregistrés peut être tenu de pourvoir à l'entretien de l'autre pendant la durée du partenariat (art. 13 LPart), mais aussi après la fin de la vie commune (art. 17 LPart) ou après la dissolution du partenariat (art. 34 LPart). Peut également entrer en ligne de compte l'assistance appropriée que doit fournir la personne liée par un partenariat enregistré à un partenaire qui a des enfants dans l'accomplissement de l'obligation d'entretien de celui-ci (art. 27 al. 1 LPart). Ces obligations d'entretien doivent être prises en considération comme pour les conjoints ou les personnes divorcées, vu l'assimilation prévue à l'art. 13a al. 1 et 2 LPGA¹⁰.

IV. Principes

A. Les règles d'assimilation

- 14 L'art. 13a prévoit les trois règles suivantes en droit des assurances sociales: le partenariat enregistré est, pendant toute sa durée, assimilé au mariage (al. 1), le partenaire survivant au veuf (al. 2) et la dissolution judiciaire du partenariat au divorce (al. 3). **Ces assimilations** ne valent que pour les dix lois spéciales sur les assurances sociales auxquelles s'applique (actuellement) la LPGA et non pour la prévoyance professionnelle. En conséquence, une règle similaire à celle de l'art. 13a al. 2 est prévue par la LPP en ce qui concerne les prestations pour survivants, le partenaire survivant étant assimilé au conjoint survivant (art. 19a LPP), tandis qu'une disposition semblable à l'art. 13a al. 3 figure dans la LFLP en ce qui concerne la dissolution judiciaire du partenariat enregistré (art. 23 LFLP)¹¹.
- 15 L'art. 13a a pour conséquence que chaque fois que **le droit des assurances sociales** – y compris les autres dispositions de la LPGA (p.ex. art. 27 al. 3 sur l'obligation d'information à l'égard du «proche») – **attribue des effets à l'état civil** de la personne mariée, du veuf ou du conjoint divorcé, ceux-ci s'appliquent également à la personne liée par un partenariat enregistré ou dont le partenariat a été dissous par le décès du partenaire ou par un jugement.
- 16 En ce qui concerne en particulier **l'assimilation du partenaire survivant**, indépendamment de son sexe, à un veuf et non à une veuve (art. 13a al. 2), elle a été précédée d'une discussion au cours des travaux parlementaires sur l'adéquation de ce choix. L'égalité entre les hommes et les femmes n'est en effet pas entièrement assurée dans le droit des assurances sociales, puisque les prestations en faveur des survivants ne sont pas soumises aux mêmes conditions selon qu'il s'agit d'une veuve ou d'un veuf. La réglementation relative aux veuves est plus favorable que celle prévue pour les veufs, car celles-ci ont droit à une rente même si elles n'ont pas d'enfant au moment du décès de leur conjoint, pour autant que les autres conditions posées par l'art. 24 LAVS soient réalisées.

¹⁰ LEUZINGER-NAEF, SV, 855 N 18.

¹¹ A ce sujet, cf. RUMO-JUNGO/GERBER JENNI, 759 ss. L'ex-partenaire enregistré a droit à une prestation de survivants de la prévoyance professionnelle aux conditions prévues par l'art. 20 al. 2 OPP 2 (aucune différence n'étant faite selon le sexe de l'ex-partenaire [ou du conjoint divorcé]).

Une proposition qui visait à introduire l'assimilation de la partenaire survivante à une veuve n'a toutefois pas été acceptée par le Conseil national¹². Ce dernier a suivi les arguments présentés précédemment par le Conseil fédéral, selon lequel le choix de traiter le partenaire survivant comme un veuf et non comme une veuve visait à empêcher de créer de nouvelles inégalités¹³. Si les femmes liées par un partenariat enregistré étaient considérées comme des veuves au décès de leur partenaire, elles auraient été mises sur un pied d'égalité avec l'épouse, de sorte que le partenariat enregistré entre femmes aurait été mieux traité en droit des assurances sociales que le mariage ou le partenariat enregistré liant deux hommes. Par ailleurs, la répartition traditionnelle des rôles – la femme limitait ou cessait son activité lucrative pour s'occuper du ménage et des enfants, tandis que le mari travaillait à plein temps –, qui expliquait la différence de traitement en faveur des veuves, ne correspondait pas à la conception du partenariat enregistré, de sorte que le modèle d'assurance en résultant ne pouvait lui être appliqué.

Selon la jurisprudence, le sens littéral de l'art. 13a al. 2 de la loi correspond bien à la volonté délibérée et expresse du législateur d'assimiler les partenaires enregistrés survivants, hommes et femmes, à des veufs et non à des veuves, de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'en écarter par voie d'interprétation¹⁴. A noter que cette assimilation n'est déterminante que pour l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-accidents; l'assurance militaire traite de manière identique la veuve et le veuf (N 41).

B. Les conséquences sur les lois spéciales

1. LAVS

En matière d'assurance-vieillesse et survivants, l'état civil du ou des bénéficiaire(s) joue un rôle déterminant dans le domaine des prestations mais aussi des cotisations. En vertu de l'art. 13a LPGA, les dispositions de l'assurance-vieillesse et survivants s'appliquant aux conjoints ou aux personnes divorcées valent également pour les personnes liées par un partenariat enregistré ou celles dont le partenariat a été dissous par une décision judiciaire.

En plus de l'art. 1a al. 4 let. c LAVS sur l'adhésion à l'assurance-vieillesse et survivants, qui s'applique à la personne liée par un partenariat enregistré, on mentionnera tout d'abord les règles particulières sur **l'obligation de payer des cotisations à l'assurance-vieillesse et survivants**. Les conjoints, et donc les partenaires enregistrés, sans activité lucrative de personnes assurées exerçant une activité lucrative, ou qui travaillent dans l'entreprise de leur conjoint, respectivement du partenaire enregistré, sans toucher de salaires en espèces, sont réputés avoir payé eux-mêmes des cotisations, pour autant que leur conjoint/partenaire enregistré ait versé des cotisations équivalant au moins au double de la cotisation minimale (art. 3 al. 3 LAVS). Le partenaire enregistré peut également se trouver dans la situation où il est un «membre de la famille» travaillant dans l'entreprise familiale et n'est alors pas tenu de payer des cotisations s'il ne touche aucun salaire en espèces jusqu'à la fin de l'année au cours de laquelle il a accompli sa 20^e année (art. 3 al. 2 let. d LAVS). On peut aussi mentionner l'art. 10 al. 1 LAVS en relation avec l'art. 28 al. 4 RAVS sur la détermination des cotisations du partenaire enregistré considéré comme n'exerçant pas d'activité lucrative.

¹² BO CN 2003 1830.

¹³ Message du 29 novembre 2002 relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, FF 2003 1192, 1221.

¹⁴ TF, 5.10.2009, 9C_521/2008, c. 5, confirmé par TF, 15.1.2018, 9C_871/2017, c. 5.2.2.

- 21 En ce qui concerne le domaine des prestations, l'état civil influence le **montant de la rente de vieillesse**: contrairement aux rentes de deux personnes non mariées ou n'ayant pas fait enregistrer leur partenariat qui forment une communauté de vie, les rentes de vieillesse des époux ou des partenaires enregistrés sont plafonnées, en ce sens que la somme des deux rentes s'élève au plus à 150% du montant maximal de la rente de vieillesse (cf. art. 35 al. 1 LAVS)¹⁵. Ce plafonnement ne vaut cependant pas si les époux ou les partenaires enregistrés ne vivent plus en ménage commun à la suite d'une décision judiciaire de l'union conjugale ou du partenariat enregistré (art. 35 al. 2 LAVS en relation avec l'art. 17 LPart sur la suspension de la vie commune). Ensuite, pour le calcul de la rente de vieillesse, les revenus d'une activité lucrative sur lesquels des cotisations ont été versées et que les partenaires enregistrés ont réalisés pendant les années civiles de leur partenariat enregistré commun sont répartis et attribués pour moitié à chacun d'eux. Cette répartition (« *splitting* ») intervient lorsque les deux partenaires enregistrés ont droit à une rente de l'assurance-vieillesse et survivants, lorsque le partenaire survivant (en tant que « veuf ») a droit à une rente ou en cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré (cf. art. 29^{quinquies} al. 3 et 4 LAVS). Elle suppose que le partenariat ait duré une année civile entière (cf. art. 50b al. 2 et 3 RAVS)¹⁶.
- 22 Par ailleurs, le parent qui a l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants peut prétendre une **bonification pour tâches éducatives** pour les années durant lesquelles il a exercé l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants âgés de moins de 16 ans; les bonifications sont l'une des composantes du revenu annuel moyen sur la base duquel est calculée la rente de vieillesse (art. 29^{quater} LAVS). Lorsque les parents exercent l'autorité parentale conjointe, ils ne peuvent toutefois prétendre deux bonifications cumulatives, une seule bonification étant attribuée par couple (art. 29^{sexies} al. 1 LAVS). Lorsqu'un partenaire enregistré a l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants, il a droit, en principe, à une bonification pour tâches éducatives, celle-ci pouvant lui être attribuée en totalité s'il assume la plus grande partie de la prise en charge de l'enfant ou par moitié lorsque les deux parents assument à égalité la prise en charge de l'enfant, selon la décision du tribunal ou de l'autorité de protection de l'enfant (cf. art. 52^{bis} RAVS)¹⁷. Le partenaire enregistré du parent auquel une bonification a été attribuée a alors droit à la moitié de celle-ci pendant la durée du partenariat (cf. art. 29^{sexies} al. 3 LAVS)¹⁸. Les règles sur l'attribution des bonifications pour tâches éducatives s'appliquent directement aux partenaires enregistrés qui exercent l'autorité parentale commune sur l'enfant adoptif, en cas d'adoption de l'enfant du partenaire en vertu de l'art. 264c al. 1 ch. 2 CC¹⁹.
- 23 En plus des bonifications pour tâches éducatives, il existe aussi des **bonifications pour tâches d'assistance** (non cumulables pour une même période), dont bénéficie la personne assurée qui prend en charge des parents de ligne ascendante ou descendante ou

15 Ce plafonnement qui conduit à une inégalité de traitement entre les couples mariés et les partenaires enregistrés d'une part et les couples vivant en concubinage d'autre part, ne constitue pas, selon la jurisprudence, une discrimination illicite (ATF 140 I 77).

16 ROSMANTH, 566 s.

17 Sur cette disposition, voir DUPONT ANNE-SYLVE, Divorce et premier pilier: l'enjeu des bonifications pour tâches éducatives, RSAS 2015 393, 397 ss.

18 Parce que la répartition en deux parts égales a lieu aussi lorsqu'il n'existe pas de lien de filiation entre l'enfant d'un premier mariage d'un conjoint et l'autre époux (ATF 126 V 429, c. 3b). Le fait de vivre avec l'enfant de son partenaire enregistré et d'être son allié (art. 21 al. 1 CC) ne donne pas de droit propre à des bonifications pour tâches éducatives, ce droit étant lié à l'exigence de l'exercice de l'autorité parentale (cf. ATF 130 V 241).

19 Cf. n. 9.

des frères et sœurs au bénéfice d'une allocation pour impotence (de degré moyen au moins) de l'assurance-vieillesse et survivants, de l'assurance-invalidité, de l'assurance-accidents, ou de l'assurance militaire, à condition qu'elle puisse se déplacer facilement auprès de la personne prise en charge²⁰. Les conjoints, les beaux-parents et les enfants d'un autre lit sont assimilés aux parents (art. 29^{septies} al. 1 LAVS). La personne liée par un partenariat enregistré qui prend soin de son partenaire, de l'enfant ou des parents de celui-ci peut donc aussi faire valoir un droit aux bonifications pour tâches d'assistance aux mêmes conditions. Pendant la durée du partenariat, ces bonifications doivent être réparties par moitié entre les partenaires (cf. art. 29^{septies} al. 6 LAVS).

Le partenaire enregistré au bénéfice d'une rente de vieillesse a également droit à une **rente pour enfant** pour ses propres enfants, ainsi que pour les enfants recueillis (N 25) pour autant que le lien nourricier ait été créé avant le début du droit à la rente; cette exigence ne vaut pas en relation avec les enfants de son partenaire enregistré, alliés du bénéficiaire (cf. art. 22^{ter} al. 1 LAVS). **24**

La conclusion d'un partenariat enregistré a ensuite des répercussions sur le droit à une **rente de survivant** au sens des art. 23 ss LAVS. Le partenaire enregistré survivant, assimilé à un veuf (N 9 et 16), a droit à une rente si, au décès de son partenaire, il a un ou plusieurs enfants, dont le cadet n'a pas encore atteint l'âge de dix-huit ans (cf. art. 23 al. 1 et 24 al. 2 LAVS). Sont assimilés aux propres enfants ceux du partenaire décédé qui, au moment du décès, vivaient en ménage commun avec le partenaire survivant et qui sont recueillis par lui, ou les enfants recueillis qui vivaient en ménage commun avec lui, au moment du décès, et qu'il adopte (cf. art. 23 al. 1 et 2 LAVS en relation avec l'art. 46 al. 2 RAVS). Par enfant recueilli, on entend l'enfant dont les frais d'entretien et d'éducation ont été assumés gratuitement et de manière durable (art. 25 al. 3 LAVS en relation avec l'art. 49 al. 1 RAVS) par le ou les parent(s) nourricier(s) et avec lequel ceux-ci ont entretenu de véritables relations de parents à enfants, en ce sens que les charges et obligations légales qui incombent habituellement aux parents naturels sont effectivement transférées aux parents nourriciers²¹. **25**

En revanche, le droit à la rente de veuve de l'assurance-vieillesse et survivants prévue par l'art. 24 al. 1 LAVS n'est pas ouvert aux partenaires enregistrés en cas de décès de l'un d'eux (art. 13a al. 2 LPGA); la cause d'extinction du droit à la rente de veuf prévue par l'art. 24 al. 2 LAVS est à l'inverse applicable, en plus de celles figurant à l'art. 23 al. 4 LAVS²². **26**

Le partenaire enregistré survivant qui est au bénéfice d'une rente de veuf a droit à un **supplément** de 20% sur sa rente, le total ne devant toutefois pas dépasser le montant maximal de la rente de vieillesse (art. 35^{bis} LAVS). Ce supplément n'est pas alloué lorsqu'au moment de l'ouverture du droit à la rente de vieillesse, l'ayant droit est lié par un nouveau partenariat enregistré ou a contracté un mariage et lorsque le partenariat enregistré avec la personne décédée a été dissous judiciairement²³. **27**

La personne qui était liée par un partenariat enregistré ayant été **dissous judiciairement** **28** peut, aux mêmes conditions qu'une personne divorcée (art. 24a LAVS), être assimilée à

20 Sur cette exigence de facilité, cf. art. 52g RAVS.

21 TF, 14.11.2014, 9C_340/2014, c. 3.2.2, SVR 2015 BVG n° 35 129.

22 LEUZINGER-NAEF, SV, 869; RUMO-JUNGO/GERBER JENNI, 755 N 27.

23 Cf. respectivement ATF 126 V 57 et ATF 128 V 5.

un veuf et prétendre une rente à ce titre. Celle-ci n'est cependant allouée que si le veuf n'a conclu aucun nouveau partenariat ou mariage du vivant de l'ex-partenaire décédé²⁴.

- 29 S'agissant, enfin, de la **rente d'orphelin**, l'art. 25 al. 1 LAVS prévoit qu'elle est accordée aux enfants dont le père ou la mère est décédé(e), indépendamment de l'état civil du parent défunt. L'enfant recueilli a également droit à une telle prestation au décès de sa mère nourricière ou de son père nourricier (art. 49 RAVS). Une telle rente est donc accordée à un enfant à la suite du décès du partenaire de son père ou de sa mère lorsque le défunt avait gratuitement contribué à son entretien et à son éducation. L'enfant qui a été adopté par le partenaire enregistré de son père ou de sa mère selon l'art. 264c al. 1 ch. 2 CC (en relation avec l'art. 27a LPart)²⁵, peut prétendre une rente d'orphelin directement en vertu de l'art. 25 al. 1 LAVS, au décès de l'un ou l'autre des partenaires.

2. LAI

- 30 La LAI renvoie en ce qui concerne le cercle des personnes assurées (art. 1b LAI), la fixation des cotisations (art. 3 LAI), le calcul des rentes (art. 36 al. 2 LAI) et leur montant, y compris leur plafonnement (art. 37 LAI), aux dispositions topiques de la LAVS. Aussi, peut-on renvoyer à ce qui a été exposé à ce sujet dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants (N 19 ss). Pour le reste, les prestations de l'assurance-invalidité sont accordées indépendamment de l'état civil.
- 31 On ajoutera qu'à certaines conditions, la personne assurée qui a droit à une indemnité journalière pendant l'exécution de mesures de réadaptation prévues par la LAI peut prétendre une prestation pour enfant pour ses propres enfants mais également pour les enfants qu'elle a recueillis et dont elle assume gratuitement et durablement l'entretien et l'éducation (art. 22 al. 3 LAI); selon les circonstances, l'enfant du partenaire enregistré peut être considéré comme un enfant recueilli (N 25) donnant droit à une prestation pour enfant s'ajoutant aux indemnités journalières.

3. LPC

- 32 La LPC fait dépendre le calcul de la prestation complémentaire de l'état civil de l'ayant droit. Le conjoint et donc le partenaire enregistré sont pris en considération dans le calcul de la prestation, tout comme les enfants ayant droit à une rente d'orphelin ou donnant droit à une rente pour enfant de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité (N 24 et 29), que ce soit sous l'angle des dépenses reconnues ou des revenus déterminants (art. 10 et 11 LPC). Ainsi, le montant destiné à la couverture des besoins vitaux (art. 10 al. 1 let. a LPC), le montant reconnu pour le loyer annuel (art. 10 al. 1 let. b LPC) ou le montant des ressources provenant d'une activité lucrative qui ne sont pas comprises dans le calcul des revenus (art. 11 al. 1 let. a LPC) dépendent du fait que l'ayant droit est lié par un partenariat enregistré. On mentionnera également que le fait que le partenaire enregistré de l'ayant droit a renoncé à exercer une activité lucrative peut, à certaines conditions, être pris en compte pour retenir un revenu hypothétique au titre de dessaisissement de revenu imputable (art. 11 al. 1 let. g LPC) dans le calcul des prestations complémentaires. Selon la jurisprudence, il y a lieu de prendre en considération un salaire hypothétique du conjoint, lorsqu'il s'abstient de mettre en valeur sa capacité de gain, alors qu'il pourrait se voir obligé d'exercer une activité lucrative en raison de

24 Cf. ATF 127 V 75.

25 Cf. n. 9.

l'obligation d'entretien prévue par l'art. 163 CC, au regard de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce²⁶.

Après la dissolution du partenariat enregistré, les contributions d'entretien que verse ou perçoit un (ex-)partenaire enregistré font partie respectivement des dépenses reconnues ou des revenus déterminants pour le calcul des prestations complémentaires (art. 10 al. 3 let. e et 11 al. 1 let. h LPC en relation avec l'art. 13 et 34 LPart). **33**

4. LAMal

La LAMal ne comporte aucune disposition se rapportant à l'état civil. En ce qui concerne l'affiliation à l'assurance-maladie obligatoire, l'obligation d'assurance a été étendue dans certaines situations à des personnes qui n'ont pas de domicile en Suisse (p.ex. en cas de détachement du travailleur à l'étranger) et aux membres de leur famille, dont les conjoints et donc les partenaires enregistrés (art. 3 al. 3 LAMal en relation avec les art. 3 à 5 OAMal). **34**

Par ailleurs, l'art. 64 al. 5 LAMal sur la participation aux coûts des prestations en cas d'hospitalisation prévoit une contribution aux frais de séjour, échelonnée en fonction des charges de famille. L'exemption de cette contribution pour la personne assurée qui vit en ménage commun avec une personne avec laquelle elle a «une relation relevant du droit de la famille» a été supprimée (art. 104 al. 2 let. a OAMal [en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010]); dans ce contexte, seuls les enfants bénéficient d'une telle exemption (art. 104 al. 2 let. a OAMal). **35**

5. LAA

La LAA prévoit une rente de survivants pour le conjoint survivant et, partant, pour le partenaire enregistré survivant. Celui-ci a droit à une **rente de veuf** aux conditions de l'art. 29 al. 3, 1^{re} phrase, LAA (la seconde phrase concernant la veuve ne lui étant pas applicable), soit dans trois éventualités prévues: lorsqu'au décès de son partenaire, il a des enfants ayant droit à une rente, vit en ménage commun avec d'autres enfants auxquels le décès donne droit à une rente ou est invalide aux deux tiers au moins ou le devient dans les deux ans qui suivent le décès du partenaire. La première éventualité est réalisée en cas d'adoption de l'enfant du partenaire survivant par son partenaire selon l'art. 264c al. 1 ch. 2 CC (N 40). Elle devrait également l'être si l'enfant du partenaire survivant a le statut d'enfant recueilli (N 39)²⁷. A noter que l'exigence selon laquelle un partenariat qui a été enregistré après un accident (qui a conduit plus tard au décès) doit avoir duré deux ans au moins au moment du décès du partenaire assuré pour ouvrir le droit à la rente du partenaire survivant (cf. art. 29 al. 2 aLAA) a été supprimée au 1^{er} janvier 2017²⁸. **36**

Le partenaire dont le partenariat a été **dissous judiciairement** a droit à une rente de veuf lorsque l'assuré victime de l'accident avait été tenu à aliments, aux mêmes conditions qu'un conjoint divorcé (cf. art. 29 al. 4 LAA). L'art. 39 OLAA, selon lequel la contri- **37**

26 ATF 142 V 12, c. 3.2 et c. 5.4; ATF 134 V 53, c. 4.1.

27 Même si le décès du partenaire n'ouvre en principe pas le droit à une rente pour les propres enfants du partenaire survivant (RUMO-JUNGO/GERBER JENNI, 765 N 68).

28 Modification du 25 septembre 2015 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (Assurance-accidents et prévention des accidents; RO 2016 4375, 4378). Cette exigence en relation avec le droit du conjoint survivant à la prestation de survivants n'était pas compatible avec le droit international (notamment la Convention n° 102 du 28 juin 1952 de l'Organisation internationale du travail concernant les normes minimales de la sécurité sociale [RS 0.831.102]); FF 2014 7691, 7717 s.

bution d'entretien doit être fixée dans un jugement passé en force ou dans une convention sur les effets accessoires du divorce ratifiée par le juge, a été interprété de manière assez large: il suffit d'établir que le défunt avait une obligation juridique de contribuer à l'entretien de son ex-conjoint, la preuve de ce devoir pouvant résulter d'autres circonstances que d'un jugement ou d'une convention; le seul fait que les ex-conjoints ont continué à vivre en concubinage après le divorce ne suffit cependant pas²⁹.

- 38 A certaines conditions, prévues par l'art. 33 LAA, le droit à la rente du conjoint survivant, éteint par remariage, peut renaître (dissolution ou annulation de la nouvelle union moins de dix ans après sa conclusion). Il en va de même en cas de dissolution judiciaire ou d'annulation du partenariat enregistré, aux conditions identiques.
- 39 En ce qui concerne le droit à une **rente d'orphelin** de l'assurance-accidents, l'enfant qui vit avec son père ou sa mère et le partenaire enregistré de celui-ci ou de celle-ci, et dont les frais d'entretien et d'éducation sont assumés gratuitement et de manière durable par le partenaire enregistré de son parent, est assimilé aux enfants ayant droit à une rente d'orphelin au sens de l'art. 30 al. 1 LAA (art. 40 al. 1 OLAA). Il pourrait alors prétendre une rente d'orphelin à la suite du décès accidentel du partenaire de son parent s'il a été élevé par les deux partenaires. Le parent survivant aurait alors droit de ce fait à une rente de veuf en application de l'art. 29 al. 3, 1^{re} phrase, première hypothèse, LAA³⁰.
- 40 L'enfant adopté par le partenaire de son parent, en vertu de l'art. 264c al. 1 ch. 2 CC³¹, a droit à une rente d'orphelin des deux parents aux mêmes conditions que l'enfant orphelin de père et de mère au sens de l'art. 30 al. 1 LAA.

6. LAM

- 41 Le droit à la **rente de survivant** de l'assurance militaire est reconnu au conjoint survivant – et donc au partenaire enregistré survivant – indépendamment du fait qu'il a ou non des enfants et est soumis à des conditions identiques que l'ayant droit soit une femme (veuve) ou un homme (veuf), conformément aux art. 51 et 52 LAM. L'art. 13a al. 2 LPGa n'est donc pas déterminant. En cas de remariage et donc aussi de nouveau partenariat enregistré, le droit à la rente de survivant est suspendu pendant la durée de l'union conjugale ou du partenariat (art. 52 al. 2 LAM).
- 42 Le conjoint divorcé, respectivement le partenaire enregistré, n'a droit à une rente de survivant que si le défunt était tenu de lui fournir des aliments au moment du décès (art. 52 al. 4 LAM), le droit à une contribution d'entretien du partenaire enregistré relevant des conditions de l'art. 34 LPart.
- 43 Dès lors que les enfants du conjoint de l'assuré sont assimilés aux orphelins (art. 53 al. 2 LAM), les enfants du partenaire enregistré peuvent également prétendre une **rente d'orphelin** au décès du partenaire assuré de leur père ou mère, lorsque l'assuré assumait gratuitement et de manière durable leurs frais d'entretien et d'éducation.
- 44 Les **père et mère** de la personne assurée décédée ont par ailleurs droit à une rente de survivant pour autant qu'elle n'ait eu ni conjoint, ni partenaire enregistré, ni enfant ayant droit à une rente ou que le droit de ceux-ci à une telle prestation ait pris fin (cf. art. 55

29 TFA, 14. 7. 2004, U 104/03.

30 FRÉSARD JEAN-MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, L'assurance-accidents obligatoire, in MEYER (éd.), SBVR, N 345.

31 Cf. n. 9.

al. 1 LAM). Le droit du partenaire enregistré à la rente de survivant exclut par conséquent le droit des parents du partenaire décédé à une rente du même type.

Le partenaire enregistré a par ailleurs droit, aux conditions prévues par l'art. 61 LAM, à une indemnité pour frais de formation professionnelle lorsqu'il a assumé ces frais pour son partenaire décédé. Une telle prétention peut également être allouée au partenaire enregistré qui a assumé les frais de formation professionnelle de la personne assurée qui était l'enfant de son partenaire; le partenaire enregistré est le parent par alliance («beau-père ou belle-mère») de l'enfant³². **45**

7. LAPG

Aucune disposition de la LAPG ne se rapporte spécifiquement à l'état civil, de sorte que l'art. 13a LPGA ne déploie aucun effet dans ce domaine. Il faut cependant réserver l'art. 16b al. 1 let. c ch. 3 LAPG relatif à l'allocation de maternité de la femme qui travaille dans l'entreprise de son mari contre un salaire en espèces; cette disposition vaut aussi pour la partenaire enregistrée salariée dans l'entreprise de sa partenaire. On mentionnera par ailleurs que certaines dispositions particulières prévoient le droit à des prestations qui peuvent également entrer en considération en cas de vie commune entre un enfant, son parent et le partenaire enregistré de celui-ci, lorsque le partenaire enregistré assume gratuitement et durablement les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant de son partenaire (p. ex. art. 6 al. 2 let. b et art. 7 LAPG). Le partenaire enregistré peut aussi prétendre à certaines conditions une allocation d'exploitation s'il travaille dans l'exploitation agricole de son partenaire («conjoint de l'exploitant»; art. 8 al. 2 LAPG en relation avec l'art. 14 RAPG). De plus, le partenaire enregistré fait partie des proches de l'ayant droit qui peuvent faire valoir le droit aux allocations pour perte de gain si l'ayant droit ne remplit pas à leur égard ses obligations d'entretien ou d'assistance (cf. art. 17 al. 1 let. a et 19 al. 1 let. b LAPG en relation avec les art. 13, 17 et 34 LPart). **46**

8. LFA

Le partenaire enregistré du propriétaire, du copropriétaire ou du propriétaire en main commune d'une exploitation agricole n'est pas considéré comme un travailleur agricole ayant droit à des allocations familiales dans l'agriculture à ce titre (art. 1 al. 2 RFA). Sont également exclus du bénéfice de telles allocations («aux travailleurs agricoles», art. 1a ss LFA), les membres de la famille de l'exploitant qui travaillent dans l'exploitation au sens de l'art. 1a al. 2 let. a et b LFA. On peut penser ici aux enfants du partenaire enregistré (exploitant de l'entreprise agricole) ou à ses parents, ou encore au partenaire enregistré des descendants de l'exploitant s'il est vraisemblable qu'il reprenne avec son partenaire l'entreprise pour l'exploiter personnellement. En revanche, en tant qu'agriculteurs indépendants, l'exploitant et les membres de sa famille qui travaillent dans l'exploitation et ne sont pas considérés comme des salariés ont droit, le cas échéant, aux allocations familiales à ce titre (art. 5 ss LFA en relation avec l'art. 3 RFA). **47**

L'allocation de ménage prévue par l'art. 3 LFA est accordée en cas de ménage commun du travailleur agricole avec son partenaire enregistré et les enfants de chacun d'eux³³. Les **48**

32 LEUZINGER-NAEF, SV, 880 N 114, avec référence à MAESCHI, qui considère comme ayant droit, en plus des parents biologiques, les parents adoptifs, les beaux-parents et les parents nourriciers (MAESCHI, Kommentar, art. 61 N 18).

33 Les enfants du partenaire sont assimilés aux enfants du conjoint (Commentaire de l'OFAS concernant les allocations familiales dans l'agriculture, 2017, N 24 [www.ofas.admin.ch]).

allocations pour enfant et de formation professionnelle, qui ne dépendent pas de l'état civil de l'ayant droit, sont allouées conformément aux art. 3 al. 1 et 4 al. 1 LAFam (art. 9 al. 1 LFA en relation avec les art. 2 al. 1 et 7 LFA).

9. LAFam

- 49** Les enfants du conjoint de l'ayant droit donnent droit aux allocations familiales s'ils vivent la plupart du temps dans le foyer de l'ayant droit ou y ont vécu jusqu'à leur majorité (art. 4 al. 1 let. b LAFam et art. 4 al. 1 OAFam). Aux mêmes conditions, l'enfant d'une personne liée par un partenariat enregistré – expressément assimilé à l'enfant du conjoint (art. 4 al. 2 OAFam) – ouvre le droit aux allocations familiales au partenaire de son père ou de sa mère. Le droit direct tiré du lien de filiation entre l'ayant droit et son enfant (art. 4 al. 1 let. a LAFam) peut être invoqué par le partenaire qui a adopté l'enfant de son partenaire, selon l'art. 264a al. 1 ch. 2 CC³⁴. Les règles sur l'interdiction du cumul (art. 6 LAFam) et le concours des droits valent évidemment pour les partenaires liés par un partenariat enregistré.

10. LACI

- 50** Dans l'assurance-chômage, l'état civil ne joue en principe pas de rôle, à quelques exceptions près relatives à la période de cotisation et à la restriction du droit à des indemnités de la personne assurée occupée dans l'entreprise de son conjoint employeur. L'état civil a ainsi une influence sur la libération des conditions relatives à la période de cotisation: la personne qui, par suite notamment de divorce ou de mort de son conjoint, est contrainte d'exercer une activité salariée ou de l'étendre, a droit à une indemnité de chômage, même si elle ne réalise pas les conditions relatives à la période de cotisation de l'art. 13 LACI (cf. art. 14 al. 2 LACI). Cette règle vaut aussi en cas de dissolution judiciaire du partenariat enregistré ou de décès du partenaire enregistré, lorsque l'intéressé perd de ce fait le droit à une prestation d'entretien³⁵.
- 51** On mentionnera également la règle particulière de l'art. 9b al. 2 LACI sur le délai-cadre de cotisation de l'assuré qui s'est consacré à l'éducation de son enfant; elle est applicable au partenaire enregistré qui s'est consacré à l'éducation de l'enfant de son partenaire (cf. art. 3b al. 6 OACI).
- 52** Enfin, le partenaire enregistré qui est occupé dans l'entreprise de son partenaire n'a pas droit à une indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (cf. art. 31 al. 3 let. b et c LACI). On peut également renvoyer à l'art. 51 al. 2 LACI sur l'absence de droit à l'indemnité en cas d'insolvabilité.

³⁴ Cf. n. 9.

³⁵ ATF 137 V 133, c. 6.2.4, selon lequel la règle n'a pas à être étendue à la rupture d'un concubinage.

Chapitre 3: Dispositions générales concernant les prestations et les cotisations

Section 1: Prestations en nature

Art. 14

Constituent des prestations en nature notamment les traitements ou les soins, les moyens auxiliaires, les mesures individuelles de prévention et de réadaptation, les frais de transport et les prestations analogues qui sont fournis ou remboursés par les différentes assurances sociales.

Sachleistungen sind insbesondere die Heilbehandlung (Krankenpflege), die Hilfsmittel, die individuellen Vorsorge- und Eingliederungsmassnahmen sowie Aufwendungen für Transporte und ähnliche Leistungen, die von den einzelnen Sozialversicherungen geschuldet oder erstattet werden.

Sono prestazioni in natura segnatamente le cure medico-farmaceutiche, i mezzi ausiliari, i provvedimenti individuali di prevenzione e d'integrazione, le spese di trasporto e le prestazioni analoghe che sono forniti o rimborsati dalle singole assicurazioni sociali.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. La notion de prestations en nature	6
III. Les différentes prestations en nature	14
A. Les traitements et les soins	16
B. Les moyens auxiliaires	21
C. Les mesures individuelles de prévention et de réadaptation	29
D. Les frais de transport et les prestations analogues	48
E. Les autres prestations en nature	59
IV. Le droit à la substitution de la prestation	60

Bibliographie

AGIER JEAN-MARIE, Les assurances sociales suisses sous l'angle de la réadaptation, Zurich 1981; ATTINGER MARCEL, Perücke als Hilfsmittel der Invalidenversicherung: Urteil 9C_550/2012, RJB 2013 752 s.; BELLWALD FRIEDRICH, Der Begriff des Hilfsmittels in der Unfallversicherung, RSAS 2005 309 ss.; BELLWALD FRIEDRICH, Hilfsmittel gemäss Art. 14 ATSG: Der rechtliche Anspruch auf eine Obere Extremitätenprothese mit C-Leg-Kniegelenk, RSAS 2009 461 ss.; BIAGGI RAFFAELLA, UV-Leistungen: Sach- und Geldleistungen, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 597 ss.; BUCHER SILVIA, Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung, Berne 2011; CASTELLA JENNY, Traitement médical après la fixation de la rente d'invalidité de l'assurance-accidents: étendue du droit aux prestations selon l'art. 21 al. 1 let. d LAA, RSAS 2017 58 s.; DIERMANN PETER/VON EUW ROLAND, Eingliederung und Wiedereingliederung aus der Sicht des UVG-Versicherers, RSAS 2016 715 ss.; DUC JEAN-LOUIS, Les frais de transport dans la LAMal, PJA 2004 1503 ss.; DUC JEAN-LOUIS, Statut dans la LAMal des assurés atteints d'infirmité congénitale, après leur vingtième année (article 27 LAMal), RSAS 2017 211 ss.; DUC JEAN-LOUIS/MONNARD SÉCHAUD CORINNE, L'assurance-invalidité, in Meyer (éd.), SBVR, 1409 ss.; DUPONT ANNE-SYLVE, Le projet de révision du droit aux mesures médicales dans l'assurance-invalidité, in Dupont/Guillod (éd.), Quelques réflexions romandes en droit de la santé: Mélanges offerts à la Société suisse des juristes par l'Institut de droit de la

santé de l'Université de Neuchâtel à l'occasion de son congrès annuel 2016, Zurich 2016, 111 ss; EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, 385 ss; FRÉSARD JEAN-MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, L'assurance-accidents obligatoire, in Meyer (éd.), SBVR, 885 ss; GRÄUB ERICH, Zusatzleistungen zur AHV und IV, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 903 ss; GUGGISBERG JÜRIG, Evaluation de la réadaptation dans l'assurance-invalidité, CHSS 2016 32 ss; HUGENTOBLER MARKUS, Arbeitslosenleistungen: Eingliederung, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 1117 ss; JÖHL RALPH/USINGER-EGGER PATRICIA, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, in Meyer (éd.), SBVR, 1681 ss; KIESER UELI, Transport, Rettung und Bergung: ärztliche Leistung, Leistungspflicht der Krankenpflegeversicherung, PJA 2005 627 ss; KIESER UELI, Alters- und Hinterlassenenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, 1173 ss; KORRODI KLAUS, Umfassende Rehabilitation: Verbesserungen in der Koordination zwischen der IV und der Unfallversicherung, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), Rechtsfragen der Eingliederung Behinderter, St-Gall 2000, 97 ss; LANDOLT HARDY, Die neue Pflegefinanzierung, RSAS 2010 18 ss; LANDOLT HARDY, Sozialversicherungsrechtliche Austauschbefugnis, in Riemer-Kafka/Rumo-Jungo (éd.), 391 ss; LANDOLT HARDY, Die Pflegeversicherungsleistungen im Überblick, REAS 2011 115 ss; LANDOLT HARDY, AHV-Leistungen: Hilfsmittel, Hilflosenentschädigung und Assistenzbeitrag, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 893 ss (cité: AHV-Leistungen); LANDOLT HARDY, Behandlungspflege: medizinische Pflege: Grundpflege: ein Abgrenzungsversuch, Pflegerecht 2014, 27 ss; LANDOLT HARDY, IV-Leistungen: Hilfsmittel, Hilflosenentschädigung und Assistenzbeitrag, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 715 ss; LANZ MATHIAS, Leistungen und Grundsätze im Hilfsmittelrecht der schweizerischen Sozialversicherung, Zurich 2016; LENDFERS MIRIAM, Heilbehandlung und Hilfsmittel nach Fallabschluss: eine Annäherung an ein Dilemma in der sozialen Unfallversicherung, in Kieser/Lendfers (éd.), JaSo 2017, Zurich/St-Gall 2017, 195 ss; LEU AGNES, Die arbeitsmarktlichen Massnahmen im Rahmen der Arbeitslosenversicherung in der Schweiz, Zurich/Bâle/Genève 2006; LONGCHAMP GUY, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale, thèse Lausanne, Berne 2004; MAURER ALFRED, Transport- und Rettungskosten in der Krankenversicherung und andere Zweige der Sozialversicherung, in Kahil-Wolff/Greber/Çaçi (éd.), Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc, Lausanne 2001, 171 ss (cité: Transport); MEYER-BLASER ULRICH, Die Tragweite des Grundsatzes «Eingliederung vor Rente», in Schaffhauser/Schlauri (éd.), Rechtsfragen der Eingliederung Behinderter, St-Gall 2000, 9 ss; MOSIMANN HANS-JAKOB, Wirtschaftlichkeit in der Invalidenversicherung: berufliche Massnahmen, in Riemer-Kafka (éd.), Wirtschaftlichkeitsüberlegungen in der Sozialversicherung, Zurich 2012, 67 ss; MURER ERWIN (éd.), Eingliederung vor Renten: Eingliederung in die Sackgasse?, Berne 1998; NUSSBAUMER THOMAS, Arbeitslosenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, 2227 ss; PÄRLI KURT, Sozialversicherungsrecht im Zeitalter der Robotik, PJA 2017 225 ss; PERREN REINHARD, MV-Leistungen, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 805 ss; PERRENOUD STÉPHANIE, Soins à l'hôpital, soins à domicile et soins en EMS: quelles différences?, RSAS 2015 415 ss et 524 ss; PERRENOUD STÉPHANIE, Les prestations de soins en cas de maternité: analyse des prestations dispensées en Suisse et à l'étranger, in Dupont/Guillod (éd.), Quelques réflexions romandes en droit de la santé: Mélanges offerts à la Société suisse des juristes par l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel à l'occasion de son congrès annuel 2016, Zurich 2016, 137 ss; PREVITALI ADRIANO, Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière d'intégration et de réadaptation professionnelles, RSAS 2016 651 ss; RIEMER-KAFKA GABRIELA (éd.), Wirtschaftlichkeitsüberlegungen in der Sozialversicherung, Zurich 2012; RITLER STEFAN/LÜTHI ANDREA, Eingliederung und Wiedereingliederung aus Sicht der Invalidenversicherung (BSV), RSAS 2016 722 ss; SCHAFFHAUSER RENÉ/SCHLAURI FRANZ (éd.), Rechtsfragen der Eingliederung Behinderter, St-Gall 2000; SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ, L'invalidité et la réinsertion: problèmes actuels, in Kahil-Wolff/Wyler (éd.), Le droit social dans la pratique de l'entreprise: questions choisies, Berne 2006, 67 ss; SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ, La détection et l'intervention précoces au service de la réadaptation: les premiers résultats de l'Accord paritaire genevois, RSAS 2016 671 ss; SLAVIK EVA, IV-Leistungen: Eingliederung (ohne Hilfsmittel) und Taggelder, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 687 ss; TSCHOPP IRENE, Integration in den Arbeitsmarkt als gemeinsame Aufgabe, RSAS 2006 634 ss; UMHMER MAYA/BIGOVIC ADELAIDE/MOMBELLI CHIARA, Projets pilotes visant à favoriser la réadaptation: histoire, cadre général et expériences concrètes, CHSS 2012 310 ss; WILHELM GEORG ANDREAS, KVG-Leistungen: OKP, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 471 ss.

I. Introduction

La LPGA répartit les prestations d'assurances sociales en deux catégories – les prestations en nature selon l'art. 14 LPGA et les prestations en espèces au sens de l'art. 15 LPGA – et attache à celles-ci des «conséquences juridiques différentes»¹, s'agissant, notamment, de la technique de coordination applicable lorsque des prestations sont servies par plusieurs assurances sociales (en général, les prestations en espèces sont cumulables, alors que les prestations en nature obéissent au principe de l'exclusivité) et des possibilités de réduire ou de refuser les prestations (les prestations en espèces peuvent généralement faire l'objet d'une réduction ou d'un refus en raison du comportement de l'assuré, ce qui n'est, sauf exception, pas le cas des prestations en nature, auxquelles l'art. 21 al. 1-3 et 5 LPGA n'est en effet pas applicable) ou de servir celles-ci à l'étranger (au vu de leur nature, les prestations en espèces sont plus facilement exportables que les prestations en nature)².

La répartition des prestations en deux catégories découle également de la Constitution fédérale, qui prévoit que les assurances sociales versent à la fois des prestations en nature et en espèces (cf. art. 112 al. 2 let. a^{bis} et 112b al. 1 Cst.).

La liste des différentes prestations en nature et en espèces, qui figure aux art. 14-15 LPGA, n'est pas exhaustive.

Les prestations de service que les assureurs et les organes d'exécution des diverses assurances sociales fournissent aux personnes intéressées (renseignements et conseils sur leurs droits et obligations; cf. art. 27 LPGA) constituent une catégorie de prestations distincte des prestations en nature et en espèces au sens des art. 14 et 15 LPGA³.

Des prestations en nature et en espèces peuvent être fournies déjà durant la phase d'instruction du droit aux prestations (cf. art. 45 LPGA)⁴.

II. La notion de prestations en nature

L'art. 14 LPGA ne définit pas la notion de prestations en nature. Il renferme uniquement une **liste non exhaustive de prestations** entrant dans cette catégorie.

La distinction entre les prestations en nature et les prestations en espèces dépend du point de savoir si le risque peut être influencé par la prestation⁵. Les prestations en nature permettent de traiter ou d'influencer le risque qui est survenu (un traitement médical, une mesure de réadaptation, un moyen auxiliaire, p.ex.). A l'inverse, les prestations en espèces n'exercent pas une telle influence, mais poursuivent le but de compenser une perte de revenu ou d'absorber de nouvelles charges financières (rente d'invalidité ou de

1 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4200.

2 Si le droit interne contient des règles s'agissant du versement des prestations à l'étranger (cf., p.ex., art. 34 al. 2 LAMal, art. 36 OAMal, art. 9 al. 1 LAI), le droit international (soit, en matière de sécurité sociale, principalement le Règlement 883/2004, qui est applicable dans les relations entre la Suisse et les Etats membres de l'UE et de l'AELE) prévoit des règles d'entraide, qui prient le droit interne, et qui posent le principe de l'exportation des prestations en espèces (certaines prestations en espèces, à l'instar des allocations pour impotent, ne sont toutefois pas exportables) et du service des prestations en nature par l'institution de l'Etat de résidence ou de séjour de l'assuré, aux frais de l'institution compétente.

3 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 14 N 6.

4 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 14 N 7.

5 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 14 N 4 et 8 et art. 15 N 3 et 5.

survivants, indemnités journalières, allocations pour impotent, p.ex.). Les moyens auxiliaires, bien qu'appartenant à la catégorie des prestations en nature, n'exercent toutefois pas d'influence sur le risque survenu; ces prestations ne permettent pas de soigner l'atteinte à la santé, mais de pallier les conséquences de celles-ci (cf. N 22).

- 8 L'octroi de prestations en nature une fois que le risque ne peut plus être influencé constitue l'exception.** Une telle exception existe, notamment, dans l'assurance-accidents, où le traitement médical peut, à certaines conditions, continuer à être pris en charge après la fixation de la rente d'invalidité (art. 21 al. 1 LAA; art. 15 N 20). Dans l'assurance-invalidité également, des prestations en nature peuvent être servies aux rentiers (mesures de nouvelle réadaptation des bénéficiaires de rente; art. 8a LAI; N 44 et art. 15 N 20).
- 9** Il arrive que des prestations en espèces soient fournies en raison du fait que l'assuré bénéficie d'une prestation en nature. Tel est le cas, notamment, des indemnités journalières de l'assurance-invalidité, qui sont servies pendant la phase de réadaptation (art. 22 LAI) et des indemnités journalières de l'assurance-accidents dont bénéficie l'assuré pendant le traitement médical (art. 16 LAA)⁶.
- 10** Les prestations en nature peuvent être octroyées directement ou indirectement par l'assureur. **L'octroi direct d'une prestation** présuppose que l'assureur est lui-même le prestataire de soins (dans l'assurance-accidents, p.ex., certains établissements appartiennent à la SUVA); il y a en revanche **octroi indirect** lorsque les établissements et prestataires de soins n'appartiennent pas à l'assureur, mais sont rémunérés en partie par lui sur la base de conventions ou de tarifs. Dans ce système, qui est celui sur lequel repose, notamment, l'assurance-maladie obligatoire, on parle alors de fournisseurs de prestations admis à pratiquer à la charge de l'assureur social (cf. art. 35 ss LA-Mal).
- 11** Les prestations en nature peuvent être prises en charge directement par l'assureur, en application du **principe du tiers payant** («*Naturalleistungsprinzip*»), ou, à l'inverse, donner lieu seulement à un remboursement des frais après que l'assuré s'est acquitté du paiement de la facture établie par le fournisseur de prestations (**principe du tiers garant**; «*Kostenvergütungsprinzip*»). Les lois spéciales d'assurances sociales déterminent le système applicable. Ainsi, dans l'assurance-accidents, l'assurance-invalidité et l'assurance militaire, le système du tiers payant prévaut. Si ce système s'applique également dans l'assurance-maladie obligatoire s'agissant des traitements hospitaliers (art. 42 al. 2 LA-Mal), en matière ambulatoire, en revanche, l'assuré est généralement le débiteur de la rémunération du fournisseur de prestations, de sorte qu'il doit faire l'avance des coûts et en demander ensuite le remboursement à sa caisse-maladie (principe du tiers garant; art. 42 al. 1 LAMal).
- 12 Le fait qu'une prestation est fournie en argent** (en raison, notamment, du droit à la substitution de la prestation; cf. art. 21^{bis} LAI; N 60-63 et art. 15 N 6) **n'ôte pas le caractère de prestation en nature.** L'allocation d'initiation au travail et l'aide en capital versées par l'assurance-invalidité (art. 8 al. 3, 18b et 18d LAI) sont ainsi, par exemple, des prestations en nature.
- 13 La coordination des prestations en nature** accordées par différentes assurances sociales repose sur les art. 64 et 65 LPGA, conformément auxquels la coordination s'effec-

⁶ KIESER, ATSG-Kommentar, art. 14 N 9 et art. 15 N 12 et 14-15.

tue selon le **principe de l'exclusivité**. Contrairement aux prestations en espèces, les prestations en nature ne peuvent en effet pas être cumulées.

III. Les différentes prestations en nature

L'art. 14 LPGA ne définit pas la notion de prestation en nature, mais contient **une liste exemplative de prestations** de ce type. Y sont mentionnés les traitements et les soins (N 16-20), les moyens auxiliaires (N 21-28), les mesures individuelles de prévention et de réadaptation (N 29-47), ainsi que les frais de transport et les prestations analogues (N 48-58). S'agissant d'une liste non exhaustive, d'autres prestations en nature peuvent encore être allouées (N 59). **14**

Les différentes prestations en nature sont répertoriées dans les lois spéciales d'assurances sociales (cf., p.ex., art. 43^{quater} LAVS, art. 3a-c et 7d-21^{quater} LAI, art. 10-14 LAA, art. 25-31 LAMal). **15**

A. Les traitements et les soins

Les notions de «traitements» et de «soins» ne sont définies ni dans la LPGA, ni dans les lois spéciales d'assurances sociales. Bien que la terminologie ne soit pas uniforme – selon les régimes, les notions de «traitements» (art. 10 LAA et 16 LAM; «*Heilbehandlung*»), d'«examens», de «traitements» et de «soins» (art. 25-25a LAMal; «*Untersuchungen*», «*Behandlungen*», «*Krankenpflege*», «*Pflegeleistungen*»), de «mesures médicales» (art. 12-13 LAI; «*medizinische Massnahmen*») ou encore de «frais de maladie et d'invalidité» (art. 14 LPC; «*Krankheits- und Behinderungskosten*») sont utilisées –, il faut comprendre que ces notions se rapportent aux mesures curatives, qui ont pour but de diagnostiquer et de traiter une atteinte à la santé⁷. **16**

Les **mesures thérapeutiques** sont celles qui servent à traiter une maladie ou ses séquelles, c'est-à-dire celles dont le but consiste à «éliminer de la manière la plus complète que possible les atteintes physiques ou psychiques à la santé»⁸. Les mesures médicales qui s'attaquent à la cause de l'atteinte à la santé, à son étiologie, sont ainsi réputées thérapeutiques⁹. Les **mesures diagnostiques** servent, quant à elles, à identifier l'atteinte à la santé afin de déterminer le traitement médical nécessaire. Tant les mesures thérapeutiques que les mesures diagnostiques sont effectuées en cas d'atteinte manifeste à la santé (le risque assuré, c'est-à-dire l'atteinte à la santé, s'est réalisé) ou en cas de suspicion concrète d'une telle atteinte (la menace d'une atteinte à la santé est établie avec un degré de vraisemblance prépondérante)¹⁰. Le point de savoir si une mesure médicale revêt un caractère diagnostique ou thérapeutique ne dépend donc pas de la méthode de traitement utilisée, mais s'apprécie en fonction de son but¹¹. **17**

7 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 246. Cf. aussi Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4199: ces différentes notions ont en commun de viser «l'approche thérapeutique d'une atteinte à la santé». Cf. aussi LOCHER/GÄCHTER, § 31 N 3.

8 ATF 121 V 302, c. 5b. Cf. aussi ATF 130 V 532, c. 2.2; ATF 121 V 289, c. 4b; ATF 113 V 42, c. 4c; ATF 111 V 229, c. 1c; ATF 104 V 95, c. 1; ATF 102 V 69.

9 ATF 121 V 302, c. 6b.

10 TF, 25.4.2013, 9C_22/2013, c. 2; ATF 137 V 295, c. 4.2.3; TFA, 21.8.2006, K 5/06, c. 3.2; TFA, 24.10.2005, K 55/05, c. 1.1.

11 ATF 121 V 302, c. 6b; ATF 121 V 289, c. 6b.

- 18 Dans l'assurance-maladie, les traitements et soins englobent également des **mesures de prévention** (art. 26 LAMal, art. 12-12e OPAS) ou des **prestations spécifiques de maternité** (art. 29 al. 2 LAMal, art. 13-16 OPAS), soit des mesures qui n'ont pas forcément pour but de diagnostiquer ou de traiter une atteinte à la santé. Les **soins de longue durée** en cas de maladie (art. 25a LAMal) ou d'accident (art. 18 al. 2 let. b OLAA) accordés à la personne qui, en raison d'une impotence, présente une dépendance de soins (soins de base pour patients dépendants au sens de l'art. 7 al. 2 let. c OPAS et soins non médicaux selon l'art. 18 al. 2 let. b OLAA; art. 9 N 5) ne sont généralement pas non plus des mesures à visée diagnostique ou thérapeutique¹².
- 19 Dans l'assurance-invalidité, seuls les traitements qui sont directement nécessaires à la réadaptation de l'assuré (réadaptation professionnelle ou réadaptation en vue de l'accomplissement des travaux habituels) et qui sont de nature à améliorer de façon durable et importante sa capacité de gain ou l'accomplissement de ses travaux habituels, ou encore à les préserver d'une diminution notable, s'inscrivent au sein des **mesures médicales en cas d'invalidité** (N 42); les mesures médicales qui ont pour objet le traitement de l'affection comme telle incombent, à l'inverse, à l'assurance-maladie, à l'assurance-accidents ou à l'assurance militaire, en fonction de la cause de l'invalidité (art. 12 LAI, art. 2 RAD)¹³. La notion de «traitement de l'affection comme telle» englobe, en règle générale, «la guérison ou l'amélioration d'un phénomène pathologique labile»; les mesures médicales directement nécessaires à la réadaptation (mesures dont les coûts incombent à l'assurance-invalidité en vertu de l'art. 12 LAI) se réfèrent, pour leur part, aux mesures «qui visent directement à éliminer ou à corriger des états défectueux stables, ou du moins relativement stables, ou des pertes de fonction, si ces mesures permettent de prévoir un succès durable et important»¹⁴. La notion de **mesures médicales en cas d'infirmité congénitale** est, en revanche, plus étendue, puisque celles-ci s'étendent à tous les traitements et soins nécessaires pour traiter l'infirmité congénitale, c'est-à-dire à toutes les mesures qui ont pour objet le traitement de l'affection comme telle, sans égard à leur impact sur la réadaptation de l'assuré à la vie professionnelle ou à l'accomplissement de ses travaux habituels (art. 8 al. 2 et 13 LAI).
- 20 **Les différents traitements et soins pris en charge, de même que leurs conditions et modalités d'octroi, sont définis dans les lois spéciales d'assurances sociales.** D'une manière générale, ceux-ci doivent répondre à certaines **exigences en matière d'efficacité, d'adéquation et d'économicité**. Si l'art. 32 LAMal se réfère expressément à ces trois critères, les art. 10 LAA et 16 LAM ont recours aux notions de «traitement approprié», respectivement de «traitement approprié économique», et les art. 12-13 LAI à celle de «mesures médicales nécessaires». Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser, à plusieurs reprises, que les exigences d'efficacité valables dans le domaine de l'assurance-maladie sociale s'appliquent *mutatis mutandis* aux mesures médicales de l'assurance-invalidité, de sorte qu'un traitement qui n'est pas à la charge de l'assurance-

12 ATF 136 V 172, c. 5.3.1: les soins de base généraux au sens de l'art. 7 al. 2 let. c OPAS ne constituent pas une partie intégrante du traitement médical mais tendent à pallier les conséquences de l'impotence dont sont atteintes les personnes dépendantes de soins; il ne s'agit dès lors pas de prestations de nature médicale, «même si leur énumération comporte certaines prestations de cet ordre (notamment prévenir les escarres ou prévenir et soigner les lésions de la peau consécutives à un traitement)».

13 Pour des exemples, cf. TFA, 7.7.2003, I 198/03, c. 5; ATF 120 V 277, c. 3a; ATF 98 V 205; ATF 97 V 45.

14 TF, 19.5.2008, 9C_409/2007, c. 2.1.

maladie obligatoire, parce que son efficacité n'est pas démontrée selon des méthodes scientifiques (art. 32 al. 2 LAMal), ne peut en principe pas davantage être alloué dans le cadre des art. 12 et 13 LAI; les juges relèvent, au demeurant, que la condition relative à l'efficacité s'impose d'autant plus dans le domaine de l'assurance-invalidité puisque, dans ce régime, les mesures médicales octroyées en cas d'invalidité (art. 12 LAI) doivent rendre possible la réadaptation de l'assuré¹⁵.

B. Les moyens auxiliaires

La notion de «moyen auxiliaire» a été définie par la jurisprudence, en tant qu'«objet permettant de suppléer aux défaillances de certaines parties du corps humain ou de leurs fonctions»¹⁶. Il s'agit donc, en principe, de **mesures destinées à être utilisées de manière durable**¹⁷. 21

Un moyen auxiliaire doit **rendre une certaine autonomie à l'assuré**. Si tel est le cas d'une prothèse du bras, d'un fauteuil roulant ou encore d'un appareil auditif, en revanche, un cadre de marche qui ne permet pas à la personne de se déplacer de manière autonome sur de grandes distances, mais tend plutôt à lui permettre d'entraîner quotidiennement le mécanisme de marche et la construction musculaire, ainsi que d'améliorer le mouvement des articulations, ne saurait être qualifié de moyen auxiliaire; faute de pallier la perte d'une fonction essentielle, un tel objet doit être considéré comme un appareil ou moyen de traitement faisant nécessairement partie d'une mesure médicale de réadaptation au sens des art. 12 et 13 LAI (cf. aussi art. 1 al. 2 OMAI)¹⁸. 22

Un moyen auxiliaire est un **objet amovible et réutilisable**, qui peut être ôté sans modification structurelle; les objets qui sont implantés dans le corps au moyen d'une intervention chirurgicale (pacemaker, endoprothèses, etc.) ne sont donc pas des moyens auxiliaires¹⁹. En règle générale, ce type d'objet est considéré comme faisant partie intégrante de l'examen ou du traitement au cours duquel il a été implanté, de sorte que les modalités de remboursement sont celles qui régissent la prise en charge des traitements et des soins (cf. art. 20a al. 2 OPAS; N20). 23

Les moyens auxiliaires pris en charge par les différents régimes d'assurances sociales (assurance-vieillesse et survivants, assurance-invalidité, prestations complémentaires, assurance-accidents, assurance militaire, assurance-maladie) sont généralement **répertoriés dans des listes, par catégories** (cf. art. 43^{quater} LAVS et Annexe à l'OMAV, art. 21 al. 1 LAI et Annexe à l'OMAI, art. 14 al. 1 let. f LPC **les listes de moyens boursés figurent dans la législation cantonale**, art. 52 al. 1 let. a ch. 3 LAMal et LMAA, art. 11 al. 1 LAA et Annexe à l'OMAA). Si les catégories de moyens auxiliaires entrant en 24

15 TF, 3.3.2015, 9C_648/2014, c. 2.1; ATF 123 V 53, c. 2b/cc.

16 TFA, 6.11.2003, I 504/03, c. 4.1. Cf. aussi ATF 131 V 9, c. 3.3; ATF 115 V 194, c. 2c.

17 Cf. ATF 143 V 148 (dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a précisé que les moyens auxiliaires ne s'incrivent généralement pas dans la notion de «traitement médical» au sens de l'art. 19 al. 1 LAA, de sorte que ceux-ci ne sont pas concernés par l'art. 21 al. 1 LAA et doivent continuer à être octroyés après la fixation de la rente d'invalidité; contrairement au traitement médical et aux indemnités journalières visés par l'art. 19 al. 1 LAA, les moyens auxiliaires n'ont en effet d'ordinaire pas un caractère temporaire. Ainsi, seuls les moyens auxiliaires qui servent à la guérison et qui sont utilisés de manière temporaire font partie du traitement médical au sens de l'art. 10 al. 1 let. e LAA et sont donc concernés par les art. 19 al. 1 et 21 al. 1 LAA).

18 TF, 20.6.2013, 9C_197/2013.

19 ATF 115 V 194, c. 2c; ATF 101 V 267, c. 1b.

considération sont listées de manière exhaustive, il faut, à l'intérieur de chaque catégorie, examiner si l'énumération donnée est limitative ou seulement exemplative²⁰. Bien que l'assurance militaire fournisse également des moyens auxiliaires (art. 21 LAM), dans ce régime d'assurances sociales, il n'existe pas de liste des moyens auxiliaires pris en charge.

- 25 Les moyens auxiliaires doivent être d'un **modèle simple et adéquat** (art. 21 al. 3 LAI, art. 2 al. 4 OMAI, art. 11 al. 2 LAA, art. 1 al. 2 OMAA et art. 21 al. 2 LAM). Cette exigence, qui est «l'expression du principe de la proportionnalité», suppose, d'une part, que le moyen auxiliaire soit propre à atteindre le but fixé par la loi (la réadaptation de l'assuré, p.ex.) et apparaisse nécessaire et suffisant à cette fin et, d'autre part, qu'il existe un rapport raisonnable entre le coût et l'utilité du moyen auxiliaire²¹.
- 26 **Dans l'assurance-invalidité, en principe, seuls les moyens auxiliaires qui permettent de réadapter l'assuré à la vie professionnelle ou à l'accomplissement de ses travaux habituels sont pris en charge** (art. 21 al. 1 LAI: «L'assuré a droit, [...], aux moyens auxiliaires dont il a besoin pour exercer une activité lucrative ou accomplir ses travaux habituels, pour maintenir ou améliorer sa capacité de gain, pour étudier, apprendre un métier ou suivre une formation continue, ou à des fins d'accoutumance fonctionnelle»; toutefois, l'assuré qui, à la suite de son invalidité, a besoin d'appareils coûteux pour se déplacer, établir des contacts avec son entourage ou développer son autonomie personnelle, a droit à des moyens auxiliaires sans égard à sa capacité de gain (art. 8 al. 2 et 21 al. 2 LAI; N 37)²². **Dans les autres régimes d'assurances sociales, les moyens auxiliaires sont généralement accordés sans tenir compte de leur incidence sur la réadaptation de l'assuré à la vie professionnelle ou à l'accomplissement de ses travaux habituels.** Alors que l'assurance-accidents prend en charge les coûts des moyens auxiliaires destinés à compenser un dommage corporel ou la perte d'une fonction (art. 11 al. 1 LAA), dans l'assurance militaire, l'assuré a droit aux moyens auxiliaires qui lui permettent, par exemple, d'améliorer son état de santé, de se déplacer, de développer son autonomie ou d'établir des contacts avec son entourage (art. 21 al. 1 LAM). Quant aux appareils coûteux dont l'assuré a besoin pour se déplacer, établir des contacts avec son entourage ou assurer son indépendance, ils s'inscrivent au sein des moyens auxiliaires de l'assurance-vieillesse et survivants (art. 43^{quater} al. 1 LAVS).
- 27 La liste des moyens auxiliaires contenue dans l'OMAV est moins étendue que celles figurant dans l'OMAA et l'OMAI. En outre, l'assurance-vieillesse et survivants ne fournit

20 TFA, 7.7.2003, I 198/03, c. 4.2; ATF 121 V 258, c. 2b; ATF 117 V 177, c. 3b; ATF 105 V 23, c. 1.

21 ATF 131 V 167, c. 3. Cf. aussi TF, 13.2.2017, 9C_457/2016 (en l'espèce, dès lors qu'une prothèse fémorale avec genou mécanique permettait à l'intéressé d'exercer de manière adéquate son activité d'enseignant et ne lui occasionnait pas de douleurs particulières, le TF a jugé que ce dernier ne saurait être habilité à exiger la prise en charge d'une prothèse avec genou électronique de type C-Leg; les juges ont rappelé que le simple fait qu'un moyen auxiliaire plus performant soit disponible dans le commerce ne suffit pas pour conclure que l'ancien serait inadéquat, tant et aussi longtemps que celui-ci répond aux besoins de l'assuré, sous l'angle, notamment, de sa réadaptation professionnelle); ATF 107 V 87.

22 Les moyens auxiliaires auxquels l'assuré n'a droit qu'à la condition qu'il en ait besoin pour exercer une activité lucrative ou accomplir ses travaux habituels, pour maintenir ou améliorer sa capacité de gain, pour étudier, apprendre un métier ou se perfectionner, ou à des fins d'accoutumance fonctionnelle (art. 21 al. 1 LAI), sont désignés dans la liste figurant à l'Annexe de l'OMAI au moyen d'un astérisque (*).

généralement qu'une contribution pour l'achat du moyen auxiliaire (art. 2 al. 2 OMAV). Conformément au **principe de la garantie des droits acquis**, les personnes qui bénéficient de moyens auxiliaires de l'assurance-invalidité au moment où elles peuvent prétendre à une rente de vieillesse de l'assurance-vieillesse et survivants, continuent toutefois d'avoir droit à ces prestations dans la même mesure, tant que les conditions qui présidaient à leur octroi sont remplies (art. 4 OMAV).

L'art. 65 LPGA fixe l'**ordre de priorité** lorsque des moyens auxiliaires sont susceptibles d'être alloués par plusieurs régimes d'assurances sociales: l'octroi d'un moyen auxiliaire incombe en premier lieu à l'assurance-accidents ou à l'assurance militaire, à défaut, à l'assurance-vieillesse et survivants ou à l'assurance-invalidité, et, en dernier ressort, à l'assurance-maladie obligatoire. **28**

C. Les mesures individuelles de prévention et de réadaptation

Les «mesures individuelles de prévention et de réadaptation» au sens de l'art. 14 LPGA englobent «des mesures de réadaptation professionnelles ou sociales et des mesures de prévoyance, notamment quant à la prévention des accidents ou des maladies»²³. **29**

1. Les mesures de prévention

L'**assurance-maladie obligatoire** prend en charge les coûts de certains examens destinés à détecter à temps les maladies, ainsi que ceux de mesures préventives en faveur d'assurés particulièrement menacés (art. 26 LAMal). Pour donner lieu à un remboursement, les mesures de prévention doivent être effectuées ou avoir été prescrites par un médecin et figurer dans la **liste exhaustive** des art. 12-12e OPAS²⁴. **30**

Dans l'**assurance-accidents**, les prescriptions sur la prévention des accidents et maladies professionnels, qui s'appliquent à toutes les entreprises dont les travailleurs exécutent des travaux en Suisse (art. 81 al. 1 LAA), occupent une place importante. Conformément à celles-ci, l'employeur est tenu de prendre, pour prévenir les accidents et maladies professionnels, toutes les mesures dont l'expérience a démontré la nécessité, que l'état de la technique permet d'appliquer et qui sont adaptées aux conditions données (art. 82 al. 1 LAA)²⁵. L'indemnité journalière de transition (art. 83-85 OPA) et l'indemnité pour changement d'occupation (art. 86-88 OPA) ne sont, en revanche, pas des mesures de prévention, mais des prestations en espèces au sens de l'art. 15 LPGA²⁶; à ce titre, elles peuvent donc faire l'objet d'une réduction si l'ayant droit a aggravé sa situation sur le marché du travail en n'observant pas les prescriptions sur les examens préventifs dans le domaine de la médecine du travail, en n'abandonnant pas l'activité interdite ou en ne respectant pas les conditions figurant dans une décision d'aptitude conditionnelle (cf. art. 89 al. 2 OPA et 21 al. 1 et 4 LPGA; cf. art. 15 N 13). **31**

L'**assurance militaire** prend également en charge les coûts de mesures préventives (art. 62-63 LAM). **32**

23 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 246.

24 Cf., p.ex., TFA, 21.8.2006, K 5/06, c. 3.2; TFA, 17.2.2005, K 23/04, c. 2.1; TFA, 28.10.2004, K 92/04, c. 2.2; ATF 129 V 167, c. 3.2.

25 Sur ce point, cf. ATF 116 V 255, c. 4.

26 TF, 1.5.2012, 8C_777/2011, c. 1.

33 Les **mesures relatives au marché du travail de l'assurance-chômage, qui tendent à éviter le chômage et s'adressent aux personnes menacées de chômage** (art. 59 al. 1 LACI), sont aussi des mesures préventives au sens de l'art. 14 LPGA ; celles-ci se limitent généralement aux mesures de formation au sens de l'art. 60 LACI (cf. art. 59 al. 1^{ter} et 1^{quater} LACI). Les mesures relatives au marché du travail destinées aux assurés au chômage, sont, en revanche, des mesures de réadaptation au sens de l'art. 14 LPGA (N 47).

2. Les mesures de réadaptation

- 34 L'art. 14 LPGA ne renferme pas une liste exhaustive des différentes mesures de réadaptation ; celles-ci sont donc **répertoriées dans les lois spéciales d'assurances sociales**. De telles mesures sont prévues par l'assurance-invalidité (art. 8-21^{quater} LAI), l'assurance militaire (art. 33-39 LAM) et l'assurance-chômage (art. 59-71d LACI).
- 35 Les mesures de réadaptation ne sont **pas accordées uniquement en cas d'atteinte à la santé**. Dans le **régime de l'assurance-chômage, la perte de l'emploi** permet en effet de prétendre à des mesures de réadaptation.
- 36 D'une manière générale, les mesures de réadaptation doivent permettre à la personne invalide ou menacée d'invalidité « d'assurer son entretien entièrement ou en partie par ses propres forces, afin de dépendre le moins possible de son prochain »²⁷.
- 37 Dans **l'assurance-invalidité**, les mesures de réadaptation doivent **être nécessaires et de nature à rétablir, maintenir ou améliorer la capacité de gain ou d'accomplir les travaux habituels de l'assuré** (art. 8 al. 1 let. a LAI). Ainsi, en principe, seuls les mesures médicales et les moyens auxiliaires directement nécessaires à la réadaptation de l'assuré (réadaptation professionnelle ou réadaptation en vue de l'accomplissement des travaux habituels) sont pris en charge (art. 8 al. 1, 12 al. 1 et 21 al. 1 LAI) ; les appareils coûteux dont l'assuré peut avoir besoin pour se déplacer, établir des contacts avec son entourage ou développer son autonomie personnelle, donnent toutefois également lieu à remboursement en tant que mesures de réadaptation (moyens auxiliaires), sans égard à leur impact sur la capacité de gain (art. 8 al. 2 et 21 al. 2 LAI ; N 26).
- 38 Dans **l'assurance militaire**, les mesures de réadaptation englobent les mesures susceptibles de sauvegarder ou d'améliorer tant la capacité de gain restante de l'assuré que son intégration sociale (art. 33 LAM).
- 39 **Les mesures de réadaptation occupent une place centrale dans l'assurance-invalidité**²⁸, où le principe cardinal est celui selon lequel **« la réadaptation prime la rente »**²⁹. Ce n'est dès lors que si l'assuré ne peut pas être réadapté ou si la réadaptation a échoué, en tout ou partie, qu'il sera mis au bénéfice d'une rente d'invalidité.
- 40 Actuellement, la tendance consiste à mettre en place des mesures de réadaptation le plus tôt possible. La 5^e révision de l'assurance-invalidité, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, a ainsi introduit des **mesures de détection et d'intervention précoces** (art. 3a-c et 7d LAI)³⁰.
- 41 Les mesures de réadaptation comprennent des **mesures de réadaptation médicale** (art. 12-14^{bis} LAI, art. 16 et 34 LAM) et des **mesures de réadaptation professionnelle**

27 FF 1958 II 1161, 1176-1177.

28 FF 1958 II 1161, 1190.

29 FF 2005 4215, 4223 et 4266. Cf. aussi ATF 138 I 205, c. 3.

30 RO 2007 5129. Cf. aussi FF 2005 4215, 4266-4276.

(art. 15-18d LAI, art. 33-39 LAM, art. 59-71d LACI). Les **moyens auxiliaires** peuvent également poursuivre un but de réadaptation (N 22-28).

L'assurance-invalidité prend en charge, au titre de la réadaptation, des **mesures médicales en cas d'invalidité et d'infirmité congénitale** (art. 12-14^{bis} LAI). L'assuré a droit à de telles mesures jusqu'à l'âge de 20 ans révolus. Si, en cas d'invalidité, seules les mesures médicales directement nécessaires à la réadaptation de l'assuré (réadaptation professionnelle ou réadaptation en vue de l'accomplissement des travaux habituels) sont prises en charge – de sorte que les coûts des mesures qui ont pour objet le traitement de l'affection comme telle n'incombent pas à l'assurance-invalidité (art. 8 al. 1, 12 al. 1 et 21 al. 1 LAI) –, en cas d'infirmité congénitale, toutes les mesures médicales nécessaires au traitement de celle-ci sont prises en charge, sans égard à leur incidence sur la réadaptation de l'assuré à la vie professionnelle ou à l'accomplissement de ses travaux habituels (art. 8 al. 2 et 13 LAI; N 19). Dans **l'assurance militaire**, les mesures de réadaptation médicale doivent permettre d'améliorer l'état de l'assuré ou sa capacité de gain ou de préserver ceux-ci d'une atteinte plus considérable (art. 16 al. 1 LAM). 42

Des **mesures de réadaptation professionnelle** sont mises en œuvre par l'assurance-invalidité (art. 15-18d LAI), l'assurance militaire (art. 33-39 LAM) et l'assurance-chômage (art. 59-71d LACI). La réadaptation professionnelle comprend des mesures telles que l'orientation professionnelle, la formation professionnelle initiale, l'allocation d'initiation au travail, le reclassement, le placement (à l'essai), ou encore l'aide en capital. 43

Dans **l'assurance-invalidité**, des **mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle** ont été introduites par la 5^e révision de l'assurance-invalidité, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 (art. 8 al. 3 let. a^{bis} et 14a LAI). Ces mesures sont destinées aux assurés qui présentent depuis six mois au moins une incapacité de travail d'un taux minimal de 50%, pour autant que celles-ci servent à créer les conditions permettant la mise en oeuvre de mesures d'ordre professionnel³¹. La 6^e révision de l'assurance-invalidité, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012, a quant à elle introduit des **mesures de nouvelle réadaptation destinées aux bénéficiaires de rente** (art. 8a LAI). Ces mesures, qui tendent à améliorer la capacité de gain des rentiers et à faciliter leur retour sur le marché du travail, attestent d'un changement de paradigme dans l'assurance-invalidité, l'adage la rente comme « passerelle vers la réinsertion » se substituant au principe « rente un jour, rente toujours »³². 44

Les **indemnités journalières versées pendant la phase de réadaptation** (art. 22-25 LAI, art. 28 et 34 LAM) ne sont pas en soi des mesures de réadaptation; il s'agit de prestations en espèces, de nature économique, qui sont fournies à titre de complément aux mesures de réadaptation et qui revêtent donc un caractère accessoire à cette dernière (cf. art. 15 N 12)³³. 45

L'allocation pour frais de garde et d'assistance (art. 11a LAI) est une prestation spéciale, qui ne fait pas partie des indemnités journalières au sens des art. 22-25 LAI, et à laquelle les dispositions générales régissant les mesures de réadaptation sont applicables³⁴. 46

La réadaptation professionnelle comprend également les **mesures relatives au marché du travail de l'assurance-chômage destinées aux assurés au chômage** (art. 59-71d 47

31 Pour un cas d'application, cf. ATF 137 V 1.

32 FF 2010 1647, 1669.

33 FF 2005 4215, 4316. Cf. aussi FF 1958 II 1161, 1190.

34 FF 2005 4215, 4317.

LACI), puisque celles-ci poursuivent le but de combattre le chômage en favorisant l'intégration professionnelle des assurés dont le placement est difficile pour des raisons inhérentes au marché de l'emploi (amélioration de l'aptitude au placement des assurés de manière à permettre leur réinsertion rapide et durable, p.ex.; cf. art. 59 al. 2 LACI). Si les mesures de formation (cours individuels ou collectifs de reconversion, de formation continue ou d'intégration, p.ex.; art. 60 LACI), les mesures d'emploi (programmes d'emploi temporaire, stages professionnels et semestres de motivation; art. 64a-b LACI) et les contributions aux frais de déplacement et de séjour (art. 68-70 LACI) sont des prestations en nature, en revanche, les indemnités journalières allouées en cas de participation à des mesures relatives au marché du travail (art. 59b LACI), les allocations d'initiation au travail (art. 65-66 LACI), les allocations de formation (art. 66a-c LACI), de même que les indemnités journalières de soutien aux assurés qui entreprennent une activité indépendante (art. 71a-d LACI), s'inscrivent au sein des prestations en espèces au sens de l'art. 15 LPGA (cf. art. 15 N 14).

D. Les frais de transport et les prestations analogues

- 48 Différents régimes d'assurances sociales allouent des prestations en lien avec le transport de personnes. Des prestations analogues à celles-ci (frais de sauvetage, p.ex.) peuvent également être prises en charge.

1. Les frais de transport

- 49 La plupart des assurances sociales prennent en charge les **frais de transport** de l'assuré (art. 51 LAI, art. 78 al. 4, 90-90^{bis} et 91 al. 2 RAT³⁵, art. 25 al. 2 let. g LAMal, art. 26 OPAS, art. 13 al. 1 LAA, art. 20 OLAA et art. 19 al. 1 LAM). Il peut s'agir soit d'une prise en charge intégrale, soit de l'octroi d'une contribution.
- 50 **L'assurance-maladie obligatoire** rembourse 50% des frais d'un transport médicalement indiqué pour permettre la dispensation des soins, lorsque l'état de santé du patient ne lui permet pas d'utiliser un autre moyen de transport public ou privé, mais au maximum CHF 500.– par année civile (cf. art. 25 al. 2 let. g LAMal et art. 26 al. 1 OPAS). Les examens, traitements et soins médicaux dispensés pendant le transport par un médecin (accompagnement médicalement indiqué) sont des mesures diagnostiques et thérapeutiques (art. 25 al. 2 let. a LAMal) et ne font pas partie du transport; ils ne doivent donc pas être imputés sur la contribution accordée au titre de l'art. 25 al. 2 let. g LAMal³⁶. Les transports médicalement nécessaires d'un hôpital à un autre (transferts) font partie du traitement hospitalier (art. 25 al. 2 let. a LAMal) et sont intégralement pris en charge par l'assurance-maladie obligatoire (art. 33 let. g OAMal) et rémunérés sur la base de forfaits (« *Diagnosis Related Groups* », DRG; art. 49 al. 1 LAMal)³⁷.

35 Sont visés les frais de voyage nécessaires à l'exécution des mesures de réadaptation ou à l'instruction de la demande de prestations.

36 ATF 130 V 424, c. 3.3-3.6: la question de savoir si les soins dispensés durant le transport par le personnel soignant accompagnant le médecin (infirmiers, ambulanciers, etc.) doivent également être rémunérés en sus de la contribution accordée pour le transport n'a, en revanche, pas été tranchée.

37 ATF 135 V 443, c. 1.2; ATF 130 V 424, c. 3.6.

L'assurance-accidents et l'assurance militaire prennent en charge intégralement les frais de transport, dans la mesure où ils sont nécessaires (art. 13 al. 1 LAA, art. 20 al. 1 OLAA et art. 19 al. 1 LAM). 51

Lorsque **le transport a lieu à l'étranger**, une limite de prise en charge est généralement arrêtée (art. 36 al. 4 OAMal, art. 13 al. 2 LAA et art. 20 al. 2 OLAA). Seule l'assurance militaire rembourse l'intégralité de ceux-ci. 52

Des assurances sociales remboursent également les **frais de transport des proches de l'assuré** (art. 19 al. 2 LAM et art. 20 al. 1 OLAA)³⁸. 53

2. Les prestations analogues

Dans certains régimes d'assurances sociales, les **frais de sauvetage** sont pris en charge (art. 25 al. 2 let. g LAMal, art. 27 OPAS, art. 13 LAA, art. 20 OLAA et art. 19 LAM). Là aussi, il peut s'agir d'une prise en charge intégrale (assurance-accidents et assurance militaire) ou de l'octroi d'une contribution (assurance-maladie). 54

Sont des mesures de sauvetage, celles qui permettent de tirer d'une **situation de détresse** un assuré dont **la santé ou la vie est atteinte ou menacée** et/ou de transporter celui-ci d'urgence vers un lieu où il pourra bénéficier des soins médicaux nécessaires³⁹. A l'inverse des mesures de transport, celles de sauvetage ne sont, en règle générale, pas planifiables⁴⁰. Les frais de sauvetage ne se limitent pas aux frais de transport, mais englobent toutes les mesures nécessaires au sauvetage de l'assuré⁴¹. En particulier, les **frais de désincarcération** d'un assuré (prisonnier de sa voiture à la suite d'un accident, p.ex.) font partie intégrante du sauvetage au sens de l'art. 27 OPAS⁴². 55

En matière d'**assurance-maladie**, la prise en charge des frais de sauvetage, qui est limitée à la moitié des coûts facturés (avec un plafonnement ~~annuel~~ fixé à CHF 5000.– par année civile; cf. art. 27 OPAS), présuppose que le risque assuré se soit réalisé (un simple danger accru ne constitue dès lors ni une maladie assurée, ni un accident assuré); pour que les **frais d'évacuation d'un non-blessé** soient pris en charge, il faut, à tout le moins, qu'intervienne sur le corps de l'assuré un facteur extérieur extraordinaire susceptible de provoquer, après coup et indubitablement, une atteinte à la santé (chute, glissade)⁴³. En d'autres termes, **la situation en elle-même doit présenter un danger hautement vraisemblable pour la vie ou l'intégrité physique de l'assuré**⁴⁴. 56

En cas de **sauvetage à l'étranger**, une limite de prise en charge est arrêtée dans le régime de l'assurance-accidents (art. 13 al. 2 LAA, art. 20 al. 2 OLAA). Si l'assurance militaire rembourse ceux-ci intégralement (art. 19 al. 1 LAM), l'assurance-maladie ne verse aucune contribution dans un tel cas de figure (art. 27 OPAS). 57

38 Lorsque le traitement d'une infirmité congénitale exige qu'un enfant séjourne dans un établissement hospitalier éloigné de son domicile, sa mère, qui l'allait, a droit, en principe, au remboursement des frais de voyage nécessaires pour se rendre auprès de lui tous les trois jours; si l'allaitement constitue une mesure vitale, l'assurance-invalidité est tenue de rembourser les frais de voyage nécessaires pour des visites quotidiennes et, au besoin, d'allouer un viatique (art. 51 al. 1 LAI, art. 90 RAI). Cf. ATF 121 V 8.

39 TFA, 28.7.2006, K 47/04, c. 4.4.

40 TC FR, 27.8.2008, c. 2, SVR 2009 KV n° 6 18-19.

41 ATF 130 V 424, c. 3.3. Cf. aussi TFA, 28.7.2006, K 47/04, c. 4.4.

42 GE, Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, 27.9.2011, ATAS/884/2011.

43 ATF 135 V 88, c. 3.2. Cf. aussi TF, 25.5.2010, 9C_858/2009.

44 TC FR, 27.8.2008, c. 3, SVR 2009 KV n° 6 18-19.

- 58 Dans l'**assurance-accidents**, les frais nécessités par le **transport du corps d'une personne décédée** jusqu'au lieu où il doit être enseveli sont également remboursés (art. 14 al. 1 LAA, art. 21 OLAA).

E. Les autres prestations en nature

- 59 Les assurances sociales accordent encore d'autres prestations en nature que celles inventoriées à l'art. 14 LPGA, dès lors qu'il s'agit d'une liste non exhaustive (cf. N 3 et 6). Tel est le cas, par exemple, de l'**indemnisation des dommages matériels** (art. 12 LAA, art. 57 LAM), des **indemnités pour frais funéraires** (art. 14 al. 2 LAA, art. 60 LAM) ou de la **participation aux frais des cures balnéaires** prescrites par un médecin (art. 25 al. 2 let. c LAMal, art. 25 OPAS). Par ailleurs, le **séjour à l'hôpital correspondant au standard de la division commune**, lequel englobe «toutes les prestations qui ne servent pas à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles» (soit, principalement les prestations hôtelières telles que la nourriture et le logement), s'inscrit également au sein des prestations en nature prises en charge par les assurances sociales (cf., p.ex., art. 25 al. 2 let. e LAMal, art. 10 al. 1 let. c LAA)⁴⁵.

IV. Le droit à la substitution de la prestation

- 60 Le **remplacement d'une prestation en nature par le versement d'une somme d'argent**, afin de permettre à l'assuré de bénéficier d'une prestation à laquelle il ne peut pas légalement prétendre, est un procédé autorisé en droit des assurances sociales; on parle alors de **droit à la substitution de la prestation** («*Austauschbefugnis*»). L'octroi d'une prestation en argent, en raison de l'usage de ce droit n'ôte pas le caractère de prestation en nature (N 12; art. 15 N 6)⁴⁶. L'art. 15 LPGA dispose en effet que les prestations en espèces «n'englobent pas le remplacement d'une prestation en nature à la charge de l'assurance».
- 61 Le droit à la substitution de la prestation existe, notamment, dans le **domaine des moyens auxiliaires et des mesures médicales de l'assurance-invalidité**; ce droit est cependant subordonné à la condition que «la substitution ait pour objet deux prestations différentes qui soient interchangeable quant à leurs fonctions», l'assuré devant, en outre, disposer «d'un droit légal à la prestation sujette à substitution»⁴⁷. Le droit à la substitution de la prestation peut être exercé par un assuré qui a opté pour un traitement ou un moyen auxiliaire dont le coût n'incombe normalement pas à l'assurance-invalidité – alors qu'il aurait pu prétendre à la prise en charge des frais d'autres mesures – afin de se faire rembourser, dans certaines limites, le traitement ou le moyen auxiliaire choisi (s'agissant des moyens auxiliaires, cf. art. 21^{bis} LAI)⁴⁸. Le droit à la substitution de la prestation ne fonde, en revanche, aucun droit à la prise en charge du traitement d'une infirmité congénitale par l'assurance-invalidité au-delà de l'âge de 20 ans révolus⁴⁹.

45 LONGCHAMP, 397. Cf. aussi TFA, 12.10.2004, K 141/02, c. 5.3.

46 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 14 N 18 et art. 15 N 25-31.

47 ATF 131 V 167, c. 5.1. Cf. aussi ATF 127 V 121, c. 2a; TFA, 2.5.2000, I 287/99, c. 4; ATF 111 V 209; ATF 107 V 89.

48 TFA, 2.5.2000, I 287/99, c. 4. Concernant le ~~du~~ droit à la substitution de la prestation en matière de mesures médicales de l'assurance-invalidité, cf., p.ex., TFA, 30.4.2004, I 378/03, c. 3; ATF 120 V 280.

49 ATF 120 V 277.

Le droit à l'échange de la prestation est aussi invocable s'agissant des **moyens auxiliaires de l'assurance-vieillesse**⁵⁰. 62

Si le droit à la substitution de la prestation est également une institution reconnue en matière d'**assurance-maladie**, il ne doit cependant pas aboutir à ce qu'une prestation obligatoirement à la charge de l'assurance-maladie soit remplacée par une prestation qui ne l'est pas; le droit à l'échange de la prestation suppose donc, en particulier, que le fournisseur de l'une et l'autre prestation soit admis à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire⁵¹. Dans le même ordre d'idées, le droit à l'échange de la prestation doit être nié lorsqu'un assuré recourt à un traitement médical à l'étranger en l'absence de raisons médicales au sens des art. 34 LAMal et 36 OAMal (l'assuré ne peut donc pas prétendre au remboursement d'un montant équivalent aux frais qui auraient été occasionnés si le traitement avait eu lieu en Suisse)⁵². Un droit à la substitution de la prestation doit, en revanche, être reconnu à l'assuré qui souhaite bénéficier de soins à domicile, alors que la fourniture de ces soins dans un établissement médico-social se révélerait plus économique⁵³. En définitive, dans l'assurance-maladie, **un droit à l'échange de la prestation ne peut exister que lorsqu'il s'agit de substituer à une prestation obligatoire une autre prestation efficace et adéquate, qui se révèle toutefois plus onéreuse**⁵⁴. 63

50 ATF 131 V 107.

51 Cf., p.ex., ATF 142 V 316, c. 5.4; ATF 133 V 218, c. 4.3; ATF 133 V 115, c. 5; TFA, 21.3.2006, K 137/04, c. 6; TFA, 28.7.2006, K 47/04, c. 5-6; ATF 131 V 271, c. 3.2; TFA, 10.10.2003, K 83/03, c. 6; TFA, 1.9.2003, K 63/02, c. 3.3; TFA, 7.5.2000, K 41/01, c. 5b; ATF 126 V 330, c. 1b; ATF 111 V 324, c. 2a.

52 ATF 131 V 271, c. 3.2; ATF 126 V 330, c. 1b.

53 TFA, 11.5.2004, K 95/03, c. 3.3. Cf. aussi ATF 139 V 135.

54 TFA, 7.5.2000, K 41/01, c. 5b. Cf. aussi TFA, 27.11.2006, K 68/06, c. 3; TFA, 6.9.2004, K 42/04, c. 3.

Best

Section 2: Prestations en espèces

Art. 15

Généralités

Les prestations en espèces comprennent, en particulier, les indemnités journalières, les rentes, les prestations complémentaires annuelles, les allocations pour impotents et leurs compléments; elles n'englobent pas le remplacement d'une prestation en nature à la charge d'une assurance.

Allgemeines

Geldleistungen sind insbesondere Taggelder, Renten, jährliche Ergänzungsleistungen, Hilflosenentschädigungen und Zulagen zu solchen, nicht aber der Ersatz für eine von der Versicherung zu erbringende Sachleistung.

In generale

Le prestazioni pecuniarie comprendono in particolare le indennità giornaliere, le rendite, le prestazioni complementari annue, gli assegni per grandi invalidi e i loro complementi; non comprendono la sostituzione di una prestazione in natura a carico dell'assicurazione.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. La notion de prestations en espèces	2
III. Les différentes prestations en espèces	9
A. Les indemnités journalières	11
B. Les rentes	16
C. Les prestations complémentaires annuelles	24
D. Les allocations pour impotent	25
E. Les compléments	30
F. Les autres prestations en espèces	32

Bibliographie

ALIOTTA MASSIMO/HUSMANN DAVID, Die Zusprechung von Integritätsentschädigungen gemäss Unfallversicherungsgesetz bei durch Asbeststaub verursachten Berufskrankheiten, RSAS 2008 148 ss; BIAGGI RAFFAELLA, UV-Leistungen: Sach- und Geldleistungen, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), *Recht der Sozialen Sicherheit*, 597 ss; BLESİ, ALFRED, Erwerbstätige Nichterwerbstätige: zu den möglichen Implikationen eines länger andauernden Bezuges von Krankentaggeldern im Sozialversicherungsrecht und im Arbeitsrecht, in *Arbeit und Arbeitsrecht: Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag*, Zurich 2017, pp. 17-29; DUC JEAN-LOUIS, Les indemnités journalières selon la LAMal et la LCA, in *Colloques et Journées d'étude 1999-2001*, IRAL n° 26, Lausanne 2002, 727 ss (cité: Indemnités); DUC JEAN-LOUIS, Réflexions sur une assurance-maladie d'indemnités journalières permettant à un employeur d'être libéré de son obligation de verser le salaire durant un temps limité en vertu de l'article 324b alinéa 4 CO, in *Arbeit und Arbeitsrecht: Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag*, Zurich 2017, 45 ss; DUC JEAN-LOUIS/MONNARD SÉCHAUD CORINNE, L'assurance-invalidité, in Meyer (éd.), SBVR, 1409 ss; EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR 385 ss; FREI THOMAS, Die Integritätsentschädigung nach Art. 24 und 25 des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung, Fribourg 1998; FREI THOMAS/BÄR ERICH, Endprothesen und Integritätsentschädigung – Bemerkungen zum Urteil des EVG vom 4. September 2003 i.S. N. (U 313/02), RSAS 2004 339 ss; FRÉSARD JEAN-MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, L'assurance-accidents obligatoire, in Meyer (éd.), SBVR, 885 ss (cité: Assurance-accidents obligatoire); GRÄUB ERICH, Zusatzleistungen zur AHV und IV, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), *Recht der Sozialen Sicherheit*, 903 ss; HUGENTOBLE MARKUS, Arbeitslosenleistungen: Geldleistungen, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), *Recht der Sozialen Sicherheit*, 1053 ss; JÖHL RALPH/USINGER-EGGER PATRICIA, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV, in Meyer (éd.), SBVR, 1681 ss; VON KAENEL ADRIAN (éd.), *Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte*, Zurich

2007; KIESER UELI, Alters- und Hinterlassenenversicherung, *in* Meyer (éd.), SBVR, 1173 ss, 1346 ss; LANDOLT HARDY, Hilflosenentschädigungen: Irrlicht oder Leuchtturm?, *in* Kieser/Lendfers (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2013, St-Gall 2014, 133 ss; LANDOLT HARDY, AHV-Leistungen: Hilfsmittel, Hilflosenentschädigung und Assistenzbeitrag, *in* Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 893 ss; LANDOLT HARDY, IV-Leistungen: Hilfsmittel, Hilflosenentschädigung und Assistenzbeitrag, *in* Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 715 ss; LE TENDRE LIONEL, L'atteinte à l'intégrité en droit des assurances sociales, *in* Chappuis/Winiger/Campi (éd.), Le tort moral en question, Genève 2013, 175 ss; MAHON PASCAL/MATTHEY FANNY, Le régime des allocations pour perte de gain, *in* Meyer (éd.), SBVR, 1957 ss; MAHON PASCAL/MATTHEY FANNY, Les allocations familiales, *in* Meyer (éd.), SBVR, 1985 ss; MANI GIAN CLAUDIO, Reform des Systems der schweizerischen Sozialversicherungen: unter besonderer Berücksichtigung der Geldleistungen (Art. 15 ATSG), Zurich 2012; MAESCHI JÜRIG/SCHMIDHAUSER MAX, Indemnisation des atteintes à l'intégrité par l'assurance militaire, Berne 1999; MOSIMANN HANS-JAKOB, Renten der Invalidenversicherung, *in* Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 771 ss; NUSSBAUMER THOMAS, Arbeitslosenversicherung, *in* Meyer (éd.), SBVR, 2227 ss; PÄRLI KURT/HUG JULIA, Freiwillige Taggeldversicherung nach KVG und VVG, *in* Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 531 ss; PERREN REINHARD, MV-Leistungen, *in* Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 805 ss; PERREN REINHARD/SCHÖNENBERGER URS, Indemnisation de l'atteinte à l'intégrité: méthodes de calcul différentes selon la LAM et la LAA, Informations médicales, n° 76-2005, 80 ss, 299; PERRENOUD STÉPHANIE, Les allocations familiales en Suisse, CGSS 51 (2015) 149 ss; REICHMUTH MARCO, AHV-Renten, *in* Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 847 ss (cité: AHV-Renten); RIEDI HUNOLD DOROTHEA, Familienleistungen, *in* Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 1179 ss; SLAVIK EVA, IV-Leistungen: Eingliederung (ohne Hilfsmittel) und Taggelder, *in* Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 687 ss; STEIGER-SACKMANN SABINE, Mutterschaftsentschädigung, *in* Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 1153 ss; USINGER-EGGER PATRICIA, Sozialrechtliche Qualifizierung der Hilflosenentschädigung, RSAS 2012 238 ss; VON KAENEL ADRIAN (éd.), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zurich 2007.

I. Introduction

- 1 L'art. 15 LPGa énumère les principales **prestations en espèces** versées par les assurances sociales. Il est, à ce titre, le pendant de l'art. 14 LPGa, qui contient une liste exemplative de **prestations en nature**. Les prestations en nature (art. 14 LPGa) et les prestations en espèces (art. 15 LPGa) forment **deux catégories distinctes de prestations**, auxquelles des conséquences juridiques différentes sont attachées, en matière, notamment, de coordination et s'agissant de la réduction ou du refus des prestations (cf. N 7 et art. 14 N 1).

II. La notion de prestations en espèces

- 2 L'art. 15 LPGa renferme une **liste non exhaustive de prestations en espèces, mais ne définit pas cette notion**¹.
- 3 Contrairement aux prestations en nature, qui exercent une influence sur le risque assuré (elles permettent de traiter une atteinte à la santé ou tendent à la réadaptation de l'assuré, p.ex.), **les prestations en espèces n'ont pas d'incidence sur le risque survenu**; cette catégorie de prestations poursuit le but d'atténuer les conséquences du risque (pallier la perte de revenu consécutive au décès de l'assuré par l'octroi d'une rente de survivants ou compenser la perte de gain de l'assuré invalide ou en incapacité de travail par le verse-

¹ Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 248.

ment d'une rente d'invalidité ou d'indemnités journalières, p. ex.) si bien que leur octroi a en principe lieu lorsque ledit risque ne peut plus être influencé (cf. art. 14 N 7).

Si les prestations en espèces sont généralement des **prestations périodiques** (indemnités journalière et rentes, notamment), versées mensuellement (art. 19 al. 1 LPGA; art. 19 N 7 ss), elles peuvent également revêtir la forme d'une **prestation unique**, comme il en va, par exemple, de l'indemnité pour atteinte à l'intégrité allouée en vertu des art. 24-25 LAA (cf. aussi 36 OLAA et Annexe 3 à l'OLAA). 4

Les prestations en espèces ne se calculent pas toutes selon les mêmes modalités, ni en référence à une base de calcul uniforme. Certaines prestations sont calculées d'après le gain assuré de la personne atteinte par le risque, jusqu'à concurrence d'un montant maximum; tel est le cas, notamment, des indemnités journalières versées par l'assurance-accidents, l'assurance-invalidité, l'assurance-chômage et l'assurance militaire, des rentes de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire, ainsi que des allocations de service et de maternité (cf. art. 18 LPGA; art. 15, 20, 31 LAA; art. 22-24 OLAA; art. 23 LAI; art. 22 LACI; art. 28 al. 2, 40 al. 2, 47 al. 1, 51 LAM; art. 10 et 16e al. 2 LAPG; cf. art. 18 N 3). Les rentes servies par l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité sont déterminées en fonction du nombre d'années de cotisations et du revenu annuel moyen de l'assuré (cf. art. 29^{bis} al. 1 et 34 al. 1 LAVS, art. 36 al. 2 LAI). D'autres prestations en espèces sont calculées de manière abstraite, puisqu'elles ne dépendent pas du revenu de la personne assurée, mais correspondent à un pourcentage ou à une fraction d'un montant fixe uniforme (dans l'assurance-accidents, par exemple, le montant maximal du gain assuré sert de référence au calcul des allocations pour impotent et des indemnités pour atteinte à l'intégrité; art. 25 et 27 LAA, art. 36 et 38 OLAA). 5


Le fait qu'une prestation est fournie en argent ne signifie pas nécessairement que l'on soit en présence d'une prestation en espèces. Ainsi, l'allocation d'initiation au travail, l'indemnité en cas d'augmentation des cotisations et l'aide en capital versées par l'assurance-invalidité (art. 8 al. 3 et 18b-d LAI) ou le remboursement des frais de maladie et d'invalidité (art. 3 al. 2 et 14-15 LPC) sont des prestations en nature (cf. art. 14 N 12). Le droit à la substitution de la prestation (cf., p. ex., art. 21^{bis} LAI) n'ôte pas non plus le caractère de prestation en nature (cf. art. 14 N 60-63). 6

Le comportement de l'assuré peut généralement entraîner **une réduction ou un refus des prestations en espèces** (cf., p. ex., art. 21 LPGA; art. 7b LAI; art. 37 et 39 LAA; art. 49-50 OLAA; art. 64-65 LAM). Dans l'assurance-chômage, on parle de suspension du droit à l'indemnité journalière (cf. art. 30 LACI). Les allocations pour impotent versées par l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité ne peuvent toutefois faire l'objet ni d'une réduction, ni d'un refus (art. 7b al. 4 LAI). 7

La **coordination des prestations en espèces** allouées par différents régimes d'assurances sociales est régie par les art. 66 et 68-69 LPGA. En règle générale, la technique applicable est celle du **cumul**, sous réserve de surindemnisation (rentes et indemnités journalières, notamment); les allocations pour impotent font toutefois figure d'exception puisqu'elles obéissent au **principe de l'exclusivité** (art. 66 al. 3 LPGA). 8

III. Les différentes prestations en espèces

A teneur de l'art. 15 LPGA, les prestations en espèces comprennent, notamment, les indemnités journalières, les rentes, les prestations complémentaires annuelles, les allocations pour impotent, ainsi que les compléments qui s'ajoutent à ces prestations. Au vu du **caractère exemplatif** de cette liste, il existe encore bien d'autres prestations en 9

espèces. Ainsi, sont également des prestations en espèces, les **indemnités ou rentes pour atteinte à l'intégrité** (art. 24-25 LAA; art. 48-50 LAM), l'**indemnité équitable octroyée à titre de réparation morale en cas de lésions corporelles graves** (art. 59 LAM) ou encore les **allocations familiales** versées en application de la LAFam ou de la LFA (cf. N 32-36). Les **allocations de naissance et d'adoption** octroyées par les cantons en application de l'art. 3 al. 2 LAFam, de même que les **prestations cantonales sous condition de ressources allouées aux parents**², sont aussi des prestations en espèces; les prestations cantonales échappent toutefois à l'application de la LPGA (art. 1 N 

- 10 Les différentes prestations en espèces sont répertoriées dans les lois spéciales d'assurances sociales (cf., p. ex, art. 18-43^{er} LAVS; art. 22-25 et 28-42^{octies} LAI; art. 16-33 LAA; art. 67-77 LAMal).

A. Les indemnités journalières

- 11 Les **indemnités journalières** sont des prestations en espèces instituées par différentes lois d'assurances sociales, dont le but consiste à procurer à l'assuré un **revenu de substitution**⁴. Elles sont généralement **allouées tous les jours de la semaine**, y compris le samedi et le dimanche et les jours fériés (cf., p.ex., art. 18 OAM), et ont un **caractère temporaire**. Leurs conditions d'octroi sont arrêtées dans les lois spéciales et le revenu que l'assuré percevait avant la survenance du risque sert en principe de base au calcul de celles-ci (cf. art. 23 LAI; art. 17 LAA; art. 22 LACI); dans l'assurance militaire, le gain que l'assuré aurait pu réaliser sans la survenance de l'affection assurée est toutefois pris en compte (art. 28 LAM; art. 15-16 OAM).
- 12 Dans l'**assurance-invalidité**, les indemnités journalières sont versées à l'assuré pendant que celui-ci exécute des mesures de réadaptation (art. 22-25 LAI). Elles constituent ainsi une **prestation accessoire aux mesures de réadaptation** au sens de l'art. 8 al. 3 LAI (cf. art. 14 N 45)⁵.
- 13 Des indemnités journalières sont également octroyées par l'**assurance-accidents** (art. 16-17 LAA), l'**assurance-maladie** (art. 67-77 LAMal) et l'**assurance militaire** (art. 28-29 LAM). Dans ces trois régimes d'assurances sociales, le droit à l'indemnité journalière est lié à **une incapacité de travail** (art. 6 LPGA) de l'assuré. L'assurance-maladie accorde aussi des indemnités journalières en cas de maternité; l'événement qui ouvre le droit à l'indemnité est la maternité, de sorte que le droit existe indépendamment du point de savoir si l'assurée est ou non en incapacité de travail (art. 74 LAMal)⁶. L'assurance-accidents octroie encore deux autres types d'indemnités journalières: l'indemnité de transition (art. 83-85 OPA) et l'indemnité pour changement d'occupation (art. 86-88 OPA; cf. art. 14 N 31)⁷.

2 Tel est le cas, par exemple, des prestations complémentaires cantonales pour familles octroyées en application de la loi vaudoise sur les prestations complémentaires cantonales pour familles et les prestations cantonales de la rente-pont du 23 novembre 2010 (LPCFam-VD; RSV 850.053).

3 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 15 N 11.

4 ATF 130 III 400, c. 3.3.

5 ATF 123 V 20, c. 3; ATF 120 V 429, c. 1; ATF 116 V 86, c. 2; ATF 114 V 139, c. 1.

6 TF, 3.4.2006, K 181/04, c. 5.

7 TF, 1.5.2012, 8C_777/2011, c. 1.

- L'**indemnité de chômage** est aussi une indemnité journalière (cf. art. 7 al. 2 let. a, art. 8-30 LACI). Celle-ci est versée en raison de **la perte d'emploi**; elle concerne donc l'assuré qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité lucrative (cf. art. 10 LACI). Dans l'assurance-chômage, cinq indemnités journalières sont payées par semaine (art. 21 LACI). L'**indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail** (art. 7 al. 2 let. c et 31-41 LACI), l'**indemnité en cas d'intempéries** (art. 7 al. 2 let. d et 42-50 LACI) et l'**indemnité en cas d'insolvabilité de l'employeur** (art. 7 al. 2 let. e et 51-58 LACI) sont aussi des indemnités journalières. Quant aux **indemnités versées en cas de participation à des mesures relatives au marché du travail** (art. 59b LACI), aux **allocations d'initiation au travail** (art. 65-66 LACI), aux **allocations de formation** (art. 66a-c LACI) et aux **indemnités de soutien aux assurés qui entreprennent une activité indépendante** (art. 71a-d LACI), il s'agit également d'indemnités journalières, bien que celles-ci s'inscrivent au sein des mesures relatives au marché du travail, qui sont des mesures de réadaptation professionnelle au sens de l'art. 14 LPGa (cf. art. 14 N 47).
- Les **allocations en cas de service** (art. 1a-16a LAPG) et de **maternité** (art. 16b-h LAPG) versées par le régime des allocations pour perte de gain constituent aussi des indemnités journalières. **15**

B. Les rentes

- Les éventualités ouvrant le droit à une **rente** sont le décès, l'invalidité et l'âge (soit, le fait d'atteindre l'âge de la retraite). **16**
- Des rentes sont accordées par l'**assurance-vieillesse et survivants** (rentes de survivants et de vieillesse; art. 21 ss LAVS), l'**assurance-invalidité** (rentes d'invalidité; art. 28 ss LAI), l'**assurance-accidents** (rentes de survivants et d'invalidité; art. 18-23 et 28-33 LAA) et l'**assurance militaire** (rentes d'invalidité, de vieillesse et de survivants; art. 40-47 et 51-56 LAM). **17**
- Des rentes de vieillesse, d'invalidité et de survivants sont également allouées par la **prévoyance professionnelle** (art. 13-26a LPP). Ce régime d'assurances sociales échappe toutefois à l'application de la LPGa (art. 1 N 8). **18**
- Les rentes sont des prestations accordées lorsque le risque survenu n'est plus susceptible d'être influencé par un traitement ou par une mesure de réadaptation (**survenance d'un risque permanent**) et elles revêtent donc un **caractère durable**. **19**
- Dans l'**assurance-accidents**, le droit à une **rente d'invalidité** suppose que l'**état de santé** de l'assuré soit **stabilisé**, ce qui est le cas lorsqu'il n'y a plus lieu d'attendre de la poursuite du traitement médical une sensible amélioration de l'état de l'assuré et que les éventuelles mesures de réadaptation exigibles ont été menées à terme (art. 19 al. 1 LAA; cf. aussi art. 40 al. 1 LAM). Ce n'est donc qu'à titre exceptionnel que le traitement médical est pris en charge après la fixation de la rente d'invalidité (art. 21 LAA; cf. art. 14 N 8)⁸. Dans l'**assurance-invalidité**, un assuré ne peut prétendre à l'octroi d'une rente d'invalidité que si **sa capacité de gain ou d'accomplissement des travaux habituels ne peut plus être rétablie, maintenue ou améliorée par des mesures de réadaptation raisonnablement exigibles** et s'il a présenté une incapacité de travail d'au moins 40% en moyenne durant une année sans interruption notable et, qu'au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGa) à 40% au moins (art. 28 al. 1 LAI). Dans ce régime, les rentiers **20**

⁸ Pour un cas d'application, cf. TF, 21.10.2016, 8C_275/2016.

peuvent cependant bénéficier d'une nouvelle mesure de réadaptation lorsque leur capacité de gain est susceptible d'être améliorée (art. 8a LAI; art. 14 N 8 et 44).

- 21** Dans l'**assurance-accidents** et l'**assurance militaire**, la **base de calcul** des rentes est le **gain assuré** de la personne atteinte par le risque (art. 15 al. 2, 20 et 31 LAA; art. 40 et 51 LAM), avec un plafonnement du gain annuel assuré (CHF 148 200.– dans l'assurance-accidents, respectivement CHF 152 276.– dans l'assurance militaire; cf. art. 18 LPGa; art. 15 al. 3 LAA, art. 22 al. 1 OLAA; art. 15 OAM; cf. art. 18 N 1 ss).
- 22** Dans l'**assurance-vieillesse, survivants et invalidité**, si le revenu de l'assuré («revenu annuel moyen») est également pris en compte, l'élément déterminant réside dans le **nombre d'années de cotisations** (cf. art. 29^{bis} LAVS), puisque c'est en fonction de ce facteur que l'assuré percevra une **rente complète** (échelle de rentes 44) ou une **rente partielle** (échelles de rentes 43-1; cf. art. 29 al. 2 LAVS). Le montant maximal d'une rente ordinaire complète de vieillesse ou d'invalidité ne peut, actuellement, excéder CHF 2350.– par mois (art. 34 LAVS). Une fois que l'échelle applicable a été déterminée, le montant de la rente dépend du **revenu annuel moyen de l'assuré**, étant précisé qu'au sein d'une même échelle, le montant minimal de la rente équivaut à la moitié du montant maximal (art. 112 al. 2 let. c Cst.; art. 34 al. 3 LAVS). Le montant minimal de la rente ordinaire complète atteint donc CHF 1175.– par mois.
- 23** **Les rentes peuvent être assorties de compléments** (cf. N 30-31). Ainsi, par exemple, les bénéficiaires d'une rente de vieillesse ou d'invalidité servie par l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité ont droit à une **rente complémentaire pour enfant** (art. 22^{ter} et 35^{ter} LAVS; art. 35 et 38-38^{bis} LAI); ce complément, versé comme la rente à laquelle il se rapporte, est octroyé pour chaque enfant qui, au décès de ces personnes, aurait droit à la rente d'orphelin de l'assurance-vieillesse et survivants (art. 25 LAVS).

C. Les prestations complémentaires annuelles

- 24** Les **prestations complémentaires annuelles** (art. 9-13 LPC) sont également des prestations en espèces au sens de l'art. 15 LPGa (art. 3 al. 2 LPC). Il s'agit de prestations périodiques versées mensuellement (art. 19 al. 1 LPGa; cf. art. 19 N 7 ss), dont le montant correspond à la différence entre les dépenses reconnues de l'assuré et ses revenus déterminants. Le but des prestations complémentaires annuelles réside dans la couverture des besoins vitaux de l'assuré (garantie du minimum vital; art. 112a Cst.; art. 2 al. 1 LPC). Le cercle des ayants droit comprend essentiellement les personnes au bénéfice d'une rente de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (cf. art. 4 LPC).

D. Les allocations pour impotent

- 25** En cas d'impotence (cf. art. 9 N 1 ss), l'assuré perçoit une **allocation pour impotent**. Cette prestation en espèces est versée mensuellement par l'**assurance-accidents, l'assurance militaire, l'assurance-invalidité** ou l'**assurance-vieillesse et survivants**, selon le **principe de l'exclusivité** et l'**ordre de priorité** arrêté à l'art. 66 al. 3 LPGa.
- 26** L'allocation pour impotent est octroyée lorsque le **besoin d'aide** peut être qualifié de **durable**; elle est donc, en principe, **versée après un délai d'attente** (art. 43^{bis} al. 2 et 42 al. 4 LAI, en relation avec les art. 28 al. 1 let. b et art. 42^{bis} al. 3 LAI et art. 35 al. 1 RAI; cf. art. 9 N 18-20).
- 27** Le **montant de l'allocation** dépend généralement du **degré d'impotence** de l'assuré, qui peut être faible, moyen ou grave (art. 43^{bis} al. 1 LAVS; art. 42 al. 2 LAI; art. 27 LAA;

art. 38 OLAA; art. 9 N 27-32). L'allocation est **calculée de manière abstraite**, sans tenir compte du revenu de l'assuré. Alors que dans l'assurance-accidents, l'allocation correspond à un multiple du montant maximum du gain journalier assuré (art. 27 LAA; art. 38 al. 1 OLAA), dans l'assurance-vieillesse et survivants et dans l'assurance-invalidité, le montant de celle-ci est fixé en pourcentage du montant maximal ou minimal de la rente de vieillesse ordinaire complète (art. 43^{bis} al. 1 LAVS; art. 42^{ter} LAI).

Dans l'assurance militaire, l'allocation n'est pas liée à un degré d'impotence et le montant en est calculé de manière individuelle et concrète, en fonction des limitations et des besoins de l'assuré (art. 20 LAM)⁹. **28**

La **contribution d'assistance** allouée par l'assurance-invalidité et l'assurance-vieillesse et survivants (art. 42^{quater-octies} LAI; art. 43^{ter} LAVS), ainsi que le **supplément pour soins intenses** (art. 42^{ter} LAI), sont également des prestations en espèces (cf. N 33). **29**

E. Les compléments

La notion de « compléments » à laquelle se réfère l'art. 15 LPGa est une notion large, qui englobe, notamment, les **rentes complémentaires pour enfant** servies par l'assurance-vieillesse et survivants ou l'assurance-invalidité aux bénéficiaires de rentes de vieillesse ou d'invalidité (art. 22^{ter} et 35^{ter} LAVS; art. 35 et 38-38^{bis} LAI; cf. N 23), la **prestation pour enfant** qui s'ajoute aux indemnités journalières de l'assurance-invalidité (art. 22 al. 2-3 et 23^{bis} LAI) ou encore le **supplément pour enfant** qui complète les indemnités de chômage (art. 22 al. 1 LACI)¹⁰. **30**

Les compléments sont versés comme la prestation (rente ou indemnités journalières) à laquelle ils se rapportent. **31**

F. Les autres prestations en espèces

Dès lors que la liste de prestations en espèces contenue à l'art. 15 LPGa n'est pas exhaustive (cf. N 1, 2 et 9), il existe encore d'autres prestations du même type. **32**

La **contribution d'assistance** versée par l'assurance-invalidité ou l'assurance-vieillesse et survivants (art. 42^{quater-octies} LAI; art. 39a-j RAI; art. 43^{ter} LAVS) aux bénéficiaires d'une allocation pour impotent dont le besoin d'aide donne lieu à l'engagement d'un ou de plusieurs assistants pour une période supérieure à trois mois, de même que les **suppléments pour soins intenses** alloués en application de l'art. 42^{ter} LAI (cf. aussi art. 36 et 39 RAI) aux mineurs impotents qui nécessitent une aide supplémentaire d'au moins quatre heures en moyenne par jour (art. 39 RAI), sont également des prestations en espèces. **33**

Les **indemnités pour atteinte à l'intégrité** de l'assurance-accidents (art. 24-25 LAA; art. 36 OLAA et Annexe 3 OLAA) s'inscrivent aussi au sein des prestations en espèces. Il s'agit de prestations uniques, versées en raison d'une atteinte importante et durable de l'assuré dans son intégrité physique, mentale ou psychique, dont le but est d'offrir une sorte de compensation pour le tort moral subi. L'indemnité pour atteinte à l'intégrité se calcule de manière abstraite, en référence au montant maximum du gain assuré (cf. N 21; art. 22 al. 1 OLAA). L'assurance militaire connaît également des prestations de cet **34**

⁹ FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 995.

¹⁰ KIESER, ATSG-Kommentar, art. 15 N 23 s.

ordre (rente pour atteinte à l'intégrité au sens des art. 48-50 LAM et indemnité équitable à titre de réparation morale en cas de lésions corporelles graves selon l'art. 59 LAM).

- 35 Les prestations en espèces comprennent encore les **indemnités en capital** servies par l'assurance-accidents (art. 23, 29 et 32 LAA; art. 35 OLAA) ou l'assurance militaire (art. 58 LAM). L'assurance-accidents verse une indemnité en capital à deux types de bénéficiaires: aux veuves ou aux épouses divorcées qui ne remplissent pas les conditions pour bénéficier d'une rente de veuve (art. 29 al. 3-4 LAA), respectivement aux assurés, lorsqu'il apparaît, au vu de la nature de l'accident et de leur comportement, qu'ils recouvreront leur capacité de gain s'ils reçoivent une indemnité unique (art. 23 LAA; art. 35 OLAA). Le montant des indemnités en capital dépend du gain annuel assuré de la personne atteinte par le risque (art. 23 al. 1 et 32 LAA; art. 35 OLAA). Quant au régime de l'assurance militaire, l'art. 58 LAM permet, à titre exceptionnel, de régler un cas d'assurance par le versement d'une indemnité conventionnelle (indemnité en capital), qui doit être confirmée par une décision ou, en cours de procès, par un jugement. L'aide en capital octroyée par l'assurance-invalidité (art. 18d LAI) ou l'assurance militaire (art. 38 LAM) est, en revanche, une mesure de réadaptation professionnelle, c'est-à-dire, une prestation en nature (art. 14 N 12 et 43).
- 36 Si les **allocations familiales** versées en application de la LAFam ou de la LFA entrent dans la catégorie des prestations en espèces au sens de l'art. 15 LPGa, tel n'est en revanche pas le cas des prestations familiales cantonales octroyées en application de l'art. 3 al. 2 LAFam ou sous condition de ressources. La LPGa n'est en effet pas applicable aux prestations cantonales (N 9 et art. 1 N 9), pas plus qu'au domaine de l'aide sociale.

Art. 16

Taux d'invalidité

Pour évaluer le taux d'invalidité, le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide est comparé avec celui qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui après les traitements et les mesures de réadaptation, sur un marché du travail équilibré.

Grad der Invalidität

Für die Bestimmung des Invaliditätsgrades wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre.

Grado d'invalidità

Per valutare il grado d'invalidità, il reddito che l'assicurato invalido potrebbe conseguire esercitando l'attività ragionevolmente esigibile da lui dopo la cura medica e l'eventuale esecuzione di provvedimenti d'integrazione, tenuto conto di una situazione equilibrata del mercato del lavoro, è confrontato con il reddito che egli avrebbe potuto ottenere se non fosse diventato invalido.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	3
C. Objet, but et nature de la norme	5

	N
II. Champ d'application	7
III. La méthode ordinaire ou générale d'évaluation de l'invalidité	16
A. Le revenu sans invalidité	17
B. Le revenu avec invalidité	28
C. La comparaison des revenus	41
D. Les sous-variantes de la méthode ordinaire	44
IV. Le taux d'invalidité	50
A. Le taux d'invalidité des personnes exerçant une activité lucrative à plein temps	50
B. Le taux d'invalidité des personnes exerçant une activité lucrative à temps partiel	51
C. Le taux d'invalidité des personnes sans activité lucrative	62
D. L'évaluation de l'invalidité due à un accident dans des cas spéciaux	67

Bibliographie

ACKERMANN THOMAS, Die Bemessung des Invaliditätsgrades, *in* Kieser/Lendfers (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2012, St-Gall 2013, 9 ss; BAUMANN-MAISSEN CHRISTA, Der versicherungsrechtliche Status in der Invalidenversicherung, Zurich 2011; BERGER GÖTZ ELISABETH, Neues aus den sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts – Actualités des Cours de droit social du TF: Bemessung des Invalideneinkommens gestützt auf die Lohnangaben aus der Dokumentation von Arbeitsplätzen (DAP): Ausbildungsanforderungen und Sprachkenntnisse (Art. 16 ATSG; Art. 18 Abs. 1 UVG), RSAS 2016 174 ss; BOLTSHAUSER MARTIN, Die Invalidität aus Betätigungsvergleich: Die IV-Haushaltsabklärung unter der Lupe, *in* Schaffhauser/Schlauri (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2004, St-Gall 2004, 235 ss; CONTI EMILIE, Invalidité et travail à temps partiel: méthode applicable pour le calcul du taux d'invalidité, REAS 2016 334 ss; DETTWILER STEFAN A., Éclairage sur la documentation DPT de la SUVA: détermination du salaire d'invalidé sur la base de postes de travail concrets (DPT), Informations médicales n° 78, 2007, SUVA, 22 ss; DUPONT ANNE-SYLVIE, Evaluation de l'invalidité: quel avenir pour la méthode mixte?, *in* Dupont/Klett (éd.), Personen-Schaden-Forum 2017, Zurich/Bâle/Genève 2017, 49 ss (cité: Evaluation); ERNI FRANZ/HÜSLER MARKUS/ZIEGLER LÄUBLI SYLVIA, Eigenheiten der Invaliditätsbemessung im UVG, *in* Weber (éd.), Personen-Schaden-Forum 2008, Zurich 2008, 124 ss; FROIDEVAUX DIDIER, La mesure du revenu d'invalidité: une construction subjective basée sur des statistiques (ESS)? *in* Kieser (éd.), Validen- und Invalideneinkommen, St-Gall 2013, 71 ss; GEERTSEN PHILIP, Der Tabellenlohnabzug, *in* Kieser/Lendfers (éd.), JaSo 2012, Zurich/St-Gall 2012, 139 ss; GENNER SUSANNE, Invaliditätsbemessung bei Teilzeiterwerbstätigen, RSAS 2013 446 ss; GERBER KASPAR, Lohnstatistische Daten in der Invaliditätsbemessungsmethode des Einkommensvergleichs, RSAS 2016 237 ss; JÖHL RALPH, Die Invaliditätsbemessung bei selbständig Erwerbstätigen in der IV, *in* Kieser/Lendfers (éd.), JaSo 2014, Zurich/St-Gall 2014, 159 ss (cité: Invaliditätsbemessung); KALTSUNIS-APELTOSOTOU JANNA, Invaliditätsgrad: Parallelität der Vergleichseinkommen: bisherige Rechtsprechung und mögliche Herausforderungen für das Bundesgericht hinsichtlich der neuen LSE-Tabellen, *in* Kieser (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2015, Zurich 2016, 151 ss; KIESER UELI, Die Parallelisierung der Vergleichseinkommen bei der Bestimmung des Invaliditätsgrades, *in* Kieser (éd.), Validen- und Invalideneinkommen, St-Gall 2013, 49 ss (cité: Parallelisierung); KIESER UELI, Invalidität von Selbständigerwerbenden, *in* Weber (éd.), Personen-Schaden-Forum 2018, Zurich 2018, 135 ss (cité: Selbständigerwerbende); LANDOLF KATHARINA, Invaliditätsgrad von Selbständigerwerbenden: die prinzipielle Methode des Einkommensvergleichs im Sozial- und Privatversicherungsbereich, *in* Schaffhauser/Kieser (éd.), Invalidität von Selbständigerwerbenden, St-Gall 2007, 101 ss; LANDOLT HARDY, Invaliditätsbemessung bei Schlechtverdienenden: Ein Methoden- oder auch ein Gerechtigkeitsproblem?, *in* Schaffhauser/Schlauri (éd.), Sozialversicherungstagung 2006, St-Gall 2006, 31 ss; LEUZINGER SUSANNE, Invaliditätsbemessung für teilerwerbstätige Versicherte mit Aufgabenbereich: Auslegeordnung und Lösungsvorschlag, *in* Kieser/Lendfers (éd.), JaSo 2017, Zurich/St-Gall 2017, 155 ss (cité: Lösungsvorschlag); MOSIMANN HANS-JAKOB, Hypothesen und Annahmen in der Invaliditätsbemessung: Status – Valideneinkommen – Invalideneinkommen – ausgeglichener Arbeitsmarkt, *in* Kieser/Lendfers (éd.), Fiktives, Hypothetisches und Konstruiertes im Sozialversicherungsrecht, St-Gall 2012, 31 ss; MOSIMANN HANS-JAKOB, Tat-

sächlich erzieltetes Resterwerbseinkommen: Grundsätze, Bedeutung und Grenzen, in Kieser (éd.), Validen- und Invalideneinkommen, St-Gall 2013, 107 ss (cité: Resterwerbseinkommen); MOSIMANN HANS-JAKOB, Renten der Invalidenversicherung, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 771 ss; PÄRLI KURT/BORER ALAIN, Die Teilzeitfälle in der Invalidenversicherung, in Kieser/Lendfers (éd.), JaSo 2018, Zurich/St-Gall 2018, 179 ss; PERRENOUD STÉPHANIE/BURGAT SABRINA/MATTHEY FANNY, L'affaire Di Trizio contre la Suisse, PJA 2016 1187 ss; PEYRAUD ANNE-SOPHIE/FRÖLICHER JOHANNES, Le revenu d'invalidité en assurance-invalidité et accidents, Le droit en mouvement numéro spécial «RFJ 10 ans» 2002 351 ss; SEILER HANSJÖRG, Anforderungen an die Beweisführung zu Status und Invalidität in der IV-Haushaltsabklärung, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2009, St.-Gall 2010, 9 ss; SLAVIK-SIKI EVA, Invaliditätsbemessung durch Betätigungsvergleich: unter besonderer Berücksichtigung des rentenrelevanten Aufgabenbereichs, in Kieser/Lendfers (éd.), JaSo 2013, Zurich/St-Gall 2013, 139 ss.

Cf. aussi, Forum Le degré d'invalidité: la méthode mixte sur la sellette, avec les contributions de SLAVIK EVA, KIESER ÜELI, DUPONT ANNE-SYLVIE, GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E. et HÜRZELER MARC, REAS 2016 463 ss (citées: REAS 2016); Rapport du Conseil fédéral «Assurance-invalidité: évaluation du taux d'invalidité des personnes travaillant à temps partiel» du 1^{er} juillet 2015, www.news.admin.ch/news/message/attachments/40129.pdf (cité: Rapport du CF «Assurance-invalidité: temps partiel»).

I. Introduction

A. Généralités

- 1 Le taux (ou degré) d'invalidité exprime l'évaluation en chiffres de l'invalidité. L'art. 16 prévoit comment ce taux doit être déterminé dans la situation de personnes exerçant une activité lucrative. Compte tenu de son rôle essentiel pour évaluer l'invalidité et donc l'étendue de la rente correspondante des différentes assurances sociales prévoyant ce type de prestation, cette norme est très fréquemment appliquée en pratique; son interprétation et son application ont donné lieu à une abondante jurisprudence du Tribunal fédéral (publiée et non publiée).
- 2 Pour la SSDA, il était indispensable d'introduire «dans tous les systèmes d'indemnisation une disposition, le plus possible uniforme, (...) du degré d'invalidité» concernant les personnes assurées exerçant une activité lucrative. La SSDA a également proposé de renvoyer explicitement aux lois spéciales pour l'évaluation de l'invalidité dans des cas spéciaux, notamment pour les personnes assurées n'exerçant pas ou pas encore d'activité lucrative. Ce renvoi a été supprimé par la Commission du Conseil national en raison de la nouvelle conception de la technique législative¹ (art. 2 N 1 s.). La disposition a été adoptée sans discussion au Parlement; sa numérotation a été adaptée lors de la rédaction finale (art. 16 au lieu de 22)².

B. Systématique

- 3 L'art. 16 figure au troisième chapitre de la loi consacré aux dispositions concernant les prestations et les cotisations, parmi celles sur les «prestations en espèces» (section 2), dont certaines sont décrites à l'art. 15. Le «taux d'invalidité» que définit la disposition vise donc les prestations pécuniaires, avant tout les rentes. S'agissant des prestations en nature, par exemple des mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité, le degré d'invalidité peut être défini en fonction d'autres critères que ceux prévus à l'art. 16, dans la

1 Rapport SSDA, 29 et 44 (ad art. 22 du Projet)  Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4202.

2 BO CN 1999 1239; BO CE 2000 178.

mesure où il est déterminant pour ouvrir le droit à la prestation. Ainsi, le droit à une mesure de reclassement professionnel au sens de l'art. 17 LAI suppose, entre autres conditions, que la personne assurée subisse une perte de gain, en principe de 20%, en raison d'une atteinte à la santé dans l'activité exercée jusque-là, ou alors dans des activités qui sont exigibles de sa part et qui lui sont accessibles sans formation professionnelle complémentaire et présentent une valeur approximativement comparable à l'ancienne activité quant aux possibilités de gain³. Le champ des activités à envisager repose ici sur un éventail nettement moins large que lorsqu'il s'agit d'évaluer l'invalidité selon l'art. 16 LPGGA (N 29).

La règle sur le taux d'invalidité est étroitement liée à la notion d'invalidité selon l'art. 8, dont découlent déjà les critères déterminants pour son évaluation (art. 8 N 5). Comme l'invalidité se définit elle-même en fonction de l'incapacité de gain, il existe également un rapport avec l'art. 7 de la loi. L'art. 16 de la loi précède logiquement la norme consacrée à la modification du taux d'invalidité («révision de la rente d'invalidité et d'autres prestations durables»).

C. Objet, but et nature de la norme

L'art. 16 définit de quelle manière l'invalidité est évaluée dans une mesure exprimée en chiffres, qui correspond à un pourcentage appelé **taux** ou **degré d'invalidité**. La détermination du taux d'invalidité au moyen d'une comparaison de revenus ne concerne que les **personnes assurées qui exercent une activité lucrative**, et non celles qui n'en exercent pas (comme le précise du reste l'art. 28a al. 1, 1^{re} phrase, LAI). Dans la mesure où certaines assurances sociales, singulièrement l'assurance-invalidité et l'assurance militaire, assurent également le risque «invalidité» des personnes qui ne travaillent pas, l'invalidité doit être évaluée selon d'autres critères que ceux prévus par l'art. 16. La Partie générale ne contient cependant pas de norme correspondante sur le mode d'évaluation de l'invalidité de ces personnes assurées. Des règles à cet égard sont prévues par la LAI (art. 28a al. 2 et 3 LAI [N 51 et 63]), mais pas dans la LAM (cf. art. 40 LAM; N 10 et 63).

De même que l'incapacité de gain ou l'invalidité, le degré d'invalidité n'est pas une notion médico-théorique, mais définit la mesure dans laquelle la personne assurée peut mettre en valeur sa capacité de rendement résiduelle (durablement limitée en raison d'une atteinte à la santé) sur le plan économique. L'art. 16 permet de déterminer le taux d'invalidité, mais on ne peut rien en déduire directement quant au droit aux prestations, que ce soit sous l'angle d'un éventuel degré minimal d'invalidité qui devrait être atteint pour ouvrir le droit à la prestation en espèces ou d'un échelonnement de celle-ci. Ces aspects sont traités par les lois spéciales, l'assurance-invalidité exigeant par exemple un taux d'invalidité de 40% au moins et prévoyant un échelonnement des rentes (art. 28 al. 1 let. c et 2 LAI), tandis qu'un degré de 10% au moins est requis par l'assurance-accidents (art. 18 al. 1 LAA), où les rentes sont allouées en fonction du pourcentage exact du taux d'invalidité.

3 ATF 130 V 488; ATF 124 V 108, c. 3. L'exigence relative au taux de 20% est relativisée pour les assurés en début de carrière professionnelle (TF, 30.8.2016, 9C_262/2016, c. 5; cf. aussi, TF, 11.1.2018, 8C_808/2017, c. 4).

II. Champ d'application

- 7 Pour définir la manière dont le taux d'invalidité doit être déterminé, le législateur s'est inspiré des règles sur l'évaluation de l'invalidité que connaissaient l'assurance-invalidité (art. 28 al. 2 aLAI), l'assurance-accidents (art. 18 al. 2, 2^e phrase, aLAA) et la LAM (art. 40 al. 4 aLAM), sans en modifier les éléments déterminants; la jurisprudence y relative reste donc valable⁴. La définition du taux d'invalidité s'applique à l'ensemble des lois des assurances sociales soumises à la LPGA, lorsqu'il en va de l'évaluation de l'invalidité de personnes exerçant une activité lucrative en relation avec l'octroi de prestations en espèces. Il s'agit **en particulier des domaines de l'assurance-invalidité, de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire**, les conditions spécifiques du droit à une rente d'invalidité étant prévues par la législation correspondante. Des dérogations à l'art. 16 LPGA, respectivement la possibilité pour le Conseil fédéral de régler l'évaluation de l'invalidité dans des cas particuliers en s'écartant de la disposition de la Partie générale sont prévues en matière d'assurance-invalidité (N 63 ss) et d'assurance-accidents (N 67).
- 8 De manière indirecte, le taux d'invalidité tel que défini à l'art. 16 de la loi vaut également pour la **prévoyance professionnelle obligatoire**: l'art. 23 al. 1 let. a LPP se réfère au taux d'invalidité (de 40% au moins) de l'assurance-invalidité (voir aussi art. 8 N 9 s.), à laquelle s'applique la Partie générale. Compte tenu du lien fonctionnel entre le premier (assurance-invalidité) et le deuxième pilier (prévoyance professionnelle), les éléments pris en considération pour évaluer l'invalidité au sens de l'art. 16 LPGA, tels que déterminés par l'organe d'exécution de l'assurance-invalidité, sont en principe également déterminants dans le domaine de la prévoyance professionnelle⁵.
- 9 **L'assurance-accidents** (comme la prévoyance professionnelle) n'assure que la perte de gain subie par des assurés qui exercent une activité lucrative. Dès lors, le fait que la personne assurée n'exerçait une activité lucrative qu'à temps partiel avant la survenance de l'accident n'a pas d'influence sur la manière d'évaluer le taux d'invalidité: celui-ci est déterminé selon l'art. 16 (sous réserve des dérogations prévues par la LAA [N 67]). En d'autres termes, dans le domaine de l'assurance-accidents, il importe peu de savoir si l'assuré mettait à profit entièrement ou partiellement seulement sa capacité de travail avant l'accident. Le revenu sans invalidité (N 17 ss) réalisé par la personne assurée travaillant à temps partiel avant l'accident est pris en compte à raison de 100%, comme si elle exerçait son activité à temps complet. C'est à travers le montant du gain assuré (cf. art. 15 al. 2 LAA) que l'activité à temps partiel est prise en considération⁶.
- 10 Dans **l'assurance militaire**, l'invalidité de la personne assurée exerçant une activité à temps partiel doit également être évaluée en fonction du revenu sans invalidité correspondant à une activité effectuée à plein temps, l'adaptation au gain tiré de l'activité à temps partiel résultant, comme dans l'assurance-accidents, du montant du gain assuré (art. 40 al. 3 LAM)⁷.

4 ATF 130 V 343, c. 3.4; pour l'AA, TFA, 22.6.2004, U 192/03, c. 1.3.4, SVR 2005 UV n° 16 52 ss.

5 ATF 143 V 91, c. 4; ATF 134 V 64 et ATF 140 V 399 sur le principe de la congruence entre le revenu d'invalidité de l'AI (selon l'art. 16 LPGA) et le «revenu de remplacement» (selon l'art. 24 al. 1 let. d OPP 2), en cas de surindemnisation. Sur le taux d'invalidité en cas d'activité à temps partiel en matière de prévoyance professionnelle, ATF 144 V 63 et ATF 144 V 72.

6 ATF 119 V 475, c. 2b; TF, 14.4.2008, 8C_664/2007, c. 7.2.4.

7 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 1001; SCHLAURI FRANZ, Die Militärversicherung, in Meyer (éd.), Soziale Sicherheit, 2^e éd., SBVR, 1109 N° 136 et n. 188.

A la différence de l'assurance-accidents (et de la LPP), **l'assurance-invalidité et l'assurance militaire** assurent non seulement les personnes exerçant une activité lucrative, mais également celles qui n'en ont pas. Pour cette dernière catégorie d'assurés, de même que pour celle des personnes exerçant une activité à temps partiel, le taux d'invalidité doit être évalué selon des **critères différents ou complémentaires** de ceux définis par l'art. 16 LPGa, en fonction de ce que prévoit la LAI (N 62 ss et 51 ss). Par conséquent, lors de l'examen du droit à des prestations de l'assurance-invalidité (ou de l'assurance militaire en relation avec les personnes sans activité lucrative), il convient de déterminer si la personne assurée doit être considérée comme une personne exerçant une activité lucrative à temps complet, une personne exerçant une activité lucrative à temps partiel ou n'exerçant pas d'activité lucrative. On parle du **statut de la personne assurée**, en fonction duquel est déterminée la méthode d'évaluation de l'invalidité à appliquer⁸. Il existe principalement trois méthodes d'évaluation du degré d'invalidité: la méthode générale ou ordinaire de la comparaison des revenus applicable aux assurés exerçant une activité lucrative à plein temps (art. 16 LPGa, N 16 ss), ainsi que, dans les domaines de l'assurance-invalidité et de l'assurance militaire, la méthode spécifique pour les personnes sans activité lucrative (art. 28a al. 2 LAI en relation avec l'art. 27 RAI, N 62 ss) et, pour l'assurance-invalidité, la méthode mixte applicable aux personnes exerçant une activité lucrative à temps partiel (art. 28a al. 3 LAI en relation avec l'art. 27^{bis} RAI, N 51 ss).

Pour déterminer le **statut de la personne assurée**, il convient de se demander ce qu'elle aurait fait – les autres circonstances étant par ailleurs restées les mêmes – **si l'atteinte à la santé n'était pas survenue**. Il ne faut donc pas chercher à savoir si et dans quelle mesure l'exercice d'une activité lucrative aurait été exigible de sa part sans atteinte à la santé, mais dans quelle mesure (hypothétique) elle exercerait une telle activité si elle était en bonne santé⁹. Pour admettre (de manière hypothétique) que la personne assurée aurait exercé une activité lucrative (à temps partiel) ou n'aurait pas travaillé si elle était restée en bonne santé, il faut tenir compte de l'ensemble de ses circonstances personnelles, familiales, sociales, financières et professionnelles¹⁰, sur la base de l'évolution de la situation jusqu'au moment de la décision de l'assureur social; pour retenir l'éventualité de l'exercice d'une activité lucrative à temps partiel ou complet, il faut que la force probatoire reconnue habituellement en droit des assurances sociales atteigne le degré de la vraisemblance prépondérante¹¹. Ainsi, lorsque la personne assurée fait valoir qu'elle aurait travaillé à plein temps sans atteinte à la santé, des aspects tels que son âge et ses connaissances professionnelles, son parcours professionnel avant la survenance de l'atteinte à la santé (et, le taux d'activité effectué jusqu'alors), le point de savoir si elle est mariée, est liée par un partenariat enregistré, vit en couple et a ou non des enfants, éventuellement en bas âge ou davantage indépendants, ou une éventuelle nécessité financière de réaliser un revenu seront déterminants. Les besoins économiques ne sont cependant pas à eux seuls décisifs pour admettre que l'assuré aurait travaillé à plein temps sans atteinte à la santé, en particulier lorsqu'avant la survenance de celle-ci, il exerçait une activité à temps partiel alors que les conditions économiques étaient déjà modestes à l'époque. Les indications de la personne assurée sur le taux d'activité auquel elle aurait travaillé si elle n'avait pas été atteinte dans sa santé jouent un rôle important; elles supposent que l'intéressé ait

8 ATF 137 V 334, c. 3.1.

9 ATF 133 V 477, c. 6.3; ATF 117 V 194, c. 3b.

10 ATF 130 V 343, c. 3.4.

11 ATF 141 V 15, c. 3.1 et les références.

compris sans équivoque la question de l'assureur social à ce sujet, à défaut de quoi il y a lieu d'attacher plus d'importance aux circonstances de vie concrètes¹².

- 13 Une fois admis que la personne assurée doit être considérée comme une **personne exerçant une activité lucrative à plein temps** – soit qu'elle aurait continué à exercer une activité lucrative à temps complet, interrompue ou cessée en raison d'une atteinte à la santé, soit qu'elle aurait commencé ou repris une telle activité lucrative si elle n'avait pas subi une atteinte à la santé –, le taux d'invalidité doit être déterminé en fonction de la comparaison des revenus prévue par l'art. 16 LPGa (N 16 ss).
- 14 La méthode d'évaluation prévue par cette norme intervient également lorsqu'il s'agit d'évaluer l'invalidité d'une personne dont on peut considérer qu'elle aurait travaillé à **temps partiel** sans atteinte à la santé, pour déterminer le taux d'invalidité relatif à l'activité lucrative (N 51 et 55 s.). Selon la jurisprudence, la méthode de la comparaison des revenus est également applicable lorsqu'avant la survenance de l'atteinte à la santé, la personne assurée a diminué de son propre gré son temps de travail ou a choisi d'exercer une activité lucrative à temps partiel afin de disposer de temps libre pour se consacrer à des **activités de loisirs ou à une occupation qui ne relève pas des travaux habituels** (art. 8 N 29). Dans une telle constellation, l'invalidité doit être évaluée en tenant compte du taux d'activité (hypothétique) que l'intéressé entend consacrer à l'exercice d'une activité lucrative, la part de salaire à laquelle il a renoncé volontairement afin de disposer de temps libre ne devant pas être prise en considération (N 61).
- 15 Avec l'art. 16, le législateur a adopté une règle légale applicable aux différentes assurances sociales. Aussi, le principe de l'uniformité de la notion d'invalidité dans l'assurance sociale, qui devrait conduire à fixer pour une même atteinte à la santé un même taux d'invalidité quel que soit le domaine d'assurance sociale concerné, devrait pleinement trouver application. Ce principe a toutefois été relativisé par la jurisprudence, selon laquelle il ne libère pas les assureurs sociaux appelés à répondre des mêmes troubles de la santé de leur obligation de procéder dans chaque cas, et de manière indépendante, à l'évaluation de l'invalidité. Aucun assureur social n'a, de manière générale, la prééminence sur un autre dans la détermination du taux d'invalidité et des divergences ne sont pas à exclure d'emblée¹³.

III. La méthode ordinaire ou générale d'évaluation de l'invalidité

- 16 La méthode d'évaluation de l'invalidité prévue par l'art. 16 implique que le revenu sans invalidité (ou revenu de valide ou revenu avant invalidité) soit comparé au revenu avec invalidité (ou revenu d'invalidité ou après invalidité), la différence entre les deux permettant de calculer le taux d'invalidité en pour-cent. Il s'agit de **deux revenus hypothétiques**, puisque sont déterminants le revenu que la personne assurée pourrait vraisemblablement réaliser si elle n'avait pas subi d'atteinte à la santé, ainsi que celui qu'elle pourrait réaliser malgré son atteinte à la santé en exerçant une activité raisonnablement exigible de sa part. Les revenus sans et avec invalidité doivent être déterminés en relation avec le même marché du travail équilibré¹⁴. En raison de la nature théorique et abstraite de cette notion (art. 7 N 21 ss), le fait que la personne assurée est domiciliée à l'étranger ne joue pas de rôle; seul est déterminant que les deux revenus se réfèrent au même mar-

12 TF, 29.8.2013, 9C_286/2013, c. 4.3 et 4.4.

13 ATF 133 V 549; ATF 131 V 362; voir aussi, KIESER, ATSG-Kommentar, art. 16 N 99 ss.

14 TF, 23.9.2014, 9C_192/2014, c. 3.4.

ché du travail, parce que la disparité des niveaux de rémunération et des coûts de la vie d'un pays à l'autre ne permet pas de procéder à une comparaison objective des revenus en cause au-delà des frontières¹⁵.

A. Le revenu sans invalidité

1. L'importance du revenu réalisé avant l'atteinte à la santé

Pour déterminer le revenu sans invalidité (soit plus précisément le revenu sans la survenance de l'atteinte à la santé invalidante, premier terme de la comparaison des revenus), il faut établir quel salaire la personne assurée aurait effectivement réalisé sans atteinte à la santé, selon le degré de la vraisemblance prépondérante. Le revenu sans invalidité doit être évalué de la manière la plus concrète possible. C'est pourquoi il se déduit en principe du **salaire réalisé en dernier lieu** par l'intéressé avant l'atteinte à la santé – en se fondant sur l'expérience empirique selon laquelle la personne assurée aurait continué d'exercer sa profession sans atteinte à la santé –, compte tenu des circonstances à l'époque où est né au plus tôt le droit à la rente et d'une adaptation, si nécessaire, au renchérissement¹⁶ et à l'évolution réelle des revenus. Au regard des capacités professionnelles de la personne assurée et de ses circonstances personnelles, on prend en considération ses chances réelles d'avancement compromises par l'atteinte à la santé et les limitations en découlant, en posant la présomption qu'elle aurait continué à exercer son activité sans la survenance de l'invalidité. Des exceptions ne peuvent être admises que si elles sont établies au degré de la vraisemblance prépondérante¹⁷.

En conséquence, on ne tiendra compte d'une **augmentation du revenu réel** grâce à un développement des capacités professionnelles individuelles (p.ex. grâce à un complément de formation) ou en raison d'une circonstance personnelle comme une promotion à une fonction supérieure ou un changement de profession que si ces circonstances apparaissent dûment établies. Des indices concrets en faveur de l'évolution de la carrière professionnelle doivent exister, par exemple, lorsque l'employeur a laissé entrevoir une telle perspective d'avancement ou a donné des assurances en ce sens. De simples déclarations d'intention de la personne assurée ne suffisent pas¹⁸. Ainsi, il n'y a pas de violation du droit fédéral lorsque l'assureur social admet qu'un joueur professionnel de hockey sur glace, victime d'un accident à l'âge de 32 ans, n'aurait pas poursuivi sa carrière au-delà de 37 ans (moment déterminant pour la naissance du droit à la rente), de sorte que le revenu sans invalidité n'a pas été établi en fonction du salaire qui était le sien au moment de l'atteinte à la santé¹⁹.

On précisera que ce qui vaut dans un sens (perspective d'avancement) doit aussi valoir dans l'autre sens (changement de profession moins rémunératrice): en l'absence d'éléments suffisants pour admettre que l'assuré n'aurait pas continué, à moyen terme tout au moins, son activité habituelle (de tunnelier), il n'y a pas lieu de se fonder sur l'activité indépendante (supposée moins rémunératrice) qu'il avait mentionnée pendant l'instruction administrative comme simple projet d'avenir²⁰. A l'inverse, il convient de **s'écarter**

15 ATF 137 V 20, c. 5.2.3.2; ATF 110 V 273, c. 4b; TF, 10.11.2015, 8C_300/2015, c. 7.1.

16 En fonction de l'évolution des salaires nominaux (p.ex. TF, 23.9.2014, 9C_192/2014, c. 4.2).

17 ATF 139 V 28, c. 3.3.2; ATF 135 V 58, c. 3.1.

18 TF, 11.3.2014, 8C_290/2013, c. 6; TF, 12.10.2011, 9C_486/2011, c. 4.1.

19 TF, 29.5.2015, 8C_42/2015, SVR 2016 UV n° 1 1.

20 TF, 9.11.2012, 8C_145/2012, c. 3 et 8C_144/2012, c. 3.3.

du salaire que l'assuré aurait gagné auprès de son ancien employeur au moment déterminant, lorsque celui-ci n'était pas en mesure pour des raisons économiques de verser un salaire correspondant au travail effectivement fourni (par exemple d'augmenter le revenu en parallèle à une augmentation de l'horaire de travail de 80 à 100%)²¹, lorsque le poste de travail occupé à l'époque a été supprimé (délocalisation de l'entité de production dans un autre pays)²² ou que la personne assurée a perdu son emploi en raison de la faillite de l'entreprise²³ ou d'autres motifs étrangers à l'invalidité²⁴. Le revenu sans invalidité doit alors être déterminé en fonction de valeurs moyennes statistiques (N 25). Dans le même ordre d'idée, lorsque l'employeur n'a pas accordé d'augmentation de salaire depuis plusieurs années pour des motifs économiques, l'évolution du salaire nominal correspondant doit être prise en considération pour fixer le revenu sans invalidité cinq ans après la survenance de l'événement assuré; on peut en effet partir de l'idée que la personne assurée, si elle était restée en bonne santé, aurait envisagé de changer d'emploi à cause de la stagnation du salaire pendant plusieurs années²⁵. Enfin, il n'y a pas lieu de prendre en compte à titre de salaire sans invalidité les revenus obtenus par la personne assurée durant une période de chômage (qui a précédé l'incapacité de travail définitive), parce qu'ils ne représentent pas la mesure de ce qu'elle est véritablement apte à gagner en tant que personne valide²⁶.

2. Les éléments du revenu

- 20 Le revenu déterminant** correspond au salaire brut²⁷, y compris le treizième salaire et tous les éléments de rémunération qui sont soumis aux cotisations de l'assurance-vieillesse et survivants²⁸. Dès lors, toute rémunération qui correspondrait au revenu déterminant selon la LAVS entre en principe en ligne de compte²⁹. Le revenu sans invalidité comprend ainsi des indemnités versées pour un travail en équipe³⁰ et les rémunérations dues pour des heures supplémentaires³¹ effectuées régulièrement, lorsqu'on peut partir de l'idée que l'intéressé aurait continué à les fournir sans la survenance de l'invalidité³². Ne sont en revanche pas inclus dans le revenu sans invalidité les allocations familiales³³

21 TF, 19. 8. 2008, 9C_189/2008, c. 3.2 et 4.2.

22 TF, 8. 2. 2007, I 948/06, c. 4.1; voir aussi ACKERMANN, 18.

23 TF, 10. 11. 2014, 8C_526/2014, c. 3.2 et 6.2; TF, 28. 11. 2013, 9C_501/2013, c. 4.2.

24 TF, 23. 6. 2015, 9C_247/2015, c. 5.1; TF, 9. 6. 2015, 9C_212/2015, c. 5.4.

25 TFA, 2. 11. 2004, U 66/02, c. 4.1.

26 TF, 16. 2. 2012, 9C_520/2011, c. 5, selon lequel le revenu sans invalidité a été établi en fonction du salaire réalisé avant le chômage; TFA, 4. 9. 2002, I 774/01, c. 3c.

27 Cela se déduit notamment de l'art. 25 al. 1 RAI, selon lequel est déterminant le revenu annuel présumable sur lequel les cotisations seraient perçues en vertu de la LAVS; cf. ACKERMANN, 21.

28 Pour un ex. relatif à un salaire par heure, en relation avec le nombre d'heures de travail par année, le treizième salaire et l'indemnité pour les vacances, voir TF, 13. 10. 2010, 9C_232/2010, c. 3.

29 TF, 25. 2. 2011, 8C_671/2010, c. 4.5.5; TF, 12. 2. 2010, 8C_465/2009, c. 2 et c. 4: ainsi, la mise à disposition d'un véhicule par l'employeur et «un cadeau de jubilé» («*Jubiläumsgeschenk*»). Il ne s'agit toutefois pas d'une égalité absolue entre le revenu sans invalidité et le revenu selon la LAVS, mais d'une parallélisation (TFA, 23. 11. 1998, SVR 1999 IV n° 24 71 ss, c. 4b).

30 TFA, 25. 11. 2004, U 182/04, c. 5.1.

31 Sur la notion d'heures supplémentaires en relation avec les art. 24 à 26 de la Convention nationale du secteur principal de la construction en Suisse, TF, 6. 5. 2014, 9C_100/2014, c. 4.2.

32 TF, 1. 7. 2010, 9C_159/2010, c. 6.4. Cf. aussi, TF, 26. 3. 2013, 9C_979/2012, où, en présence d'un nombre très variable d'heures supplémentaires accomplies dans les derniers mois précédant la survenance de l'invalidité, le revenu sans invalidité a été calculé en fonction d'une moyenne des salaires obtenus sur une période de cinq ans.

33 Cf. art. 6 al. 2 let. f RAVS; TF, 21. 11. 2012, 8C_527/2012, c. 4.1.

et les pourboires reçus dans la restauration sauf s'ils ont été soumis aux cotisations paritaires³⁴.

Tant les revenus tirés d'une activité principale que les **revenus obtenus par l'exercice d'une activité accessoire** sont pris en compte dans la fixation du revenu sans invalidité, si l'on peut admettre que l'intéressé aurait, selon toute vraisemblance, continué à percevoir des gains accessoires s'il était resté en bonne santé³⁵. La prise en considération de ces gains accessoires intervient sans égard au rendement et au temps consacré pour leur obtention. Elle s'étend donc aux revenus obtenus dans une activité accomplie en supplément d'un emploi exercé dans les limites d'un horaire de travail normal. A la différence de ce qui vaut pour le revenu d'invalidité (N 28), la question de l'exigibilité en relation avec l'obligation de diminuer le dommage (art. 6 N 39) ne joue pas de rôle pour la détermination du revenu sans invalidité: seul est décisif le fait que l'assuré obtenait un revenu qu'il continuerait à percevoir s'il n'était pas devenu invalide³⁶. Dans le domaine de l'assurance-accidents, une limitation est toutefois prévue: l'incapacité subie dans une activité lucrative indépendante non assurée en vertu de la LAA, exercée en plus d'une activité salariée, n'est pas prise en considération (art. 28 al. 2, 2^e phrase, OLAA³⁷). De même, selon la jurisprudence en matière d'assurance-invalidité, cette assurance ne couvre en principe pas deux ou plusieurs activités de même importance exercées par la personne assurée qui vont au-delà d'un horaire habituel de travail (de 100%), celles-ci ne devant être prises en considération que de manière réduite, soit en fonction d'un temps de travail de 100%³⁸.

L'art. 16 ne prévoit **pas de limite supérieure** pour le revenu sans invalidité. Par conséquent, un (très) haut revenu obtenu avant la survenance de l'atteinte à la santé au moyen d'un investissement temporel important est également pris en compte pour fixer le revenu sans invalidité, lorsque l'on peut admettre que l'assuré aurait continué selon toute vraisemblance à exercer cette même activité s'il était resté en bonne santé³⁹. Tel n'est pas le cas lorsqu'au regard de l'horaire de travail suivi par la personne assurée juste avant la survenance de l'atteinte à la santé, il apparaît qu'elle n'aurait pas maintenu un rythme de travail équivalent, notamment en raison de la responsabilité qu'implique sa profession (médecin anesthésiste)⁴⁰; le revenu sans invalidité a alors été déterminé en fonction de la moyenne des revenus réalisés pendant les six années précédant l'événement assuré. Dans la situation inverse où la personne assurée touchait un salaire nettement plus bas que le salaire usuel dans la branche d'activité avant la survenance de l'atteinte à la santé, le revenu effectif doit être pris en considération lorsqu'il apparaît que l'intéressé s'en contentait volontairement.

34 TF, 11.12.12, 8C_514/2012, c. 4.2; TFA, 23.6.1999, U 222/97, c. 6b, REAS 2003 66 ss.

35 Parmi beaucoup d'autres arrêts, TF, 26.1.2009, 9C_699/2008, c. 3.3.

36 TF, 11.3.2008, 8C_676/2007, c. 3.3.2.

37 Voir à ce sujet, TFA, 14.9.1998, RAMA 1999 U n° 329 119.

38 TF, 23.7.2007, I 433/06, SVR 2008 IV n° 28 89; le TF a cependant laissé ouverte la question de savoir si cette jurisprudence devait être maintenue (TF, 25.2.2011, 8C_671/2010, c. 4.5.7). Dès lors que le cumul des activités lucratives principale et accessoire au-delà d'un horaire de 100% – pour autant qu'il ait été vraisemblablement maintenu sans atteinte à la santé – est entièrement pris en considération, on ne voit pas pourquoi il n'en irait pas de même avec des activités multiples de même importance.

39 TF, 25.2.2011, 8C_671/2010, SVR 2011 IV n° 55 163.

40 TF, 28.10.2015, 8C_85/2015, c. 4.3, SVR 2016 n° 26 85.

- 23 En revanche, lorsque le **revenu nettement inférieur aux salaires habituels de la branche** est lié à des raisons étrangères à l'invalidité (p.ex. formation professionnelle insuffisante ou limitation des possibilités d'emploi en raison du statut de saisonnier) et que les circonstances ne permettent pas de supposer que l'assuré s'est contenté d'un salaire plus modeste que celui auquel il aurait pu prétendre, il y a lieu d'en tenir compte dans la comparaison des revenus en opérant un **parallélisme des revenus** à mettre en rapport l'un avec l'autre⁴¹. Le revenu effectivement réalisé doit être considéré comme nettement inférieur aux salaires habituels de la branche lorsqu'il est inférieur d'au moins 5% au salaire statistique de la branche. On part du salaire que l'assuré a obtenu pour une activité à temps complet dans le cadre de l'horaire de travail convenu contractuellement, sans y inclure l'indemnisation des heures supplémentaires effectuées⁴². Le salaire statistique déterminant pour la comparaison avec le revenu obtenu avant l'invalidité est celui qui résulte des données pour l'ensemble de la Suisse et non pas des données régionales, correspondant à l'activité exercée par l'intéressé avant la survenance de l'atteinte à la santé⁴³. Le revenu nettement inférieur peut alors justifier un parallélisme des revenus à comparer, lequel doit porter seulement sur la part qui excède le taux déterminant de 5%⁴⁴. En pratique, le parallélisme des revenus à comparer peut être effectué soit au regard du revenu sans invalidité en augmentant de manière appropriée le revenu effectivement réalisé ou en se référant aux données statistiques, soit au regard du revenu d'invalidité en réduisant de manière appropriée la valeur statistique (N 34 ss).

Exemple selon la seconde variante⁴⁵:

Revenu sans invalidité: CHF 50 569.– par année; salaire usuel de la branche:
CHF 66 189.– par année

Différence entre les deux salaires en %: 23,59% $[(66\,189 - 50\,569) \times 100/66\,189]$

Part sur laquelle peut porter le parallélisme en %: 18,59

Revenu d'invalidité (ESS): CHF 61 467.–; la déduction de 18,59% correspond à CHF 11 426.–

Revenu d'invalidité après parallélisation: CHF 50 041.–, auquel un abattement de 10% est appliqué, ce qui revient à CHF 45 036.–

Taux d'invalidité: 11% $[(50\,569 - 45\,036) \times 100/50\,569 = 10,94\%$, arrondi à 11%).

- 24 Pour **chiffrer** le revenu obtenu dans l'activité exercée en dernier lieu avant la survenance de l'invalidité, on se fondera avant tout sur les indications fournies par l'ancien employeur, l'assureur social lui soumettant régulièrement un «questionnaire pour l'employeur», portant également sur le salaire qu'aurait obtenu l'intéressé pour l'année correspondant à celle du début du droit à la rente. Les données concrètes recueillies auprès de l'ancien employeur sur le revenu hypothétique sans invalidité au moment déterminant prennent le pas sur l'indexation de salaires antérieurs⁴⁶. A défaut, ainsi que pour les **personnes de condition indépendante**, il est en règle générale possible de se référer aux revenus figurant dans l'extrait du compte individuel de l'assurance-vieillesse et survivants

41 ATF 134 V 322, c. 4.1.

42 ATF 141 V 1.

43 TF, 24.3.2010, 8C_648/2009, c. 6; TF, 26.2.2010, 8C_683/2009, c. 4.1.

44 ATF 135 V 297, c. 6.1.2 et 6.1.3.

45 Tiré de TF, 3.6.2009, 8C_771/2008, RtiD 2010 I 301. Pour un parallélisme des revenus effectué selon les deux variantes, TF, 16.8.2017, 8C_2/2017, c. 2.2. Voir aussi, KIESER, Parallelisierung, 55 ss.

46 TF, 25.4.2012, 8C_61/2012, c. 2.4; TFA, 2.11.2004, U 66/02, c. 4.1.1.

(cf. art. 30^{er} LAVS)⁴⁷; en cas de fluctuations importantes à relativement court terme, il y a lieu de se fonder sur la moyenne des revenus réalisés pendant une période assez longue⁴⁸.

3. Le revenu fondé sur des données statistiques

Lorsque le revenu sans invalidité ne peut pas être déterminé en fonction de l'activité lucrative habituelle, exercée avant l'atteinte à la santé – soit par exemple que la personne assurée n'en exerçait pas, soit qu'elle aurait, sans troubles de la santé et selon la vraisemblance prépondérante, perdu son emploi ou que le poste de travail a été supprimé⁴⁹ –, il convient de recourir à des données statistiques, en se demandant quelle activité l'intéressé aurait effectuée s'il était resté en bonne santé. Il s'agira, en règle générale, des **données résultant de l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS)**, publiée⁵⁰ selon un rythme bisannuel par l'Office fédéral de la statistique (la première fois en 1994) et adaptée en 2012 (N 35). Il convient de se fonder sur les salaires bruts standardisés (taux de salaire; tableaux du groupe A, valeur centrale⁵¹) versés dans une branche économique particulière ou une partie de celle-ci, en principe du secteur privé, choisie en prenant en considération l'ensemble des facteurs personnels et professionnels déterminants dans le cas d'espèce⁵².

Dans une certaine mesure, ces données statistiques sont également applicables dans le domaine de l'assurance-invalidité pour déterminer le revenu sans invalidité d'un **assuré qui n'a pas pu acquérir de connaissances professionnelles suffisantes** à cause de son invalidité («invalides de naissance ou précoces», «*Frühinvaliden*»⁵³). Par connaissances professionnelles suffisantes, il faut comprendre les connaissances acquises au terme d'une formation professionnelle achevée, dans la mesure où elles offrent à la personne assurée les mêmes possibilités de gain qu'aux personnes sans handicap disposant d'une formation (ordinaire) identique⁵⁴. Conformément à l'art. 26 al. 1 RAI, qui est un cas particulier d'application de la méthode générale de la comparaison des revenus, le revenu sans invalidité correspond alors à un pourcentage, selon l'âge de l'intéressé, de la médiane ressortant de l'ESS. Des exceptions à ce principe sont toutefois possibles, en particulier lorsque l'atteinte à la santé survient peu avant d'entreprendre une formation; s'il existe des éléments concluants pour admettre que l'assuré aurait exercé une certaine profession, le revenu sans invalidité peut être déterminé en fonction de ce métier⁵⁵. Dans de telles constellations, la LAA et la LAM prévoient des solutions tenant compte de la situation concrète de la personne assurée (art. 28 al. 1 OLAA [N 67] et art. 41 al. 2 LAM).

47 TFA, 29.1.2003, I 305/02, c. 2.2.1: les revenus figurant dans le compte individuel ne constituent cependant pas des montants «irréfragables»; en définitive, ce sont les circonstances effectives qui sont déterminantes, de sorte qu'on peut tenir compte chez les indépendants des possibilités d'optimisation fiscale (TF, 4.1.2007, I 705/05, c. 3.2; voir aussi TF, 14.11.2013, 8C_554/2013, c. 2.4 sur des revenus non déclarés [et non admis de ce fait à titre de revenus sans invalidité]).

48 TF, 23.12.2009, 8C_671/2009, c. 5.2.1; TF, 13.10.2009, 9C_428/2009, c. 3.2.1.

49 TF, 9.5.2016, 8C_934/2015, c. 2.2.

50 Et accessible sous www.bfs.admin.ch.

51 ATF 124 V 321.

52 Cf. TF, 24.3.2014, 9C_868/2013, c. 4.2.2; pour des exemples, TF, 10.11.2015, 8C_300/2015, c. 7.2; TF, 18.9.2015, 9C_383/2015, c. 5.3.

53 L'ensemble des empêchements liés à l'atteinte à la santé (et non pas uniquement le quotient intellectuel) sont déterminants pour apprécier s'il y a invalidité précoce (TF, 19.2.1015, 9C_611/2014, c. 5.1).

54 TF, 1.5.2013, 9C_820/2012, c. 3.2.2.

55 TF, 9.8.2012, 9C_555/2011, c. 3.1.2; TFA, 10.2.2003, I 472/02.

- 27 L'assurance-invalidité distingue encore la situation de la personne assurée **qui a commencé une formation professionnelle** mais n'a pas été en mesure de l'achever en raison de la survenance de l'atteinte à la santé invalidante⁵⁶ ou qui a été empêchée à cause d'une telle atteinte de commencer la formation professionnelle qu'elle avait choisie et aurait dû débiter quelques mois plus tard⁵⁷. Le revenu sans invalidité correspond alors au revenu moyen d'un travailleur de la profession à laquelle elle se préparait (art. 26 al. 2 RAI), qui peut être déterminé par exemple au moyen des directives salariales publiées par l'association professionnelle correspondante⁵⁸. Toutefois, lorsque l'assuré a commencé une formation professionnelle mais qu'on ne peut pas raisonnablement exiger de lui qu'il entreprenne une activité lucrative, le taux d'invalidité est évalué de la même manière que pour les personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative⁵⁹ (art. 26^{bis} RAI; N 62).

B. Le revenu avec invalidité

1. La notion de revenu avec invalidité

- 28 Le revenu d'invalidité (second terme de la comparaison des revenus) correspond au revenu que la personne assurée pourrait réaliser malgré son atteinte à la santé en exerçant une activité qui peut raisonnablement être exigée de sa part. Selon l'art. 16, la détermination du revenu d'invalidité suppose que **les traitements et les mesures de réadaptation exigibles aient été effectués au préalable**. Cette exigence reprend une condition qui doit déjà être examinée en relation avec l'incapacité de gain (art. 7 N 17 ss), en tant qu'élément constitutif de l'invalidité. Ce n'est qu'une fois que toutes les possibilités de réadaptation ont été utilisées ou qu'il est clair que de telles mesures ne sont pas nécessaires pour maintenir ou améliorer la capacité de gain de la personne assurée que le revenu d'invalidité peut être déterminé.
- 29 L'aspect le plus important de la détermination du revenu d'invalidité – et de l'évaluation de l'invalidité – est l'**exigibilité** de la réalisation, par l'assuré, du gain à prendre en considération, exprimée par les termes «qu'il pourrait obtenir en exerçant l'activité qui peut raisonnablement être exigée de lui». La personne assurée doit se laisser imputer à titre de revenu d'invalidité le revenu hypothétique qu'elle est considérée pouvoir réaliser en mettant à profit sa capacité résiduelle de travail dans toute activité dont l'exercice peut être raisonnablement exigé de sa part. Le fait qu'elle ne met pas concrètement en œuvre sa capacité (résiduelle) de travail sur le plan économique ne joue pas de rôle: l'invalidité doit être déterminée en fonction du revenu qu'elle pourrait (hypothétiquement) réaliser dans une activité exigible. La notion de l'exigibilité figure à l'art. 6, 2^e phrase, LPGA ainsi que, sous l'angle de l'exigibilité objective, à l'art. 7 al. 2 LPGA, auxquels il peut être renvoyé à ce sujet (art. 6 N 39 ss, art. 7 N 33 s.). Le point de savoir si la personne assurée a la possibilité de mettre en œuvre sa capacité de gain résiduelle dans une activité exigible de sa part et si elle peut ou non réaliser un revenu d'invalidité excluant le droit à la rente se détermine **d'après le marché du travail équilibré** (art. 7 N 21 ss).

56 Pour un ex., TF, 24.5.2016, 8C_99/2016, c. 3.

57 TF, 2.5.2017, 9C_163/2017.

58 TF, 29.3.2016, 8C_116/2016, c. 3.3 (concernant la profession d'assistant dentaire).

59 TFA, 23.4.1982, RCC 1982 473.

2. Le revenu réalisé après l'atteinte à la santé

Le revenu d'invalidé doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de l'intéressé. Ainsi, lorsque la personne assurée a suivi avec succès des mesures de réadaptation dans une nouvelle profession, le revenu d'invalidé doit en principe être déterminé selon le salaire conforme aux usages professionnels dans ce métier⁶⁰. Le **revenu effectivement réalisé** par la personne assurée après la survenance de l'atteinte à la santé ne peut cependant être pris en compte comme revenu d'invalidé qu'à la condition que l'activité exercée repose sur des rapports de travail particulièrement stables, qu'elle mette pleinement en valeur la capacité de travail résiduelle exigible et encore que le gain obtenu corresponde au travail effectivement fourni et ne contienne pas d'éléments de salaire social⁶¹. Selon la jurisprudence, si l'activité effectivement réalisée n'épuise pas la capacité de travail raisonnablement exigible, on ne saurait en toute circonstance rapporter le salaire effectivement versé au taux d'activité exigible⁶². Ainsi, lorsqu'une augmentation du taux d'occupation n'est pas possible selon les indications de l'employeur, le revenu correspondant à la capacité de travail résiduelle (dépassant le taux d'activité effectivement mis en œuvre) peut être déterminé en fonction de données statistiques (N 34), pour autant qu'une telle possibilité de gain puisse être réalistement envisagée au regard du marché du travail équilibré⁶³; à défaut, l'ensemble du revenu d'invalidé doit être fixé au moyen des données statistiques. Un éventuel **salaire social** versé par l'employeur n'est pas pris en considération, parce qu'il ne correspond pas à la contrepartie d'un travail fourni; la preuve de l'existence d'un tel salaire social est soumise à des exigences sévères, car on peut partir du principe que les salaires payés équivalent normalement à une prestation de travail correspondante⁶⁴. Sont également exclues du revenu déterminant, en dérogation aux règles de la LAVS (art. 5 al. 2 LAVS et 6 ss RAVS), les prestations accordées par l'employeur pour compenser des pertes de salaire par suite d'accident ou de maladie entraînant une incapacité de travail dûment prouvée, ainsi que les indemnités de chômage, les allocations pour perte de gain et les indemnités journalières de l'assurance-invalidité (art. 25 al. 1 RAD).

Un **revenu accessoire** peut être pris en considération dans le revenu d'invalidé, lorsqu'il est établi que la personne assurée aurait continué de percevoir un tel revenu sans l'atteinte à la santé et qu'elle est toujours en mesure, sur le plan médical, de réaliser un revenu supplémentaire⁶⁵. Par ailleurs, les **frais d'acquisition du revenu** qui sont imposés durablement par l'invalidité pour réaliser ce revenu peuvent en principe être déduits du revenu d'invalidé, dans la mesure où ils dépassent les dépenses qu'aurait consenties l'assuré s'il était en bonne santé⁶⁶. Il peut s'agir par exemple de frais liés au moyen de transport pour se rendre au lieu de travail ou à un traitement médical régulier visant à maintenir la capacité de gain de la personne assurée.

60 TF, 6.1.2010, 8C_579/2009, c. 2.3.2; TFA, 1.4.2005, I 171/04, c. 4.2.

61 ATF 139 V 592, c. 2.3; ATF 135 V 297, c. 5.2.

62 TF, 3.6.2016, 9C_719/2015, c. 5.3; pour un ex. où le salaire réalisé a été augmenté en fonction de l'exigibilité, TF, 11.2.2013, 9C_720/2012, c. 2.3.2; cf. aussi, MOSIMANN, Resterwerbseinkommen, 113 ss.

63 TF, 10.7.2014, 8C_7/2014, c. 7 et 8, SVR 2014 IV n° 37 130; TF, 18.8.2017, 9C_140/2017, c. 5.4.

64 ATF 110 V 273, c. 4c. Pour un ex. de salaire social, ATF 141 V 351, c. 4 (prévoyance professionnelle).

65 TF, 13.9.2017, 8C_765/2016, c. 4.5; TF, 18.2.2008, 9C_883/2007, c. 2.3; TFA, 16.5.2003, I 576/02, c. 2.

66 TFA, 6.1.2004, U 107/03, c. 2.4. Pour d'autres ex., MEYER/REICHMUTH, art. 28a N 117 s.

- 32 Lorsque la personne assurée réalise un revenu effectif dans une certaine activité qui est inférieur à celui qu'elle pourrait obtenir après un reclassement – exigible du point de vue professionnel – dans le métier qu'elle avait appris mais plus exercé depuis longtemps, il faut encore s'assurer qu'un changement de profession puisse raisonnablement être exigé de sa part: tel n'est pas le cas lorsque le changement n'est pas envisageable du point de vue médical (risque d'une perturbation importante sur le plan psychique), la poursuite de l'activité exercée représentant la solution la plus adaptée à l'état de santé de l'intéressé⁶⁷.

3. Le revenu fondé sur des données statistiques

- 33 **En l'absence d'un revenu effectivement réalisé**, soit lorsque l'assuré, après la survenance de l'atteinte à la santé, n'a pas repris d'activité lucrative, ou alors une activité ~~lui ne~~ permettant pas de mettre pleinement en valeur sa capacité de travail résiduelle, contrairement à ce qui serait exigible de sa part, le revenu d'invalidé peut être évalué en fonction de deux modes d'évaluation admis par la jurisprudence⁶⁸. Le premier repose sur les données statistiques de l'ESS, le second sur les «DPT» (N 39), qui ne sont utilisées en pratique que dans le domaine de l'assurance-accidents par la CNA.
- 34 Lorsque l'on se réfère, en premier lieu, aux **statistiques de l'ESS**, il convient en règle générale de se fonder sur les salaires bruts standardisés versés dans une branche économique déterminée ou une partie de celle-ci, en principe du secteur privé (en règle générale tableau TA1⁶⁹, valeur centrale), qui sont classés en fonction de divisions économiques, du niveau des qualifications requises pour le poste de travail et du sexe⁷⁰. Ces salaires mensuels sont calculés sur la base d'un horaire hebdomadaire de 40 heures, si bien qu'ils doivent être adaptés à l'horaire hebdomadaire moyen de l'année considérée⁷¹, qui est en principe légèrement supérieur, ainsi que, le cas échéant, à l'évolution des salaires; il faut alors faire une distinction entre les sexes et appliquer l'indice relatif aux hommes ou aux femmes⁷². Il n'y a en revanche pas lieu de s'écarter de la valeur centrale (médiane) tirée du tableau considéré et de se fonder sur «une moyenne arithmétique» en additionnant, par exemple, différents salaires médians avant de les diviser par le nombre de valeurs médianes cumulées pour tenter d'obtenir un salaire dit «moyen», parce que celui-ci n'a pas de portée statistique fiable⁷³. Les capacités de la personne assurée quant au niveau de qualifications requises pour l'activité envisagée sont également déterminantes: si elle ne peut plus exercer que des activités légères et qui ne sont pas exigeantes au niveau intellectuel, il convient de se référer au salaire correspondant au niveau de qualification 4 (activités simples et répétitives) lorsqu'est utilisée l'ESS jusqu'à son édition 2010.
- 35 En 2012, l'Office fédéral de la statistique a révisé l'ESS pour adapter l'offre d'information aux besoins nationaux et internationaux (étrangers à son utilisation pour l'évaluation

67 TFA, 8.7.2002, I 605/01.

68 ATF 139 V 592, c. 2.3.

69 TF, 2.11.2011, 8C_624/2011, c. 3.3.2. Sur les conditions auxquelles le salaire de référence peut aussi se fonder sur le tableau TA7 (selon le domaine d'activité), TF, 24.8.2007, 9C_237/2007, c. 5.1 non publié in ATF 133 V 545.

70 ATF 124 V 321, c. 3b/aa.

71 ATF 126 V 75, c. 3b/bb; pour la durée hebdomadaire moyenne, cf. La Vie économique, tableau B9.2 ou la statistique de la durée normale du travail dans les entreprises (DNT), établie par l'Office fédéral de la statistique (www.bfs.admin.ch).

72 ATF 129 V 408, c. 3.1.2.

73 TF, 16.8.2013, 8C_192/2013, c. 7.2; voir aussi, FROIDEVEAUX, 79.

de l'invalidité). La version 2012 de l'ESS (publiée en octobre 2014) comprend, en particulier, une décomposition plus détaillée des éléments de rémunération (y compris la saisie des salaires des apprentis et stagiaires) avec l'introduction de groupes de professions, et le remplacement des «niveaux de qualifications requises pour le poste de travail» par les «niveaux de compétence» («*Skill Levels*»), définis en fonction du type de travail, de la formation nécessaire à la pratique de la profession et de l'expérience professionnelle. Le niveau 1 constitue désormais le niveau de compétence le plus bas (alors qu'il correspondait, jusqu'à l'ESS 2010, au niveau de qualifications le plus élevé), tandis que le niveau 4 correspond au niveau de compétence le plus élevé (niveau 1 ESS 2012 = niveau 4 ESS jusqu'en 2010). Le Tribunal fédéral a admis que l'ESS 2012 – tableaux TA1_skill_level (et non pas TA1_b, secteur privé – est applicable pour évaluer l'invalidité en cas de première demande de rente, de nouvelle demande ou, à certaines conditions, de révision⁷⁴ (art. 17 N 23). Sont déterminantes les données statistiques qui ont fait l'objet d'une publication au moment de la décision administrative⁷⁵.

Dans l'application des données statistiques de l'ESS, il faut prendre en considération le fait que selon l'expérience générale, les personnes qui présentent une atteinte à la santé et sont limitées même dans l'exécution de travaux légers subissent un désavantage salarial en comparaison avec les travailleurs capables de fournir un plein rendement, et que leurs possibilités de réaliser un gain qui se situe dans la moyenne sont donc forcément diminuées. Le revenu hypothétique d'invalidité, tel qu'il résulte des statistiques, peut et doit en règle générale être réduit en conséquence. La mesure de cette **réduction (ou abattement)** dépend de l'ensemble des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier (limitations liées au handicap, âge, années de service, nationalité/catégorie d'autorisation de séjour et taux d'occupation). Une déduction globale maximum de 25 % permet, selon la jurisprudence, de tenir compte des différents éléments qui peuvent influencer le revenu d'une activité lucrative⁷⁶; le Tribunal fédéral n'a pas fixé un taux d'abattement minimum⁷⁷, mais une déduction inférieure à 10 % paraît difficile à concrétiser. En outre, il n'y a pas lieu de procéder à des déductions distinctes pour chacun des facteurs entrant en considération, mais d'effectuer une évaluation globale des effets de ces facteurs sur le revenu d'invalidité, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas concret⁷⁸. En présence de salaires réels une telle déduction ne se justifie pas⁷⁹.

Lorsqu'un **parallélisme des revenus** se justifie (N 23), il faut encore prendre en considération l'interdépendance entre les conditions de la déduction résultant de ce parallélisme et l'abattement pour circonstances personnelles et professionnelles: les mêmes facteurs étrangers à l'invalidité déjà pris en considération lors de la mise en œuvre du parallélisme des revenus à comparer (par exemple l'absence de formation professionnelle, le statut d'étranger⁸⁰ ou le manque de connaissances linguistiques) ne peuvent pas être pris en

74 ATF 142 V 178; TF, 14.6.2017, 8C_228/2017, qui confirme l'application de l'ESS 2012 dans le domaine de l'assurance-accidents.

75 TF, 6.7.2016, 9C_699/2015, c. 5.2.

76 ATF 129 V 472, c. 4.2.3; ATF 126 V 75, c. 5b/aa-cc. Voir la casuistique établie par MEYER/REICHMUTH, art. 28a N 106 ss; voir aussi ACKERMANN, 39 ss. On précisera que la diminution de rendement (prise en considération pour déterminer la capacité de travail) ne constitue pas un motif d'abattement (TF, 1.1.2011, 9C_40/2011, c. 2.3.1).

77 Un abattement de 5 % n'a pas été considéré comme contraire au droit fédéral (TF, 13.11.2007, 9C_382/2007, c. 6).

78 TF, 30.4.2012, 9C_751/2011, c. 4.2.

79 ATF 129 V 482, c. 4.2.3; TF, 21.11.2011, 8C_241/2011, c. 3.2.

80 Sur ce point, TF, 4.6.2009, 8C_484/2008, c. 5.2.

compte une seconde fois lors de la déduction pour circonstances personnelles et professionnelles⁸¹. En règle générale, l'abattement sera alors déterminé en fonction des seules limitations liées au handicap.

- 38 On précisera que le recours aux données statistiques de l'ESS, qui tiennent compte de l'ensemble des branches économiques en Suisse (à l'exception de l'agriculture) dont la majeure partie exige une vie sédentaire, a été jugé inconciliable avec le mode de vie des personnes appartenant à la communauté des gens du voyage et constitutif d'une discrimination indirecte contraire aux droits fondamentaux, dans la mesure où il contribue à assimiler un membre de cette communauté à la majorité de la population⁸².
- 39 Le second mode d'évaluation du revenu d'invalidé repose sur les données salariales résultant de descriptions de postes de travail récoltées par la CNA⁸³. Selon la jurisprudence, ces **descriptions de postes de travail (DPT)**, tirées d'une vaste base de données établie et régulièrement actualisée par la CNA, ne peuvent toutefois servir au calcul du revenu d'invalidé qu'à certaines conditions: l'assureur doit communiquer cinq DPT au moins et indiquer également le nombre total de places de travail qui entrent en considération pour l'assuré et sont documentées dans sa base de données, de même que le salaire le plus élevé et le plus bas, ainsi que le salaire moyen pour l'ensemble de ces emplois. Lorsque le revenu d'invalidé est établi au moyen des DPT, il n'y a pas lieu de procéder à une déduction globale du revenu comme c'est le cas pour le salaire d'invalidé fondé sur les statistiques ESS. En effet, les limitations spécifiques sont déjà prises en considération dans le choix des DPT, et les autres critères personnels et professionnels peuvent être pris en compte dans la fourchette déterminée par le salaire minimal et le salaire maximal de chaque poste de travail⁸⁴.
- 40 Le revenu d'invalidé peut être évalué selon les tables statistiques de l'ESS ou les DPT: le Tribunal fédéral a renoncé à donner la préférence à l'un des deux modes d'évaluation⁸⁵. En pratique, les DPT ne sont cependant utilisées que dans le domaine de l'assurance-accidents par la CNA, alors qu'elles ne le sont pas dans celui de l'assurance-invalidité, où **la référence aux salaires de l'ESS prévaut**. On peut regretter cette différenciation, qui se justifie difficilement au regard de l'application de l'art. 16 LPGA dans les deux domaines d'assurance sociale, les DPT constituant une base plus concrète pour apprécier le salaire d'invalidé et permettant une approche plus différenciée des activités exigibles⁸⁶.

C. La comparaison des revenus

- 41 L'évaluation de l'invalidité doit être effectuée par rapport au moment où, au plus tôt, naît le droit à la rente (conformément à ce que prévoient les lois spéciales). Ce sont donc les circonstances qui prévalent au **moment de la naissance du droit à la rente** qui sont déterminantes, les revenus avec et sans invalidité devant être fixés en fonction de ce même moment. Lorsque la rente est allouée de manière rétroactive pour une période assez

81 ATF 135 V 297, c. 6.2; 134 V 322, c. 4.1.

82 ATF 138 I 205.

83 ATF 129 V 472, c. 4.2.1. Cf. aussi DETTWILER, 23 s.

84 ATF 129 V 472, c. 4.2.2 et 4.2.3. Cf. aussi BERGER GÖTZ, 174 ss.

85 ATF 139 V 592, dans lequel le TF examine différentes objections soulevées à l'encontre des DPT et confirme que la méthode fondée sur les DPT est admissible.

86 MEYER/REICHMUTH, art. 28a N 86; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 240 s.

longue, il convient par ailleurs d'examiner si les montants hypothétiques se sont modifiés jusqu'au prononcé de la décision de l'assureur social, d'éventuels changements susceptibles d'influencer le droit à la rente devant être pris en considération⁸⁷. Quand la comparaison des revenus est effectuée dans le cadre d'une révision de la rente (art. 17 N 26 ss), il convient de se placer au moment où le droit à la rente est modifié, en tenant compte, dans l'assurance-invalidité, des constellations prévues aux art. 88a et 88^{bis} RAI, et dans les autres branches de l'assurance sociale du moment où survient le motif de révision.

La **comparaison des revenus** revient à mettre en rapport les deux revenus à prendre en considération; le taux d'invalidité (en pour-cent) découle du chiffre correspondant à ce rapport, selon la formule suivante: 42

$$\frac{(\text{revenu sans invalidité} - \text{revenu avec invalidité})}{\text{revenu sans invalidité}} \times 100 = \text{taux d'invalidité en \%}$$

Le résultat exact du calcul de la comparaison des revenus doit être arrondi au chiffre en pour-cent supérieur ou inférieur selon les règles applicables en mathématiques (x,49% arrondi à x%; x,50% arrondi à [x + 1]%)⁸⁸. Seul le résultat final en chiffres du calcul du taux d'invalidité est arrondi, mais non pas les étapes intermédiaires qui y conduisent⁸⁹.

Au regard du **pouvoir d'examen du Tribunal fédéral**, le point de savoir quels revenus hypothétiques doivent être mis en rapport, l'un avec l'autre, dans le cadre de leur comparaison relève d'une question de droit qu'il examine librement. Il en va de même du point de savoir si les salaires statistiques de l'ESS sont applicables et, cas échéant, quel tableau statistique et quelle valeur du tableau sont déterminants⁹⁰, ainsi que du choix du niveau de qualification (respectivement, dès l'ESS 2012, du niveau de compétence) pour le salaire statistique pertinent⁹¹. Le calcul au moyen des chiffres résultant de l'ESS pour déterminer les revenus à comparer constitue en revanche une question de fait. Le Tribunal fédéral examine par ailleurs librement s'il y a lieu de procéder à un abattement sur le salaire statistique. L'étendue de l'abattement du salaire statistique (justifié dans un cas concret) constitue en revanche une question typique relevant du pouvoir d'appréciation, qui est soumise à l'examen du Tribunal fédéral uniquement dans la mesure où il vérifie si la juridiction inférieure a exercé son pouvoir d'appréciation de manière contraire au droit, soit si elle a commis un excès positif («*Ermessensüberschreitung*») ou négatif («*Ermessensunterschreitung*») de son pouvoir d'appréciation ou en a abusé («*Ermessensmissbrauch*»), notamment en retenant des critères inappropriés, en ne tenant pas compte de circonstances pertinentes ou en n'usant pas de critères objectifs. Contrairement au pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, celui de l'autorité judiciaire de première instance n'est pas limité dans ce contexte à la violation du droit (y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation), mais s'étend également à l'opportunité de la décision administrative («*Angemessenheitskontrolle*»)⁹². 43

87 ATF 129 V 222 c. 4.1 et 4.2; ATF 128 V 174.

88 ATF 130 V 121.

89 TF, 4.10.2007, I 793/06, c. 2.4.

90 ATF 132 V 393, c. 3.3

91 TF, 10.8.2011, 8C_478/2011, c. 2.2.

92 ATF 137 V 73, c. 5.1; TF, 21.10.2016, 8C_883/2015, c. 6.2.2.

D. Les sous-variantes de la méthode ordinaire

1. L'estimation chiffrée des revenus et la comparaison en pour-cent

- 44 Si la comparaison des revenus ne peut pas être effectuée avec précision, parce que les revenus avec et sans invalidité ne peuvent pas être chiffrés exactement, la jurisprudence admet que les revenus puissent être estimés d'après les éléments connus dans le cas particulier et les valeurs approximatives ainsi obtenues comparées pour obtenir le degré d'invalidité⁹³. Il n'existe toutefois pas d'exemples récents (ou même remontant à plusieurs années en arrière) dans la jurisprudence, dans lesquels le taux d'invalidité aurait été évalué au moyen d'une estimation chiffrée des revenus.
- 45 Dans certaines circonstances, l'évaluation du taux d'invalidité peut aussi résulter d'une comparaison de valeurs exprimées simplement en pour-cent. Dans ce cas, le revenu hypothétique que la personne assurée pourrait réaliser sans invalidité correspond à 100%, tandis que le revenu d'invalidité est estimé à un pourcentage inférieur correspondant, la différence entre les pourcentages exprimant le taux d'invalidité⁹⁴. L'application de cette méthode se justifie lorsque l'activité exercée précédemment peut continuer à l'être (compte tenu, par exemple, d'un contrat de travail qui n'a pas été résilié)⁹⁵ ou lorsque dans les circonstances particulières la différence entre les deux revenus est nettement inférieure ou supérieure aux seuils déterminants pour l'étendue du droit à la rente (de 70, 60, 50 et 40%)⁹⁶. Lorsque les salaires sans et avec invalidité sont évalués sur la base des mêmes données statistiques ESS, il ne s'agit pas à proprement parler d'une comparaison en pour-cent, mais d'une simplification de calcul pour la comparaison des revenus⁹⁷.

2. La méthode extraordinaire

- 46 La méthode ordinaire d'évaluation de l'invalidité est en principe applicable aussi bien aux personnes assurées qui exercent une activité lucrative salariée (art. 10 N 8 ss) qu'à celles qui ont le statut d'indépendant (art. 12 N 10 ss). Toutefois, lorsqu'il n'est pas possible de déterminer de manière fiable les revenus réalisés par l'intéressé ou de les évaluer sûrement, il convient d'appliquer la **méthode extraordinaire d'évaluation de l'invalidité**, selon laquelle une comparaison des activités doit être effectuée et le taux d'invalidité évalué en fonction de l'incidence de la capacité de rendement amoindrie sur la situation économique concrète⁹⁸. Cette méthode entre principalement en considération pour les personnes assurées qui travaillent **en qualité d'indépendant**; selon la situation, l'assuré indépendant se voit contraint de modifier la structure de son entreprise en raison de l'atteinte à la santé, par exemple en engageant des collaborateurs et en réorganisant son activité en fonction de ses aptitudes résiduelles de travail.
- 47 Inspirée de la méthode spécifique pour les personnes sans activité lucrative (N 62 ss), la méthode extraordinaire implique de procéder, dans un premier temps, à une **comparaison des champs d'activités** établis en règle générale par une enquête mise en œuvre par

93 ATF 104 V 135, c. 2b.

94 ATF 114 V 310, c. 3a.

95 TF, 14.7.2016, 9C_225/2016, c. 6.2.2.

96 TF, 5.5.2011, 9C_996/2010, c. 4.2.

97 TF, 18.4.2017, 9C_675/2016, c. 3.2.1 (imprécis sur ce point, TF, 6.4.2016, 8C_628/2015, c. 5.3.5).

98 ATF 128 V 29 (critiqué par JÖHL, qui propose de comparer les revenus de l'indépendant en fonction de la valeur de sa prestation de travail pour l'entreprise [*« Wert seiner Arbeitsleistung für das Unternehmen »*], Invaliditätsbemessung, 162 ss).

l'assureur social et menée dans l'entreprise. Il s'agit d'examiner quelles activités l'assuré indépendant pourrait exercer avec et sans atteinte à la santé et de déterminer dans quelle mesure il existe un empêchement dû aux troubles de la santé. Dans un deuxième temps, il convient d'apprécier séparément les effets de cet empêchement sur la capacité de gain, **en pondérant les activités** par l'application à chacune d'elles du salaire de référence usuel dans la branche (et non des salaires de l'ESS) afin de tenir compte des facteurs concrets comme la taille de l'entreprise, la branche considérée ou l'expérience de son propriétaire. A cet effet, le Tribunal fédéral a établi une formule de calcul particulière⁹⁹, en considérant que si l'on voulait, dans le cas de personnes exerçant une activité lucrative, se fonder exclusivement sur le résultat de la comparaison des activités, on violerait le principe légal selon lequel l'invalidité, pour cette catégorie d'assurés, doit être déterminée d'après l'incapacité de gain¹⁰⁰.

Selon la jurisprudence, dans le cas d'un assuré indépendant, on peut exiger de lui, pour autant que la taille et l'organisation de son entreprise le permettent, qu'il réorganise son emploi du temps au sein de celle-ci en fonction de ses aptitudes résiduelles. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que plus la taille de l'entreprise est petite, plus il sera difficile de parvenir à un résultat significatif sur le plan de la capacité de gain. Au regard du rôle secondaire des activités administratives et de direction au sein d'une entreprise artisanale, un transfert de tâches d'exploitation proprement dites vers des tâches de gestion ne permet en principe de compenser que de manière très limitée les répercussions économiques résultant de l'atteinte à la santé. Aussi, lorsque l'activité exercée au sein de l'entreprise après la survenance de l'atteinte à la santé ne met pas pleinement en valeur la capacité de travail résiduelle de l'assuré, celui-ci peut être tenu, en fonction des circonstances, de mettre fin à son activité indépendante au profit d'une activité salariée plus lucrative¹⁰¹. En d'autres termes, le taux d'invalidité sera évalué en fonction du revenu d'invalidité hypothétique que l'assuré indépendant pourrait obtenir en travaillant comme salarié dans un poste adapté aux limitations dues à l'état de santé.

L'application de la méthode extraordinaire suppose qu'il soit possible d'effectuer une comparaison des activités avec une pondération économique qui apparaisse réaliste; à défaut, par exemple si l'entreprise de la personne assurée a fait faillite ou qu'elle a cessé toute activité, si bien que les effets économiques de la baisse de la capacité de rendement sur les divers champs d'activités ne peuvent pas être établis de manière réaliste, c'est la méthode ordinaire de la comparaison des revenus qui doit être utilisée¹⁰². Par ailleurs, il n'y a plus lieu d'appliquer la méthode extraordinaire lorsqu'on peut exclure par le biais d'une comparaison en pour-cent (N 45) que la personne de condition indépendante présente un taux d'invalidité suffisant pour ouvrir le droit à la rente (compte tenu du chiffre d'affaires réalisé et de l'incapacité de travail attestée médicalement)¹⁰³.

⁹⁹ Voir c. 4c de l'ATF 128 V 29.

¹⁰⁰ ATF 128 V 29, c. 1; TF, 7.10.2009, 9C_236/2009, c. 3.2, SVR 2010 IV n° 11 35.

¹⁰¹ TF, 15.4.2010, 9C_609/2009, c. 7.2.3; TF, 7.10.2009, 9C_236/2009, c. 4.3; TF, 10.6.2009, 8C_748/2008, c. 4.

¹⁰² TF, 7.11.2012, 9C_424/2012, c. 5.3.

¹⁰³ TFA, 25.3.2003, I 166/02, c. 4.2. Cf. aussi le résumé des arrêts du TF concernant l'invalidité des indépendants établi par KIESER, *Selbständigerwerbende*, 160 ss.

IV. Le taux d'invalidité

A. Le taux d'invalidité des personnes exerçant une activité lucrative à plein temps

- 50 En vertu de l'art. 16, l'évaluation du taux d'invalidité des personnes assurées qui exercent une activité lucrative, soit dont on peut considérer qu'elles auraient, sans la survenance de l'atteinte à la santé, exercé une activité lucrative à plein temps (ou à temps partiel pour l'assurance-accidents et l'assurance militaire [N 9 s.]), est effectuée selon la méthode de la comparaison des revenus (N 16 ss et 41 s.). Celle-ci s'applique chaque fois que les revenus hypothétiques peuvent être déterminés de manière fiable; à défaut, il convient de recourir à l'une de ses sous-variantes (N 44 ss) ou à la méthode extraordinaire (N 46), selon les circonstances concrètes¹⁰⁴. Dans l'assurance-invalidité, comme on l'a vu (N 26 s), l'évaluation de l'invalidité de personnes qui n'ont pas pu acquérir de connaissances professionnelles suffisantes à cause de leur atteinte à la santé ou qui ont été empêchées d'achever leur formation professionnelle s'effectue également au moyen d'une comparaison des revenus.

B. Le taux d'invalidité des personnes exerçant une activité lucrative à temps partiel

- 51 La comparaison des revenus sans et avec invalidité intervient également lorsqu'il s'agit de déterminer, dans l'assurance-invalidité, le taux d'invalidité des personnes assurées qui **exercent une activité lucrative à temps partiel** ou qui apportent une collaboration non rémunérée à l'entreprise de leur conjoint tout en exerçant leurs travaux habituels. Conformément au renvoi de l'art. 28a al. 3, 1^{re} phrase, LAI à l'art. 16 LPGA, l'invalidité pour la part que la personne assurée consacre à l'exercice de son activité lucrative – soit pour le taux d'activité auquel elle aurait travaillé si elle n'avait pas subi une atteinte à la santé, toute autre circonstance étant restée identique (N 11 s.) – est évaluée en effectuant une comparaison des revenus avec et sans invalidité (N 55 s.). Cette comparaison ne s'applique en revanche pas pour évaluer l'invalidité relative au second volet d'activités concernant les travaux habituels, pour laquelle on recourt à la méthode dite spécifique (N 52 ss).

1. Le taux d'invalidité en lien avec les travaux habituels

- 52 Pour la part du temps que la personne assurée consacre aux **tâches ménagères** et à l'éducation des enfants, mais aussi à l'assistance et aux soins de proches¹⁰⁵ (cf. art. 27 al. 1 RAI dans sa teneur en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2018; art. 8 N 29), l'invalidité est déterminée «en fonction de son incapacité à accomplir ses travaux habituels» (art. 28a al. 2 LAI auquel renvoie l'al. 3, 2^e phrase). Il convient d'effectuer une comparaison des activités conformément à la méthode spécifique d'évaluation de l'invalidité applicable aux personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative (N 54). Dans le cadre de la réflexion sur une modification de la méthode d'évaluation de l'invalidité des personnes actives à temps partiel (N 59 s.), le Conseil fédéral a précisé les activités relevant des travaux habituels. Il s'agit d'activités qui satisfont au critère de la tierce personne, c'est-à-dire que ce sont typiquement des activités qui peuvent être assumées par des tiers contre rémunéra-

104 TF, 7.11.2012, 9C_424/2012, c. 5.3.

105 ATF 130 V 360, c. 3.3; sur la notion d'assistance à un proche, TF, 31.7.2017, 9C_827/2016, c. 5.2.2.

tion lorsque l'assuré n'est plus en mesure de les accomplir lui-même¹⁰⁶. Font partie de ces activités celles qui sont nécessaires dans le ménage et peuvent être comparées à une activité lucrative, l'éducation des enfants, ainsi que les soins et l'assistance aux proches (conjoint, partenaire enregistré, concubin, parent en ligne directe ascendante ou descendante de la personne assurée ou de son conjoint ou partenaire), qu'ils vivent ou non avec la personne assurée, mais pas les occupations purement de loisirs auxquelles devraient être assimilées les activités artistiques – sauf si elles permettent de générer un revenu – ou d'utilité publique¹⁰⁷. Dans la mesure où certaines activités d'utilité publique peuvent être assimilées à un travail lucratif qu'elles viennent remplacer, la solution adoptée semble trop restrictive.

En raison de la combinaison des deux méthodes d'évaluation de l'invalidité – méthode ordinaire (comparaison des revenus) et spécifique – pour les parts respectives d'activités, la méthode applicable aux personnes exerçant une activité lucrative à temps partiel est appelée la **méthode mixte**. Son application suppose de déterminer dans un premier temps les parts respectives consacrées à l'exercice de l'activité lucrative et à accomplir les travaux habituels, puis, dans un second temps, de calculer le degré d'invalidité d'après les limitations dues à l'atteinte à la santé que la personne assurée subit dans les deux domaines d'activité en question¹⁰⁸. Selon la jurisprudence, l'activité lucrative et les travaux habituels non rémunérés sont en principe complémentaires en ce sens que la partie qui n'est pas consacrée à exercer l'activité professionnelle correspond à celle investie pour accomplir les travaux habituels; en d'autres termes, les deux domaines d'activités donnent **ensemble une valeur de 100 %**. En conséquence, la proportion de la part ménagère n'est pas fixée en fonction de l'ampleur des tâches qui entrent dans le champ des travaux habituels, mais correspond à la différence entre un taux d'activité de 100% et la part consacrée à l'exercice de l'activité lucrative¹⁰⁹. Celle-ci est déterminée en comparant l'horaire accompli par la personne assurée dans l'exercice de son activité lucrative avant la survenance de l'atteinte à la santé avec l'horaire de travail usuel dans la profession correspondante¹¹⁰. Ainsi, si l'assurée travaillait à raison de 32 heures par semaine en moyenne et que l'horaire normal de travail hebdomadaire dans l'entreprise considérée était de 38,5 heures, la part de l'activité professionnelle s'élève à 83% ($[32 \times 100]/38,5$); celle consacrée à accomplir les travaux habituels correspond à 17%. Reprenant le principe de la complémentarité entre l'activité lucrative et l'activité consacrée aux travaux habituels, l'art. 27^{bis} al. 4 RAI, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2018 (N 60), prévoit que le taux d'occupation consacré aux travaux habituels correspond à la différence entre une activité lucrative exercée à plein temps et le taux partiel de l'activité lucrative qu'aurait exercée la personne assurée sans la survenance de l'invalidité.

L'application de la **méthode spécifique** de comparaison des activités pour évaluer l'invalidité relative à la **part consacrée par la personne assurée à ses travaux habituels** sup-

106 Modification du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI), Evaluation de l'invalidité pour les assurés exerçant une activité lucrative à temps partiel (méthode mixte), rapport publié sous www.bsv.admin.ch le 1^{er} décembre 2017, ch. II, 1.2.9, 9.

107 Rapport cité n. 106, ch. III. 1, ad art. 27 al. 1 et 2 RAI, 12 s. ANNE-SYLVE DUPONT met en évidence qu'il ne peut s'agir que d'activités artistiques chez une personne qui ne fait pas métier de son art (Assurances sociales: quelques actualités, in Fuhrer (éd.), Annales SDRCA 2017, 143 ss, 158).

108 ATF 141 V 15, c. 3.2; ATF 137 V 334, dont le c. 5.4 retrace l'origine et l'évolution de la méthode mixte; cf. aussi pour l'historique, PERRENOUD/BURGAT/MATTHEY, 1196 s.

109 ATF 141 V 15, c. 4.5.

110 ATF 125 V 146, c. 2b.

pose une comparaison des différents types d'activité (N 62 ss) par rapport à la situation avant que celle-ci ne devienne invalide, comme si elle accomplissait ces travaux à plein temps (cf. art. 27^{bis} al. 4 RAI). L'empêchement qui en résulte est pris en considération en fonction du taux ou de la proportion consacrée à l'accomplissement des travaux habituels, le résultat correspondant à l'invalidité pour la part ménagère. Le taux d'invalidité pour la part ménagère sera ainsi de 6%, si le temps consacré aux travaux habituels s'élève à 20% et l'empêchement à 30% (0,2 × 30%).

2. Le taux d'invalidité en lien avec l'activité lucrative

- 55** En ce qui concerne l'évaluation de l'invalidité pour la **part consacrée à l'exercice de l'activité lucrative**, il y a lieu, en application de la **méthode ordinaire**, de comparer le revenu sans invalidité – évalué en partant du salaire que réalisait la personne assurée dans l'activité qu'elle exerçait à temps partiel avant la survenance de l'atteinte à la santé (qu'elle ne peut plus exercer, ou plus dans une mesure suffisante) – avec le revenu d'invalide, correspondant à celui qu'elle pourrait obtenir sur un marché équilibré du travail en exerçant une activité raisonnablement exigible de sa part, adaptée aux limitations dont elle est atteinte. Conformément à l'art. 27^{bis} al. 3 let. a RAI (N 59 s.), il y a lieu de prendre en compte le revenu sans invalidité **en fonction d'un taux d'activité de 100%**, soit de déterminer ce que la personne assurée aurait pu obtenir comme revenu, sans atteinte à la santé, si elle avait exercé la même activité lucrative non pas à temps partiel mais à plein temps (extrapolation à plein temps).
- 56** Le taux d'invalidité obtenu par la comparaison des revenus sans et avec invalidité est ensuite pondéré en fonction du taux ou de la proportion consacrés à l'activité professionnelle – on parle aussi du facteur de pondération – pour obtenir le degré d'invalidité pour la part consacrée à l'activité lucrative (art. 27^{bis} al. 3 let. b RAI), selon la formule suivante:

$$\frac{(\text{revenu sans invalidité [à plein temps]} - \text{revenu avec invalidité})}{\text{revenu sans invalidité}} \times 100 \times \frac{\text{facteur de pondération}}{[\text{activité lucrative}]}$$

= taux d'invalidité en % pour la part de l'activité professionnelle

3. L'addition des deux taux d'invalidité

- 57** Le degré d'invalidité de la personne exerçant une activité lucrative à temps partiel correspond à **l'addition des taux d'invalidité** dans chacune des parts respectives (activité lucrative et travaux habituels; art. 27^{bis} al. 2 RAI).
- 58** Partant du constat que l'incapacité de travail et les empêchements doivent en principe être évalués en même temps dans les deux domaines d'activités et **peuvent avoir des interactions**, le Tribunal fédéral a admis la prise en considération, à certaines conditions particulières¹¹¹, de l'incapacité d'exercer une activité lucrative ou d'accomplir les travaux habituels résultant des efforts consentis dans l'autre domaine. On mentionnera en particulier l'exigence d'indices concrets plaidant en faveur d'une diminution de la capacité d'exercer une activité en raison des efforts consentis dans l'autre activité, ainsi que la condition selon laquelle la personne assurée doit pleinement et concrètement exploiter sa capacité résiduelle de travail après la survenance de l'invalidité. La mesure de ce qu'il

111 ATF 134 V 9, c. 7; TF, 8.8.2008, 9C_713/2007, c. 4.2; cf. les critiques de PERRENOUD/BURGAT/MATTHEY, 1200 s.

y a lieu de considérer comme des effets dommageables réciproques doit toujours être examinée à la lumière des circonstances concrètes du cas particulier, mais ne saurait en tout état de cause dépasser 15 %¹¹². Cette jurisprudence reste pertinente au regard du nouvel art. 27^{bis} al. 2 à 4 RAI, le nouveau mode de calcul prévu par cette disposition ne réglant pas, selon nous, les situations dans lesquelles l'interaction entre l'activité lucrative et les activités habituelles est plus difficile en raison de charges de nature identique dans les deux champs d'activité¹¹³.

4. La méthode mixte antérieure à l'arrêt de la CourEDH Di Trizio

Selon la jurisprudence rendue **avant** la remise en question de la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité par la CourEDH, le revenu sans invalidité correspondait au dernier salaire que la personne assurée aurait pu obtenir (sans atteinte à la santé) compte tenu de l'évolution vraisemblable de la situation jusqu'au prononcé de la décision de l'assureur social (soit le revenu correspondant au temps partiel effectué); il ne s'agissait donc pas du revenu qu'elle aurait pu réaliser si elle avait pleinement utilisé ses possibilités de gain (soit le revenu correspondant à un taux d'activité de 100%) mais du revenu réalisé à temps partiel¹¹⁴. Cette manière de déterminer le degré d'invalidité pour la part consacrée à l'activité lucrative avait depuis quelques années fait l'objet de vives critiques de la doctrine¹¹⁵, avant tout en raison de la double prise en considération de l'exercice à temps partiel de l'activité lucrative, d'abord avec le revenu sans invalidité correspondant au revenu réalisé avec le temps partiel, puis avec la pondération du taux d'invalidité présenté dans le domaine professionnel (N 56). Dans un arrêt rendu le 2 février 2016¹¹⁶, la CourEDH a jugé discriminatoire l'application de la méthode mixte et la suppression de la rente qui en résulte chez une assurée qui a indiqué qu'elle aurait travaillé à temps partiel en raison de la naissance de ses enfants (admission d'une violation de l'art. 14 CEDH en relation avec le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'art. 8 CEDH). En conséquence, le Tribunal fédéral a reconnu qu'il y a violation de l'interdiction de la discrimination en relation avec le droit à la vie privée et familiale lorsque les dispositions prises par l'assurée et couvertes par la sphère de protection de l'art. 8 CEDH (naissance d'enfants et réduction hypothétique du taux d'activité qui s'en est suivie) constituent le seul fondement du changement de statut de l'assurée et de la modification de la méthode d'évaluation appliquée (méthode mixte au lieu de la méthode ordinaire de la comparaison des revenus, méthode mixte au lieu de la méthode spécifique [art. 17 N 17]), laquelle entraîne la réduction¹¹⁷ ou la suppression du taux d'invalidité. Pour les autres situations, la méthode mixte pouvait continuer à s'appliquer au regard de la législation alors en vigueur¹¹⁸; tel était par exemple le cas lorsqu'il s'agissait d'allouer pour la première fois une éventuelle

59

112 ATF 134 V 9. Pour un cas d'application, TF, 19.6.2009, 9C_330/2009 et TF, 20.3.2008, 9C_587/2007.

113 Dans ce sens, DUPONT ANNE-SYLVE, Assurances sociales: quelques actualités, *in* Fuhrer (éd.), Annales SDRCA 2017, 143 ss, 155 s.; *contra*: Rapport cité n. 106, ch. III. 2, ad art. 27^{bis}, al. 2 à 4 RAI, 15.

114 ATF 137 V 334, c. 4.1.

115 Voir p.ex. les auteurs cités au c. 5.1 de l'ATF 137 V 334, ainsi que la critique de principe du Tribunal des assurances du canton de St-Gall, TCAS SG, 19.7.2016, IV 2014/37, c. 3 (www.gerichte.sg.ch); l'arrêt cantonal a partiellement été annulé par le TF, 9.3.2017, 9C_552/2016.

116 Arrêt *Di Trizio c. la Suisse* (requête n° 7186/09), 2.2.2016, commenté par PERRENOUD/BURGAT/MATTHEY, 1201 ss, DUPONT, REAS 2016, 477 ss, GÄCHTER/MEIER, REAS 2016, 480 ss, LEUZINGER, Lösungsvorschlag, 163 ss.

117 ATF 143 I 60, c. 3.3.4; TF, 6.9.2017, 9C_752/2016, c. 4.

118 ATF 143 I 50, c. 4.1 et 4.4.

rente d'invalidité à une assurée qui devait être considérée comme une personne exerçant une activité à temps partiel pour toute la période temporelle déterminante¹¹⁹.

- 60 Conscient des faiblesses de la méthode mixte, le Conseil fédéral a rapidement proposé des améliorations et adopté un nouvel art. 27^{bis} al. 2 à 4 RAI, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2018¹²⁰. La solution la plus souvent évoquée par la doctrine consistait à abandonner le principe de la double pondération du taux d'invalidité professionnelle, mais d'autres corrections ont également été envisagées¹²¹. Suivant les critiques et la solution de la doctrine, le Conseil fédéral a prévu un nouveau modèle de calcul, en partant du principe d'une pondération équivalente du taux d'invalidité dans le domaine de l'activité lucrative et dans celui des travaux habituels. Comme exposé (N 55 s.), pour le premier domaine, le revenu sans invalidité est déterminé sur la base d'un emploi à plein temps hypothétique (art. 27 al. 3 let. a RAI; comme en matière d'assurance-accidents [N 9]), alors que pour le second, le calcul est aussi effectué comme si la personne se consacrait à plein temps à ses travaux habituels¹²². Le Conseil fédéral a également introduit des dispositions transitoires afin, d'une part, que les trois quarts, les demi- et les quarts de rentes en cours qui ont été allouées en fonction de la méthode mixte fassent l'objet d'une révision initiée dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation (avec effet rétroactif d'une éventuelle augmentation au 1^{er} janvier 2018). Il s'agit ensuite de permettre à la personne assurée dont le droit à la rente a été nié en raison de l'application de la méthode mixte de présenter une nouvelle demande, que l'organe d'exécution de l'assurance-invalidité sera tenu d'examiner s'il paraît vraisemblable que le calcul du taux d'invalidité selon la méthode adaptée aboutira à la reconnaissance d'un droit à la rente.

5. *Le taux d'invalidité en lien avec l'activité lucrative partielle « sans travaux habituels »*

- 61 Il convient encore de préciser que selon la jurisprudence, la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité ne s'applique pas dans le cas où, avant la survenance de l'atteinte à la santé, la personne assurée a diminué **de son propre gré** son temps de travail ou choisi d'exercer une activité lucrative à temps partiel afin de se consacrer à des **activités de loisirs ou une occupation qui ne relève pas des travaux habituels** (N 52). L'invalidité doit être déterminée selon la méthode de la comparaison des revenus mais en tenant compte du taux d'activité (hypothétique) que l'intéressé entend investir pour l'exercice d'une activité lucrative, la part de salaire à laquelle il a renoncé volontairement afin de disposer de temps libre ne devant pas être prise en considération. La perte de gain, évaluée selon la méthode prévue par l'art. 16 LPGA, doit être réduite proportionnellement, c'est-à-dire en fonction de l'étendue du taux d'activité lucrative hypothétique à temps partiel¹²³. Ainsi, un assuré qui a de son propre gré diminué son temps de travail à 60% pour s'adonner à ses loisirs et qui subit une incapacité totale de gain a droit à trois quarts de rente (et non une rente entière), en tenant compte de la limitation dans le domaine lucratif de façon proportionnelle. Pour admettre une telle constellation, il doit cependant exister suffisamment d'indices dont on peut déduire que le taux partiel d'activité a effec-

119 TF, 18. I. 2017, 9C_399/2016, c. 4.1.

120 RO 2017 7581; rapport cité n. 106. Voir aussi, Rapport du CF « Assurance-invalidité: temps partiel ».

121 Entre autres auteurs, LEUZINGER, Lösungsvorschlag, 166 ss et PERRENOUD/BURGAT/MATTHEY, 1197 ss.

122 Voir les ex. dans le rapport cité n. 106, ch. III, 2, ad art. 27^{bis} al. 2 à 4 RAI, 11 et 13.

123 ATF 142 V 290 (qui précise l'ATF 131 V 51), critiqué par PÄRLI/BORER (188), DUPONT (Évaluation, 56 ss) et CONTI (340). Cf. aussi PERRENOUD/BURGAT/MATTHEY, 1194 s.

tivement été consacré à des activités de loisirs, telle une occupation sportive, et non à l'accomplissement des travaux habituels; le seul fait que la personne assurée vit dans un appartement dont l'entretien ne nécessite pas une charge de travail importante ne suffit pas pour ne pas retenir le statut de personne exerçant une activité lucrative à temps partiel (consacrant une partie de son temps à l'accomplissement de travaux habituels)¹²⁴. La doctrine relève les difficultés que soulève cette jurisprudence: en premier lieu, celle-ci n'apparaît pas entièrement compatible avec le principe¹²⁵ selon lequel activité lucrative et travaux habituels sont complémentaires, tout ce qui ne constitue pas une activité lucrative correspondant en règle générale à des travaux habituels au sens de l'art. 27 RAI. En second lieu, elle pose problème au regard de la conception même de l'assurance-invalidité – qui a pour but d'assurer l'ensemble de la population («*Volksversicherung*») – avec laquelle l'exclusion systématique, du côté de l'obligation de prester, d'une activité ne semble pas compatible¹²⁶.

C. Le taux d'invalidité des personnes sans activité lucrative

En plus des personnes exerçant une activité lucrative à temps plein ou partiel, l'assurance-invalidité et l'assurance militaire assurent aussi les **personnes sans activité lucrative**. Il s'agit des personnes qui n'exerçaient pas d'activité lucrative salariée ou indépendante avant la survenance de l'atteinte à la santé et dont il ne peut être exigé qu'elles en exercent une. Ce qui est déterminant, ce n'est pas le fait que l'activité à laquelle elles se consacrent ne leur procure pas de revenu, mais qu'elles n'ont pas l'intention de réaliser un gain par cette activité ou occupation. Entrent avant tout dans cette catégorie de personnes, celles qui s'occupent des travaux ménagers et de l'éducation des enfants ou se consacrent à l'assistance et aux soins d'un proche («travaux habituels» [*Aufgabenbereich*], N 52)¹²⁷. Les assurés qui ont commencé leur formation professionnelle (ou qui ont dû changer de formation professionnelle en raison d'une atteinte à la santé) mais dont on ne peut raisonnablement pas exiger qu'ils entreprennent une activité lucrative sont assimilés aux personnes sans activité lucrative, en ce sens que leur invalidité est également évaluée selon l'art. 28a al. 2 LAI (art. 26^{bis} RAI; voir aussi N 27). L'application de cette disposition suppose dans ce cas un lien de causalité entre l'empêchement ou les désavantages dans la formation professionnelle et l'atteinte à la santé; l'incapacité d'accomplir les travaux habituels (N 63 s.) est évaluée en fonction de l'empêchement subi par l'assuré dans le déroulement de la formation professionnelle¹²⁸.

L'art. 16 ne règle pas l'évaluation de l'invalidité des personnes sans activité lucrative; en l'absence de gain réalisé, une comparaison des revenus ne peut pas être effectuée. Cette évaluation est dès lors prévue par la loi spéciale d'assurance sociale, singulièrement la LAI. Une norme correspondante fait défaut dans la LAM, mais la méthode prévue dans l'assurance-invalidité est applicable pour l'assurance militaire¹²⁹. A cet égard, l'art. 28a

124 TF, 28.8.2008, 8C_373/2008, c. 3.2.2; TFA, 1.2.2006, I 609/05, c. 4.3.2. CONTI, 337 s.

125 Rappelé in ATF 141 V 15, c. 4.5.

126 GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich der Invalidenversicherung, RSAS 2017 313 ss; DUPONT ANNE-SYLVE, Assurances sociales: quelques actualités, in Fuhrer (éd.), Annales SDRCA 2017, 143 ss, 159 ss.

127 Pour les membres d'une communauté religieuse, voir art. 27 al. 2 RAI (en vigueur dès le 1^{er} janvier 2018) qui reprend l'art. 27, 2^e phrase, aRAI.

128 TFA, 23.4.1982, RCC 1982 473.

129 TFA, 1.9.1993, M 2/93; le gain assuré est déterminé en fonction de la règle prévue par l'art. 16 al. 5 OAM (auquel renvoie l'art. 17 OAM).

al. 2 LAI prévoit «qu'en dérogation à l'art. 16 LPGA», le taux d'invalidité de la personne assurée doit être évalué «en fonction de son incapacité à accomplir ses travaux habituels» (cf. aussi art. 8 al. 3 LPGA [art. 8 N 28 ss et 6 N 23]). Il s'agit de la **méthode dite spécifique**, qui suppose une comparaison des activités, en cherchant à établir dans quelle mesure l'assuré est empêché d'accomplir ses travaux habituels; l'empêchement résulte de l'examen empirique de la situation factuelle particulière¹³⁰.

- 64** Les activités qui doivent être comparées comprennent notamment la tenue du ménage, les tâches liées à l'alimentation (préparation des repas, achats y relatifs), l'entretien du logement, les achats et courses divers, la lessive et l'entretien des vêtements, les soins aux enfants ou aux autres membres de la famille. Pour effectuer la comparaison, l'OFAS a établi un tableau qui indique la part maximale et minimale que représentent dans le cas particulier les différentes activités nécessaires à la gestion du ménage, qui sont susceptibles d'être pondérées en fonction des circonstances, l'ensemble de celles-ci correspondant à une valeur de 100%¹³¹. Ce tableau est rempli au moyen des données et informations que récolte un collaborateur de l'organe d'exécution de l'assurance-invalidité chargé de l'«**enquête ménagère**» au domicile de la personne assurée (cf. art. 69 al. 2 RA). L'enquêteur se rend sur place pour évaluer la situation en fonction notamment du nombre des membres de la famille dont s'occupe la personne assurée ou dont elle est tenue de solliciter l'aide pour l'assister, des conditions de logement et des équipements techniques à disposition.
- 65** L'**aide exigible des membres de la famille** est donc prise en considération dans l'évaluation de l'invalidité. L'obligation de diminuer le dommage (art. 6 N 39) suppose en effet que la personne assurée rencontrant des difficultés à accomplir ses travaux ménagers à cause de l'atteinte à la santé sollicite l'aide des membres de sa famille. La jurisprudence ne prévoit pas de valeur limite au-delà de laquelle l'aide familiale ne serait plus exigible, mais retient que celle-ci ne saurait constituer une charge excessive du seul fait qu'elle dépasse le soutien que l'on peut attendre de manière habituelle sans atteinte à la santé; elle doit être appréciée en fonction de la façon dont s'organiserait une communauté familiale raisonnable, si elle ne pouvait pas s'attendre à recevoir des prestations. Cela ne saurait toutefois en aucun cas conduire à ce qu'au titre de l'obligation de diminuer le dommage, l'accomplissement des activités ménagères selon chaque fonction particulière ou dans leur ensemble soit répercuté sur les autres membres de la famille, avec la conséquence qu'il faille se demander pour chaque empêchement constaté s'il y a un proche qui pourrait, cas échéant, entrer en ligne de compte pour exécuter en remplacement la fonction partielle correspondante¹³².
- 66** S'agissant de la **valeur probante de l'enquête ménagère**, qui constitue en règle générale un fondement approprié et suffisant pour évaluer les empêchements dans l'accomplissement des travaux habituels, il est essentiel que le rapport d'enquête ait été élaboré par une personne qualifiée qui a connaissance de la situation locale et spatiale, ainsi que des empêchements et des limitations concrètes résultant des diagnostics médicaux. Il s'agit en outre de tenir compte des indications de la personne assurée et de consigner les opinions divergentes des participants. Le contenu du rapport doit par ailleurs être plausible, motivé et rédigé de façon suffisamment détaillée s'agissant des diverses limitations et correspondre aux indications relevées sur place. Lorsque le rapport constitue une base

130 ATF 137 V 334, c. 3.1.2 et 5.3.

131 CHAI, N 3084 ss.

132 ATF 133 V 504; ATF 141 V 642, c. 4.3.2; TF, 30.9.2015, 9C_785/2014, c. 3.3.

fiable de décision, l'appréciation de l'auteur de l'enquête ne peut être remise en cause que s'il est évident qu'elle repose sur des erreurs manifestes¹³³. Ce n'est que dans des situations exceptionnelles, par exemple lorsque les informations données par la personne assurée paraissent peu crédibles et entrent en contradiction avec les constatations médicales, que l'avis d'un médecin sur l'exigibilité des activités ménagères au regard des différents postes de la gestion du ménage doit être requis¹³⁴. En particulier, l'enquête ménagère conserve une pleine valeur probante lorsqu'il s'agit d'estimer les empêchements que la personne assurée rencontre pour accomplir ses travaux habituels en raison de troubles psychiques. Toutefois, en présence de tels troubles, et en cas de divergences entre les résultats de l'enquête économique sur le ménage et les constatations d'ordre médical relatives à la capacité d'exécuter les tâches habituelles, celles-ci ont, en règle générale, plus de poids que l'enquête à domicile. Une telle priorité est justifiée par le fait qu'il est souvent difficile pour le collaborateur chargé de l'enquête de reconnaître et d'apprécier l'ampleur de l'atteinte psychique et les empêchements qui en résultent¹³⁵.

D. L'évaluation de l'invalidité due à un accident dans des cas spéciaux

Dans le domaine de l'assurance-accidents, en vertu de la délégation de compétence prévue par l'art. 18 al. 2 LAA, selon lequel il est autorisé à déroger à l'art. 16 LPG, le Conseil fédéral a édicté des règles sur l'évaluation de l'invalidité dans certains cas spéciaux (art. 28 et 29 OLAA). Elles concernent les situations suivantes¹³⁶: la personne assurée a été empêchée par l'invalidité due à un accident assuré par la LAA d'entreprendre une formation ou de terminer une formation en cours; la détermination du degré d'invalidité des assurés qui exercent simultanément plusieurs activités salariées; l'évaluation de l'invalidité d'une personne assurée dont la capacité de travail était déjà durablement réduite avant l'accident en raison d'une atteinte à la santé non assurée; la fixation des revenus déterminants chez un assuré qui ne reprend pas d'activité lucrative après l'accident en raison de son âge ou dont la diminution de la capacité de gain est due essentiellement à son âge avancé¹³⁷; la détermination du degré d'invalidité en cas de perte d'un organe pair (à savoir les yeux, les oreilles ou les reins).

67

Art. 17

Révision de la rente d'invalidité et d'autres prestations durables

¹ Si le taux d'invalidité du bénéficiaire de la rente subit une modification notable, la rente est, d'office ou sur demande, révisée pour l'avenir, à savoir augmentée ou réduite en conséquence, ou encore supprimée.

² De même, toute prestation durable accordée en vertu d'une décision entrée en force est, d'office ou sur demande, augmentée ou réduite en conséquence, ou encore supprimée si les circonstances dont dépendait son octroi changent notablement.

133 ATF 128 V 93.

134 TF, 15.1.2009, 9C_733/2008, c. 5.1.

135 TF, 1.4.2014, 9C_925/2013, c. 2.2.

136 Pour plus de détails, FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 251; ERNI/HÜSLER/LÄUBLI ZIEGLER, 141 ss et 150.

137 Pour une illustration de cette seconde éventualité, TF, 29.9.2017, 8C_307/2017.

Revision der Invalidenrente und anderer Dauerleistungen

¹ Ändert sich der Invaliditätsgrad einer Rentenbezügerin oder eines Rentenbezügers erheblich, so wird die Rente von Amtes wegen oder auf Gesuch hin für die Zukunft entsprechend erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben.

² Auch jede andere formell rechtskräftig zugesprochene Dauerleistung wird von Amtes wegen oder auf Gesuch hin erhöht, herabgesetzt oder aufgehoben, wenn sich der ihr zu Grunde liegende Sachverhalt nachträglich erheblich verändert hat.

Revisione della rendita d'invalidità e di altre prestazioni durevoli

¹ Se il grado d'invalidità del beneficiario della rendita subisce una notevole modificazione, per il futuro la rendita è aumentata o ridotta proporzionalmente o soppressa, d'ufficio o su richiesta.

² Ogni altra prestazione durevole accordata in virtù di una disposizione formalmente passata in giudicato è, d'ufficio o su richiesta, aumentata, diminuita o soppressa se le condizioni che l'hanno giustificata hanno subito una notevole modificazione.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	3
C. Objet, but et nature de la norme	5
II. Champ d'application	7
III. La révision de la rente d'invalidité (al. 1)	11
A. La modification du taux d'invalidité	11
B. Le caractère notable de la modification	22
C. Le nouvel examen du droit à la rente	27
D. Les effets de la révision	32
IV. La révision des autres «prestations durables» (al. 2)	39
V. La procédure de révision	46
VI. Dérogations à l'art. 17	52

Bibliographie

Cf. aussi bibliographie art. 16 LPGa. BERGER GÖTZ ELISABETH, Neues aus den sozialversicherungsrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts: Zur massgeblichen zeitlichen Vergleichsbasis bei der Revision einer Invalidenrente gemäss Art. 17 Abs. 1 ATSG, RSAS 2014 145 ss; BUCHER SILVIA, Rentenaufhebung/-herabsetzung und Begleitmassnahmen nach der IV-Revision 6a, in Riemer-Kafka (éd.), *Psyche und Sozialversicherung*, Zurich 2014, 87 ss; CUPA RAPHAEL, Koordinationsrechtliche Fragen rund um die Herabsetzung und Aufhebung von IV-Renten unter Berücksichtigung der bV, UV und ALV, thèse, Berne 2014; FLEISCHANDERL PETRA, Urteile zu den Schlussbestimmungen der Änderung vom 18. März 2011 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung, RSAS 2014 448 ss (cité: Schlussbestimmungen); FONJALLAZ JEAN, Invalidité et révision des rentes d'invalidité: étude de la législation sociale suisse, thèse, Lausanne 1985; KIESER UELI, Anpassung – Revision – Wiedererwägung: Eine Einordnung, in Kieser/Mosimann (éd.), *Die Anpassung der laufenden Sozialversicherungsleistungen*, St-Gall 2015, 9 ss (cité: Anpassung); LENDFERS MIRIAM, Die IVV-Revisionsnormen (Art. 86^{ter} – 88^{bis}) und die anderen Sozialversicherungen, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), *Sozialversicherungsrechtstagung 2009*, St-Gall 2010, 39 ss (cité: Revisionsnormen); LENDFERS MIRIAM, Die rückwirkende Rentenrevision bei Meldepflichtverletzung, in Kieser/Lendfers (éd.), *JaSo 2018*, Zurich/St-Gall 2018, 193 ss (cité: Meldepflichtverletzung); LOCHER THOMAS, Revision der Invalidenrente – Diskussion aktueller Fragestellungen (materiellrechtliche und formellrechtliche Aspekte), in Schaffhauser/Kieser (éd.), *Invalidität im Wandel*, St-Gall 2005, 113 ss; SCHLAURI FRANZ, Sozialversicherungsrechtliche Dauerleistungen, ihre rechtskräftige Festlegung und ihre Anpassung, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), *Sozialversicherungsrechtstagung 2008*,

St-Gall 2009, 89 ss (cité: Dauerleistungen); TRAUB ANDREAS, Neues aus den sozialversicherungsrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts, Zum Beweiswert medizinischer Gutachten im Zusammenhang mit der Rentenrevision, RSAS 2012 183 ss (cité: Gutachten); TRAUB ANDREAS, Neues aus den sozialversicherungsrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts, Rentenrevision nach Art. 17 Abs. 1 ATSG: zum Erfordernis der erheblichen Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen, RSAS 2014 362 ss; VALLAT DAMIEN, La nouvelle demande de prestation AI et les autres voies permettant la modification de décisions entrées en force, RSAS 2003 391 ss.

I. Introduction

A. Généralités

Le droit des assurances sociales prévoit l'allocation de prestations pour une durée indéterminée, telles les rentes d'invalidité versées par l'assurance-invalidité, l'assurance-accidents et l'assurance militaire. Il est dès lors indispensable d'envisager et de régler la possibilité d'adapter ces prestations lorsque les circonstances déterminantes se modifient de manière significative postérieurement à leur reconnaissance par l'assurance sociale. C'est ce à quoi sert l'institution de la révision prévue à l'art. 17, qui définit les conditions auxquelles la rente d'invalidité et d'autres prestations durables peuvent être adaptées, d'office ou sur demande, à un changement de faits ultérieur à la décision entrée en force de l'assureur social. Le terme de «révision» prévu par la Partie générale et les lois spéciales d'assurance sociale vise l'adaptation de décisions à un état de fait sensiblement modifié après-coup et revêt donc une signification particulière, différente de celle utilisée autrement en droit de procédure administrative, où la révision correspond au réexamen des jugements ou des décisions des juridictions administratives entrées en force¹.

De même que la Partie générale comprend une définition uniforme de l'évaluation de l'invalidité (à son art. 16), la SSDA a voulu régler de manière «aussi généralisée» les «circonstances entraînant une révision de la rente d'invalidité et les effets de cette révision», en laissant aux lois spéciales la possibilité de prévoir des exceptions, en particulier pour les personnes ayant atteint l'âge leur ouvrant le droit à une rente de l'assurance-vieillesse et survivants, et de régler la procédure (d'office ou sur demande)². Reprenant la proposition de la SSDA, la Commission du Conseil national y a ajouté un second alinéa pour régler de manière séparée, en plus de la révision de la rente d'invalidité – la plus fréquente en pratique –, la modification des autres prestations durables, qui était explicitement prévue seulement à l'art. 102 aLAM (sur la modification des décisions «portant sur des prestations permanentes»). En raison de la technique de renvoi de la loi (art. 2 N 10 ss.), elle a également supprimé la référence aux lois spéciales en ce qui concerne d'éventuelles restrictions des possibilités de révision³; celles-ci ont été maintenues (N 52 ss) dans le domaine de la LAA (art. 22 LAA) et de l'assurance militaire (art. 41 al. 4, 2^e phrase [N 15], et 47 al. 2 LAM). Par la suite, la proposition de la Commission du Conseil national a été adoptée au Parlement sans modification matérielle⁴. La numérotation (art. 17 au lieu de 23) a été ajustée et la version française adaptée pour mieux correspondre à celle en allemand (à l'al. 2 de l'art. 17, les termes «prestation durable accordée en vertu d'une disposition légale en vigueur» sont devenus «prestation durable

1 MEYER-BLASER, Verfügungsabänderung, 349; Sur la révision en général, BOVAY BENOÎT, La procédure administrative, Berne 2015, 673 ss.

2 Rapport SSDA, 45.

3 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4203 s.

4 BO CN 1999 1239; BO CE 2000 178.

accordée en vertu d'une décision entrée en force», ce qui correspond à «*rechtskräftig zugesprochene Dauerleistung*»).

B. Systématique

- 3 La norme sur la révision des prestations durables fait partie des dispositions générales sur les prestations en espèces (section 2 du 3^e chapitre); elle ne concerne donc en principe pas les prestations en nature, comme par exemple les traitements et les soins ou les mesures de réadaptation, qui ne présentent en règle générale pas un caractère durable (cf. toutefois N 41). L'art. 17 fait expressément référence au «taux d'invalidité» défini à la disposition précédente, avec laquelle il présente un lien étroit, puisqu'il règle les conséquences de la modification du degré d'invalidité sur la rente d'invalidité.
- 4 Au regard de la condition relative à une modification notable des circonstances prévue par l'art. 17 al. 1, la disposition se trouve également en relation avec l'art. 31 LPGA sur l'obligation de l'ayant droit d'une prestation de communiquer une telle modification à l'assureur social (art. 31 N 8). Cette obligation joue en particulier un rôle dans l'assurance-invalidité, où sa violation peut avoir une influence sur le moment à partir duquel la révision produit ses effets et conduire, cas échéant, à une diminution ou à une suppression des prestations à titre rétroactif (art. 88^{bis} al. 2 let. b RAI en relation avec l'art. 77 RAI et l'art. 31 al. 1 LPGA; N 33).

C. Objet, but et nature de la norme

- 5 La règle de l'art. 17 sur la révision prévoit les conditions auxquelles une prestation durable des assurances sociales doit être adaptée à une modification des circonstances ayant conduit à son octroi qui survient postérieurement à celui-ci. Elle vise les cas dans lesquels l'état de fait déterminant sous l'angle du droit à la prestation se modifie après que la décision y relative est entrée en force, de sorte que la situation juridique ne correspond plus à la situation factuelle, ce qui justifie, aux conditions prévues, d'adapter le droit à la prestation en conséquence. L'art. 17 constitue le **fondement légal de cette adaptation**. Il reprend le concept de la révision qui a été développé par la jurisprudence antérieure à la Partie générale, notamment en relation avec l'art. 41 aLAI (qui prévoyait la révision des rentes de l'assurance-invalidité), sans que le législateur n'ait voulu en modifier les conditions; les principes jurisprudentiels restent donc applicables⁵.
- 6 L'institution de la révision, qui suppose donc un changement des circonstances, doit être distinguée de **deux autres institutions voisines**, prévues à l'art. 53 LPGA, qui permettent également de modifier une décision pourvue de l'autorité de la chose jugée. Il s'agit d'une part de la **reconsidération**, qui implique que la décision (administrative) initiale était manifestement erronée, et, d'autre part, de la **révision procédurale** de la décision initiale, qui suppose la découverte de faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente (art. 53 N 40 ss et 69 ss). La reconsidération ou la révision procédurale peuvent toutefois jouer un rôle dans le cadre d'une procédure en révision au sens de l'art. 17 LPGA, compte tenu de la possibilité, pour l'autorité judiciaire, de procéder à une substitution des motifs (N 50).

⁵ ATF 130 V 352, c. 3.5; ATF 133 V 545, c. 6.3.

II. Champ d'application

L'institution de la révision au sens de l'art. 17 s'applique aux **branches des assurances sociales qui prévoient l'allocation de prestations durables**, en particulier des rentes d'invalidité, soit l'assurance-invalidité, l'assurance-accidents et l'assurance militaire. Des dispositions spéciales qui concrétisent l'art. 17 sont prévues dans l'assurance-invalidité (art. 31 LAI; art. 86^{ter} à 88^{bis} RAI) et la LPC (art. 25 OPC-AVS/AI; N 45), tandis que la LAA comprend une dérogation à la Partie générale (art. 22 LAA; N 52 s.), à l'instar de la LAM (art. 47 al. 2 LAM; N 54).

En dépit du fait que la LPGA n'est pas applicable à la **prévoyance professionnelle** (art. 1 N 8), la modification ou la suppression d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle est soumise aux mêmes conditions matérielles (prévues par l'art. 17 LPGA) que la révision d'une rente de l'assurance-invalidité. L'institution de prévoyance peut se fonder sur la décision de révision de l'assurance-invalidité ou adapter la rente en fonction de ses propres mesures d'instruction⁶. Selon la jurisprudence, aussi bien en matière de prévoyance obligatoire qu'en matière de prévoyance plus étendue, le droit aux prestations doit en principe être adapté lorsque celui-ci ne correspond objectivement pas ou plus à la situation de fait ou de droit actuelle, ce qui n'exclut pas que d'autres possibilités d'adaptation (que celle prévue par l'art. 17 LPGA) entrent en considération⁷. Dans le domaine de la prévoyance obligatoire, seul un motif d'adaptation fondé sur le droit de l'assurance-invalidité peut cependant conduire à baisser ou supprimer la rente de la prévoyance professionnelle. Il en va de même dans le domaine de la prévoyance plus étendue, à moins que l'institution de prévoyance n'ait prévu des dispositions réglementaires ou statutaires contraires. Ainsi, lorsque tant les conditions de l'art. 17 LPGA que celles d'une reconsidération au sens de l'art. 53 LPGA font défaut, et que la personne assurée continue à avoir droit à sa rente de l'assurance-invalidité, l'institution de prévoyance ne peut pas, en l'absence de dispositions réglementaires contraires, supprimer la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle⁸. A défaut de disposition légale ou contractuelle, ces principes valent à titre subsidiaire et par analogie en matière d'adaptation d'une rente d'invalidité versée en vertu d'une police d'assurance sur la vie du pilier 3a⁹. De même, en cas de surindemnisation, lorsqu'un seul facteur de calcul subit une modification importante, entraînant une adaptation des prestations d'au moins 10%, l'institution de prévoyance peut, toujours par analogie avec l'art. 17 LPGA, examiner en fait et en droit, sous tous ses aspects et sans être liée par les facteurs établis antérieurement, si et dans quelle mesure il existe toujours une surindemnisation¹⁰.

La révision selon l'art. 17 suppose que la prestation durable dont l'adaptation est envisagée ait fait l'objet d'une décision (antérieure) entrée en force¹¹ (N 20). Elle vise avant tout la nouvelle détermination du droit à la prestation durable **pour l'avenir**, la décision y relative valant en principe à partir de son prononcé et pour le futur (« *ex nunc et pro futuro* »). L'art. 17 s'applique cependant, par analogie, au-delà de cette constellation à la situation où le droit à la rente est reconnu pour la première fois à titre rétroactif, et qu'une modification des circonstances déterminantes est survenue entre-temps – en raison de

6 ATF 133 V 67.

7 ATF 141 V 405, c. 3.6; cf. ATF 138 V 409, c. 3.2.

8 ATF 143 V 434, c. 3.3.2 et 3.4.2.

9 ATF 141 V 405.

10 ATF 143 V 91, c. 4.2.

11 ATF 135 V 141, c. 1.4.5 *i.f.*

l'écoulement du temps entre la demande de prestations et la décision de l'assureur social y relative – conduisant à un changement du droit (augmentation, réduction ou suppression de la prestation). La disposition est également applicable à l'allocation d'une rente échelonnée ou limitée dans le temps. Dès lors que l'**octroi à titre rétroactif de la prestation échelonnée ou limitée dans le temps** est soumis aux conditions d'une révision au sens de l'art. 17, les taux d'invalidité fixés successivement à titre rétroactif doivent se fonder sur une modification des circonstances correspondante¹².

- 10 De plus, les conditions de la révision au sens de l'art. 17 s'appliquent également par analogie dans le cas où la personne assurée présente une **nouvelle demande de prestations** de l'assurance-invalidité après qu'une demande antérieure a été rejetée. L'assuré doit alors rendre plausible une modification des circonstances susceptible d'influencer le droit aux prestations (art. 87 al. 3 RAI), celui-ci ne pouvant être reconnu que si les conditions de la révision sont réalisées¹³. Les mêmes exigences en ce qui concerne le **caractère plausible** d'une modification déterminante sont requises lorsque la personne assurée présente elle-même une **demande de révision** (art. 87 al. 2 RAI; N 47), ce qu'elle peut faire en tout temps. Dans ces deux situations, le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents doivent être constatés d'office par l'assureur social (art. 43 N 9) ne s'applique pas à la procédure, dans la mesure où il appartient à l'assuré de rendre plausible que sa situation s'est modifiée de manière déterminante quant au droit aux prestations¹⁴.

III. La révision de la rente d'invalidité (al. 1)

A. La modification du taux d'invalidité

- 11 Pour fonder la révision du droit à la rente, la loi exige une modification notable «du taux d'invalidité du bénéficiaire de la rente». Une telle modification suppose toujours **un changement des circonstances de fait** de nature à baisser ou à augmenter le taux d'invalidité. Il peut s'agir d'un changement dans les circonstances personnelles de la personne assurée, relatives à son état de santé ou à des facteurs économiques, de même que d'une modification des circonstances (hypothétiques) ayant déterminé le choix de la méthode d'évaluation de l'invalidité. Mais il y a également motif à révision lorsque les conséquences d'un état de santé, resté en soi le même, sur la capacité de gain (ou la capacité d'accomplir les travaux habituels) se sont modifiées, ainsi lorsque la capacité de travail de la personne assurée s'est améliorée grâce à une accoutumance ou à une adaptation aux limitations induites par l'atteinte à la santé¹⁵.
- 12 En revanche, une **simple appréciation différente** d'un état de fait qui, pour l'essentiel, est demeuré inchangé ne suffit pas, telle une évaluation différente de l'état de santé et de ses effets sur la capacité de travail de l'assuré¹⁶. Ainsi, le fait qu'un diagnostic n'est plus retenu à l'issue d'un examen médical ne saurait justifier, à lui seul, la révision du droit à la rente, dans la mesure où un tel constat ne permet pas d'exclure que l'état de fait (demeuré pour l'essentiel inchangé) ait simplement été apprécié de manière différente. Une modification sensible de l'état de santé ne saurait être admise que si le nouveau diagnos-

12 TF, 15.7.2011, 9C_226/2011, c. 4.3.1, non publié in ATF 137 V 369; ATF 131 V 164, c. 2.2; ATF 125 V 413.

13 ATF 117 V 198, c. 3a; VALLAT, 395 ss.

14 ATF 130 V 64, c. 5.2.5; TF, 27.7.2013, 9C_789/2012, c. 2.

15 ATF 141 V 9, c. 2.3; ATF 134 V 131, c. 3; ATF 117 V 198, c. 3b.

16 P.ex., TF, 7.12.2016, 9C_414/2016, c. 5.2.

tic, ou l'absence d'un diagnostic posé précédemment, est corroboré par un changement clairement objectivé de la situation clinique et par l'amélioration, voire la disparition, des limitations fonctionnelles retenues précédemment¹⁷. De même, une conclusion médicale sur l'incapacité de travail qui s'écarte d'évaluations antérieures, alors que l'état de santé ne s'est effectivement pas modifié, repose le plus souvent sur une application différente d'éléments relevant de l'appréciation médicale. A cet égard, les constatations et conclusions médicales dans le cadre d'une révision doivent porter précisément sur les changements survenus par rapport à l'atteinte à la santé et à ses effets depuis l'appréciation médicale antérieure déterminante¹⁸. A défaut, lorsque l'évaluation médicale, en soi complète, claire et motivée, ne contient pas d'explications suffisantes sur les raisons pour lesquelles une modification de l'état de santé serait survenue entre-temps et conduirait à une appréciation différente, elle est en principe dénuée de valeur probante. Sont réservées les situations dans lesquelles le changement des circonstances liées à l'état de santé apparaît évident¹⁹.

Si la modification des circonstances personnelles de la personne assurée consiste uniquement dans l'écoulement du temps, qui se répercute sur son **âge** «plus avancé», elle ne peut en soi légitimer l'octroi d'une rente d'invalidité ou son augmentation, après un premier refus ou une allocation partielle de rente. Le facteur temporel – qui est un paramètre inéluctable pour tous les assurés – ne peut conduire à appliquer à l'assuré la jurisprudence relative à la prise en considération de «l'âge avancé» de la personne assurée²⁰ (art. 7 N 30). 13

Dans le cas où la **modification des circonstances économiques** résulte du fait que la personne assurée devenue invalide exerce une nouvelle activité lucrative dans laquelle elle met entièrement à profit sa capacité de travail résiduelle et que les rapports de travail peuvent être considérés comme stables, le revenu après invalidité (art. 16 N 28 ss) doit être fixé selon le nouveau revenu réalisé dans cette activité. Une augmentation du revenu n'est cependant prise en considération dans l'assurance-invalidité que si elle dépasse CHF 1500.– par an (art. 31 al. 1 LAI); il doit s'agir d'une amélioration du revenu effectif, soit que le revenu réalisé concrètement par l'assuré augmente, soit qu'il perçoit désormais un revenu d'invalidité, et non pas d'un revenu d'invalidité à caractère purement hypothétique²¹. 14

Lorsque l'assuré a continué à exercer son activité habituelle (à un taux réduit) après la survenance de l'atteinte à la santé, la jurisprudence admet la possibilité de tirer de son parcours professionnel des conséquences quant à l'évolution hypothétique qui serait survenue sans l'atteinte à la santé. L'ensemble des circonstances jusqu'au moment de la révision est alors déterminant: si depuis la décision initiale de rente, la personne assurée a démontré des qualifications professionnelles particulières, que ce soit en raison d'une formation continue ou d'un engagement important et que son revenu (d'invalidité) s'en est trouvé augmenté, il s'agit d'un indice important qu'elle aurait connu une évolution équivalente si elle était restée en bonne santé²². Ainsi, lorsque l'assuré, qui au moment de l'événement accidentel avait fait preuve de qualifications particulières dans sa profes- 15

17 TF, 1.6.2016, 9C_860/2015, c. 4.3.

18 TF, 29.8.2011, 9C_418/2010, c. 4.2; TF, 7.11.2013, 8C_481/2013, c. 2.3 non publié in ATF 139 V 585; TRAUB, Gutachten, 183 ss.

19 TF, 25.7.2013, 8C_441/2012, c. 6.1.2, SVR 2013 IV n° 44 134.

20 Publiée in ATF 138 V 457, c. 3.1; TF, 4.3.2016, 9C_899/2015.

21 ATF 136 V 216, c. 5.

22 TF, 16.8.2016, 9C_33/2016, c. 7.

sion (de menuisier), a continué à travailler dans son métier à titre indépendant en obtenant un nombre important de mandats grâce aux connaissances professionnelles acquises entre-temps, le revenu sans invalidité doit être fixé en fonction d'une évolution hypothétique favorable²³. Pour admettre l'existence de nouvelles possibilités de gain dans le cadre de la révision de la rente, on applique la règle de la vraisemblance prépondérante. L'assurance militaire concrétise ce principe en exigeant que l'éventuelle augmentation du gain soit établie avec un haut degré de vraisemblance (art. 41 al. 4, 2^e phrase, LAM).

- 16 Toujours sous l'angle d'une modification des circonstances économiques, un nouvel examen du droit à la rente s'impose quand les rapports de travail sur la base desquels le degré d'invalidité avait été initialement déterminé prennent fin pour des raisons indépendantes de l'état de santé de l'assuré; le taux d'invalidité sera alors évalué en fonction du marché équilibré du travail²⁴, voire, selon les circonstances, en fonction de la nouvelle activité lucrative débutée par la suite²⁵.
- 17 Dans l'assurance-invalidité, la **modification des circonstances (hypothétiques) ayant déterminé le choix de la méthode d'évaluation de l'invalidité** (art. 16 N 11 ss) relève d'un motif de révision lorsqu'une autre méthode que celle utilisée initialement pour évaluer le droit à la rente doit être appliquée et qu'il en résulte un changement du degré d'invalidité, le critère de l'incapacité de gain succédant à celui de l'empêchement d'accomplir les travaux habituels ou inversement²⁶. Comme pour l'examen initial du droit à la rente, il s'agit aussi en cas de révision d'examiner de manière hypothétique ce qu'aurait fait l'assuré sans atteinte à la santé, toute autre circonstance étant restée identique. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral valable jusqu'en 2016, lorsque la personne assurée fait valoir que sans l'atteinte à la santé elle aurait désormais repris une activité lucrative (à temps plein ou partiel) au moment où ses enfants ont atteint un âge où ils ne nécessitent plus la même assistance parentale ou au moment de leur départ du logement familial, et que ce changement est établi au degré de la vraisemblance prépondérante, l'évaluation du taux d'invalidité doit être effectuée selon la méthode ordinaire²⁷ et non plus spécifique ou mixte (art. 16 N 16 ss, 51 ss et 62 ss). Depuis l'arrêt de la CourEDH Di Trizio (art. 16 N 59), une révision n'est toutefois pas admissible si elle est fondée uniquement sur un changement de statut de la personne assurée **pour des raisons familiales** conduisant à l'application de la méthode mixte d'évaluation et, de ce fait, à **une réduction ou à une suppression du droit à la rente d'invalidité**; elle contrevient à l'art. 14 CEDH en relation avec l'art. 8 CEDH, de sorte que la prestation est maintenue²⁸. Cela vaut aussi lorsque la réduction ou la suppression de la rente par la voie de la révision intervient parce que la personne assurée passe du statut de personne sans activité lucrative à celle de personne exerçant une activité à temps partiel pour des motifs essentiellement familiaux (sans atteinte à la santé, elle aurait repris un travail à temps partiel, parce que ses enfants ont atteint un âge où ils sont davantage indépendants)²⁹. Dans ces cas, ce

23 ATF 139 V 28, c. 3.3.3.

24 TF, 21.9.2012, 9C_530/2012, c. 3.

25 TF, 16.8.2016, 9C_33/2016, c. 8.

26 TF, 25.7.2013, 8C_441/2012, c. 8, SVR 2013 IV n° 44 134.

27 P.ex., TF, 20.5.2016, 9C_734/2015, c. 5; TF, 12.4.2013, 9C_52/2013, RtiD 2013 II 339.

28 ATF 143 I 50 (rendu le 20.12.2016 en exécution de l'arrêt CourEDH Di Trizio); ATF 143 I 60.

29 TF, 6.9.2017, 9C_752/2016, c. 4 (il s'agissait en l'espèce d'une rente accordée à titre rétroactif et limitée dans le temps). Ces principes ne sont en revanche pas applicables lorsque le changement de statut ne concerne pas la méthode mixte mais la méthode spécifique d'évaluation (ATF 144 I 28).

sont uniquement le changement de statut fondé sur une raison familiale et l'application de la méthode mixte d'évaluation en découlant qui conduiraient à la réduction ou à la suppression du droit à la rente reconnu jusqu'alors en fonction d'un autre statut. En revanche, si le changement de statut est lié à un autre motif que la famille, par exemple une formation professionnelle suivie entre-temps que la personne assurée invoque pour justifier l'augmentation (hypothétique) de l'activité lucrative (et l'application de la méthode ordinaire d'évaluation de l'invalidité), il convient d'en tenir compte si cette modification est suffisamment établie (au degré de la vraisemblance prépondérante). Il restera à déterminer si le nouvel art. 27^{bis} al. 2 à 4 RAI (art. 16 N 60) suffit pour supprimer la discrimination admise par la CourEDH et admettre à nouveau que le changement dû à la reprise ou à l'abandon d'une activité lucrative à temps partiel, pour des motifs familiaux, constitue un cas de révision³⁰.

Un **changement de statut** n'entre pas en considération comme modification déterminante dans le domaine de l'assurance-accidents, où la capacité de gain ne se trouve pas changée du fait que la personne assurée exerçant une activité à temps partiel décide de se consacrer entièrement à ses travaux ménagers ou au contraire souhaite étendre le taux de son activité professionnelle. Il n'y a pas matière à révision, parce que le taux d'invalidité est évalué sans égard au fait que la personne assurée mettait à profit entièrement ou en partie seulement sa capacité de travail avant l'accident (art. 16 N 9). Il en va de même dans le domaine de la prévoyance professionnelle, où une modification du statut de la personne assurée – d'assuré exerçant une activité lucrative à plein temps à celui travaillant à temps partiel – ou de la part consacrée à l'exercice d'une activité lucrative, retenue comme motif de révision par l'assurance-invalidité, est sans importance pour la rente de la prévoyance professionnelle en cours. Une telle modification ne constitue pas à elle seule un motif d'adaptation du droit à la prestation de la prévoyance professionnelle³¹.

Le fait que l'assureur social applique une autre **variante de la méthode ordinaire** pour évaluer le taux d'invalidité au regard de la nouvelle activité exercée par l'assurée que celle utilisée lors de l'octroi initial de la rente ne constitue pas un changement de la méthode d'évaluation. Ainsi, on ne saurait critiquer qu'il fixe le degré d'invalidité au moyen d'une comparaison des revenus dans le cadre de la procédure de révision, alors que ce taux avait initialement été déterminé par une comparaison en pour-cent³².

En ce qui concerne la **base de comparaison déterminante dans le temps**, le point de savoir si un changement s'est produit doit être tranché en comparant les faits tels qu'ils se présentaient au moment de la dernière décision entrée en force reposant sur un examen matériel du droit à la rente avec une constatation des faits pertinents, une appréciation des preuves et une comparaison des revenus conformes au droit, et les circonstances régnant à l'époque du prononcé de l'assureur social au terme de la procédure de révision³³. Pour le point de départ temporel, il ne doit pas s'agir forcément d'une décision formelle (art. 49 LPGa); une simple communication (au sens de l'art. 74^{quatrième} RAI) doit être considérée comme équivalente à une décision entrée en force en relation avec le moment de la comparaison, lorsqu'à l'issue d'une révision fondée sur un examen matériel du droit à la

30 L'OFAS l'admet (Lettre circulaire AI n° 372 du 9 janvier 2018); *contra*: RENKER JANA, Die neue «gemischte Methode» der Bemessung des Invaliditätsgrads, Jusletter du 22 janvier 2018, N 44.

31 ATF 141 V 127, c. 5.

32 TF, 3.10.2013, 8C_211/2013, c. 4.1, SVR 2014 UV n° 1 1; TF, 22.4.2013, 8C_127/2013, c. 3.2.1.

33 ATF 133 V 108. Sur la constatation des faits, TF, 25.7.2013, 8C_441/2012, commenté par BERGER GÖTZ, 146.

rente, aucune modification de la situation propre à influencer le droit aux prestations n'a été constatée (cf. art. 74^{ter} let. f RAI et 51 LPGA) et que la personne assurée n'a pas exigé la notification d'une décision³⁴.

- 21 En cas de **reconnaissance rétroactive** du droit à une rente d'invalidité échelonnée ou limitée dans le temps, les mêmes principes sont applicables (N 9). Lorsqu'il y a ainsi plusieurs modifications successives de l'état de fait, le point de comparaison déterminant est chaque fois celui où une constatation des faits pertinents (quant à l'élément ayant une influence sur le droit à la rente) et une appréciation des preuves ainsi qu'une évaluation de l'invalidité conformes au droit ont eu lieu et une modification du droit à la rente en est résultée³⁵.

B. Le caractère notable de la modification

- 22 Toute modification des circonstances factuelles ne constitue pas un motif de révision. Aux termes de la loi, la modification doit être «notable» («*erheblich*»), c'est-à-dire qu'elle doit être susceptible de conduire à une évaluation différente du taux d'invalidité **dans une mesure qui influence le droit** à la rente d'invalidité³⁶.
- 23 Dans l'assurance-invalidité, tout changement de l'état de fait qui conduit à un taux d'invalidité justifiant l'application d'un échelon différent (inférieur ou supérieur) de rente (cf. art. 28 al. 2 LAI) est en principe considéré comme notable; une faible modification du degré d'invalidité (de 2%) peut dès lors conduire à une révision si elle entraîne le passage à un échelon autre que celui établi initialement (p.ex. une baisse de 41% à 39%). Toutefois, le changement en cause doit avoir trait aux **circonstances (personnelles ou économiques) liées spécifiquement à la personne assurée**; une modification peu importante des données statistiques sur lesquelles se fonde le ou les revenus déterminants devant être comparés pour évaluer le taux d'invalidité (art. 16 N 25 et 33 ss) ne conduit pas à une révision de la rente d'invalidité, même si elle entraîne le passage à un échelon de rente différent³⁷. Cela vaut aussi lorsqu'il existe un motif particulier pour la révision (p.ex. cessation de l'activité lucrative), mais que le changement du taux d'invalidité est dû uniquement à une modification mineure du revenu statistique déterminant³⁸.
- 24 Dans ce contexte, la révision de l'ESS en 2012 avec la modification de certaines variables (art. 16 N 35) ne constitue pas à elle seule un motif de réviser les rentes d'invalidité en cours (allouées par une décision entrée en force) qui ont été déterminées en fonction de l'ESS 1994 à 2010. Par conséquent, l'ESS 2012 (et ses versions subséquentes) est applicable pour évaluer l'invalidité dans une procédure de révision qui a pour objet une rente d'invalidité en cours fondée sur l'ESS jusqu'en 2010, à moins que la modification déterminante du taux d'invalidité – vers le haut ou vers le bas – résulte de la seule application des données salariales de l'ESS 2012³⁹.
- 25 Dans les domaines de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire, où la rente est fixée en fonction du pourcentage exact du taux d'invalidité, le caractère notable de la modification est admis lorsque **le degré d'invalidité diffère d'au moins de 5% (cinq**

34 TF, 14.8.2009, 9C_46/2009; TF, 25.7.2013, 8C_441/2012, c. 3.1.2.

35 TF, 15.7.2011, 9C_226/2011, c. 4.3.1, non publié in ATF 137 V 369.

36 ATF 130 V 343, c. 3.5. Parmi d'autres, TF, 3.6.2011, 9C_223/2011, c. 3.2.

37 ATF 133 V 545.

38 TF, 19.3.2010, 9C_8/2010, SVR 2010 IV n° 53 165.

39 ATF 142 V 178.

points de pourcentage) du taux initial⁴⁰. Cette différence s'applique également lorsque l'autorité judiciaire de recours (cantonale ou fédérale) opère une substitution de motifs (N 50) et reconsidère la décision initiale⁴¹: la reconsidération de la rente fixée à un taux précis ne peut avoir lieu que si la différence du degré d'invalidité par rapport à la décision qualifiée de manifestement erronée s'élève à au moins 5%⁴² (art. 53 N 87).

On précisera qu'une **modification de la jurisprudence** ne constitue en principe pas un motif suffisant pour modifier, au titre d'une adaptation à un changement des fondements juridiques, des rentes qui ont été allouées à une époque antérieure par des décisions entrées en force⁴³. En particulier, le Tribunal fédéral a jugé que la jurisprudence en matière de troubles somatoformes douloureux (art. 8 N 15 ss et 22) ne constitue pas un motif de révocation d'une rente d'invalidité, singulièrement de révision ou de nouvelle demande (ni la jurisprudence publiée in ATF 130 V 352⁴⁴, ni celle publiée in ATF 141 V 281⁴⁵). En réaction, le législateur a adopté les dispositions finales de la modification de la LAI du 18 mars 2011 (premier volet de la 6^e révision de l'assurance-invalidité), selon lesquelles l'assurance-invalidité a eu la possibilité pendant trois ans (du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2014) de réexaminer des «rentes octroyées en raison d'un syndrome sans pathogenèse ni étiologie claires et sans constat de déficit organique» en fonction de la nouvelle jurisprudence (alors ATF 130 V 352). Si les conditions prévues par l'art. 7 LPGA n'étaient pas remplies, la rente était réduite ou supprimée même si les conditions de l'art. 17 al. 1 LPGA n'étaient pas réalisées⁴⁶. Un tel réexamen n'était toutefois pas possible dans les cas où le bénéficiaire de rente avait atteint l'âge de 55 ans au moment de l'entrée en vigueur de la modification législative ou touché la rente depuis plus de 15 ans – comptés à partir du début du droit à la rente et non de la date à laquelle la décision de rente a été prononcée⁴⁷ – au moment de l'ouverture de la procédure de réexamen⁴⁸.

26

C. Le nouvel examen du droit à la rente

Lorsque la comparaison des états de fait déterminants dans le temps met en évidence une modification des circonstances pertinentes, **le droit à la rente doit être examiné à nouveau** sous tous ses aspects factuels et juridiques («*allseitige Prüfung*»), sans que des éva-

27

40 ATF 140 V 85, c. 4.3; ATF 133 V 545, c. 6.2; TFA, 19.7.2006, U 267/05.

41 ATF 140 V 85.

42 Le CF propose de reprendre cette différence de 5% (5 points de pourcentage;) du taux d'invalidité pour définir ce qui est une modification notable au sens de l'art. 17 al. 1 LPGA, avec une exception pour les rentes de l'AA et de l'AM fondées sur un taux d'invalidité de 96% au moins (Message du 15 février 2017 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité [Développement continu de l'AI], FF 2017 2363, 2504 s., ad modification de l'art. 17 al. 1 LPGA).

43 Sur les exceptions à ce principe, ATF 135 V 215, c. 5.1.1; sur les effets d'une modification de la loi, c. 5.1.1, et sur ceux de l'entrée en vigueur de l'art. 7 al. 2 LPGA, c. 7.

44 ATF 135 V 201; ATF 135 V 215.

45 ATF 141 V 585.

46 Let. a al. 1 et 4 des Disp. fin. de la modification de la LAI du 18 mars 2011 [RO 2011 5659, 5670] (jugée conforme à la Cst. et à la CEDH: ATF 139 V 547), dont le champ d'application ne concernait que des rentes en cours au 1^{er} janvier 2012 et non une rente allouée pour la première fois après cette date (TF, 20.2.2018, 8C_634/2017, c. 4.3).

47 ATF 139 V 442. FLEISCHANDERL, Schlussbestimmungen, 453.

48 Sur le «moment de l'ouverture» de cette procédure, ATF 140 V 15; TF, 20.11.2014, 8C_576/2014, c. 4.3.2. Il n'y a pas place non plus pour un réexamen, lorsque l'octroi initial de la rente était déjà fondé sur la jurisprudence pertinente (ATF 140 V 8, c. 2.2.1; pour un ex., TF, 29.3.2018, 9C_252/2017).

luations antérieures ne revêtent un caractère obligatoire. Il n'est pas nécessaire que ce soit l'élément de fait qui s'est modifié qui conduise à fixer différemment le droit à la rente; selon la jurisprudence, il suffit qu'à la suite de la modification d'une circonstance, un autre élément déterminant résultant de l'examen complet du droit à la prestation entraîne une augmentation, une diminution ou une suppression de la rente⁴⁹. Par exemple, en présence d'un changement de l'état de santé de la personne assurée, une modification (hypothétique) de la répartition du champ des activités lucrative et habituelle conduisant à un autre degré d'invalidité est prise en considération pour évaluer le droit aux prestations. En dépit de cette formulation large du motif de révision, celle-ci ne saurait être effectuée à l'occasion de n'importe quel changement factuel chez la personne assurée; il faut que la modification de fait soit telle qu'elle serait susceptible de se répercuter de manière notable, du point de vue juridique, sur le droit aux prestations en cours⁵⁰. A défaut, la révision pourrait être envisagée sans condition et la rente modifiée à n'importe quel moment, ce qui ne correspond pas à l'institution de la révision telle que prévue à l'art. 17. Ainsi, et dans le même sens, on signalera que dans l'assurance-accidents, le Tribunal fédéral a admis qu'à l'occasion de cet examen complet en fait et en droit, l'existence d'un lien de causalité naturelle ou adéquate entre l'accident et l'atteinte à la santé peut être évaluée à nouveau pour le futur, au regard des circonstances au moment de l'adaptation des prestations⁵¹. On peut se demander si une telle possibilité n'étend pas de manière trop extensive la notion de révision au sens de l'art. 17 LPGA: elle permet en effet un réexamen du droit à la rente en prenant en considération un aspect relatif au fondement initial de la prétention qui n'a pas de lien avec le changement des circonstances de fait sous l'angle de la révision (modification de l'état de santé ou des conséquences économiques de celui-ci); le rapport de causalité est une condition nécessaire pour l'ouverture du droit, qui, une fois admise, n'a en principe pas à être examinée à nouveau (sous réserve d'un cas de reconsidération ou de révision procédurale)⁵².

- 28** L'examen du droit à la rente s'effectue au regard du **droit en vigueur au moment de la révision**, une éventuelle modification de la jurisprudence intervenue entre-temps ne pouvant être prise en considération que si un changement notable de l'état de fait a été constaté au préalable⁵³. Ainsi, lorsqu'une rente de l'assurance-invalidité, dont l'allocation a été maintenue précédemment en application de l'art. 31 al. 2 aLAI (selon lequel seuls les deux tiers de l'amélioration du revenu du bénéficiaire de la rente dépassant le seuil de CHF 1500.– devaient être pris en compte lors de la révision du droit à la rente⁵⁴), fait l'objet d'une révision, le taux d'invalidité doit être déterminé sans référence au calcul effectué antérieurement en application de cette disposition abrogée (au 31 décembre 2011)⁵⁵.
- 29** A l'inverse, si **aucune modification notable de l'état de fait** n'a pu être établie selon la vraisemblance prépondérante, il n'y a pas lieu d'effectuer un examen du droit à la rente sous tous ses aspects factuels et juridiques et d'évaluer à nouveau le degré d'invalidité en conséquence; la situation juridique prévalant jusqu'alors est maintenue – le droit à la

49 ATF 141 V 9, c. 2.3; TF, 21.10.2014, 9C_378/2014, c. 4.2, SVR 2015 IV n° 8 23.

50 Ce qui n'est pas le cas d'une légère amélioration de l'état de santé, TF, 27.11.2017, 9C_195/2017, c. 4.3.2.

51 TF, 14.6.2017, 8C_833/2016, c. 5.

52 Dans ce sens, ATF 136 V 369.

53 TF, 29.8.2011, 9C_418/2010, c. 4.1, SVR 2012 IV n° 18 81; TF, 3.6.2011, 9C_223/2011, c. 3.

54 RO 2007 5129, 5140; ATF 137 V 369.

55 RO 2011 5659, 5665; TF, 14.2.2017, 9C_718/2016, c. 6.2.

prestation reste inchangé – conformément au principe de la charge matérielle de la preuve⁵⁶.

En cas de nouvel examen, le taux d'invalidité est évalué conformément à la méthode d'évaluation de l'invalidité applicable (art. 16 N 11), ce qui suppose que l'opportunité de la mise en œuvre d'**éventuelles mesures de réadaptation** ait été examinée au préalable par l'assureur social (art. 16 N 28). En règle générale, il appartient toutefois à la personne assurée de mettre en valeur de son propre chef une capacité de travail retrouvée ou améliorée (réadaptation par soi-même [art. 7 N 18]), nonobstant une durée prolongée durant laquelle une rente lui a été allouée. **30**

En matière d'assurance-invalidité, dans deux situations particulières, le Tribunal fédéral considère cependant que des mesures d'ordre professionnel préalables doivent, à titre exceptionnel, être considérées comme nécessaires, malgré l'existence d'une capacité de travail médicalement documentée: lorsque la réduction ou la suppression du droit à la rente concerne une personne assurée qui est âgée de 55 ans révolus ou qui a bénéficié d'une rente depuis 15 ans, une réadaptation par soi-même ne peut en principe être exigée d'elle⁵⁷, sous réserve de cas exceptionnels (p.ex. lorsque la longue absence du marché du travail n'est pas due à des motifs liés à l'invalidité)⁵⁸. Le point de savoir si les critères de la durée de 15 ans d'allocation de la rente ou de l'accomplissement de la 55^e année sont réalisés doit être examiné par rapport au moment du prononcé de la décision de suppression de la rente ou au moment à partir duquel cette prestation est supprimée par ladite décision, et non pas en fonction du moment de l'ouverture de la procédure de révision ou celui où est rendue une expertise médicale déterminante⁵⁹. Dans ces deux situations, l'organe d'exécution de l'assurance-invalidité doit, avant de réduire ou de supprimer la rente d'invalidité, examiner et prendre les mesures nécessaires à la réintégration de la personne assurée dans le circuit économique, sous réserve de la réalisation des conditions matérielles du droit à la prestation de réadaptation et de la collaboration de l'intéressé. **31**

D. Les effets de la révision

La révision entraîne une augmentation, une réduction ou une suppression de la prestation **«pour l'avenir»**, en fonction du taux d'invalidité déterminé à nouveau. Le moment à partir duquel la modification du droit à la rente intervient est réglé de manière détaillée dans l'assurance-invalidité (art. 86^{ter} à 88^{bis} RAI) – pour la révision de la rente (art. 28 LAI), de l'allocation pour impotent (art. 42 LAI) et de la contribution d'assistance (art. 42^{quater} LAI) –, mais pas dans l'assurance-accidents et l'assurance militaire. **32**

En matière d'assurance-invalidité, pour produire des effets, la modification de la capacité de gain ou de la capacité d'accomplir les travaux habituels (respectivement de l'impuissance, du besoin de soins ou du besoin d'aide découlant de l'invalidité) doit avoir un **caractère durable**, soit en principe avoir duré trois mois sans interruption notable et, en cas d'amélioration, sans qu'une complication prochaine ne soit à craindre (art. 88a RAI)⁶⁰. **33**

56 P.ex., TF, 4.5.2016, 9C_779/2015, c. 5.5.

57 TF, 26.4.2011, 9C_228/2010, SVR 2011 IV n° 73 220; TF, 29.7.2014, 9C_178/2014, c. 7.

58 TF, 19.8.2015, 9C_183/2015, c. 5 où d'autres exceptions sont citées, SVR 2015 IV n° 41 139.

59 ATF 141 V 5.

60 Sur cette disposition, voir MÜLLER, Rentenrevision, N 450 ss. Critique sur l'application des art. 88^{ter} à 88^{bis} RAI en relation avec l'art. 17 LPGa, LENDFERS, Revisionsnormen, 46 ss et Meldepflichtverletzung, 197 ss (en particulier sur la modification de l'art. 88^{bis} al. 2 let. b RAI au 1^{er} janvier 2015).

Une fois ce temps écoulé, la révision prend effet à des moments différents, selon qu'elle a été demandée par la personne assurée ou que la procédure a été initiée d'office par l'assureur social (N 47) et selon qu'il s'agit d'une augmentation ou d'une diminution de la prestation. En cas d'augmentation de la rente, elle prend effet, si l'assuré a demandé la révision de son droit, au plus tôt dès le mois où cette demande a été présentée (art. 88^{bis} al. 1 let. a RAI); si elle a lieu d'office, la révision intervient dès le mois pour lequel elle avait été prévue (art. 88^{bis} al. 1 let. b RAI), la date y relative devant figurer au dossier de l'organe d'exécution de l'assurance-invalidité⁶¹. Si est en cause une diminution ou une suppression de la rente, elle prend effet au plus tôt le premier jour du deuxième mois qui suit la notification de la décision (art. 88^{bis} al. 2 let. a RAI). Elle a exceptionnellement un **effet rétroactif** lorsque la personne assurée s'est fait attribuer irrégulièrement la prestation ou a manqué à son obligation de renseigner (art. 88^{bis} al. 2 let. b RAI en relation avec les art. 77 RAI et 31 al. 1 LPGA).

- 34 Dans l'assurance-accidents, lorsqu'il s'agit de réduire ou de supprimer la rente en raison, par exemple, de l'amélioration de l'état de santé de l'assuré, c'est la **date de la décision** de l'assureur-accidents qui est déterminante (et non celle de la décision sur opposition), pour autant qu'il soit établi que les conditions de la révision sont réalisées à ce moment-là; la révision prend alors effet le premier jour du mois suivant la date de notification de la décision administrative⁶². La situation est différente en cas de rechute ou de séquelles tardives. La rente d'invalidité doit alors être augmentée – comme lors de l'allocation initiale de la prestation – dès le moment où le traitement médical prend fin; il n'y a pas place ici pour une application par analogie des art. 88a al. 2 et 88^{bis} al. 1 RAI⁶³.
- 35 Le point de savoir si l'assurance-accidents est en droit de supprimer la rente à titre rétroactif en raison de la violation par le bénéficiaire de la prestation de son **obligation de renseigner** n'a pas été tranché explicitement par le Tribunal fédéral jusqu'ici. Alors qu'il avait implicitement admis qu'une violation de l'obligation de renseigner entraînait la suppression d'une rente de l'assurance-accidents avec effet rétroactif⁶⁴, il a par la suite laissé cette question indécise⁶⁵. Au regard du texte clair de l'art. 17 al. 1 LPGA («pour l'avenir») et de l'absence de dispositions spécifiques sur ce point dans le domaine de l'assurance-accidents, la possibilité pour l'assureur-accidents de supprimer rétroactivement la rente d'invalidité de la LAA en cas de révision doit être niée⁶⁶.
- 36 Lorsque l'assureur social a rendu une décision de révision selon laquelle la rente est réduite ou supprimée, en **retirant l'effet suspensif** à un éventuel recours, ce retrait dure, en cas de renvoi par l'autorité judiciaire à l'administration, également pendant cette procédure d'instruction jusqu'à la notification de la nouvelle décision. Il en va différemment, en revanche, si la décision de révision contestée a été rendue de manière abusive, sans examen suffisant des conditions de la révision, uniquement pour que les effets de la révision interviennent le plus tôt possible; l'autorité judiciaire doit alors restituer l'effet suspensif au recours, retiré par la décision de révision, pour le laps de temps correspondant à celui qu'aurait duré la procédure administrative si elle avait été correctement menée⁶⁷.

61 TF, 5.12.2016, 9C_570/2016, c. 5.

62 ATF 140 V 70, c. 4.

63 ATF 140 V 65, c. 4.2.

64 TF, 30.6.2011, 8C_301/2011, c. 3.5.

65 TF, 21.10.2016, 8C_883/2015, c. 7.3.1 et les arrêts cités. Cf. aussi ATF 140 V 65, c. 3.3 *if*.

66 Dans ce sens, ATF 142 V 259, c. 3.2.1 *if*.

67 ATF 129 V 370; TF, 26.2.2014, 9C_519/2013, c. 4.1; TF, 11.11.2010, 8C_451/2010.

Une fois la décision de révision entrée en force, elle sert à son tour comme **base de comparaison déterminante dans le temps** pour une révision ultérieure, pour autant qu'elle soit fondée sur un examen des conditions matérielles du droit à la rente qui repose sur une constatation des faits pertinents, une appréciation des preuves et une comparaison des revenus conformes au droit⁶⁸ (N 20). 37

On notera que l'art. 17 LPGa ne règle pas le point de savoir si et, cas échéant, quels effets la modification de la rente (ou de la prestation durable) de l'assurance sociale produit dans les cas liquidés par un **recours contre le tiers responsable**. L'examen des conséquences éventuelles qu'entraînerait la suppression d'une rente par voie de révision sur le droit capitalisé à la rente de l'assurance-invalidité est sans importance pour déterminer si la suppression d'une rente par voie de révision est conforme au droit⁶⁹. Une éventuelle prétention que ferait valoir le tiers responsable en raison d'une modification ultérieure des prestations des assurances sociales après le règlement définitif du dommage en matière de responsabilité civile et le versement unique (de l'assureur responsabilité civile à l'assurance-invalidité pour solde de tout compte) ne relève pas d'une procédure en matière d'assurance sociale mais de droit civil. S'agissant de la possibilité prévue dans l'assurance-invalidité de réexaminer des rentes octroyées en raison d'un syndrome sans pathogenèse ni étiologie claires et sans constat de déficit organique, le législateur a expressément prévu que la modification du droit à la rente de l'assurance-invalidité, aux conditions prévues par la let. a des Dispositions finales de la modification du 18 mars 2011 (N 26), n'entraîne aucune modification du droit à une rente complémentaire de la LAA et ne donne lieu à aucune autre prétention en compensation de la part des assurés, dont il n'apparaît pas que le législateur ait voulu exclure les prétentions en matière de responsabilité civile (let. a al. 5 Disp. fin. de la modification du 18 mars 2011)⁷⁰. 38

IV. La révision des autres «prestations durables» (al. 2)

En dehors des rentes des assurances sociales, qui sont l'exemple type d'une prestation durable puisqu'elles sont allouées pour une durée indéterminée, il existe d'autres prestations en espèces qui sont allouées périodiquement et sans être d'emblée limitées dans le temps, comme par exemple, l'allocation pour impotent (art. 42 LAI, art. 26 LAA, art. 43^{bis} LAVS) ou la contribution d'assistance (art. 42^{quater} LAI, art. 43^{ter} LAVS). Ce qui est déterminant, ce n'est pas le caractère périodique de la prestation versée, mais son caractère durable. Aussi, même si elles visent le même but de compensation de la perte de gain subie par la personne assurée en raison de son atteinte à la santé que les rentes, **les indemnités journalières** ont un caractère temporaire: elles sont versées en tant que prestations calculées par jour, sont aménagées de manière plus flexible et peuvent de ce fait être adaptées relativement facilement en cas de modification. Elles constituent donc des prestations qui ne sont pas durables, même si leur versement peut s'étendre sur plusieurs années, et leur adaptation à une modification des faits déterminants pour leur allocation n'est pas soumise aux conditions de la révision au sens de l'art. 17 al. 2 LPGa⁷¹; cette adaptation peut être rétroactive pour les indemnités journalières de l'assurance-accidents. Dans l'assurance-invalidité, en revanche, la durée des indemnités journalières est définie 39

68 Cf. ATF 133 V 108, c. 5.

69 ATF 141 V 148, c. 4.3.

70 RO 2011 5659, 5670 s.; ATF 141 V 148, c. 4.

71 Pour l'AA, ATF 133 V 57 (critiqué par SCHLAURI, Dauerleistungen, 95); TF, 10.6.2016, 8C_42/2016, c. 4.4.1; pour l'AI, ATF 138 V 140, c. 5.3.2.

à l'avance et correspond en règle générale à la durée des mesures de réadaptation accordées; si le montant du revenu déterminant pour le calcul des indemnités journalières se modifie, les indemnités journalières doivent être fixées à nouveau pour l'avenir, alors qu'il n'est pas possible de revenir sur le nombre de jours pendant lesquels les indemnités relatives à un reclassement sont versées, leur durée ayant été d'emblée fixée dans une décision entrée en force⁷².

- 40 De même, les prestations pour soins prises en charge par l'assurance-accidents – qui sont des prestations en nature –, soit avant tout le **traitement médical** (art. 10 LAA) mais aussi les soins à domicile (art. 10 al. 3 LAA en relation avec l'art. 18 OLAA) octroyés aussi longtemps que la continuation du traitement médical est susceptible d'apporter une sensible amélioration de l'état de santé, ont un caractère provisoire ou temporaire, même si elles peuvent se poursuivre pendant plusieurs années. Il ne s'agit pas de prestations durables au sens de l'art. 17 al. 2 LPGA, de sorte que l'assurance-accidents peut procéder à un ajustement rétroactif, notamment y mettre un terme de manière rétroactive⁷³. Toutefois, le Tribunal fédéral a jugé que les **prestations pour soins à domicile** de l'assurance-accidents qui sont allouées après la fixation de la rente de la LAA à des personnes entièrement invalides et accordées en principe la vie durant (art. 18 OLAA en relation avec l'art. 21 let. d LAA) constituent des prestations à caractère durable au sens de l'art. 17 al. 2 LPGA, de sorte qu'elles peuvent être révisées aux conditions prévues par cette disposition. Par exemple, la circonstance que la mère de la personne assurée qui assumait une partie des soins à domicile, partiellement pris en charge par l'assurance-accidents dans le cadre d'une transaction, a atteint l'âge de la retraite et n'est plus en mesure d'effectuer les soins dans la même mesure que jusqu'alors doit être prise en considération à titre de motif de révision, de sorte que le droit aux prestations pour soins à domicile doit être déterminé à nouveau pour le futur⁷⁴.
- 41 Le Tribunal fédéral a par ailleurs retenu que même si l'art. 17 fait partie des dispositions de la section 2 du troisième chapitre de la LPGA sur les «prestations en espèces», il est admis que toutes les prestations à caractère durable, y compris les **prestations en nature**, peuvent donner lieu à une révision (par analogie avec l'art. 41 aLAI sur la révision des rentes de l'assurance-invalidité), la LPGA, qui n'a pas introduit de nouveauté sur ce point, ne limitant certainement pas la possibilité de révision⁷⁵. De même, en relation avec des mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité – qui constituent également des prestations en nature –, le Tribunal fédéral a considéré que les conditions de révision valables pour les rentes sont applicables par analogie à un **moyen auxiliaire de l'assurance-invalidité**⁷⁶. En dépit de la systématique légale, l'art. 17 al. 2 peut par conséquent être appliqué (par analogie) à des prestations en nature, pour autant qu'elles aient un caractère durable⁷⁷.
- 42 Tant l'**allocation pour impotent** de l'assurance-accidents (art. 26 LAA)⁷⁸ que celle de l'assurance-invalidité (art. 42 LAI) constituent clairement une prestation durable au sens

72 TF, 16.4.2010, 9C_782/2009, c. 4

73 ATF 133 V 57.

74 TF, 5.9.2014, 8C_457/2014, c. 3.

75 TF, 23.7.2010, 8C_896/2009, c. 4, RtiD 2011 I 206 (sur les prestations pour soins de l'art. 18 OLAA).

76 ATF 135 I 161, c. 4.2. Cf. aussi, ATF 105 V 173. La question du caractère durable ou périodique des moyens auxiliaires a cependant été laissée ouverte in TF, 10.2.2010, 9C_767/2009, c. 5.2.

77 Dans le même sens, KIESER, Anpassung, 20.

78 TF, 23.8.2016, 8C_257/2016, c. 2.3.

de l'art. 17 al. 2. L'augmentation, la réduction ou la suppression de l'allocation pour impotent suppose donc qu'il existe une modification notable des faits, comme une amélioration ou une péjoration de l'état de santé ou l'utilisation d'un nouveau moyen auxiliaire, propre à influencer le degré d'impotence et donc l'étendue de la prestation. Ainsi, le fait que la personne assurée, dont le droit à une allocation pour impotent est justifié par le besoin d'accompagnement pour faire face aux nécessités de la vie (cf. art. 38 al. 1 let. b RAI) et non par des difficultés à réaliser les différents actes ordinaires de la vie, est en mesure de se rendre dans un café-restaurant et d'y rendre service en accomplissant quelques menues tâches ne correspond pas à une modification des circonstances suffisante pour démontrer que le besoin d'accompagnement n'existe plus⁷⁹.

Toujours en relation avec l'allocation pour impotent, l'accession à l'âge de la majorité ne constitue pas en soi un motif de révision au sens de l'art. 17 al. 2. Elle ne doit pas non plus être considérée comme la survenance d'un nouveau cas d'assurance, de sorte que le droit à l'allocation pour impotent d'un assuré mineur ne peut pas être examiné librement et complètement à sa majorité, sans égard aux conditions de la révision. Dès lors que ce droit peut, à la majorité, être examiné sous l'angle de la révision, le moment à partir duquel une éventuelle réduction ou suppression de la prestation prend effet se détermine selon l'art. 88^{bis} al. 2 RAI⁸⁰.

Les conditions de la révision de l'art. 17 al. 2, en particulier l'existence d'un changement notable des circonstances dont dépendait l'octroi de la prestation durable, correspondent dans une large mesure à celles qui sont prévues à l'al. 1 de la disposition, de sorte qu'on peut renvoyer aux considérations y relatives (N 11 ss). Toutefois, à la différence du premier alinéa de l'art. 17, le second n'indique pas que la prestation durable est révisée «pour l'avenir». On ne saurait cependant en déduire que l'art. 17 al. 2 permette un ajustement rétroactif de la prestation⁸¹, singulièrement une suppression rétroactive de celle-ci. Un tel effet rétroactif devrait être expressément prévu par la loi ou son ordonnance d'exécution (comme c'est p.ex. le cas à l'art. 88^{bis} al. 2 let. b RAI). Par ailleurs, l'assureur social est tenu en principe de réexaminer périodiquement les conditions du droit à des prestations durables⁸² et peut initier d'office une procédure de révision, de sorte que l'adaptation de la prestation durable à une modification des circonstances factuelles – que la personne assurée est tenue d'annoncer en vertu de l'art. 31 LPGa – devrait pouvoir intervenir assez rapidement, cas échéant après la mise en œuvre de mesures d'instruction, lors de la survenance du changement.

Dans le domaine des prestations complémentaires, qui constituent des prestations durables au sens de l'art. 17 al. 2 LPGa⁸³, la modification (augmentation, réduction ou suppression) de la **prestation complémentaire annuelle** (en cours d'année civile) en raison de changements de circonstances relatives à la situation personnelle et économique de l'ayant droit est réglée plus particulièrement à l'art. 25 OPC-AVS/AI. L'al. 1 de la disposition prévoit les motifs qui justifient une telle modification, tandis que l'al. 2 détermine le moment à partir duquel l'augmentation, la réduction ou la suppression prennent effet. Ainsi, la modification des dépenses reconnues, des revenus déterminants et de la fortune n'est pas considérée comme notable si le résultat en est une variation de la prestation in-

79 TF, 24.3.2016, 9C_628/2015, c. 5.4.

80 ATF 137 V 424.

81 Question laissée ouverte in ATF 133 V 57, c. 6.8.

82 ATF 109 V 258, c. 4.

83 TFA, 22.4.2005, P 51/04, c. 1.1, SVR 2008 EL n° 8 27.

férieure à CHF 120 par an, auquel cas il peut être renoncé à une rectification (art. 25 al. 1 let. d OPC-AVS/AI). En revanche, lorsque le nouveau calcul opéré par l'organe d'exécution en raison de la réalisation de l'un des motifs de modification met en évidence un montant plus élevé des prestations complémentaires, l'intéressé a en principe droit au paiement à titre rétroactif des prestations dues. A l'inverse, l'adaptation des prestations complémentaires aux circonstances personnelles ou économiques peut aussi conduire à ce que l'ayant droit soit tenu de restituer des prestations reçues en trop, lorsque l'obligation de renseigner a été violée; l'art. 25 al. 2 let. c OPC-AVS/AI réserve expressément la créance en restitution dans ce cas. La restitution est réglée par l'art. 25 LPGA⁸⁴.

V. La procédure de révision

- 46 En raison de la force obligatoire de la décision (initiale) concernant le droit à une rente ou à une autre prestation durable, un nouvel examen de ce droit n'a pas à être effectué aussi longtemps que les faits pertinents qui ont fait l'objet d'une appréciation à l'époque ne se sont pas modifiés. Pour qu'un tel examen ait lieu, il faut donc d'abord commencer par évaluer si un motif de révision existe, soit si une modification notable des faits susceptible d'influencer le droit à la prestation est survenue (N 11 ss et 22 ss). Si ce n'est pas le cas, toute adaptation de ce droit est d'emblée exclue. A l'inverse, en présence d'un motif de révision, le droit à la prestation fait l'objet d'un nouvel examen étendu et est, cas échéant, adapté à la nouvelle situation (N 27 ss).
- 47 La procédure de révision peut être initiée **d'office par l'assureur social** ou **à la demande de la personne assurée**, en tout temps et indépendamment de la durée écoulée depuis qu'a été rendue la décision devant être révisée. Dans le domaine de l'assurance-invalidité, l'intéressé qui fait valoir une modification des circonstances relatives au droit à la prestation durable et à son étendue doit **rendre plausible** le changement invoqué, à défaut de quoi l'organe d'exécution de l'assurance-invalidité n'entrera pas en matière sur sa demande (cf. art. 87 al. 2 et 3 RAI, dont le but est de restreindre la possibilité de présenter de manière répétée des demandes insuffisamment motivées⁸⁵). Il doit donc apporter des indices suffisants d'une modification des circonstances; s'il se limite à se référer à des moyens de preuve complémentaires, en particulier des rapports médicaux, en indiquant qu'il les produira ultérieurement ou qu'il appartient à l'assureur social de les recueillir, ce dernier est tenu de fixer un délai approprié à la personne assurée pour apporter ces preuves en l'avertissant qu'à défaut, il n'entrera pas en matière sur la demande de révision. Si la décision de non-entrée en matière fait l'objet d'un recours de la personne assurée, l'autorité judiciaire examinera la cause en se fondant sur l'état de fait tel qu'il se présentait à l'administration⁸⁶. Selon la jurisprudence, ces principes sont applicables par analogie en matière d'assurance-accidents⁸⁷.
- 48 L'assureur social est en droit de **suspendre provisoirement** le versement de la prestation – ce qui correspond à une mesure provisionnelle (cf. art. 56 PA) –, à la condition de respecter le droit d'être entendu de la personne assurée et de motiver suffisamment sa décision. La suspension provisoire suppose ensuite que l'assureur social poursuive rapidement la procédure, même si sa décision provisionnelle est contestée en justice, et la mène à terme dans un délai approprié. Lorsqu'il apparaît, à l'issue de la procédure adminis-

84 ATF 138 V 298, c. 5.2.1.

85 ATF 133 V 108, c. 5.3.1.

86 ATF 130 V 64, c. 5.2.5.

87 TF, 31.8.2012, 8C_263/2012, c. 3.3; TF, 13.11.2007, U 55/07, c. 4.1.

trative (voire judiciaire), que la prestation est maintenue, celle-ci est versée à la personne assurée avec des intérêts pour toute la durée de la suspension provisoire. En conséquence, la suspension à titre provisoire du versement de la prestation ne constitue pas en règle générale une mesure provisionnelle causant un préjudice irréparable à l'intéressé au sens de l'art. 93 LTF (sur les conditions de recevabilité du recours formé au Tribunal fédéral contre les décisions préjudicielles et incidentes [autres que celles prévues par l'art. 92 LTF])⁸⁸.

A l'issue de la procédure de révision, la décision y relative remplace le prononcé qui fait l'objet de la révision, indépendamment du résultat de la révision, soit que la rente soit augmentée, réduite ou confirmée après un examen sous l'angle matériel du droit à la prestation. Lorsque, par la suite, la décision de révision est elle-même modifiée en raison d'une nouvelle révision ou d'une reconsidération ultérieure, la décision initiale ne «renaît» pas, mais partage le sort de la décision de révision. Il en découle que si la décision de révision se révèle manifestement erronée et fait l'objet d'une reconsidération (art. 53 N 69 ss), le droit à la prestation doit alors être examiné librement pour le futur, sans devoir vérifier s'il existe un motif de révocation en relation avec la décision initiale⁸⁹.

En cas de contestation sur la réalisation des conditions de la révision de la prestation, l'autorité judiciaire (de première ou seconde instance) saisie du litige peut, cas échéant, procéder à une **substitution de motifs**. Lorsqu'elle arrive à la conclusion qu'il n'y a pas de motif de révision au sens de l'art. 17, mais que les conditions d'une reconsidération de la décision par laquelle la prestation a été allouée (ou confirmée) au sens de l'art. 53 al. 2 (ou d'une révision procédurale au sens de l'art. 53 al. 1) sont réalisées, la juridiction cantonale ou fédérale peut confirmer la suppression de la prestation – initialement prononcée par l'assureur social en raison d'une révision – en se fondant sur la reconsidération (ou sur la révision procédurale) de la décision administrative⁹⁰ (art. 53 N 111 ss). L'inverse – soit la substitution du motif de la révision au sens de l'art. 17 à celui de la reconsidération⁹¹ – est également possible, de même qu'une substitution de motifs en cas d'application de la let. a, al. 1, des Dispositions finales de la modification du 18 mars 2011 de la LAI⁹² (N 26). Dans cette dernière éventualité, la substitution de motifs par le juge ne nous paraît possible que si la procédure de révision de la rente a été initiée par l'organe d'exécution de l'assurance-invalidité jusqu'au 31 décembre 2014. Le réexamen prévu par la disposition finale en question a été introduite pour une période limitée dans le temps, du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2014; cette limitation temporelle doit aussi être respectée en cas de substitution de motifs, qui ne saurait s'appliquer à une procédure de révision débutée après le 31 décembre 2014.

Dans toutes les constellations dans lesquelles l'autorité judiciaire procède à une substitution de motifs, la **garantie du droit d'être entendu** (art. 29 al. 2 Cst.) exige que les parties soient informées au préalable et puissent s'exprimer au sujet de cette dernière⁹³; les parties peuvent en principe s'attendre à ce que le droit d'être entendu leur soit accordé lorsque le tribunal effectue une substitution de motifs⁹⁴.

88 TF, 17.4.2013, 9C_867/2012, c. 2; TF, 12.4.2010, 9C_45/2010, c. 1.2 et 2.

89 ATF 140 V 514, c. 5.2.

90 P.ex., TF, 24.3.2016, 9C_770/2015, c. 2.1; TF, 5.7.2010, 9C_303/2010, c. 4.

91 P.ex., TF, 2.5.2014, 9C_589/2013, c. 5.

92 ATF 141 V 385, c. 5; TF, 3.9.2014, 9C_121/2014; TF, 21.3.2016, 9C_880/2015, c. 3.1.

93 ATF 125 V 368; TF, 19.9.2011, 8C_386/2011, c. 3.2; TF, 17.7.2015, 9C_361/2015; TF, 5.7.2010, 9C_303/2010.

94 TF, 3.4.2017, 9C_766/2016, c. 3.2.

VI. Dérogations à l'art. 17

- 52 Dans le domaine de l'**assurance-accidents**, une **dérogation** à l'art. 17 al. 1 LPGA est expressément prévue: la rente d'invalidité ne peut plus être révisée à compter du mois au cours duquel l'ayant droit perçoit une rente de vieillesse de l'assurance-vieillesse et survivants (s'il a fait usage de la possibilité d'anticiper le versement de la rente au sens de l'art. 40 LAVS), mais au plus tard lorsqu'il atteint l'âge à partir duquel il a droit à la rente de vieillesse de l'assurance-vieillesse et survivants, soit 65 ans s'il est de sexe masculin et 64 ans s'il est de sexe féminin (art. 22 LAA en corrélation avec l'art. 21 LAVS). Pour être valable au regard de ces limitations temporelles, la procédure de révision doit avoir été initiée avant la date déterminante, tandis que l'introduction de la procédure doit également avoir été communiquée au bénéficiaire de la prestation avant ce moment. La décision de révision en tant que telle peut en revanche être rendue postérieurement⁹⁵.
- 53 En vertu de l'art. 27, 2^e phrase, LAA, l'art. 22 LAA est applicable par analogie à la révision de l'allocation pour impotent de l'assurance-accidents. Avant l'entrée en vigueur de la LPGA, ce renvoi ne valait pas pour la limitation temporelle de la possibilité de réviser la prestation mais pour la condition selon laquelle l'allocation pour impotent était sujette à révision pour autant qu'elle subit une modification notable⁹⁶. Depuis le 1^{er} janvier 2003, ce renvoi a pour conséquence qu'une adaptation de l'allocation pour impotent n'est plus possible une fois atteintes les limites d'âge prévues. On peut penser qu'il s'agit d'une inadvertance du législateur: si la rente d'invalidité ne peut plus être révisée, c'est parce qu'elle joue, dans l'idée du législateur, un rôle de prévoyance vieillesse, alors que l'allocation pour impotent ne vise pas ce même but et devrait donc pouvoir être soumise à révision sans limitation temporelle⁹⁷.
- 54 Dans l'**assurance militaire**, la rente d'invalidité qui a été allouée à un assuré pour une période indéterminée est transformée en rente de vieillesse lorsque l'ayant droit atteint l'âge de la retraite (prévu par l'art. 21 LAVS). En **dérogation** à l'art. 17 al. 1 LPGA, la révision de cette rente de vieillesse en raison d'une modification du taux d'invalidité est exclue (art. 47 al. 2 LAM).

Art. 18

Montant maximum du gain assuré

Höchstbetrag des versicherten Verdienstes

Importo massimo del guadagno assicurato

Pour les assurances sociales qui allouent des prestations en espèces fixées en pour-cent du gain, le Conseil fédéral fixe le montant maximum du gain assuré.

Für Sozialversicherungen mit Geldleistungen, die gesetzlich in Prozenten des versicherten Verdienstes festgesetzt sind, bestimmt der Bundesrat dessen Höchstbetrag.

Per le assicurazioni sociali che accordano prestazioni pecuniarie fissate in percentuale del guadagno assicurato, il Consiglio federale fissa l'importo massimo di quest'ultimo.

⁹⁵ SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 301.

⁹⁶ Cf. MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 425.

⁹⁷ FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 333; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 17 N 72.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Champ d'application	2
III. Délégation de compétence au Conseil fédéral	10

Bibliographie

HOLZER ANDRÉ PIERRE, Der versicherte Verdienst in der obligatorischen Unfallversicherung, RSAS 2010 201 ss.

I. Introduction

L'art. 18 LPGA délègue au Conseil fédéral la compétence de fixer le montant maximum du gain assuré à prendre en compte pour le calcul des prestations en espèces calculées en pour-cent du gain assuré. **1**

II. Champ d'application

L'art. 18 LPGA s'applique exclusivement aux prestations en espèces dont le montant est exprimé sous la forme d'un pourcentage du gain assuré. La disposition ne concerne donc pas tous les régimes d'assurances sociales, ni toutes les prestations en espèces. **2**

Les **prestations visées par l'art. 18 LPGA** sont: les indemnités journalières versées par l'assurance-accidents (art. 15 al. 1 et 17 LAA)¹, l'assurance-chômage (art. 22 LACI), l'assurance-invalidité (art. 23 LAI) et l'assurance militaire (art. 28 al. 2 LAM), ainsi que les rentes de l'assurance-accidents (art. 15 al. 1, 20 et 31 LAA) et de l'assurance militaire (art. 40 al. 2, 47 al. 1 et 51 LAM). **3**

Le **pourcentage du gain assuré** auquel correspond le montant d'une prestation en espèces **varie selon les prestations**. Il s'élève à 80% pour les indemnités journalières de l'assurance-accidents, de l'assurance-invalidité et de l'assurance militaire, ainsi que pour les rentes d'invalidité de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire (art. 17 al. 1 et 20 al. 1 LAA, art. 23 LAI, art. 28 al. 2 et 40 al. 2 LAM), à 70% ou à 80% pour les indemnités de chômage (selon, notamment, que l'assuré a ou non une obligation d'entretien envers des enfants de moins de 25 ans [art. 22 LACI]) et à 40% pour les rentes de conjoint survivant de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire (respectivement à 15% pour les rentes servies aux orphelins; cf. art. 31 LAA et art. 52-53 LAM). **4**

Les **prestations qui ne sont pas concernées par l'art. 18 LPGA** sont: les rentes servies par l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (étant donné qu'elles ne correspondent pas à un pourcentage du gain assuré, mais sont calculées en fonction du nombre d'années de cotisations et du revenu annuel moyen de l'assuré; cf. art. 29^{bis} al. 1 et 34 al. 1 LAVS, art. 36 al. 2 LAI; cf. art. 15 N5); les allocations familiales (puisque leur montant ne dépend pas d'un quelconque gain de l'ayant droit; cf. art. 5 LAFam et art. 7 LFA); la rente pour atteinte à l'intégrité de l'assurance militaire (celle-ci correspond à un pourcentage d'un montant annuel fixe, lequel s'élève actuellement à CHF 20 000.–, en fonction de la **5**

¹ Les indemnités journalières de transition et l'indemnité pour changement d'occupation au sens des art. 83-88 OPA sont également concernées.

gravité de l'atteinte; cf. art. 49 LAM) et l'indemnité équitable à titre de réparation morale de l'assurance militaire (art. 59 LAM); les allocations de service et de maternité servies en vertu de la LAPG (puisque ce régime «ne limite pas le gain déterminant mais le montant de l'allocation à l'intérieur d'un système particulier»²); les indemnités journalières de l'assurance-maladie (le montant de celles-ci est fixé librement par l'assuré et l'assureur; cf. art. 72 al. 1 LAMal).

- 6 Les prestations calculées en se fondant sur le montant maximal du gain assuré ne sont pas non plus concernées par l'art. 18 LPGA.** Dans l'assurance-accidents, le montant maximal du gain assuré sert de référence au calcul des allocations pour impotent (art. 27 LAA et art. 38 OLAA) et des indemnités pour atteinte à l'intégrité (art. 25 LAA, art. 36 OLAA et Annexe 3 OLAA). Ces prestations ne tombent pas sous le coup de l'art. 18 LPGA, étant donné que leur montant ne dépend pas du gain assuré effectif de l'ayant droit. Si, en cas d'augmentation du montant maximum du gain assuré, les bénéficiaires d'une allocation pour impotent voient le montant de celle-ci être augmenté, il n'en va pas de même des personnes ayant perçu une indemnité pour atteinte à l'intégrité, étant donné que cette prestation est une indemnité unique, qui doit être calculée en se fondant sur le montant maximum du gain assuré valable au jour de l'accident (cf. art. 25 al. 1 LAA)³.
- 7** Bien que les **prestations en nature** ne soient pas concernées par l'art. 18 LPGA, il peut arriver qu'un montant maximal soit arrêté pour certaines d'entre elles en référence au gain maximum assuré. Tel est le cas, par exemple, dans l'assurance-accidents, des frais d'ensevelissement qui ne sont remboursés que dans la mesure où ils n'excèdent pas sept fois le montant maximum du gain journalier assuré, ainsi que des frais de transport du corps à l'étranger qui sont pris en charge jusqu'à concurrence du cinquième du montant maximum du gain annuel assuré (art. 14 LAA et art. 21 al. 1 OLAA). Le montant maximum du gain assuré servant de base de calcul est celui en vigueur au moment où les frais sont encourus⁴.
- 8** L'art. 18 LPGA concerne le **gain pris en compte pour le calcul de prestations en espèces** et s'applique donc exclusivement au domaine des prestations. Le gain assuré pouvant servir à déterminer le montant des cotisations sociales n'est donc pas visé par la disposition précitée.
- 9** Dans un même régime d'assurance sociale, il n'est pas nécessaire que le gain assuré servant de base au calcul des prestations soit identique au revenu sur lequel sont prélevées les cotisations sociales. Ainsi, par exemple, si les allocations familiales font partie du gain assuré pris en compte pour le calcul des prestations servies par l'assurance-accidents (art. 22 al. 2 let. b OLAA), elles ne font pas partie du gain soumis aux primes destinées à financer cette assurance (art. 115 al. 1 let. a OLAA). Dans le même ordre d'idées, le fait que le gain assuré servant à la détermination du montant des prestations soit plafonné,

2 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 249. *Contra*: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 18 N 7, qui considère que l'art. 18 LPGA s'applique aux allocations de service et de maternité versées en application de la LAPG.

3 COMMISSION AD HOC SINISTRES LAA, Recommandations relatives à l'application de la LAA et de l'OLAA, n° 1/2016 «Montant maximum du gain assuré dès le 1^{er} janvier 2016», établie le 22 juillet 2015.

4 COMMISSION AD HOC SINISTRES LAA, Recommandations relatives à l'application de la LAA et de l'OLAA, n° 1/2016 «Montant maximum du gain assuré dès le 1^{er} janvier 2016», établie le 22 juillet 2015.

n'implique pas nécessairement que le gain soumis à cotisations le soit également. Dans le régime des allocations pour perte de gain, les cotisations sont prélevées sur le revenu effectif de l'assuré, sans plafonnement (art. 26 LAPG), alors que les prestations versées sont limitées à un certain montant (CHF 245.– par jour pour l'allocation de service, respectivement CHF 196.– par jour pour l'allocation de maternité; cf. art. 16a et 16f LAPG). Dans le même sens, dans l'assurance-chômage, si les cotisations sont prélevées jusqu'à concurrence du montant maximal du gain assuré (cf. art. 3 al. 2 LACI), le Conseil fédéral dispose de la compétence pour soumettre à l'obligation de cotiser les tranches de salaires qui excèdent ce plafond (cf. art. 90c LACI).

III. Délégation de compétence au Conseil fédéral

L'art. 18 LPGA délègue au Conseil fédéral la compétence de **fixer un plafond** au gain assuré pris en compte pour le calcul des prestations en espèces. **10**

Contrairement à ce qui avait été initialement prévu lors de l'élaboration de la LPGA, **l'art. 18 LPGA n'exige pas qu'un plafond uniforme, applicable à toutes les branches d'assurances sociales, soit arrêté**⁵. Le montant maximum du gain assuré est donc susceptible de varier d'un régime à l'autre et le Conseil fédéral dispose par ailleurs d'une large marge de manœuvre, puisque l'art. 18 LPGA ne lui impose aucun critère particulier à respecter. La liberté du Conseil fédéral en la matière peut, en revanche, être restreinte par les lois spéciales d'assurances sociales, comme c'est le cas, dans le régime de l'assurance-accidents, où l'art. 15 al. 3 LAA l'oblige à fixer le montant maximum du gain assuré de manière à garantir qu'une certaine proportion de travailleurs parvienne à assurer l'entier de leur gain (N 12). **11**

Dans **l'assurance-accidents**, le montant maximum du gain assuré est actuellement arrêté à **CHF 148 200.– par an**, ce qui correspond à un gain assuré journalier maximal de CHF 406.– (art. 15 al. 3 LAA, art. 22 al. 1 et 138 OLAA). Ce montant maximum prévaut également lorsqu'un assuré est partie à plusieurs rapports de travail, de sorte que la part du salaire qui excéderait le montant maximum du gain assuré n'entre pas en considération pour le calcul des prestations, pas plus qu'elle ne saurait donner lieu à la perception de primes (art. 115 al. 2 OLAA)⁶. Dans ce régime d'assurance, lorsque le Conseil fédéral fixe le montant maximal du gain assuré au sens de l'art. 18 LPGA, il est tenu de veiller à ce que, en règle générale, au moins 92%, mais pas plus de 96% des travailleurs assurés soient couverts pour leur gain intégral (art. 15 al. 3 LAA). Le montant maximum du gain assuré doit donc être adapté régulièrement en fonction de **12**

5 Si dans son rapport de 1984, la SSDA estimait qu'il était nécessaire d'uniformiser le gain assuré et son montant maximum afin que les prestations en espèces des différentes assurances sociales soient calculées sur une même base (Rapport SSDA, 45) – point de vue partagé par la Commission du Conseil des Etats (Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 249: «Le montant maximum du gain déterminant (←) doit être le même pour toutes les branches d'assurance qui connaissent un tel plafond») et par le Conseil fédéral (Avis CF, FF 1991 II 888, 893: «Selon les explications de la commission, on peut assumer qu'il s'agit de fixer un montant maximal uniforme. Ceci devrait être indiqué dans la loi»; cf. aussi Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 913 s.), la Commission du Conseil national a renoncé à proposer une telle uniformisation (Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4176). Sur la genèse de l'art. 18 LPGA, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 18 N 1 s.

6 ATF 114 V 181.

l'évolution des salaires⁷. **En principe, le montant du gain assuré maximum déterminant est celui qui était en vigueur au moment de la survenance de l'accident**⁸. L'art. 23 al. 7 OLAA, qui concerne la détermination du gain assuré pour l'indemnité journalière dans des cas spéciaux (disposition qui prévoit que «[l]e salaire déterminant doit être à nouveau fixé pour l'avenir au cas où le traitement médical a duré au moins trois mois et où le salaire de l'assuré aurait été augmenté d'au moins 10% au cours de cette période»), ne s'applique pas au montant maximum du gain assuré, de sorte que le montant maximum au sens de l'art. 22 al. 1 OLAA est celui en vigueur au moment de l'accident⁹. En cas de rechutes ou de séquelles tardives, le salaire déterminant est celui que l'assuré a reçu juste avant celles-ci (art. 23 al. 8 OLAA); dans ce cas, le montant maximum du gain assuré doit alors également correspondre à celui qui est en vigueur au moment où la rechute ou les séquelles tardives se manifestent¹⁰. S'agissant du calcul des rentes d'invalidité, la jurisprudence a précisé que lorsque le montant maximum du gain assuré est modifié au cours de l'année qui a précédé l'accident (cf. art. 15 al. 2 LAA: pour le calcul des rentes, est pris en compte le salaire que l'assuré a gagné durant l'année qui a précédé l'accident), le montant déterminant est celui en vigueur au moment de la survenance de l'accident¹¹. Lorsque le droit à la rente prend naissance plus de cinq ans après l'événement assuré, le salaire déterminant est celui que l'assuré aurait reçu, pendant l'année précédant l'ouverture du droit à la rente, s'il n'avait pas été victime du risque, à condition toutefois que ce salaire soit plus élevé que celui qu'il touchait juste avant la survenance du risque (art. 24 al. 2 OLAA); en pareille hypothèse, le montant maximum du gain assuré qui doit être pris en compte est également celui en vigueur le jour précédant l'ouverture du droit à la rente¹².

- 13** Dans l'**assurance militaire**, le montant maximum du gain annuel assuré s'élève, actuellement, à **CHF 152 276.-** (art. 15 OAM). Ce montant doit être adapté à l'évolution des salaires et des prix (art. 28 al. 4, 40 al. 3, 43 et 51 LAM). Cette adaptation a lieu, en règle générale, tous les deux ans¹³.

7 Initialement fixé à CHF 69 600.- lors de l'entrée en vigueur de l'OLAA (RO 1983 38), le montant maximum du gain assuré a successivement été porté à CHF 97 200.- (avec effet au 1^{er} janvier 1991), CHF 106 800.- (avec effet au 1^{er} janvier 2000), CHF 126 000.- (avec effet au 1^{er} janvier 2008) et CHF 148 200.- (avec effet au 1^{er} janvier 2016; RO 2014 4213).

8 ATF 123 V 133, c. 2c.

9 Cf. COMMISSION AD HOC SINISTRES LAA, Recommandations relatives à l'application de la LAA et de l'OLAA, n° 1/2016 «Montant maximum du gain assuré dès le 1^{er} janvier 2016», établie le 22 juillet 2015.

10 ATF 140 V 41, c. 6. Cf. aussi COMMISSION AD HOC SINISTRES LAA, Recommandations relatives à l'application de la LAA et de l'OLAA, n° 1/2016 «Montant maximum du gain assuré dès le 1^{er} janvier 2016», établie le 22 juillet 2015.

11 ATF 123 V 133.

12 ATF 140 V 41, c. 6. Cet arrêt constitue un revirement de jurisprudence. A l'époque, le TF considérait que le montant maximal du gain assuré déterminant était celui en vigueur au moment de l'accident (cf., notamment, TF, 25.9.2013, 8C_257/2013; TFA, 2.12.2004, U 384/01; ATF 127 V 456; ATF 118 V 293).

13 Depuis le 1^{er} janvier 2005, le montant maximum du gain assuré a en effet été augmenté à six reprises, passant de CHF 133 798.- (RO 2004 4545) à CHF 137 545.- (dès le 1^{er} janvier 2007; RO 2006 4555), CHF 141 672.- (dès le 1^{er} janvier 2009; RO 2008 5193), CHF 146 206.- (dès le 1^{er} janvier 2011; RO 2010 5527), CHF 149 423.- (dès le 1^{er} janvier 2013; RO 2012 7167), CHF 150 918.- (dès le 1^{er} janvier 2015; RO 2014 3893) et CHF 152 276.- (dès le 1^{er} janvier 2017; RO 2016 4417).

En **assurance-chômage**, le montant maximum du gain assuré correspond à celui valable dans l'assurance-accidents obligatoire (art. 23 al. 1 LACI). **14**

Un renvoi au montant maximum du gain assuré qui prévaut dans l'assurance-accidents est également opéré dans l'**assurance-invalidité**. Les art. 23 al. 1 et 24 al. 1 LAI fixent en effet le montant maximum de l'indemnité journalière à 80% du gain maximum applicable dans l'assurance-accidents. **15**

Art. 19

Versement de prestations en espèces ¹ En règle générale, les prestations périodiques en espèces sont payées mensuellement.

² Les indemnités journalières et les prestations analogues sont versées à l'employeur dans la mesure où il continue à verser un salaire à l'assuré malgré son droit à des indemnités journalières.

³ Les rentes et allocations pour impotents sont toujours payées d'avance pour le mois civil entier. Une prestation qui en remplace une autre est versée seulement pour le mois suivant.

⁴ Si le droit à des prestations semble avéré et que leur versement est retardé, des avances peuvent être versées.

Auszahlung von Geldleistungen

¹ Die periodischen Geldleistungen werden in der Regel monatlich ausbezahlt.

² Taggelder und ähnliche Entschädigungen kommen in dem Ausmass dem Arbeitgeber zu, als er der versicherten Person trotz der Taggeldberechtigung Lohn zahlt.

³ Renten und Hilflosenentschädigungen werden stets für den ganzen Kalendermonat im Voraus ausbezahlt. Eine Leistung, die eine vorangehende ablöst, wird erst für den Folgemonat ausgerichtet.

⁴ Erscheint der Anspruch auf Leistungen nachgewiesen und verzögert sich deren Ausrichtung, so können Vorschusszahlungen ausgerichtet werden.

Versamento di prestazioni pecuniarie

¹ In generale le prestazioni pecuniarie periodiche sono pagate mensilmente.

² Le indennità giornaliere e le prestazioni analoghe spettano al datore di lavoro nella misura in cui egli continua a versare un salario all'assicurato nonostante il diritto a indennità giornaliere.

³ Le rendite e gli assegni per grandi invalidi sono sempre pagati in anticipo per tutto il mese civile. Una prestazione che ne sostituisce un'altra precedente è versata solo per il mese successivo.

⁴ Se il diritto a ricevere prestazioni è dimostrato e se il loro versamento tarda, possono essere versati anticipi.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Le principe du versement mensuel des prestations en espèces périodiques (al. 1)	2
A. La notion de prestations périodiques en espèces	3
B. Le principe du paiement mensuel	7
C. Le destinataire du versement	11
D. Les modalités de paiement	24

	N
III. Le versement des indemnités journalières à l'employeur (al. 2)	27
A. La poursuite du versement du salaire par l'employeur	29
B. Les prestations susceptibles d'être versées à l'employeur	37
IV. Les particularités concernant le versement des rentes, des allocations pour impotent et des prestations de remplacement (al. 3)	40
A. Le versement des rentes et des allocations pour impotent	41
B. Le versement des prestations de remplacement	48
V. La possibilité de percevoir des avances (al. 4)	51

Bibliographie

DUPONT ANNE-SYLVE, L'impact des conflits au travail sur le droit aux prestations des assurances, *in* Dunand/Mahon (éd.), *Conflits au travail: Prévention, gestion, sanctions*, CERT n°6, Genève 2015, 179 ss (cité: *Conflits*); CHRISTOFFEL MARIO, *Spezifische Fragen (Auszahlung, Verzugszins, Einspracheverfahren)*, *in* Schaffhauser/Kieser (éd.), *Praktische Anwendungsfragen*, 145 ss; CHRISTOFFEL MARIO, *Vorschusszahlungen/Rechtsverzögerung im Verwaltungsverfahren* *in* Schaffhauser/Kieser (éd.), *Das prekäre Leistungsverhältnis im Sozialversicherungsrecht*, St-Gall 2008, 99 ss; RIEMER-KAFKA GABRIELA, *Auszahlung von Sozialversicherungsleistungen an bevorschussende Dritte*, *in* Schaffhauser/Schlauri (éd.), *Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis*, St-Gall 2001, 107 ss; VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY, *Effets de la LPGA sur le droit du travail*, DTA 2005, 153 ss.

I. Introduction

- 1 L'art. 19 LPGA concerne les **modalités de versement des prestations en espèces**. Cette disposition prévoit que les prestations périodiques en espèces sont, en règle générale, payées mensuellement (art. 19 al. 1 LPGA); la disposition précise que lorsqu'un assuré au bénéfice d'indemnités journalières ou de prestations analogues continue de percevoir un salaire, ces prestations sont alors versées à son employeur (art. 19 al. 2 LPGA). Si les rentes et les allocations pour impotent doivent toujours être payées d'avance pour le mois civil entier, une prestation qui en remplace une autre doit être servie seulement pour le mois suivant (art. 19 al. 3 LPGA). En outre, lorsqu'un droit à des prestations semble avéré et que leur versement est retardé, des avances peuvent être effectuées (art. 19 al. 4 LPGA).

II. Le principe du versement mensuel des prestations en espèces périodiques (al. 1)

- 2 L'art. 19 al. 1 LPGA postule le principe du versement mensuel des prestations périodiques en espèces.

A. La notion de prestations périodiques en espèces

- 3 Sont visées par l'art. 19 al. 1 LPGA, les **prestations en espèces périodiques**, soit une catégorie de prestations qui englobe, notamment, les **indemnités journalières**, les **rentes**, les **allocations pour impotent**, les **prestations complémentaires annuelles** ou encore les **allocations familiales**¹.

¹ Si les allocations pour enfant et les allocations de formation professionnelle sont des prestations périodiques (cf. art. 3 al. 1 LAFam), les allocations de naissance ou d'adoption que les cantons

Les **prestations en espèces non périodiques**, soit celles qui revêtent la forme d'une **prestation unique** («*einmalige Geldleistung*»), n'entrent à l'inverse pas dans le champ d'application de l'art. 19 al. 1 LPGA. Ainsi, l'**indemnité pour atteinte à l'intégrité** au sens des art. 24-25 LAA, l'**indemnité équitable versée à titre de réparation morale** par l'assurance militaire en cas de lésions corporelles graves (art. 59 LAM) et les **indemnités en capital** servies par l'assurance-accidents ou l'assurance militaire (art. 23, 29 et 32 LAA, art. 58 LAM; art. 15 N 35), ne sont pas des prestations périodiques. Les modalités de versement des prestations en espèces non périodiques ne sont pas arrêtées dans la LPGA, mais dans les lois spéciales.

Les **prestations en nature** (art. 14 LPGA) ne sont pas non plus visées par l'art. 19 al. 1 LPGA. Le fait qu'une prestation en nature est fournie en argent, en application du principe du tiers garant (principe selon lequel l'assuré est le débiteur de la rémunération du fournisseur de prestations, ce qui implique qu'il est tenu de s'acquitter du paiement des prestations et d'en demander ensuite le remboursement à l'assureur; «*Kostenvergütungsprinzip*»), ne permet pas de considérer qu'il s'agit d'une prestation en espèces (art. 14 N 11). Les prestations en nature ne revêtent au demeurant pas la forme de prestations périodiques.

Certaines lois spéciales d'assurances sociales prévoient que lorsque le montant d'une prestation en espèces est inférieur à une certaine limite, la prestation ne doit pas être versée périodiquement, mais en une seule fois. Tel est le cas, notamment, des allocations de maternité (art. 16b-h LAPG), lorsque leur montant mensuel est inférieur à CHF 200.– (art. 35 al. 2 RAPG). En pareille hypothèse, la prestation ne doit pas être considérée comme une prestation périodique, mais comme une prestation unique, de sorte qu'elle échappe à l'application de l'art. 19 al. 1 LPGA. Il en va de même en cas de rachat d'une rente par l'assureur (art. 35 al. 1 LAA, art. 46 al. 1 et 49 al. 3 LAM). En revanche, lorsqu'un paiement annuel est prévu en lieu et place d'un versement mensuel (cf. art. 44 al. 2 LAVS: «En dérogation à l'art. 19 al. 1 et 3 LPGA, les rentes partielles dont le montant ne dépasse pas 10% de la rente minimale complète sont versées une fois l'an à terme échu, au mois de décembre»), la prestation en espèces ne perd pas son caractère périodique².

B. Le principe du paiement mensuel

L'art. 19 al. 1 LPGA consacre le principe du versement mensuel des prestations en espèces périodiques³. **Cette périodicité mensuelle correspond au rythme de paiement arrêté par l'art. 323 al. 1 CO s'agissant du versement du salaire par l'employeur.** Par ce biais, l'art. 19 al. 1 LPGA insiste sur le caractère de revenu de remplacement qui est propre aux prestations en espèces périodiques, dont la fonction consiste généralement à se substituer au salaire⁴.

sont habilités à instituer dans leur régime d'allocations familiales (cf. art. 3 al. 2 et 3 LAFam) constituent, en revanche, des prestations uniques.

2 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168,4206. *Contra*: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 19 N 10.

3 Ce faisant, l'art. 19 al. 1 LPGA reprend une règle qui était déjà consacrée par les différentes lois spéciales d'assurances sociales. Cf. Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168,4206 s.

4 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 19 N 12.

- 8 La périodicité mensuelle du paiement de ces prestations en espèces n'est pas érigée en un principe absolu. L'art. 19 al. 1 LPGA, qui prévoit que les prestations périodiques sont, «[e]n règle générale», versées mensuellement, ne s'oppose en effet pas à ce que **des exceptions** soient instituées dans les lois spéciales d'assurances sociales. De telles exceptions doivent toutefois être consacrées dans une loi au sens formel⁵. Elles se rencontrent, par exemple, dans le régime de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, s'agissant du paiement des rentes, lorsque le montant de celles-ci est particulièrement peu élevé (cf. art. 44 al. 2 LAVS, art. 47 al. 3 LAI; cf. N 6). Des dérogations à l'art. 19 al. 1 LPGA existent également dans le domaine des allocations familiales servies aux agriculteurs indépendants (versement trimestriel si l'agriculteur indépendant exerce son activité à titre principal, respectivement, versement annuel aux agriculteurs indépendants exerçant leur activité à titre accessoire et aux exploitants d'alpages; cf. art. 14 al. 2 LFA).
- 9 L'art. 19 al. 1 LPGA ne précise pas le **terme du paiement**, soit la date à laquelle le paiement doit intervenir. Les règles en la matière sont donc consacrées dans la législation spéciale (cf. p. ex., art. 30 OACI et art. 29 al. 1 LAM). Si le paiement des rentes et des allocations pour impotent doit intervenir d'avance (art. 19 al. 3 LPGA; cf. N 45-47), les lois spéciales ne prévoient pas de terme uniforme de paiement pour ces catégories de prestations (alors que dans l'assurance-accidents, les ordres de paiement doivent être donnés au plus tard le premier jour ouvrable du mois pour lequel la prestation est due, dans l'assurance-vieillesse, survivants et invalidités, ceux-ci doivent être donnés de manière à garantir que le paiement puisse être effectué jusqu'au 20^e jour du mois pour lequel la prestation est due; cf. art. 62 al. 1 OLAA, art. 72 RAVS, art. 82 al. 1 RAI).
- 10 La règle consacrée par l'art. 19 al. 1 LPGA s'applique au versement des prestations et ne concerne donc pas le paiement des primes et des cotisations sociales. Les principes applicables en la matière sont arrêtés dans les lois spéciales d'assurances sociales. Si la périodicité mensuelle est généralement de mise dans l'assurance-maladie obligatoire (art. 90 OAMal)⁶, les cotisations à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité et au régime des allocations pour perte de gain peuvent faire l'objet de paiements trimestriels ou annuels (cf. art. 34 RAVS).

C. Le destinataire du versement

- 11 L'art. 19 al. 1 LPGA, qui dispose que les prestations périodiques en espèces doivent, en principe, être versées mensuellement, ne désigne pas le destinataire du paiement. Les lois spéciales d'assurances sociales ne font généralement pas non plus mention de la personne en mains de laquelle les prestations doivent être versées. Il est cependant d'usage que celles-ci soient servies à leur bénéficiaire, et ce n'est qu'à titre exceptionnel que le paiement est effectué auprès d'un tiers («*Drittauszahlung*»).
- 12 En matière d'assurances privées, domaine dans lequel l'art. 19 LPGA n'est pas applicable, les conditions générales ne règlent en principe pas non plus la question du destinataire du versement des prestations.

⁵ KIESER, ATSG-Kommentar, art. 19 N 13.

⁶ Lorsque l'obligation d'assurance débute ou cesse en cours de mois, le montant de la prime mensuelle doit alors être diminué *pro rata temporis*. Cf. ATF 142 V 87.

1. Le principe: le versement en mains de l'assuré

En règle générale, les prestations sont versées à l'ayant droit ou à son représentant légal (s'agissant des rentes d'orphelin, p.ex.). **13**

Ce principe s'applique également lorsque la prestation est assortie d'un complément (art. 15 N 23 et 30-31). Ainsi, par exemple, la rente pour enfant, qui s'ajoute à la rente de vieillesse ou d'invalidité servie par l'assurance-vieillesse et survivants ou l'assurance-invalidité (art. 22^{ter} et 35^{ter} LAVS, art. 35 et 38-38^{bis} LAI), est versée au bénéficiaire de la rente principale⁷. **14**

2. L'exception: le versement en mains d'un tiers

Les prestations en espèces peuvent, à titre exceptionnel, être versées en mains d'un tiers. Il en va ainsi lorsqu'une disposition légale prévoit le versement d'une prestation à un tiers, en cas de décision judiciaire ou encore si l'ayant droit en fait la demande. **15**

a) Le paiement à un tiers en vertu de la loi

La LPGA contient des règles qui dérogent au principe général qui veut que les prestations en espèces soient versées à leur bénéficiaire. Des dérogations se rencontrent également dans les lois spéciales d'assurances sociales. **16**

A teneur de l'art. 19 al. 2 LPGA, les indemnités journalières et les prestations analogues doivent être allouées à l'employeur, dans la mesure où ce dernier continue de verser un salaire à l'assuré malgré son droit à des indemnités journalières (cf. N 27-39). **17**

Afin de garantir que les prestations en espèces soient utilisées d'une manière conforme à leur but, l'art. 20 LPGA autorise l'assureur à verser tout ou partie de celles-ci à un tiers (cf. aussi art. 22^{bis} al. 2 et 22^{ter} al. 2 LAVS, art. 71^{ter} RAVS, art. 35 al. 4 LAI, art. 12 al. 2 LAM, art. 19 al. 1 let. b LAPG, art. 9 LAFam, art. 9 al. 2 let. d LFA; cf. art. 20 N 1 ss). **18**

En cas d'**octroi rétroactif** de prestations par un assureur social, un versement à un tiers peut intervenir lorsqu'il s'agit de rembourser des avances faites par l'employeur, par une institution d'aide sociale publique ou privée ou encore lorsqu'un assureur a pris provisoirement à sa charge des prestations (art. 22 al. 2 et 71 LPGA)⁸. **19**

b) Le paiement à un tiers en cas de décision d'un juge civil

Certaines dispositions contenues dans les lois spéciales d'assurances sociales prévoient que le versement de prestations en espèces à un tiers peut intervenir en vertu d'une décision rendue par un juge civil (art. 22^{bis} al. 3 et 22^{ter} al. 2 LAVS, art. 71^{ter} RAVS, art. 35 al. 4 LAI). Dès lors que les décisions de la justice civile ne peuvent pas déroger aux modalités de paiement instituées par le droit public, il est nécessaire qu'une norme de droit des assurances sociales prévoie expressément une telle réserve en faveur de ces décisions⁹. **20**

⁷ L'art. 71^{ter} al. 1 RAVS prévoit cependant que lorsque les parents de l'enfant ne sont pas ou plus mariés ou qu'ils vivent séparés, la rente pour enfant peut, sur demande, être versée au parent qui n'est pas titulaire de la rente principale si celui-ci détient l'autorité parentale sur l'enfant avec lequel il vit, toute décision contraire du juge civil ou de l'autorité tutélaire étant toutefois réservée.

⁸ Pour un cas d'application en matière de prestations complémentaires (art. 22 al. 4 OPC-AVS/AI), cf. ATF 141 V 264.

⁹ KIESER, ATSG-Kommentar, art. 19 N 25.

- 21 Dans le cadre de mesures provisionnelles, il se peut que le juge civil ordonne que tout ou partie de prestations sociales soit versé à un tiers (versement des prestations à l'épouse de l'ayant droit, si celui-ci néglige ses obligations envers sa famille, p. ex.).
- c) Le paiement à un tiers sur demande de l'ayant droit
- 22 Des prestations sociales peuvent être servies à une tierce personne lorsque l'ayant droit en fait la demande. Cette possibilité nécessite, notamment, la délivrance d'une procuration écrite signée par l'ayant droit ou par son représentant légal.
- 23 Certaines lois spéciales d'assurances sociales prévoient le versement de prestations à un tiers, à l'instar, par exemple, de l'art. 19 al. 1 let. a LAPG, qui dispose que l'allocation de maternité peut être servie aux proches de la personne ayant droit lorsque celle-ci en décide ainsi.

D. Les modalités de paiement

- 24 L'art. 19 al. 1 LPGGA ne précise pas quelles sont les modalités de paiement des prestations en espèces. Celles-ci sont donc réglées dans les différentes lois et ordonnances spéciales. En règle générale, le paiement intervient sur le compte bancaire ou de chèque postal de l'ayant droit (cf., p. ex., art. 72 RAVS).
- 25 En cas de versement sur un compte bancaire ou postal, le paiement est parfait dès le moment où la banque ou l'office postal inscrit le montant sur le compte du destinataire, de sorte que si l'argent se perd dans l'intervalle entre l'ordre de paiement à la banque ou à la poste et l'exécution de cet ordre (soit, avant l'inscription du virement sur le compte de l'ayant droit), le débiteur doit en assumer le risque¹⁰.
- 26 Il peut arriver que des prestations de différentes assurances sociales soient servies par un seul et même organisme d'assurance, comme il en va des prestations complémentaires, qui peuvent être versées conjointement avec la rente de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité (art. 21 al. 4 LPC)¹¹.

III. Le versement des indemnités journalières à l'employeur (al. 2)

- 27 Il arrive fréquemment qu'un employeur continue de verser son salaire à un employé en incapacité de travail. La poursuite du versement du salaire pendant une période d'incapacité de travail peut découler de la loi (cf. art. 324a CO), d'un engagement contractuel ou intervenir sur une base purement volontaire. Dans un tel cas de figure, l'art. 19 al. 2 LPGGA prescrit que les indemnités journalières et les prestations analogues doivent alors être versées à l'employeur. Certaines lois spéciales contiennent des dispositions analogues (cf., p. ex., s'agissant de l'allocation de maternité, les art. 19 al. 2 LAPG et art. 35 al. 2 RAPG).
- 28 Le versement des indemnités journalières et des prestations analogues à l'employeur (art. 19 al. 2 LPGGA) doit être regardé comme **une exception** au principe général selon lequel les prestations sont communément versées à leur ayant droit (cf. N 11 ss).

10 Cf. TF, 13.5.2013, 9C_912/2012, c. 3; TFA, 2.5.2007, I 83/07, c. 3.3-3.4; TFA, 4.3.2004, H 29/03, c. 3.2.

11 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4206 s.

A. La poursuite du versement du salaire par l'employeur

L'art. 19 al. 2 LPGa subordonne le paiement des prestations sociales en mains de l'employeur à la condition que ce dernier continue de verser un salaire à l'assuré. S'il n'est pas nécessaire que l'employeur s'acquitte de l'entier du salaire, ni que le salaire versé englobe les suppléments de salaire, tels que les gratifications, les primes de fidélité et au rendement, les provisions ou autres pourboires (art. 7 RAVS)¹², il faut, en revanche, que le salaire net payé par l'employeur atteigne au moins le montant des indemnités journalières servies par l'assureur¹³. Dans le cas contraire, le travailleur dispose d'un droit direct contre l'assureur pour le solde¹⁴. 29

Le paiement des prestations à l'employeur intervient sans égard au motif pour lequel celui-ci poursuit le versement du salaire (obligation légale ou contractuelle ou acte volontaire)¹⁵. 30

Dans certains régimes d'assurances sociales, l'employeur verse des prestations sociales à ses salariés en assumant un rôle d'«organe d'exécution», celui-ci fonctionnant en tant qu'«office de paiement» («Zahlungsstelle»)¹⁶. Tel est le cas, notamment, dans l'assurance-accidents (cf. art. 49 LAA) et l'assurance militaire (cf. art. 29 al. 2 LAM), en matière d'allocations familiales (cf. art. 15 al. 2 LAFam) et d'allocations de service et de maternité (art. 19 al. 2 let. b LAPG), ainsi que s'agissant des indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail ou en cas d'intempéries de l'assurance-chômage (cf. art. 39 al. 2 et 48 al. 2 LACI). 31

Dans l'assurance-accidents, si l'art. 49 LAA prévoit que le versement des indemnités journalières peut être confié à l'employeur, cette disposition doit se lire en lien avec l'art. 19 al. 2 LPGa, de sorte que les prétentions de l'employeur vis-à-vis de l'assureur sont limitées au montant du salaire qu'il verse à son employé¹⁷. 32

Concernant les allocations pour perte de gain en cas de service ou de maternité, l'art. 19 al. 2 LAPG dispose que celles-ci sont payées à l'employeur lorsque l'ayant droit est un travailleur salarié. Bien que cette disposition ne mentionne pas la poursuite du versement du salaire en tant que condition du paiement des prestations sociales à l'employeur, une telle exigence se déduit de l'art. 17 al. 1 let. b LAPG, qui autorise l'employeur à introduire les demandes d'allocations auprès de la caisse de compensation compétente, dans la mesure où il «paie à l'ayant droit un salaire pendant la période du droit»¹⁸. Dans le domaine des allocations pour perte de gain, l'employeur occupe un rôle central en matière de versement des allocations. Il ne fait pas office de simple organisme de paiement, comme c'est le cas, notamment, en matière d'allocations familiales, où l'employeur ne fonctionne que comme un intermédiaire à qui il appartient seulement de transférer les paiements¹⁹. Au vu des droits qui lui sont reconnus (la faculté de contester lui-même certaines décisions, p.ex.) et des obligations qui lui incombent dans ce régime d'assurance sociale, l'employeur peut être tenu de restituer les allocations pour perte de gain payées en trop par la caisse de compensation²⁰. 33

12 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 19 N 28.

13 Cf. VON KAENEL/WYLER, 160.

14 Cf. DUPONT, Conflits, 197.

15 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 19 N 29.

16 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4207.

17 Cf. DUPONT, Conflits, 197.

18 Cf. DUPONT, Conflits, 197 s.

19 ATF 140 V 233, c. 3.1 et 4.2.

20 ATF 142 V 43, c. 3.1. Cf. aussi TF, 8.7.2010, 9C_293/2010, c. 1.

- 34** Dans l'**assurance militaire**, une disposition introduit une dérogation expresse à l'art. 19 al. 2 LPGA. Il s'agit de l'art. 29 al. 2 LAM, à teneur duquel l'indemnité journalière de l'assurance militaire peut être versée intégralement à l'employeur, indépendamment du point de savoir si celui-ci paie effectivement un salaire à l'ayant droit²¹. Il convient cependant de retenir qu'en cas de versement direct de l'indemnité journalière à l'employeur, ce dernier n'est libéré de son obligation vis-à-vis de son employé que dans la mesure où il lui a payé un salaire, comme l'exige l'art. 19 al. 2 LPGA²².
- 35** Dans les régimes d'assurances sociales où l'employeur assume la fonction d'« office de paiement » (N 31-34), il se peut soit que les prestations d'assurance lui soient remboursées après qu'il a versé son dû à l'employé (cf. art. 39 al. 2 et 48 al. 2 LACI; N 39), soit que celles-ci lui soient allouées directement sans égard au point de savoir s'il a effectivement payé un salaire à l'employé (art. 49 LAA, art. 29 al. 2 LAM, art. 19 al. 2 LAPG). Dans la seconde hypothèse, il peut arriver que l'employeur ne reverse les prestations sociales qu'après les avoir effectivement encaissées. Cette situation pose problème sous l'angle de l'art. 19 al. 2 LPGA qui subordonne le transfert des droits du travailleur à l'employeur, à la condition que le second ait effectivement versé un salaire au premier²³. En cas de litige, dès lors que celui-ci relève des rapports de travail, l'employé est tenu de s'adresser à la justice civile²⁴. L'art. 19 al. 2 LPGA, qui postule que des « motifs particuliers » peuvent commander un paiement direct des allocations par la caisse de compensation à l'ayant droit, peut être utile à l'employé dans ce cas de figure. La notion de « motifs particuliers » doit en effet être comprise comme englobant les retards de l'employeur dans le versement du salaire, des versements partiels ou l'absence de tout paiement²⁵. La possibilité de l'assuré de requérir le versement direct de la prestation auprès de l'assureur doit trouver une application analogique dans l'assurance-accidents et l'assurance militaire, puisque les art. 49 LAA et 29 al. 2 LAM sont des dispositions potestatives (« *Kann-Vorschriften* »)²⁶. Il devrait en aller de même en matière d'allocations familiales, dès lors que l'art. 15 al. 2 LAFam prévoit que le paiement des allocations familiales intervient « en règle générale » en mains de l'employeur²⁷.
- 36** Dans le domaine des **assurances privées collectives**, l'art. 87 LCA attribue au bénéficiaire un droit propre contre l'assureur dès la survenance du cas d'assurance. Lorsque l'employeur ne verse pas les prestations convenues à l'assuré, ce dernier peut donc ouvrir action contre l'assureur. Le versement des prestations à l'employeur ne libère en effet pas valablement l'assureur de ses obligations vis-à-vis de l'assuré²⁸.

B. Les prestations susceptibles d'être versées à l'employeur

- 37** Les prestations visées par l'art. 19 al. 2 LPGA sont les **indemnités journalières** et les **prestations analogues** (art. 15 N 11-15). Il s'agit des indemnités journalières de l'assurance-invalidité (art. 22-25 LAI), de l'assurance-maladie (art. 67-77 LAMal), de l'assurance-accidents (art. 16-17 LAA) et de l'assurance militaire (art. 28-32 LAM), ainsi que

21 Cf. DUPONT, Conflits, 198.

22 Cf. DUPONT, Conflits, 199.

23 Cf. DUPONT, Conflits, 199.

24 Cf. DUPONT, Conflits, 199.

25 Cf. DUPONT, Conflits, 199.

26 Cf. DUPONT, Conflits, 199.

27 Cf. DUPONT, Conflits, 199 s.

28 Cf. DUPONT, Conflits, 200.

des allocations de service (art. 1-16a LAPG) et de maternité (art. 16b-h LAPG). Cette **liste exhaustive**²⁹ renferme des prestations dont la finalité consiste à garantir un revenu de substitution (prestations versées «à titre de salaire de remplacement»)³⁰.

Les indemnités journalières versées en application des art. 67-77 LAMal se distinguent des autres prestations visées par l'art. 19 al. 2 LPGA de par leur caractère facultatif. Ainsi, dès lors que l'assurance d'une indemnité journalière en cas de maladie n'est pas obligatoire et que l'employeur n'est pas tenu de cotiser à ce régime, de telles prestations ne doivent être versées à l'employeur que si celui-ci a participé au financement de l'assurance; des dérogations à ce principe peuvent toutefois être introduites par le biais d'un arrangement contractuel (art. 72 al. 6 LAMal)³¹. **38**

Si l'**indemnité de chômage** (art. 21 LACI), de même que l'**indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail** et l'**indemnité en cas d'intempéries** de l'assurance-chômage sont également des prestations analogues aux indemnités journalières³², celles-ci **échappent toutefois à l'exception consacrée par l'art. 19 al. 2 LPGA**. S'agissant de l'indemnité de chômage, il va de soi qu'elle ne peut être versée à l'employeur, dès lors qu'elle est précisément destinée aux personnes qui subissent un manque à gagner en raison de la perte de leur emploi (cf. art. 11 al. 1 LACI). Quant aux indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail ou en cas d'intempéries, elles sont versées afin de pallier une diminution du salaire. La LACI prévoit que ces deux catégories d'indemnités doivent être payées aux travailleurs par l'intermédiaire de l'employeur, qui se voit ensuite rembourser par la caisse de chômage les indemnités dûment versées (cf. art. 39 al. 2 et 48 al. 2 LACI)³³. Dans ce cas de figure, l'employeur fonctionne comme organe de paiement des indemnités (N 31 et 35). **39**

IV. Les particularités concernant le versement des rentes, des allocations pour impotent et des prestations de remplacement (al. 3)

Conformément à l'art. 19 al. 3 LPGA, les rentes et les allocations pour impotent sont toujours payées d'avance pour le mois civil entier; une prestation qui en remplace une autre est, en revanche, versée seulement pour le mois suivant. **40**

A. Le versement des rentes et des allocations pour impotent

1. Un versement pour le mois civil entier

Le versement d'une rente ou d'une allocation pour impotent présuppose la **survenance d'un risque permanent** qui entraîne un **besoin durable de protection** (art. 15 N 19 s. et 26). Si ce caractère durable est inhérent aux éventualités vieillesse et décès, en cas d'invalidité et d'impotence, la permanence du besoin est établie à l'aide de différents critères (versement d'une prestation au terme d'un délai d'attente ou seulement une fois que les mesures de réadaptation ont été menées à terme et que l'état de santé de l'assuré est jugé stabilisé). **41**

29 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 19 N 31.

30 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 249.

31 Cf. FF 2002 763, 774 s.; Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4207. Cf. aussi KIESER, ATSG-Kommentar, art. 19 N 33 et 62.

32 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 249.

33 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 19 N 30.

- 42 Au vu de leur **caractère durable**, les rentes et les allocations pour impotent doivent être versées pour tout le mois au cours duquel le droit est né ou s'éteint; ces prestations ne sont donc pas allouées *au pro rata temporis*³⁴.
- 43 Le principe du versement pour le mois civil entier était déjà consacré par les lois spéciales avant l'entrée en vigueur de la LPGA; seule l'assurance militaire prévoyait un paiement *au pro rata temporis* s'agissant du mois au cours duquel le droit à la rente prenait naissance (art. 45 al. 1 aLAM)³⁵. Certaines lois spéciales postulent encore expressément le principe du versement pour le mois civil entier (cf., p.ex., art. 29 al. 1 LAI).
- 44 Si l'art. 19 al. 3 LPGA prescrit que les rentes et les allocations pour impotent doivent être versées pour le mois civil entier, il ne règle en revanche pas le **moment de la naissance et de l'extinction du droit** à ces prestations, de sorte que celui-ci est fixé dans la législation spéciale (cf., p.ex., art. 19 LAA, art. 37 OLAA, art. 28 al. 1, 29 et 42 al. 4 LAI)³⁶. Ainsi, par exemple, alors qu'une rente d'invalidité doit être versée dès le début du mois au cours duquel le droit prend naissance (art. 29 al. 3 LAI), les rentes de vieillesse et de survivants ne sont dues qu'à compter du premier jour du mois qui suit celui où l'assuré a atteint l'âge de la retraite, respectivement dès le premier jour du mois qui suit le décès de l'assuré (art. 21 al. 2, 23 al. 3 et 25 al. 4 LAVS, art. 29 al. 6 et 30 al. 3 LAA, art. 52 al. 1 et 53 al. 1 LAM).

2. Un versement d'avance

- 45 En prescrivant que les rentes et les allocations pour impotent doivent être payées d'avance, l'art. 19 al. 3 LPGA n'a fait que reprendre un principe déjà consacré par les différentes lois spéciales d'assurances sociales³⁷.
- 46 Si l'art. 19 al. 3 LPGA consacre le principe du versement d'avance des rentes et des allocations pour impotent, il est, en revanche, muet sur le **terme du paiement**, soit la date à laquelle celui-ci doit intervenir. Le moment déterminant est donc arrêté dans la législation spéciale et des différences sont perceptibles d'un régime à un autre. Ainsi, dans **l'assurance-accidents**, les ordres de paiement des rentes et des allocations pour impotent doivent être donnés au plus tard le premier jour ouvrable du mois pour lequel la prestation est due (art. 62 al. 1 OLAA); dans **l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité**, le paiement peut intervenir plus tardivement, puisque les caisses de compensation sont tenues de donner les ordres de paiement à la poste ou à la banque à temps pour que le paiement puisse être effectué jusqu'au 20^e jour du mois pour lequel la prestation est due (art. 72 RAVS, art. 82 al. 1 RAI). Le législateur dispose donc d'une certaine marge de manœuvre pour fixer le terme du paiement³⁸.
- 47 L'art. 47a LAI déroge à l'art. 19 al. 3 LPGA en postulant le **paiement, à terme échu et contre présentation d'un décompte, des allocations pour impotent destinées aux mineurs**. Cette **dérogation** s'applique en raison du fait que le montant de l'allocation pour impotent servie aux mineurs n'est déterminé qu'*a posteriori* (l'allocation est en effet calculée et versée par jour, et le droit n'existe que pour les jours que le mineur ne passe pas dans un home ou dans un établissement hospitalier; cf. art. 42^{bis} al. 4 LAI)³⁹.

34 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 249.

35 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 19 N 42 et 66.

36 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 249.

37 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4206.

38 Cf. ATF 127 V 1.

39 FF 2005 4215, 4324.

B. Le versement des prestations de remplacement

Contrairement aux rentes et aux allocations pour impotent qui doivent être payées d'avance, **les prestations de remplacement ne sont versées que pour le mois suivant** (art. 19 al. 3 LPGA). Cette réglementation, qui trouve application lorsqu'une rente ou une allocation pour impotent succède à une autre prestation d'assurance (une rente d'invalidité qui se substitue à des indemnités journalières, p.ex.), a pour but d'**éviter les cumuls injustifiés en cas de mutations**, lorsqu'une prestation vient à être versée en remplacement d'une autre⁴⁰. L'art. 19 al. 3 LPGA consacre ainsi une **règle de coordination intrasystémique**.

Les lois spéciales postulent le même principe, notamment lorsqu'une rente de vieillesse succède à une rente d'invalidité, puisque la rente de vieillesse n'est alors versée qu'à compter du mois suivant celui où l'assuré a atteint l'âge de la retraite (cf. art. 21 al. 2 LAVS). La systématique est identique s'agissant des rentes de survivants; par ce biais, il s'agit d'éviter le cumul d'une rente d'invalidité (servie à l'assuré) avec des rentes de survivants (versées au conjoint survivant et aux enfants de l'assuré) durant le mois au cours duquel un assuré invalide viendrait à décéder (cf., p.ex., art. 23 al. 3 et 25 al. 4 LAVS).

Des **dérogations** à la règle posée par l'art. 19 al. 3 LPGA peuvent être consacrées par les lois spéciales. Ainsi, dans l'assurance-invalidité, lorsqu'une rente succède à une indemnité journalière, elle est versée sans réduction pour le mois durant lequel le droit à l'indemnité journalière prend fin; durant ce mois, l'indemnité journalière est en revanche réduite d'un trentième du montant de la rente (art. 47 al. 2 LAI).

V. La possibilité de percevoir des avances (al. 4)

Lorsque le droit à des prestations semble avéré et que leur versement est retardé, des **avances** peuvent être faites (art. 19 al. 4 LPGA).

Le versement d'avances s'inscrit dans l'**intérêt tant de l'assuré** (il permet d'atteindre le but visé par la prestation, qui consiste à compenser une perte de revenu, évitant ainsi des cas de rigueur), que **de l'assureur** (un retard dans le paiement de prestations peut entraîner l'obligation de verser des intérêts moratoires; cf. art. 26 LPGA)⁴¹.

Avant l'entrée en vigueur de la LPGA, rares étaient les lois spéciales qui autorisaient le versement d'avances (art. 11 al. 1 aLAM, art. 20 al. 4 aLACI)⁴². Dans l'assurance-accidents, malgré le défaut de base légale⁴³, des avances étaient effectuées en pratique⁴⁴. L'art. 19 al. 4 LPGA a donc innové en généralisant la pratique qui avait cours dans l'assurance-accidents⁴⁵.

Pour que des avances puissent entrer en considération, **deux conditions cumulatives** doivent être remplies: d'une part, **le droit à des prestations doit sembler avéré** et, d'autre part, **le versement desdites prestations doit être retardé** (art. 19 al. 4 LPGA).

40 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 249.

41 BO CN 1999 1239.

42 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4206. Cf. aussi KIESER, ATSG-Kommentar, art. 19 N 48.

43 Dans l'assurance-accidents, seule une base légale réglementaire existait (et existe encore), dans le domaine des rentes de survivants. Il s'agit de l'art. 62 al. 2 OLAA, qui postule que si le montant d'une rente de survivants ne peut être fixé dans le mois qui suit le décès de l'assuré, l'assureur verse, au besoin, des prestations provisoires, qui seront imputées sur les rentes définitives.

44 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4206.

45 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4206. Cf. aussi TFA, 29.12.2004, I 451/04, c. 4.

- 55 Le droit à des prestations «semble avéré» lorsqu'il est établi ou lorsqu'il existe selon toute probabilité⁴⁶. **La prétention doit être établie à un très fort degré de vraisemblance**⁴⁷ et des avances ne sont ainsi admises que lorsque le droit à une prestation est matériellement incontesté, mais que la prestation ne peut pas encore être octroyée pour une raison formelle (à cause d'une surcharge de l'administration qui fait que le montant de la prestation n'est pas encore déterminé avec exactitude, p.ex.)⁴⁸. En pareille hypothèse, le paiement d'avances à concurrence du montant de la prestation non contestée doit intervenir⁴⁹. Un tel cas de figure se rencontre fréquemment dans l'assurance-invalidité, si le droit à une rente est attesté, mais que son versement est retardé parce que le calcul du montant de celle-ci nécessite d'évaluer les extraits du compte individuel de l'assuré⁵⁰. La possibilité de verser des avances vise donc essentiellement l'hypothèse où l'assuré a droit à une prestation, mais que le montant de celle-ci n'a pas encore pu être établi avec exactitude.
- 56 Si la possibilité d'effectuer des avances est subordonnée à la condition que le versement des prestations soit retardé, l'art. 19 al. 4 LPGA est muet sur la **durée du retard**⁵¹. Il ressort des travaux parlementaires que cette condition est à tout le moins remplie lorsqu'il apparaît que la prestation ne sera versée qu'après plusieurs mois d'attente⁵².
- 57 L'art. 19 al. 4 LPGA indique que «des avances peuvent être versées»; il s'agit donc d'une **disposition potestative**, qui ne doit pas être comprise comme conférant au Conseil fédéral la compétence de consacrer une obligation d'effectuer des avances⁵³. Bien qu'il n'existe pas d'obligation générale de l'assureur en la matière, celui-ci ne peut cependant refuser de verser des avances, sans raison valable, lorsque les conditions légales sont données.
- 58 Malgré le principe général posé à l'art. 19 al. 4 LPGA, certaines règles spéciales consacrent également la possibilité d'effectuer des avances (cf., p.ex., art. 31 OACI: «L'assuré a droit à une avance convenable correspondant aux jours contrôlés lorsqu'il rend vraisemblable son droit aux indemnités»). Si, contrairement à l'art. 19 al. 4 LPGA, l'art. 31 OACI n'est pas une disposition potestative (N 57), le droit de l'assuré de percevoir une avance est subordonné au respect de différentes conditions (une demande d'indemnisation doit avoir été déposée, la condition afférente à la période de cotisation doit être remplie, les autres conditions du droit à l'indemnité de chômage doivent être rendues vraisemblables, et l'assuré doit, en règle générale, également rendre vraisemblable son état de nécessité financière); en outre, l'avance ne doit porter que sur la période de contrôle en cours et la prudence recommande de limiter celle-ci à la période pour laquelle il n'y a pas de doute quant au droit à l'indemnité⁵⁴.
- 59 Compte tenu du degré de vraisemblance auquel le droit à des prestations doit être établi pour que des avances puissent avoir lieu (N 55), l'importance pratique de l'art. 19 al. 4 LPGA est somme toute limitée.

46 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4206.

47 Cf. TFA, 29.12.2004, I 451/04, c. 4.4 (le degré doit excéder celui de la vraisemblance prépondérante). Sur ce point, cf. aussi KIESER, ATSG-Kommentar, art. 19 N 50-51.

48 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4206.

49 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4206.

50 BO CN 1999 1239.

51 BO CE 2000 178.

52 BO CN 1999 1239. Sur ce point, cf. également KIESER, ATSG-Kommentar, art. 19 N 52.

53 BO CE 2000 179.

54 RUBIN, Commentaire, art. 20 LACI N 22.

Art. 20

Garantie de l'utilisation conforme au but ¹ L'assureur peut verser tout ou partie des prestations en espèces à un tiers qualifié ou à une autorité ayant une obligation légale ou morale d'entretien à l'égard du bénéficiaire, ou qui l'assiste en permanence lorsque:

- a. le bénéficiaire n'utilise pas ces prestations pour son entretien ou celui des personnes dont il a la charge, ou s'il est établi qu'il n'est pas en mesure de les utiliser à cet effet, et que
- b. lui-même ou les personnes dont il a la charge dépendent de ce fait de l'assistance publique ou privée.

² Les prestations versées à un tiers ou à une autorité ne peuvent pas être compensées par ce tiers ou cette autorité avec des créances contre l'ayant droit. Fait exception la compensation en cas de versement rétroactif de prestations au sens de l'art. 22, al. 2.

Gewährleistung
zweckgemässer
Verwendung

¹ Geldleistungen können ganz oder teilweise einem geeigneten Dritten oder einer Behörde ausbezahlt werden, der oder die der berechtigten Person gegenüber gesetzlich oder sittlich unterstützungspflichtig ist oder diese dauernd fürsorglich betreut, sofern:

- a. die berechnigte Person die Geldleistungen nicht für den eigenen Unterhalt oder für den Unterhalt von Personen, für die sie zu sorgen hat, verwendet oder dazu nachweisbar nicht im Stande ist; und
- b. die berechnigte Person oder Personen, für die sie zu sorgen hat, aus einem Grund nach Buchstabe a auf die Hilfe der öffentlichen oder privaten Fürsorge angewiesen sind.

² Diese Dritten oder diese Behörde können die Leistungen, die ihnen ausbezahlt werden, nicht mit Forderungen gegenüber der berechtigten Person verrechnen. Ausgenommen ist die Verrechnung bei Nachzahlungen von Leistungen im Sinne von Artikel 22 Absatz 2.

Garanzia d'impiego
appropriato

¹ Le prestazioni pecuniarie possono essere versate, interamente o in parte, a un terzo o a un'autorità che abbiano un obbligo legale o morale di assistenza nei riguardi del beneficiario o che lo assistano permanentemente, se:

- a. il beneficiario non utilizza le prestazioni pecuniarie per il proprio mantenimento o per quello delle persone per cui deve provvedere oppure se è provato che non è in grado di utilizzarle a questo scopo; e se
- b. egli stesso o le persone per cui deve provvedere dipendono dall'assistenza pubblica o privata per un motivo di cui alla lettera a.

² Tali terzi o autorità non possono compensare le prestazioni versate loro con crediti nei confronti dell'aveute diritto. È eccezuata la compensazione in caso di versamento retroattivo di prestazioni ai sensi dell'articolo 22 capoverso 2.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	3
C. Objet, but et nature de la norme	6
D. Renvoi à l'ordonnance	8
II. Champ d'application	11
III. Le versement à un tiers ou à une autorité (al. 1)	15
A. L'utilisation des prestations non conforme au but (let. a)	15

	N
B. La dépendance de l'assistance publique ou privée (let. b)	17
C. Le tiers ou l'autorité chargés de l'entretien ou de l'assistance	19
IV. L'interdiction de la compensation et son exception (al. 2)	27
A. Le principe de l'interdiction de la compensation (1 ^{re} phrase)	27
B. L'exception au principe (2 ^e phrase)	29
V. La décision de l'assureur social	31
VI. Dérogations à l'art. 20	34
A. En général	34
B. Dans les lois spéciales	35

Bibliographie

BRECHBÜHL JÜRIG, Umsetzung des ATSG auf Verordnungsebene/Verordnung zum Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, *in* Schaffhauser/Kieser (éd.), ATSG, 201 ss; CHRISTOFFEL MARIO, Spezifische Fragen (Auszahlung, Verzugszins, Einspracheverfahren), *in* Schaffhauser/Kieser (éd.), Praktische Anwendungsfragen, 145 ss; FANKHAUSER ROLAND/KÄMPF CHRISTINA, Ausgewählte Probleme beim Zusammenspiel von Kindesunterhalt und Sozialversicherungsleistungen, *in* Riemer-Kafka (éd.), Sozialversicherungsrecht: seine Verknüpfungen mit dem ZGB, Zurich/Bâle/Genève 2016, 127 ss; FLÜCKIGER THOMAS, Koordinations- und verfahrensrechtliche Aspekte bei den Kinder- und Ausbildungszulagen, *in* Schaffhauser/Kieser (éd.), Bundesgesetz über die Familienzulagen (FamZG), St-Gall 2009, 161 ss; HOLLINGER PETER, Die Sicherung des Leistungszweckes in der Sozialversicherung, thèse Zurich 1983; KRAPP MARKUS, Die Koordination von Unterhalts- und Sozialversicherungsleistungen für Kinder: Art. 285 Abs. 2 und 2^{bis} ZGB, thèse Fribourg 2003.

I. Introduction

A. Généralités

- 1 Sous le titre «Garantie de l'utilisation conforme au but», l'art. 20 est la seconde des deux dispositions de la Partie générale concernant les modalités de versement des prestations en espèces des assurances sociales. Il règle la possibilité pour l'assureur social de verser tout ou partie des prestations en espèces non pas à la personne qui y a droit, mais à un tiers (personne [physique ou morale] ou autorité) avec lequel il existe un lien particulier (obligation d'entretien ou assistance permanente de l'ayant droit), afin d'assurer que les versements soient utilisés conformément à leur but, à savoir l'entretien du bénéficiaire et des personnes dont il a la charge. La disposition repose sur l'idée que les prestations en espèces des assurances sociales qui servent à couvrir l'entretien de l'ayant droit et des membres de sa famille à sa charge (N 12) ne doivent pas être détournées de leur but, de sorte que l'assureur social est autorisé à intervenir et à empêcher une utilisation non conforme, en versant les prestations à des tiers qualifiés lorsque l'ayant droit ne les emploie pas à bon escient.
- 2 La proposition de la SSDA de fixer dans la Partie générale la possibilité du paiement des prestations à un tiers au cas où le bénéficiaire ne serait pas en état de «les utiliser judicieusement»¹ – prévue jusqu'alors par toutes les lois spéciales d'assurance sociale, à l'exception de la LAMal (N 14) – a été reprise par la Commission du Conseil des Etats. Celle-ci a complété la disposition par un second alinéa sur l'interdiction faite au tiers destinataire de compenser des créances envers le bénéficiaire avec les prestations versées

¹ Rapport SSDA, 46.

(telle que le prévoyait l'art. 76 al. 3 aRAVS)². La Commission du Conseil national a encore précisé ce complément et prévu une réserve selon laquelle le versement de prestations à titre rétroactif à des tiers (employeur, assistance publique ou privée et autres assurances) ne tombe pas sous le coup de l'interdiction de la compensation, avec un renvoi à la disposition prévoyant une exception à l'interdiction de cession du droit aux prestations (art. 29 al. 2, devenu art. 22 al. 2). Elle a par ailleurs maintenu un certain nombre de dérogations dans les lois spéciales (N 34 ss), parce que celles-ci prévoyaient des conditions différentes (en partie moins strictes) au versement en mains de tiers que la disposition prévue (initialement art. 27, puis 26 et finalement 20)³. Le texte proposé par la Commission du Conseil national a été adopté sans discussion, ni modification matérielle⁴. L'alinéa 1 de la disposition a finalement été reformulé par la Commission de rédaction du Parlement de manière plus systématique, en séparant les conditions cumulatives auxquelles le versement à des tiers peut avoir lieu entre les lettres a et b.

B. Systématique

La norme consacrée à la «garantie de l'utilisation conforme au but» a logiquement sa place parmi les dispositions générales concernant les prestations et les cotisations du troisième chapitre de la Partie générale, plus particulièrement parmi celles de la section 2 consacrée aux prestations en espèces. Elle présente un lien étroit avec la disposition qui la précède, puisque toutes deux règlent les modalités du versement des prestations en espèces. 3

Par ailleurs, en raison du renvoi de l'art. 20 al. 2, 2^e phrase, à l'art. 22 al. 2 en ce qui concerne la possibilité (à titre d'exception) d'une compensation des créances en cas de versement rétroactif de prestations, les conditions y relatives doivent être examinées au regard de celles qui sont prévues pour la cession de prestations accordées rétroactivement par l'assureur social (N 29). De plus, dans la mesure où l'art. 22 a pour but la «Garantie des prestations» en général, l'art. 20 règle une situation particulière visant à ce que les prestations des assurances sociales ne soient pas détournées de leur but. 4

Ensuite, l'art. 20 présente une connexion avec l'art. 25, qui règle la restitution de prestations indûment touchées: les tiers et autorités en mains desquels les prestations sont versées pour en garantir une utilisation conforme à leur but sont en principe tenues de restituer les prestations qui apparaissent par la suite avoir été versées à tort (N 9 s). 5

C. Objet, but et nature de la norme

Alors que l'art. 19 traite de la manière dont le versement des prestations en espèces est effectué et du moment auquel il a lieu, de la possibilité de paiements à l'avance, ainsi que du versement en mains de l'employeur (art. 19 N 27 ss), l'art. 20 a pour objet les **conditions auxquelles le versement peut être effectué en mains de tiers** (autres que l'employeur) (N 19 ss). Il prévoit également, dans la situation du versement en mains de tiers, l'interdiction de la compensation entre les prestations d'assurance sociale et les créances que les tiers ont à l'encontre de l'ayant droit des prestations, ainsi qu'une exception à ce principe, en cas de versement rétroactif des prestations (art. 20 al. 2; N 27 ss). Il 6

2 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 250.

3 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4208 s.

4 BO CN 1999 1239; BO CE 2000 179.

reprend, avec des termes propres et une autre systématique, la réglementation qui figurait à l'art. 76 al. 1 (conditions du versement à un tiers) et al. 3, 1^{re} phrase (interdiction de la compensation), aRAVS, sous le titre «Garantie d'un emploi des rentes conforme au but». Quant aux règles de l'art. 76 al. 2 (versement au tuteur), al. 3, 2^e phrase (but de l'utilisation des prestations par le tiers), et al. 4 (obligation de faire rapport à l'assureur) aRAVS, elles figurent désormais à l'art. 1 OPGA (N 8).

- 7 Le fait que la loi règle de manière particulière la possibilité pour l'assureur social de verser à certaines conditions les prestations en mains de tiers, aux art. 19 al. 2 et 20 LPGA, met en évidence que le **principe général** – à ce point évident qu'il n'a pas été inscrit dans la loi – est celui du **versement des prestations à l'ayant droit**. En vertu de l'art. 20, ce n'est que si le bénéficiaire des prestations d'assurance sociale ne les utilise pas conformément à leur but (à savoir lui permettre de pourvoir à son entretien et à celui des personnes dont il a la charge) que les versements peuvent être effectués en mains de tiers. La disposition a donc pour objectif de garantir que les prestations versées par les assurances sociales pour remplacer ou compléter le revenu de la personne assurée soient effectivement utilisées conformément au but qui leur est assigné. Il ne s'agit pas d'une garantie générale de l'utilisation des prestations d'assurance sociale conforme au but (en dépit du titre marginal de l'art. 20), mais bien d'une **garantie limitée** aux prestations en espèces qui sont destinées à être utilisées pour l'entretien de l'ayant droit et des personnes à sa charge et sont en cours de versement.

D. Renvoi à l'ordonnance

- 8 L'art. 20 sur la garantie de l'utilisation conforme au but est complété par l'art. 1 OPGA. En premier lieu, la norme d'exécution précise la **notion du tiers** auquel les prestations peuvent être versées lorsque la personne assurée «est sous tutelle» (N 22). Elle explicite, en second lieu, le but auquel les tiers qui reçoivent les prestations en lieu et place de la personne assurée sont tenus de les affecter, et instaure une **obligation correspondante** de rapporter à ce sujet à l'assureur social (N 33).
- 9 En relation avec la **restitution des prestations indûment touchées** au sens de l'art. 25 LPGA, l'art. 2 al. 1 let. b OPGA renvoie à l'art. 20 de la loi pour définir les personnes qui sont soumises à l'obligation de restituer. Il résulte de la disposition d'exécution que les tiers ou les autorités à qui des prestations en espèces ont été versées en vertu de l'art. 20 LPGA font partie des personnes tenues à restitution. En revanche, les tiers ou les autorités qui n'assument pas la responsabilité de l'usage conforme des prestations et font simplement office de «bureau d'encaissement» ne sont pas soumises à l'obligation de restituer. Par ailleurs, le «tuteur» – soit avant tout le curateur de portée générale (N 22) – auquel les prestations sont versées est expressément excepté de cette obligation parce qu'il n'en est pas le bénéficiaire, à la différence de l'ayant droit sous curatelle, pour l'entretien duquel les prestations sont utilisées et qui se trouve, cas échéant, enrichi du fait du versement indu.
- 10 Toujours dans le cadre de la restitution des prestations versées à tort, la personne soumise à restitution peut demander à ce que **l'obligation de restituer lui soit remise**, aux conditions de l'art. 25, 2^e phrase, LPGA (en corrélation avec les art. 3 à 5 OPGA), soit si elle était de bonne foi et que la restitution la mettrait dans une situation difficile (art. 4 et 5 OPGA). Toutefois, dès lors que les autorités auxquelles les prestations ont été versées en vertu de l'art. 20 LPGA (ou des dispositions des lois spéciales) ne peuvent pas invoquer le fait qu'elles seraient mises dans une situation difficile, conformément à l'art. 4 al. 3 OPGA, elles n'ont en principe pas de droit à la remise de l'obligation de restituer. En re-

vanche, une personne morale qui est considérée comme un tiers au sens de l'art. 20 de la loi peut se prévaloir d'une situation difficile et demander la remise⁵.

II. Champ d'application

L'art. 20 s'applique à toutes les assurances sociales soumises à la Partie générale. Comme il ressort du texte même de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi (N 3), il concerne les **prestations en espèces** prévues par les différentes assurances sociales (art. 15 N 2 ss), à l'exclusion des prestations en nature⁶ (art. 14 N 6 ss). En particulier, il ne s'applique pas au remboursement des frais de maladie et d'invalidité prévu par la LPC, l'une des composantes des prestations complémentaires (N 41). Les prestations dont l'utilisation conforme au but doit être garantie sont des **prestations en cours**, pour lesquelles le droit correspondant a été reconnu par l'assureur social au moyen d'une décision formelle ou informelle (cf. art. 49 et 51 LPGA); l'art. 20 ne s'applique pas à des prestations qui ont déjà été versées⁷ ou à celles qui sont accordées rétroactivement⁸ (et font l'objet de l'art. 22 al. 2 de la loi; art. 22 N 25).

Par ailleurs, les prestations visées par le versement à des tiers doivent avoir pour **but l'entretien de l'ayant droit ou des personnes dont il a la charge**, comme il découle de l'art. 20 al. 1 let. a. Il s'agit donc des indemnités journalières (p.ex. de l'AMal), des rentes (y compris les allocations pour renchérissement), des prestations complémentaires et des allocations familiales. Ces prestations remplacent le revenu que la personne assurée n'est pas ou plus en mesure de gagner en raison de la réalisation du risque assuré dont les conséquences sont prises en charge par les assurances sociales, ou complètent le revenu en présence d'une charge financière ouvrant le droit à des prestations des assurances sociales. N'entrent donc pas en considération l'indemnité versée à titre de réparation morale de l'assurance militaire (art. 59 LAM) ou les prestations qui s'apparentent à une indemnité à titre de réparation morale, comme l'indemnité pour atteinte à l'intégrité de l'assurance-accidents (art. 24 LAA) ou de l'assurance militaire (art. 48 LAM), et ne servent pas à garantir l'existence matérielle de l'ayant droit et des membres de la famille dont il a la charge.

Les allocations pour impotent ont également pour objet l'entretien du bénéficiaire, puisqu'elles sont destinées à couvrir les frais résultant de l'impotence. Elles peuvent donc aussi être versées en mains de tiers. La jurisprudence a ainsi admis la légalité d'une disposition de droit cantonal qui prévoit que les personnes au bénéfice d'une allocation pour impotent de la LAA (de la LAVS ou de l'assurance-invalidité), en séjour de longue ou de courte durée dans un établissement médico-social, sont tenues de verser à celui-ci un supplément égal au montant de l'allocation mensuelle: le versement de cette allocation à l'établissement dont le personnel assume l'aide et/ou la surveillance nécessaire permet de concrétiser le principe que l'allocation pour impotent soit utilisée conformément à son but⁹.

5 Cf. TFA, 28.6.2002, I 553/01, c. 2b (sur les art. 76 ss aRAVS), VSI 2003 160.

6 Une proposition visant à étendre l'application de l'art. 20 aux prestations en nature a été retirée sans discussion lors des débats parlementaires au Conseil national (BO CN 1999 1239).

7 ATF 103 V 131, c. 5 (sur l'art. 76 aRAVS).

8 LOCHER/GÄCHTER, § 40 N 15; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 20 N 16, 295.

9 TF, 12.11.2002, 2P.25/2000, c. 14.3 (sur l'art. 50 al. 2 aLAA).

- 14 En dehors de la LAMal, toutes les autres lois spéciales comprenaient une disposition sur le versement en mains de tiers avant l'entrée en vigueur de la Partie générale. Là où les conditions d'application de l'art. 20 LPGa sont plus restrictives – en particulier quant à l'exigence de la dépendance à l'assistance sociale ou privée (N 17 s.) – des dérogations ont été prévues (N 34 ss), alors que les dispositions équivalentes à la réglementation de la Partie générale ont été supprimées (p.ex. art. 45 aLAVS en corrélation avec l'art. 76 aRAVS, art. 50 al. 1 aLAA en corrélation avec l'art. 63 aOLAA, art. 94 al. 3 aLACI en relation avec l'art. 124a aOACI). Après l'entrée en vigueur de la LPGa, le législateur a également prévu une dérogation, pour la LAFam adoptée postérieurement (art. 9 LAFam, N 47 ss).

III. Le versement à un tiers ou à une autorité (al. 1)

A. L'utilisation des prestations non conforme au but (let. a)

- 15 On l'a dit (N 12 s.), les prestations en espèces qui font l'objet de l'art. 20 **remplacent ou complètent le revenu de la personne assurée**. Comme il résulte de manière indirecte du texte légal, elles doivent servir à **couvrir les besoins courants** de l'ayant droit et des personnes qui sont à sa charge, telles les rentes pour enfant de l'assurance-vieillesse et survivants (art. 22^{er} LAVS) ou de l'assurance-invalidité (art. 35 LAI), destinées exclusivement à l'entretien et à l'éducation des enfants pour lesquels elles sont allouées¹⁰. La possibilité pour l'assureur social de verser les prestations en espèces non pas au bénéficiaire de celles-ci mais à un tiers est en effet soumise à la (première) condition que l'ayant droit n'utilise pas ou n'est pas en mesure d'utiliser les montants perçus de manière «conforme au but», à savoir «pour son entretien ou celui des personnes dont il a la charge» (art. 20 al. 1 let. a LPGa). Qu'elles remplacent ou complètent le revenu de l'ayant droit, les prestations doivent donc servir à couvrir l'entretien du bénéficiaire et des membres de sa famille. Les personnes dont l'ayant droit des prestations a la charge sont celles à l'égard desquelles il a une obligation d'entretien au sens du droit civil, soit le conjoint (art. 163 CC), le partenaire enregistré (art. 13 LPart) et les enfants (art. 276 CC).
- 16 **L'utilisation non conforme au but** peut résulter du fait que le bénéficiaire des prestations les affecte à d'autres fins que pour son entretien ou qu'il n'est pas capable de les employer pour couvrir ses besoins ou ceux de sa famille, parce qu'il n'est par exemple pas en mesure de gérer convenablement ses affaires ou est incapable de discernement (au sens de l'art. 16 CC); une telle impossibilité doit être dûment établie. Le motif pour lequel les prestations ne sont pas utilisées conformément à leur but, qu'il relève d'un comportement fautif ou non de l'ayant droit, ou d'une incapacité, ne joue aucun rôle.

B. La dépendance de l'assistance publique ou privée (let. b)

- 17 Le versement en mains de tiers suppose ensuite (deuxième condition) que le bénéficiaire des prestations ou les personnes dont il a la charge **dépendent** de «l'assistance publique ou privée», parce que les prestations des assurances sociales n'ont pas été utilisées pour leur entretien (art. 20 al. 1 let. b). Par assistance publique, il faut entendre l'aide sociale, soit l'aide financière allouée par la collectivité publique. L'aide apportée par l'assistance privée n'a guère d'importance en pratique; elle ne peut être déterminante sous l'angle de

10 TF, 6.5.2009, 9C_499/2008, c. 3.2, RtiD 2010 I 281.

la dépendance nécessaire au sens de l'art. 20 al. 1 let. b que si elle a un caractère durable et non seulement provisoire, en ce sens qu'elle pourrait être interrompue à tout moment.

Il faut que l'utilisation non conforme au but ait conduit l'ayant droit ou les personnes dont il a la charge à requérir l'aide sociale («de ce fait»). Il ne suffit pas que la personne concernée soit soutenue par un organisme d'assistance pour autoriser le versement à celui-ci¹¹; encore faut-il qu'elle ait effectivement utilisé les prestations de l'assurance sociale à d'autres fins que pour l'entretien. **18**

C. Le tiers ou l'autorité chargés de l'entretien ou de l'assistance

En vertu de l'art. 20 al. 1, seul un tiers ou une autorité qui a une **obligation légale ou morale d'entretien** à l'égard du bénéficiaire ou **l'assiste en permanence** peut être le destinataire des prestations des assurances sociales (troisième condition). Le tiers ne doit donc pas forcément assister l'ayant droit du point de vue financier, il suffit qu'il l'aide à gérer ses affaires en permanence¹². Il peut s'agir des membres de la famille, de proches, de l'autorité chargée de l'exécution de l'aide sociale, d'un établissement médico-social ou d'une communauté religieuse. **19**

La commune qui soutient financièrement, à titre d'aide sociale, le conjoint et les enfants d'un bénéficiaire de prestations de l'assurance-chômage, qui vivent séparés de celui-ci, ne peut pas être considérée comme une autorité habilitée à recevoir ces prestations au sens de l'art. 20 al. 1. La commune n'a en effet pas d'obligation d'entretien à l'égard de l'ayant droit, ni ne l'assiste de manière permanente; le fait que les autres conditions de la disposition (let. a et b) sont réalisées ne suffit pas pour admettre le versement en mains de tiers¹³. De même, comme l'épouse créancière de l'obligation d'entretien n'est précisément pas tenue d'entretenir son conjoint, elle ne peut pas obtenir le versement en ses mains d'une part de la rente de l'assurance-invalidité allouée à son époux; selon la lettre claire de l'art. 20 al. 1, le versement peut être effectué uniquement à un tiers qui a une obligation d'entretien à l'égard de l'ayant droit et non pas à la personne qui a droit à une prestation d'entretien de la part de celui-ci¹⁴. **20**

La loi exige que le tiers soit **«qualifié»**, c'est-à-dire apte à utiliser les prestations en espèces conformément à leur but et donc à garantir qu'elles servent bien à couvrir les besoins courants de l'ayant droit ou des personnes dont celui-ci a la charge. Le tiers peut ainsi être le conjoint, le partenaire (enregistré ou non), le parent ou l'enfant de l'ayant droit, mais aussi tout membre de la famille ou proche qui s'occupe de lui de manière permanente. **21**

Lorsque le bénéficiaire des prestations est **privé de l'exercice des droits civils** et placé sous curatelle de portée générale (art. 398 CC), le versement sera effectué en mains de son curateur de représentation ou d'une personne désignée par celui-ci (cf. «tuteur», art. 1 al. 1 OPGA¹⁵). Le curateur de portée générale est ainsi libre de désigner comme destinataire du versement, par exemple, la personne qui vit avec l'ayant droit et s'occupe **22**

11 ATF 118 V 88, c. 1b (sur l'art. 76 al. 1 aRAVS).

12 ATF 101 V 17, c. 2 (sur l'art. 76 al. 1 aRAVS).

13 TF, 3.6.2013, 8C_910/2012, c. 5.

14 ATF 143 V 241, c. 4.4; TF, 8.3.2006, 5P.474/2005.

15 Le texte de l'OPGA n'a pas été adapté à la modification du CC du 19 décembre 2008 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013 (art. 390 ss CC en particulier).

quotidiennement de lui. Lorsqu'un curateur a été désigné pour la gestion du patrimoine du bénéficiaire des prestations, en particulier de ses revenus, et que la personne concernée ne peut en disposer (art. 395 CC), les prestations de l'assurance sociale pourront être versées au curateur de gestion, pour qu'il en dispose conformément à leur but; celui-ci pourra également désigner un tiers destinataire à cette fin.

- 23 Les décisions prises par l'autorité de protection de l'adulte quant à la destination des revenus de la personne assurée (dont les prestations de l'assurance sociale), qui peuvent être rendues déjà dans le cadre de mesures provisionnelles, antérieurement à une éventuelle mise sous curatelle, et sans égard aux conditions du versement en mains de tiers prévues par l'art. 20, lient les organes des assurances sociales¹⁶. Il en va de même d'autres **décisions fondées sur le droit civil**, rendues par exemple dans le cadre des mesures de protection de l'union conjugale ou relatives à l'obligation d'entretien à l'égard de l'enfant, selon lesquelles le tribunal civil ordonne que les prestations en espèces de l'assurance sociale soient versées non pas à l'ayant droit, mais à son conjoint vivant séparé de lui. Dans ce contexte, l'art. 285a al. 2 et 3 CC (qui reprend les principes qui figuraient précédemment à l'art. 285 al. 2 et 2^{bis} aCC¹⁷) prévoit que les rentes des assurances sociales ou les autres prestations destinées à l'entretien de l'enfant qui reviennent à la personne tenue de pourvoir à son entretien doivent être payées en sus de la contribution d'entretien, sauf décision contraire du juge, ainsi que leur versement à l'enfant, à certaines conditions. Les **décisions du juge civil** sont expressément réservées par les lois spéciales (p.ex. art. 22^{bis} al. 3 et 22^{ter} al. 2, 2^e phrase, LAVS; art. 35 al. 4 LAI).
- 24 Selon la jurisprudence constante, à supposer qu'une décision de l'organe d'exécution de l'assurance sociale ne soit pas compatible avec une décision rendue par le juge civil (à titre de mesure de la protection des adultes, des enfants ou de l'union conjugale) en ce qui concerne le versement de rentes ou d'autres prestations en espèces, **le prononcé civil a la priorité**, ne serait-ce qu'en raison du principe selon lequel les institutions du droit de la famille correspondent à un ordre juridique qui est présupposé par l'assurance sociale et qui lui est donc prioritaire¹⁸. En conséquence, lorsque l'autorité de la protection de l'enfant institue en faveur de l'ayant droit d'une rente d'invalidité, assortie d'une rente pour enfant, une curatelle de gestion comprenant l'administration de la fortune et des revenus de l'enfant (art. 325 CC), le curateur peut recevoir directement le versement de la rente pour enfant; il n'y a pas de place pour une décision contraire de l'assureur social, selon laquelle le versement de la rente pour enfant en mains du curateur ne peut porter que sur la part de la prestation que l'ayant droit n'utiliserait pas de manière appropriée¹⁹. Dans une situation particulière cependant, le Tribunal fédéral a admis que l'assureur social était en droit de refuser le paiement de la rente d'orphelin de l'assurance-accidents au «tuteur» des enfants bénéficiaires et à en poursuivre le versement à la mère qui vivait en Suisse, parce que la «décision» rendue à l'étranger instituant une tutelle sur les orphelins était contraire à l'ordre public suisse²⁰.
- 25 Si l'ayant droit est **incapable de discernement**, il peut être représenté par la personne qu'il a préalablement désignée par un mandat pour cause d'inaptitude (cf. art. 360 ss CC), par son conjoint ou par son partenaire enregistré, qui disposent à certaines conditions (mé-

16 P.ex., TF, 6.5.2009, 9C_499/2008, c. 3.3, RtiD 2010 I 281; TF, 25.10.2005, 2P.172/2005, c. 3.4.

17 Dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016; sur cette disposition, KRAPP.

18 ATF 119 V 425, c. 6; ATF 118 V 88, c. 5; ATF 102 V 36, c. 2.

19 TF, 6.5.2009, 9C_499/2008, c. 3, RtiD 2010 I 281.

20 ATF 140 V 136, c. 4 et 5.

nage commun ou assistance personnelle régulière) du pouvoir légal de représentation (art. 374 CC), ou encore par le curateur désigné par l'autorité de protection de l'adulte (art. 390 ss CC). Le versement des prestations d'assurance sociale pourra dès lors être effectué en mains du représentant, à sa demande (ou en vertu d'une décision de l'autorité de protection de l'adulte).

L'autorité ou le tiers qualifié qui reçoit les prestations est tenu de les **affecter exclusivement à l'entretien** de l'ayant droit ou des personnes à sa charge (art. 1 al. 2 let. a OPGA). Pour ce faire, l'autorité ou le tiers a l'obligation de faire un rapport à l'assureur social, sur requête de sa part, sur l'emploi qu'elle ou il a fait des prestations versées (art. 1 al. 2 let. b OPGA, N 33). Cas échéant, elle ou il est tenu(e) à restitution (N 9 s.). 26

IV. L'interdiction de la compensation et son exception (al. 2)

A. Le principe de l'interdiction de la compensation (1^{re} phrase)

Afin de garantir que les prestations en espèces soient utilisées de manière conforme au but d'entretien, et non pas pour payer les dettes du bénéficiaire, les tiers destinataires ne sont pas autorisés à compenser les prestations en cours avec des créances qu'ils ont contre l'ayant droit. L'art. 20 al. 2, 1^{re} phrase, prévoit une **interdiction de compensation** à cette fin²¹. Ainsi, l'autorité d'exécution de l'aide sociale ne peut pas compenser les rentes de l'assurance-invalidité qui lui sont versées avec une créance en restitution qu'elle pourrait faire valoir à l'encontre de la personne assurée en raison de prestations d'assistance sociale qu'elle lui aurait allouées à tort. Selon la jurisprudence, l'interdiction de la compensation lie aussi (indirectement) le curateur de portée générale, parce qu'il a l'obligation d'exercer sa tâche avec diligence; une compensation entre des allocations pour impotent et une créance du curateur à l'égard de l'ayant droit n'est pas admissible, les prestations devant être utilisées exclusivement pour l'entretien de celui-ci²². 27

En dehors de la règle de l'art. 20 al. 2 sur l'interdiction de la compensation (et son exception) dans la situation particulière du versement des prestations en mains de tiers, la LPGA ne comprend **pas de norme générale sur la compensation**. Celle-ci reste donc régie par les dispositions correspondantes des lois spéciales²³. En particulier, l'interdiction de la compensation prévue par l'art. 20 al. 2 LPGA ne s'applique pas à la compensation d'un arriéré de rente de l'assurance-invalidité avec une créance en dommages-intérêts fondée sur l'art. 52 LAVS (sur la responsabilité de l'employeur en cas de non-versement des cotisations paritaires). Une telle compensation est régie par l'art. 20 al. 2 LAVS (auquel renvoie l'art. 50 al. 2 LAI) et est en conséquence admissible²⁴. 28

B. L'exception au principe (2^e phrase)

L'interdiction de la compensation est assortie d'une **exception** (art. 20 al. 2, 2^e phrase): la compensation entre les prestations en espèces et les créances du tiers qualifié ou de l'autorité destinataire du versement à l'égard de l'ayant droit est permise lorsque les prestations de l'assurance sociale sont **versées à titre rétroactif** au sens de l'art. 22 al. 2. En vertu du renvoi à cette disposition, la compensation entre les prestations accordées ré- 29

21 ATF 136 V 286, c. 4.2.

22 TF, 28.1.2003, 5C.162/2002, FamPra.ch 2003, 736.

23 ATF 138 V 402, c. 4.2; TF, 25.7.2007, U 507/05, c. 4.1, SVR 2007 UV n° 38 128.

24 ATF 136 V 286.

troactivement et versées en mains de tiers et les créances de celui-ci à l'égard de l'ayant droit est possible lorsque l'institution d'aide sociale publique ou privée (ou l'employeur) a consenti des avances ou que l'assureur social a pris provisoirement à sa charge des prestations (art. 22 al. 2 let. a et b LPGA). D'un point de vue systématique, cette possibilité de compensation aurait dû figurer à l'art. 22 LPGA, puisque le versement en mains de tiers au sens de l'art. 20 concerne les prestations en cours (N 11). Elle permet que les prestations versées rétroactivement soient utilisées pour couvrir les avances effectuées ou la prise en charge provisoire des prestations au lieu de servir à l'entretien de la personne assurée.

- 30 Selon la jurisprudence constante, la compensation en droit des assurances sociales – dans la mesure où les dispositions des lois spéciales prévoient la compensation de prestations (de la même assurance ou avec des prestations d'une autre branche de l'assurance sociale) – ne doit pas porter atteinte au minimum vital, en vertu du droit des poursuites, de l'ayant droit²⁵; **la limite de compensation relative au minimum vital** doit être examinée pour la même période, soit pour l'espace de temps pour lequel le versement rétroactif des prestations est destiné²⁶. Cette limitation de la compensation ne vaut toutefois pas lorsque pendant la période en cause le minimum vital a été garanti par l'octroi de l'aide sociale et que le respect de la limitation de la compensation en cas de versements rétroactifs doit avant tout assurer que la personne assurée ne subisse pas un désavantage en raison du décalage temporel des versements. Ainsi, en cas de paiements rétroactifs de rentes pour des périodes antérieures, le maintien du minimum vital ne doit pas être pris en compte comme limite de compensation lorsque la rente allouée à titre rétroactif (ici une rente de l'assurance-invalidité) remplace simplement une rente accordée pour une période antérieure (une rente pour conjoint de l'assurance-vieillesse et survivants) et que les deux s'excluent mutuellement²⁷. Selon les constellations, la limite de compensation ne devra pas être examinée en cas d'application de la compensation exceptionnellement prévue par l'art. 20 al. 2.

V. La décision de l'assureur social

- 31 Lorsque les conditions du versement en mains de tiers au sens de l'art. 20 al. 1 sont réalisées, **l'assureur social verse**, entièrement ou seulement en partie, les prestations en espèces des assurances sociales **à la tierce personne ou à l'autorité en question**. Il rend une décision à ce sujet, qui doit être communiquée à la personne assurée, dont les intérêts sont touchés par le versement à des tiers. Il en va du respect du droit d'être entendu: la personne assurée doit pouvoir s'exprimer sur le versement à un tiers en tant que tel et sur le choix de la personne qui sera destinataire des prestations.
- 32 Le tiers et l'autorité qui demandent le versement en leurs mains et satisfont aux conditions y relatives se verront attribuer directement les prestations en espèces. Malgré la formulation potestative de l'art. 20 al. 1 LPGA, on doit admettre qu'il s'agit d'un véritable **droit au versement direct**²⁸, l'assureur social disposant d'une certaine marge d'appréciation pour en évaluer les conditions. La disposition doit être considérée comme impérative.

25 ATF 131 V 249, c. 1.2.

26 TF, 12.4.2011, 9C_1015/2010, c. 3, SVR 2011 IV n° 70 210.

27 ATF 138 V 402.

28 LOCHER/GÄCHTER, § 40 N 21, pour lesquels le tiers a un «*Rechtsanspruch*». *Contra* KAMMER (ATSG-Kommentar, art. 20 N 17, 295), qui qualifie la disposition de «*Kann-Vorschrift*», également dans le même sens, ATF 140 V 136, c. 5.3.

tive afin d'assurer que les prestations atteignent effectivement leur but, à savoir servir à l'entretien des personnes concernées.

L'assureur social est tenu de s'assurer, en fonction des circonstances, que les prestations sont bien utilisées pour l'entretien du bénéficiaire ou des personnes dont il a la charge, conformément à leur but. La possibilité dont il dispose de requérir un **rapport de contrôle** de la part du tiers (prévue à l'art. 1 al. 2 let. b OPGA) entre en considération lorsqu'il existe entre l'ayant droit et la personne ou l'autorité qui reçoit le versement un lien caractérisé par un devoir d'entretien particulier ou une prestation d'assistance (au sens de l'art. 20 al. 1 LPGa). Elle n'a en revanche guère de sens dans les cas où le versement en mains de tiers est lié à des circonstances relevant du droit civil, par exemple, lorsque la rente pour enfant est versée au conjoint séparé ou divorcé ou à l'enfant lui-même; il n'existe pas dans ces situations une assistance particulière en faveur de l'ayant droit ou un besoin singulier de vérifier l'utilisation de la prestation²⁹. Quant au curateur de portée générale qui reçoit les prestations en espèces de l'ayant droit, il est évidemment soumis à la surveillance de l'autorité de protection des adultes (art. 415 ss CC).

VI. Dérogations à l'art. 20

A. En général

A l'exception de la LAA, de la LAMal et de la LACI, les lois spéciales d'assurance sociale prévoient des dérogations à la règle générale de l'art. 20 LPGa, surtout en assouplissant les conditions auxquelles le versement en mains de tiers est possible. Les principes découlant de la norme de la Partie générale et de sa disposition d'exécution (art. 1 OPGA) restent toutefois applicables, dans la mesure où la disposition de la loi spéciale ne prévoit pas un régime différent. Ainsi, l'obligation du tiers ou de l'autorité d'affecter les prestations versées à l'entretien de l'ayant droit ou des personnes à sa charge (N 26) s'applique en tout cas dans les situations où il existe entre l'ayant droit des prestations et leur destinataire effectif un lien caractérisé par un devoir d'entretien ou un rapport d'assistance envers l'ayant droit (p.ex. lorsque l'assurance militaire verse la rente en mains du conjoint en vertu de l'art. 12 al. 2 LAM [N 45]). Par ailleurs, l'ayant droit doit être informé de la demande de versement direct et être entendu à ce sujet (N 31).

B. Dans les lois spéciales

1. LAVS

L'adoption de l'art. 20 LPGa a entraîné la suppression de l'art. 45 aLAVS, qui prévoyait la délégation de compétence au Conseil fédéral pour prendre les mesures propres à garantir que les rentes et les allocations pour impotent servent, si nécessaire, à l'entretien du bénéficiaire et des personnes à sa charge. La disposition d'exécution qui avait été adoptée en conséquence, l'art. 76 aRAVS – dont l'art. 20 est inspiré (N 6) – a également été abrogée.

Des **possibilités supplémentaires de versement en mains de tiers** ont été maintenues dans la LAVS. L'art. 22^{bis} al. 1 LAVS règle ainsi la situation des personnes qui ont bénéficié d'une rente complémentaire de l'assurance-invalidité – art. 34 aLAI (dans sa version

²⁹ BRECHBÜHL, 207 s.; OFAS, Mise en œuvre de la LPGa, Commentaire de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA), VSI 2002 216 ss, 221.

en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003³⁰) – jusqu'à la naissance du droit à la rente de vieillesse; il prévoit le maintien de la rente complémentaire jusqu'au moment où le conjoint (ou l'ex-conjoint) de l'ayant droit peut prétendre une rente de vieillesse de l'assurance-vieillesse et survivants ou une rente de l'assurance-invalidité (art. 22^{bis} al. 1 LAVS). Conformément à l'art. 22^{bis} al. 2 LAVS, cette rente complémentaire de l'assurance-vieillesse et survivants peut être versée à certaines conditions au conjoint (ou à l'ex-conjoint) qui n'a pas droit à la rente principale. Ces conditions dérogent (expressément) à l'art. 20 LPGA: il suffit, alternativement, que le bénéficiaire des prestations ne subvienne pas à l'entretien de la famille, que les conjoints vivent séparés ou qu'ils soient divorcés. Dans ce dernier cas, le versement en mains du conjoint divorcé qui n'est pas bénéficiaire de la rente principale a lieu d'office.

- 37 En ce qui concerne **le versement de la rente pour enfant** (art. 22^{ter} al. 2 LAVS), la prestation est versée comme la rente de vieillesse à laquelle elle se rapporte, donc en principe à l'ayant droit des deux rentes. Mais le versement peut aussi être effectué en mains d'un tiers ou d'une autorité aux conditions de l'art. 20 LPGA. En dérogation à cette disposition, la rente pour enfant peut cependant être versée au parent qui n'est pas titulaire de la rente principale et qui détient l'autorité parentale sur l'enfant avec lequel il vit, s'il le demande (art. 71^{ter} al. 1 RAVS, en corrélation avec l'art. 22^{ter} al. 2, 2^e phrase, LAVS). Le mode de versement appliqué pendant la minorité de l'enfant vaut également lorsqu'il atteint l'âge de la majorité, à moins qu'il ne demande alors que la rente pour enfant lui soit versée directement (art. 71^{ter} al. 3 RAVS³¹). C'est le lieu de préciser que le droit à la rente pour enfant s'éteint au 18^e anniversaire de l'enfant, sauf s'il accomplit une formation (au sens de l'art. 49^{bis} RAVS)³², auquel cas la rente s'étend jusqu'au terme de cette formation, mais au plus jusqu'à l'accomplissement de son vingt-cinquième anniversaire (art. 22^{ter} al. 1, 1^{re} phrase, en corrélation avec l'art. 25 al. 5 LAVS).
- 38 Pour chacune de ces dérogations à l'art. 20 LPGA, la LAVS (art. 22^{bis} al. 3 et 22^{ter} al. 2 LAVS) et son ordonnance d'exécution (art. 71^{ter} al. 1, 2^e phrase, et al. 3, 2^e phrase, RAVS) prévoient que les décisions contraires du juge civil ou de l'autorité de protection de l'enfant sont réservées.

2. LAI

- 39 L'art. 20 LPGA a entraîné la suppression de l'art. 50 al. 1 aLAI, qui prévoyait l'application par analogie de l'art. 45 aLAVS sur «l'emploi des prestations». Une dérogation à la disposition de la Partie générale est prévue pour le versement de **la rente pour enfant** de l'assurance-invalidité, qui est réglé de façon identique à celui de la rente pour enfant de l'assurance-vieillesse et survivants. A son art. 35 al. 4, la LAI prévoit le principe du versement de cette prestation comme la rente à laquelle elle se rapporte, mais aussi la possibilité d'y déroger par un versement en mains d'un tiers ou d'une autorité aux conditions de l'art. 20 LPGA. De plus, par le biais du renvoi de l'art. 82 al. 1 RAI – fondé sur la délégation de compétence de l'art. 35 al. 4, 2^e phrase, LAI – à l'art. 71^{ter} RAVS, applicable par analogie, la rente pour enfant peut être versée au parent qui n'est pas titulaire de la

30 RO 2003 3844.

31 Cette disposition (entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2011) – en corrélation avec l'art. 82 al. 1 RAI – a été introduite en réaction à la jurisprudence *in* ATF 134 V 15, selon laquelle le versement de la rente pour enfant de l'enfant majeur n'était pas possible, en raison du silence qualifié du législateur (ATF 143 V 305, c. 5).

32 Sur la notion de formation, voir p.ex. ATF 140 V 299; ATF 142 V 226; TF, 14.10.2015, 8C_177/2015, c. 5.

rente principale s'il détient l'autorité parentale sur l'enfant avec lequel il vit. Selon les circonstances, en sa qualité de représentant légal de l'enfant, le parent peut être tenu de restituer la rente pour enfant lorsque le droit à la rente d'invalidité principale est supprimé avec effet rétroactif³³. De son côté, l'enfant majeur peut demander que la rente pour enfant lui soit versée directement (art. 71^{er} al. 3 RAVS).

La réserve en faveur des décisions (contraires) du juge civil ou de l'autorité de protection de l'enfant est également applicable (art. 35 al. 4, 2^e phrase, LAI, art. 82 al. 1 RAI en corrélation avec l'art. 71^{er} RAVS).

40

3. LPC

L'art. 12a aLPC, qui prévoyait la compétence du Conseil fédéral d'édicter des dispositions sur le versement en mains de tiers pour garantir un emploi des prestations conforme à leur but a été supprimé avec l'introduction de l'art. 20 LPGA, de même que l'art. 22a aOPC-AVS/AI adopté en conséquence. Selon la disposition d'exécution, l'art. 76 aRAVS était applicable par analogie, sous réserve de l'art. 22 al. 4 OPC-AVS/AI relatif à la possibilité pour l'autorité d'assistance ayant consenti des avances d'être directement remboursée au moment du versement de prestations complémentaires accordées rétroactivement. Aussi, le remboursement des frais de maladie et d'invalidité, qui est une prestation en nature (art. 3 al. 1 let. b et al. 2 LPC) n'entrant pas dans le champ d'application de l'art. 20 LPGA (N 11), n'est en principe pas possible en mains de tiers, le destinataire du remboursement étant l'ayant droit des prestations complémentaires³⁴. Un remboursement direct des cantons au fournisseur de prestations est cependant prévu lorsque les frais facturés n'ont pas encore été acquittés (art. 14 al. 7 LPC).

41

En dérogation à l'art. 20 LPGA, l'art. 21a LPC règle le versement de la part du montant des prestations complémentaires qui est **destinée à couvrir la prime pour l'assurance obligatoire des soins** du bénéficiaire des prestations. Cette part ne doit pas être versée à celui-ci, mais directement à l'assureur-maladie, afin d'éviter qu'elle soit utilisée à d'autres fins que le paiement des primes de l'assurance-maladie obligatoire. Elle correspond au «montant forfaitaire annuel pour l'assurance obligatoire des soins», soit au montant de la prime moyenne cantonale ou régionale pour l'assurance-maladie (couverture accidents comprise), au sens de l'art. 10 al. 3 let. d LPC; selon cette disposition, ce montant est pris en considération à titre de dépenses reconnues pour le calcul du montant des prestations complémentaires (cf. art. 9 al. 1 LPC), en tant que composante de la garantie du minimum vital. Lorsque le montant de la prime moyenne est supérieur au montant de la prime de l'assurance obligatoire des soins effectivement due, l'assureur-maladie est tenu de verser, aux conditions prévues par l'art. 106c al. 5 let. b OAMal, le montant de la différence à l'ayant droit des prestations complémentaires. Au cas où le montant de la prestation complémentaire annuelle est inférieur au montant de la prime moyenne, seul le montant de la prestation complémentaire est versé à l'assureur-maladie³⁵.

42

33 ATF 143 V 241.

34 Sur le versement rétroactif de ces frais à l'aide sociale qui a fourni des avances, ATF 132 V 113, c. 3.2.3.

35 Rapport explicatif, du 25 novembre 2015, relatif à la Révision partielle de la loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires (Réforme des PC), ch. 2.3.2.1, 47 s et ch. 5.6, 71 (www.bsv.admin.ch).

- 43 Dans le cadre de la révision de la LPC, le Conseil fédéral propose une modification de l'art. 21a LPC, afin de laisser aux cantons la possibilité de tenir compte non plus du montant forfaitaire annuel pour l'assurance obligatoire des soins, mais de la prime de l'assurance-maladie obligatoire effective si elle est d'un montant inférieur (en corrélation avec une adaptation de l'art. 10 al. 3 let. d LPC). Un second alinéa est par ailleurs prévu, pour indiquer expressément que seul le montant de la prestation complémentaire annuelle est versé à l'assureur-maladie, si la prestation complémentaire annuelle est inférieure au montant pour l'assurance obligatoire des soins³⁶.
- 44 En dehors de son art. 21a, la LPC ne contient pas de dérogation à l'art. 20 LPGA. On précisera encore que l'art. 21a OPC-AVS/AI règle de manière particulière le versement des prestations complémentaires au **couple de conjoints** dont chacun d'eux a un droit propre à une rente de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité. La prestation complémentaire est versée séparément et par moitié à chacun des conjoints, soit à chacun des ayants droit, à moins que par une requête commune les époux exigent le versement du montant total des prestations complémentaires en mains de l'un d'eux seulement. En tout temps, chacun des conjoints peut à nouveau demander un versement séparé. Sont réservées les décisions contraires du juge civil.

4. LAM

- 45 Dans l'assurance militaire, conformément à l'art. 12 al. 2 LAM («Garantie des prestations») – et selon une règle déjà prévue par la disposition dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 –, le versement à des tiers, y compris à une autorité qui a un devoir d'entretien à l'égard de l'ayant droit, n'est pas soumis à la condition que la personne assurée bénéficie d'une assistance sociale. L'assureur militaire peut prendre des mesures pour que les prestations en espèces soient affectées à l'entretien de l'intéressé ou des personnes dont il a la charge, indépendamment du fait que celui-ci soit ou non dépendant de l'aide sociale ou d'une assistance privée. Il s'agit d'une **dérogation expresse** à l'art. 20 LPGA (singulièrement à son al. 1 let. b), qui vaut également en ce sens que le versement peut être effectué en mains de tiers, même lorsque les personnes dont l'assuré à la charge ne dépendent pas (non plus) de l'aide sociale ou privée.

5. LAPG

- 46 Les **allocations pour perte de gain**, soit avant tout l'allocation de base (art. 4 LAPG) et l'allocation pour enfant (art. 6 LAPG), sont versées sous forme d'allocations journalières en principe à l'ayant droit, à moins qu'il ne demande («décide») qu'elles le soient à ses proches (art. 19 al. 1 let. a LAPG). Il en va de même de l'allocation de maternité (art. 16b LAPG). Lorsque l'ayant droit ne remplit pas son obligation d'entretien, les allocations qui sont allouées pour couvrir les besoins des personnes à sa charge leur sont versées, sur demande, à elles ou à leurs représentants légaux, même si elles ne dépendent pas de l'assistance publique ou privée, en dérogation (expresse) à l'art. 20 al. 1 LPGA (art. 19 al. 1 let. b LAPG). Ainsi, l'allocation pour enfant ou une partie de l'allocation de base destinée à l'entretien respectif de l'enfant ou du conjoint peut être attribuée directement à ceux-ci, indépendamment de toute exigence préalable relative à la dépendance de l'assistance publique ou privée. Cette possibilité était déjà prévue antérieurement à l'entrée en vigueur de l'art. 20 LPGA (art. 19 aLAPG dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 dé-

36 Message du Conseil fédéral, du 16 septembre 2016, relatif à la modification de la loi sur les prestations complémentaires (Réforme des PC), FF 2016 7249, 7294 ss.

cembre 2002). La demande de versement en mains de tiers doit être adressée à la caisse de compensation compétente, et non pas à l'employeur de l'ayant droit qui lui verse en règle générale les allocations pour perte de gain ou l'allocation de maternité (cf. art. 19 al. 2 LAPG).

6. LFA et LAFam

Le versement à des tiers est réglé de manière identique pour les prestations en espèces prévues par la LFA et la LAFam. A ce sujet, l'art. 9 al. 2 let. d LFA prévoit une application par analogie de l'art. 9 LAFam qui traite de deux dérogations à l'art. 20 LPGa. Ce renvoi a rendu superflu l'art. 14 al. 3 aLFA (abrogé au 1^{er} janvier 2009³⁷), qui comprenait une réglementation identique dérogeant à l'art. 20 LPGa (et reprenait une règle qui existait déjà antérieurement à la Partie générale³⁸). En dehors de la dérogation prévue, le versement en mains de tiers aux conditions générales de la disposition de la Partie générale peut entrer en ligne de compte. Ainsi, l'autorité d'exécution de l'aide sociale pourrait selon les circonstances requérir le versement des allocations familiales en ses mains.

En vertu de l'art. 9 LAFam, lorsque les allocations familiales, soit **l'allocation pour enfant et l'allocation de formation professionnelle** (cf. art. 3 al. 1 LAFam) – qui constituent une compensation partielle de la charge financière effective représentée par un enfant –, ne sont pas utilisées en faveur de la personne à laquelle elles sont destinées, celle-ci ou son représentant légal peut demander qu'elles lui soient versées directement, même si elle ne dépend pas de l'assistance publique ou privée. La « personne à laquelle [...] sont destinées » les prestations est en premier lieu l'enfant lui-même, dont le parent emploie par exemple les allocations familiales pour ses besoins exclusifs. Mais il peut aussi s'agir du parent divorcé qui dispose de l'autorité parentale et auquel l'ayant droit devrait verser les allocations familiales en plus de la contribution d'entretien prévue par le jugement de divorce (cf. art. 8 LAFam)³⁹. Par conséquent, lorsque l'ayant droit des prestations ne les affecte pas à l'entretien de l'enfant ou n'est pas en mesure de le faire, l'un ou l'autre des parents de l'enfant mineur, son curateur (au sens de l'art. 308 CC) ou son tuteur (art. 327a ss CC) peut requérir le versement des prestations, sans que ne soit réalisée la condition prévue par l'art. 20 al. 1 let. b LPGa. Pour démontrer que la condition selon laquelle les allocations familiales ne sont pas utilisées en faveur de son destinataire est réalisée, il suffit d'établir que l'ayant droit des prestations ne les transmet pas à l'enfant ou au parent qui détient l'autorité parentale; la caisse de compensation n'a pas à examiner au préalable si les allocations familiales sont utilisées conformément aux besoins⁴⁰. La demande doit être adressée à la caisse de compensation compétente, et non pas à l'employeur de l'ayant droit qui lui verse en règle générale les allocations familiales (cf. art. 15 al. 2 LAFam).

L'allocation de formation professionnelle peut, sur demande motivée, être versée directement à l'enfant majeur, en dérogation à l'art. 20 al. 1 LPGa (art. 9 al. 2 LAFam), soit indépendamment des conditions de la Partie générale (à défaut de la précision – figurant à l'art. 9 al. 1 LAFam – selon laquelle la dérogation a trait à l'exigence de la dépendance à l'assistance publique ou privée). Le versement a pour objet l'allocation qui est versée à l'enfant à partir de son 16^e anniversaire jusqu'à la fin de sa formation (au sens de

37 RO 2008 143.

38 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4209.

39 KIESER/REICHMUTH, art. 9 LAFam, 174 N 10.

40 ATF 144 V 35, c. 5.3.

l'art. 49^{bis} RAVS [en corrélation avec les art. 1 OAFam et 25 al. 5 LAVS]; N 37 *i.f.*), mais au plus tard jusqu'à la fin du mois au cours duquel il atteint l'âge de 25 ans (art. 3 al. 1 let. b LAFam).

- 50** La loi ne précise pas qui a le droit de requérir le versement direct auprès de la caisse de compensation compétente; il peut s'agir de l'enfant majeur ou de l'ayant droit, qui requerra au préalable l'accord du destinataire. Il ne ressort pas non plus du texte légal à quelles conditions la demande est acceptée. L'exigence d'une motivation de la demande montre que celle-ci n'est cependant pas automatiquement admise; la situation dans laquelle «les parties entretiennent des relations tendues» ou les personnes tenues par une obligation d'entretien ne versent plus leur contribution d'entretien a été évoquée au cours des travaux préparatoires⁴¹. Ce qui paraît déterminant à cet égard, c'est que les allocations puissent être utilisées conformément à leur but de couvrir les besoins ou l'entretien de l'enfant⁴². La demande devra ainsi être acceptée s'il est établi, compte tenu de la motivation de la requête, que l'ayant droit ne (re)verse pas, ou seulement partiellement ou en retard, les allocations familiales pour ses enfants avec la contribution d'entretien due en vertu d'une convention ou d'un jugement (cf. art. 8 LAFam). On peut aussi penser au cas où l'enfant majeur ne souhaite plus, pour des raisons personnelles, avoir des contacts avec l'ayant droit. Dans cette constellation également, le droit d'être entendu de celui-ci devra être respecté.

41 FF 2004 6459, 6478 s.

42 FLÜCKIGER, 211.

Section 3: Réduction et refus de prestations

Art. 21

¹ Si l'assuré a aggravé le risque assuré ou en a provoqué la réalisation intentionnellement ou en commettant intentionnellement un crime ou un délit, les prestations en espèces peuvent être temporairement ou définitivement réduites ou, dans les cas particulièrement graves, refusées.

² Les prestations en espèces dues aux proches ou aux survivants de l'assuré ne sont réduites ou refusées que si ceux-ci ont provoqué la réalisation du risque intentionnellement ou en commettant intentionnellement un crime ou un délit.

³ Dans la mesure où des assurances sociales ayant le caractère d'assurance de perte de gain ne prévoient aucune prestation en espèces pour les proches, les prestations en espèces ne peuvent être réduites en vertu de l'al. 1 que de moitié. Pour l'autre moitié, la réduction prévue à l'al. 2 est réservée.

⁴ Les prestations peuvent être réduites ou refusées temporairement ou définitivement si l'assuré se soustrait ou s'oppose, ou encore ne participe pas spontanément, dans les limites de ce qui peut être exigé de lui, à un traitement ou à une mesure de réinsertion professionnelle raisonnablement exigible et susceptible d'améliorer notablement sa capacité de travail ou d'offrir une nouvelle possibilité de gain. Une mise en demeure écrite l'avertissant des conséquences juridiques et lui impartissant un délai de réflexion convenable doit lui avoir été adressée. Les traitements et les mesures de réadaptation qui présentent un danger pour la vie ou pour la santé ne peuvent être exigés.

⁵ Si l'assuré subit une mesure ou une peine privative de liberté, le paiement des prestations pour perte de gain peut être partiellement ou totalement suspendu à l'exception des prestations destinées à l'entretien des proches visées à l'al. 3.

¹ Hat die versicherte Person den Versicherungsfall vorsätzlich oder bei vorsätzlicher Ausübung eines Verbrechens oder Vergehens herbeigeführt oder verschlimmert, so können ihr die Geldleistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder in schweren Fällen verweigert werden.

² Geldleistungen für Angehörige oder Hinterlassene werden nur gekürzt oder verweigert, wenn diese den Versicherungsfall vorsätzlich oder bei vorsätzlicher Ausübung eines Verbrechens oder Vergehens herbeigeführt haben.

³ Soweit Sozialversicherungen mit Erwerbsersatzcharakter keine Geldleistungen für Angehörige vorsehen, kann höchstens die Hälfte der Geldleistungen nach Absatz 1 gekürzt werden. Für die andere Hälfte bleibt die Kürzung nach Absatz 2 vorbehalten.

⁴ Entzieht oder widersetzt sich eine versicherte Person einer zumutbaren Behandlung oder Eingliederung ins Erwerbsleben, die eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder eine neue Erwerbsmöglichkeit verspricht, oder trägt sie nicht aus eigenem Antrieb das ihr Zumutbare dazu bei, so können ihr die Leistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert werden. Sie muss vorher schriftlich gemahnt und auf die Rechtsfolgen hingewiesen werden; ihr ist eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen. Behandlungs- oder Eingliederungsmassnahmen, die eine Gefahr für Leben und Gesundheit darstellen, sind nicht zumutbar.

⁵ Befindet sich die versicherte Person im Straf- oder Massnahmevollzug, so kann während dieser Zeit die Auszahlung von Geldleistungen mit Erwerbsersatzcharakter ganz oder teilweise eingestellt werden; ausgenommen sind die Geldleistungen für Angehörige im Sinne von Absatz 3.

¹ Se l'assicurato ha provocato o aggravato l'evento assicurato intenzionalmente o commettendo intenzionalmente un crimine o un delitto, le prestazioni pecuniarie possono essergli temporaneamente o definitivamente ridotte oppure, in casi particolarmente gravi, rifiutate.

² Le prestazioni pecuniarie dovute ai congiunti o ai superstiti dell'assicurato sono ridotte o rifiutate solo se essi hanno provocato l'evento assicurato intenzionalmente o commettendo intenzionalmente un crimine o un delitto.

³ Sempre che assicurazioni sociali con carattere di indennità per perdita di guadagno non prevedano prestazioni pecuniarie per congiunti, può essere ridotta al massimo la metà delle prestazioni pecuniarie di cui al capoverso 1. Per l'altra metà è fatta salva la riduzione di cui al capoverso 2.

⁴ Le prestazioni possono essere temporaneamente o definitivamente ridotte o rifiutate se l'assicurato, nonostante una sollecitazione scritta che indichi le conseguenze giuridiche e un adeguato termine di riflessione, si sottrae, si oppone oppure, entro i limiti di quanto gli può essere chiesto, non si sottopone spontaneamente a una cura o a un provvedimento d'integrazione professionale ragionevolmente esigibile e che promette un notevole miglioramento della capacità di lavoro o una nuova possibilità di guadagno. Non si possono esigere cure e provvedimenti d'integrazione che rappresentano un pericolo per la vita o per la salute.

⁵ Se l'assicurato subisce una pena o una misura, durante questo periodo il versamento di prestazioni pecuniarie con carattere di indennità per perdita di guadagno può essere parzialmente o totalmente sospeso; fanno eccezione quelle per i congiunti ai sensi del capoverso 3.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	3
C. But et nature de la norme	5
II. Développement	8
A. La faute de l'assuré ou de ses proches (al. 1 à 3)	9
B. La violation de l'obligation de diminuer le dommage (al. 4)	50
C. Le droit aux prestations durant l'exécution d'une mesure ou d'une peine privative de liberté (al. 5)	73

Bibliographie

ACHTARI ANNICK, Le devoir du lésé de minimiser son dommage: étude en droit des obligations, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2008; DUPONT ANNE-SYLVIE, Rubriques «Assurance militaire» et «Assurances sociales», in Brägger/Buille (éd.), Lexique pénitentiaire Bâle 2016, 38 s. et 39 ss (cité: Lexique pénitentiaire); DUPONT ANNE-SYLVIE, Assurances sociales: quelques actualités, in Fuhrer (éd.), Annales SDRCA 2017, Zurich/Bâle/Genève 2017, 143 ss (cité: SDRCA 2017); FÄSSLER PATRICK, Schadenminderungsauflagen und Leistungsverweigerung im Abklärungsverfahren?, RSAS 2017 137 ss; FRÉSARD JEAN-MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, L'assurance-accidents obligatoire, in Meyer (éd.), SBVR, 887 ss (cité: Assurance-accidents obligatoire); GIORGIS PASCAL, (In)aptitude au placement du chômeur qui viole ses obligations?, in Wyler (éd.), Panorama III en

droit du travail, Berne 2017, 307 ss; KELLER STEFAN, Lücken und Tücken der Deckung der Sozialversicherung und Sozialhilfe im Freiheitsentzug, RSC 1/2017, 74 ss; KIESER UELI, Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), in Meyer (éd.), SBVR, 245 ss (cité: SBVR); MÜLLER URS, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum ELG, 3^e éd., Zurich 2015 (cité: art. 8); RUBIN BORIS, La suspension du droit à l'indemnité de chômage, DTA 2017 1 ss (cité: DTA).

I. Introduction

A. Généralités

Les assurances sociales, comme les assurances privées d'ailleurs, reposent sur un mécanisme de **mutualisation**, qui implique que les conséquences économiques de la réalisation d'un risque assuré sont réparties sur l'ensemble de la communauté des payeurs de primes, plutôt que sur le seul individu touché par l'événement. Le bon fonctionnement et la pérennité d'un tel système suppose que les possibles bénéficiaires de prestations se conforment à certaines règles¹. On attend notamment d'eux qu'ils **n'augmentent pas, par leur propre comportement**, la probabilité statistique que le risque se réalise et/ou n'aggravent pas les conséquences de la réalisation du risque. Si, malgré un comportement adéquat, une éventualité assurée se produit, on attend alors de la personne assurée qu'elle ne sollicite pas la communauté des payeurs de primes plus que cela est nécessaire (**obligation de diminuer le dommage**). L'art. 21 LPGA représente la base légale qui permet de sanctionner l'assuré qui ne respecte pas ces règles. 1

Le législateur a par ailleurs choisi de codifier au même endroit une jurisprudence établie par le Tribunal fédéral dans le cadre de l'application de l'assurance-invalidité², permettant de suspendre le droit à certaines prestations sociales lorsque la personne assurée exécute une mesure ou une peine privative de liberté. Cette pratique se fonde, d'une part, sur la volonté de respecter l'**égalité de traitement** entre le condamné «standard», qui perd son emploi et, donc, son revenu durant l'exécution d'une peine privative de liberté³, et, d'autre part, sur un autre principe sur lequel repose la mise en œuvre du droit des assurances sociales, à savoir l'**interdiction de la surindemnisation** (cf. art. 69 LPGA)⁴. Une personne détenue étant entretenue par la collectivité durant l'exécution de sa peine, elle retirerait un avantage économique si elle continuait, pendant ce temps, de toucher des prestations sociales partiellement financées par l'Etat⁵. 2

B. Systématique

Seule disposition de la troisième section du chapitre 3, qui contient les dispositions générales concernant les prestations et les cotisations, l'art. 21 LPGA s'applique à l'ensemble des assurances sociales qui font référence à l'application de la LPGA⁶. Certaines lois spéciales, cependant, prévoient des régimes dérogatoires, en principe plus stricts, sur un ou plusieurs des points traités par l'art. 21 LPGA (N 39 ss, N 70 s. et N 79). 3

1 Cf. ég. ACHTARI, N 75 ss.

2 Cf. ATF 113 V 273.

3 Cf. TF, 29.11.2016, 9C_523/2016, c. 2.2; ATF 141 V 466, c. 4.3; ATF 138 V 281, c. 3. Cf. ég. SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 7 N 39.

4 A propos de la querelle, avant l'entrée en vigueur de la LPGA, sur le caractère de principe général de l'interdiction de la surindemnisation, cf. art. 69 N 10 s.

5 Cf. ATF 113 V 273, c. 2b.

6 C'est-à-dire toutes les assurances sociales sauf la prévoyance professionnelle (cf. art. 1 N 8).

- 4 L'art. 21 LPGA n'a pas été complété par voie d'ordonnance. S'agissant de la prévoyance professionnelle, l'art. 35 LPP prévoit que la réduction ou la suppression des prestations intervient dans la même mesure que dans le cadre de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité.

C. But et nature de la norme

- 5 De manière générale, l'art. 21 LPGA a pour but principal d'offrir la **base légale indispensable à la sanction des personnes assurées** qui, par un comportement fautif, ont influencé la réalisation du risque et/ou la gravité de ses conséquences, ou qui n'ont pas contribué à réduire leur dommage, contrairement à leurs obligations. Il constitue également une base légale pour suspendre certaines prestations durant l'exécution d'une mesure ou d'une peine privative de liberté.
- 6 La formulation potestative de la disposition laisse a priori aux assureurs sociaux une marge d'appréciation au moment de prononcer une sanction⁷. Sous l'empire de l'ancien droit, le Tribunal fédéral, interprétant les art. 18 al. 1 aLAVS et 7 al. 1 aLAI, avait jugé que la formulation de ces dispositions (« *Kann-Vorschriften* ») ne permettait pas d'en déduire que les organes d'exécution avaient la liberté de décider si une sanction devait ou non être prononcée. La compétence qui leur était conférée par ces dispositions leur donnait **non seulement le droit, mais aussi l'obligation de prononcer une sanction** lorsque les conditions légales étaient réunies⁸. L'utilisation du verbe « pouvoir » dans ces deux dispositions, qui ont inspiré l'art. 21 LPGA, ne devait ainsi être comprise que comme l'attribution d'une compétence, et non comme l'aménagement d'une marge d'appréciation. Le Tribunal fédéral a transposé cette jurisprudence dans le cadre de l'application de l'art. 21 LPGA⁹. La quotité et la durée de la sanction restent en revanche l'apanage de l'assureur social, qui doit respecter le principe de **proportionnalité**¹⁰.
- 7 La **formulation potestative de l'art. 21 al. 5 LPGA**, qui permet de suspendre le droit à certaines prestations sociales pendant la durée d'une peine privative de liberté, a de son côté été **confirmée** par le Tribunal fédéral. Elle permet de tenir compte de circonstances particulières, notamment de la possibilité qu'aurait eue la personne assurée, sans atteinte à la santé, de réaliser un revenu malgré l'exécution d'une peine, parce qu'elle bénéficierait, dans ce cadre, d'un aménagement (N 75)¹¹.

II. Développement

- 8 L'art. 21 LPGA vise trois constellations qu'il convient de distinguer et de traiter séparément: la faute de l'assuré et/ou de ses proches en amont de la réalisation du risque (A), la violation par l'assuré de l'obligation de réduire son dommage après la survenance de ce dernier (B) et, finalement, la suspension du droit à certaines prestations lorsque l'assuré exécute une peine privative de liberté (C).

7 Dans ce sens, cf. LOCHER/GÄCHTER, § 41 N 12; KIESER, SBVR, N 83; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 7 N 36.

8 ATF 125 V 237, c. 4; ATF 111 V 186, c. 4a.

9 TF, 30.8.2012, 9C_174/2012, c. 4.1. Cf. ég. TF, 10.6.2011, 9C_785/2010, c. 8, dans lequel le TF, sans affirmer le caractère obligatoire de la sanction, laisse entendre que la réunion, dans un état de fait donné, des conditions permettant une sanction contraint l'assureur à la prononcer.

10 ATF 136 V 362.

11 Cf. ATF 141 V 466, c. 4.3 et les références citées.

A. La faute de l'assuré ou de ses proches (al. 1 à 3)

L'art. 21 LPGA offre en premier lieu une base légale permettant à l'assureur social de réduire les prestations temporairement ou définitivement, voire de les refuser dans les situations particulièrement graves, lorsque la réalisation du risque a été favorisée par un comportement imputable au bénéficiaire des prestations. Ces propos généraux appellent des précisions, tant sous l'angle des états de fait visés (1) que sous l'angle des conséquences possibles (2).

1. Les états de fait visés

Les deux premières situations visées par l'art. 21 al. 1 et 2 LPGA se rapportent au comportement de l'assuré (a et b), la troisième à celui de proches ou de survivants bénéficiaires de prestations (c).

a) La faute de l'assuré

Une sanction peut être prononcée, en premier lieu, à l'égard de l'assuré qui, par sa propre faute, a aggravé le risque assuré ou en a provoqué la réalisation **intentionnellement**, ce qui suppose la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. Le **dol éventuel** est suffisant¹², mais n'est pas aisément démontré en pratique¹³. La **preuve** de la faute incombe à l'assureur social qui entend prononcer une sanction.

L'adoption de l'art. 21 LPGA a, sur ce point, permis à la législation helvétique de se mettre en conformité avec ses engagements internationaux. En effet, avant l'entrée en vigueur de la LPGA, l'art. 7 aLAI permettait la réduction des prestations en espèces de l'assurance-invalidité en cas de «faute grave» de l'assuré. Cette disposition a été jugée contraire à l'art. 32 § 1 let. e de la Convention OIT n° 128¹⁴ et à l'art. 68 let. f CESS¹⁵ par le Tribunal fédéral¹⁶. **La négligence grave ne suffit dès lors plus à justifier une réduction des prestations**¹⁷, sous réserve d'exceptions prévues par les lois spéciales (N 39 ss).

L'intention doit porter sur la réalisation du risque, ce par quoi il faut entendre la **surveillance de l'éventualité assurée** (décès, incapacité de travail, incapacité de gain, etc.) ouvrant un droit aux prestations sociales¹⁸. En tant que tel, un risque ne peut pas être aggravé; sur ce point, la formulation de l'art. 21 al. 1 LPGA est maladroite¹⁹. Il faut en réalité comprendre que la sanction est susceptible de viser la personne assurée qui a aggravé les conséquences de la réalisation du risque²⁰, par exemple l'ampleur de l'atteinte à la santé, la durée de l'incapacité de travail, etc.

12 LOCHER/GÄCHTER, § 41 N 9; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 7 N 36; KIESER, SBVR, N 81; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 25.

13 Par exemple lorsque l'assuré adopte un style de vie malsain ou dangereux (TF, 6.2.2014, 8C_538/2014, c. 5.3). Au sujet de la tentative de suicide, cf. N 16.

14 Convention OIT n° 128 concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants du 29.6.1967, en vigueur pour la Suisse depuis le 13.9.1978 (RS 0.831.105).

15 En vigueur pour la Suisse depuis le 17.9.1978.

16 ATF 119 V 171; cf. ég. ATF 130 V 546, c. 4.3, qui expose l'évolution législative en Suisse à ce sujet.

17 ATF 134 V 277, c. 2.2.

18 Cf. TF, 6.2.2015, 8C_538/2014, c. 5.3.

19 Le même problème peut être constaté dans les versions germanophone («*Hat die versicherte Person den Versicherungsfall vorsätzlich [...] verschlimmert [...]*») et italophone («*Se l'assicurato ha provocato o aggravato l'evento assicurato intenzionalmente [...]*»).

20 Dans ce sens, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 19.

- 14** Le comportement fautif de la personne assurée doit être en **lien de causalité naturelle et adéquate** avec la réalisation du risque, respectivement avec l'aggravation de ses conséquences²¹. La causalité naturelle est donnée si la faute de l'assuré intervient dans la chaîne causale qui aboutit à la réalisation du risque, respectivement à l'aggravation des conséquences de l'événement. La causalité adéquate commande d'examiner, selon la formule consacrée, s'il correspond au cours ordinaire des choses et à l'expérience générale de la vie qu'un comportement du type de celui de l'assuré entraîne la réalisation du risque ou l'aggravation de ses conséquences. Il suffit que ce comportement ne soit que l'une des causes qui a entraîné les conséquences que l'art. 21 al. 1 LPGA permet de sanctionner (causalité partielle)²². La survenance, postérieurement à la faute de l'assuré, d'une autre atteinte à la santé – cette fois sans que la personne assurée ne l'ait provoquée (causalité dépassante) – peut être prise en considération dans le cadre d'une procédure de révision selon l'art. 17 LPGA²³.
- 15** La correcte identification d'un comportement méritant une sanction aux conditions de l'art. 21 al. 1 LPGA nécessite que **l'analyse de la causalité soit effectuée en deux temps**: il existe un premier lien de causalité entre les événements qui conduisent à la réalisation du risque, et un second lien de causalité entre la réalisation du risque et ses conséquences²⁴. Même si la survenance du risque n'est en rien imputable à l'assuré (par exemple la survenance d'un accident), il faut encore examiner si son comportement peut en avoir aggravé les conséquences (par exemple le refus de consulter immédiatement un médecin, malgré des lésions assez graves).
- 16** Le Tribunal fédéral considère qu'en cas d'**addiction(s)** (tabac, alcool), il n'est pas possible d'imputer à l'assuré une faute intentionnelle, ce qui rend l'art. 21 al. 1 LPGA inopérant dans ce genre de situations²⁵. Il en va de même lorsque le jugement de la personne assurée est entravé en raison de **troubles psychiques**, dans le contexte d'une violente dispute²⁶. Un **suicide** n'est pas, dans le cadre de l'art. 21 LPGA²⁷, un motif de réduction, dès lors que le décès entraîne le versement de prestations aux proches, qui ne sont pas fautifs au sens de l'art. 21 al. 2 LPGA²⁸. Une **tentative de suicide** n'est pas non plus considérée par la jurisprudence comme un acte intentionnel justifiant la réduction des prestations en application de l'art. 21 al. 1 LPGA, à tout le moins aussi longtemps que l'assuré n'a pas envisagé, au stade du dol éventuel, que sa tentative pouvait échouer et qu'il pourrait en découler une invalidité²⁹.
- b) La commission par la personne assurée d'un crime ou d'un délit
- 17** Une sanction doit³⁰ également être prononcée lorsque le risque se réalise ou que ses conséquences en sont aggravées alors que la personne assurée commet intentionnellement un crime ou un délit.

21 Cf. ATF 125 V 237, c. 5; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 21; LOCHER/GÄCHTER, § 41 N 11.

22 Cf. ATF 97 V 226, c. 1c.

23 MEYER/REICHMUTH, art. 7-7b LAI N 34.

24 Dans le même sens, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 20.

25 ATF 119 V 410, c. 4.

26 TF, 17.7.2012, 8C_271/2012.

27 Dans le contexte de l'assurance-accidents, cf. art. 37 al. 1 LAA. Cf. N 43.

28 Dans le même sens, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 31.

29 MEYER/REICHMUTH, art. 7-7b LAI N 22.

30 Sur le caractère impératif de la sanction, cf. N 6.

Un **crime** est une infraction pénale passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans³¹; un **délit** est une infraction pénale passible d'une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire³². Le prononcé d'une sanction administrative en application de l'art. 21 al. 1 LPGA suppose que tous les éléments constitutifs d'un état de fait pénal soient remplis, tant sur le plan objectif que subjectif³³. Sur ce second plan, **seules les infractions commises intentionnellement, au moins au stade du dol éventuel, sont pertinentes**, ce qui suppose conscience et volonté³⁴ de la part de l'assuré. Les infractions pénales commises par négligence ne permettent pas d'appliquer les conséquences prévues par l'art. 21 LPGA. Il en va de même pour la commission, même intentionnelle, d'une simple contravention³⁵.

L'assureur social, respectivement le juge des assurances sociales, ne sont **liés ni par les constatations de fait opérées par les autorités pénales ni par les conséquences juridiques qu'elles en ont tirées**. Ils ne s'en écartent cependant que si les faits établis au cours de l'instruction pénale et leur qualification juridique ne sont pas convaincants, ou s'ils se fondent sur des considérations spécifiques du droit pénal qui ne sont pas déterminantes en droit des assurances sociales³⁶. Si l'affaire n'a pas encore fait ou ne fera pas³⁷ l'objet d'une décision pénale, l'assureur, respectivement le juge des assurances sociales, doivent statuer à titre préjudiciel sur la question de la réalisation des éléments constitutifs de l'infraction pénale. Les circonstances conduisant, dans l'analyse pénale, à une réduction de la peine, voire à la renonciation à toute sanction, n'ont pas à être prises en considération dans le cadre de l'application de l'art. 21 LPGA³⁸.

Il n'est pas nécessaire, dans la constellation envisagée ici, qu'il existe un lien de causalité entre la commission intentionnelle d'un crime ou d'un délit et la réalisation du risque ou l'aggravation de ses conséquences. Il faut cependant qu'il y ait entre les deux une **relation de connexité**, tant sous l'angle matériel que sous l'angle temporel³⁹. Cette relation est en principe donnée si l'activité délictueuse a influencé la réalisation du risque. Il en va ainsi, par exemple, de la personne qui reçoit une balle dans la tête alors qu'elle participait à une rixe, étant elle-même armée alors qu'elle ne détenait pas de permis de port d'arme⁴⁰. En revanche, la relation de connexité fait défaut lorsque l'activité délictueuse n'a aucune influence sur le déroulement des événements conduisant à la réalisation du risque. La faute d'un tiers ne suffit pas en soi pour interrompre la relation de connexité matérielle⁴¹.

31 Cf. art. 10 al. 2 CP.

32 Cf. art. 10 al. 3 CP.

33 La participation, en tant que milicien volontaire, à la guerre de Bosnie n'est en soi ni un crime ni un délit (TF, 6.2.2015, 8C_538/2014, c. 5.3).

34 Cf. art. 12 al. 2 CP. Sur les notions de conscience et de volonté en droit pénal, cf. KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE, Précis de droit pénal général, 4^e éd., Berne 2016, 41 ss et 46 ss.

35 Cf. art. 103 CP.

36 Cf. TF, 20.11.2017, 8C_788/2016, c. 5.1; ATF 125 V 237, c. 6a.

37 Il n'y aura pas de poursuites pénales si l'assuré est décédé (cf. ATF 120 V 224) ou s'il y est renoncé.

38 Cf. p.ex. ATF 129 V 354, c. 3.2.

39 Cf. TF, 10.6.2011, 9C_785/2010, c. 7.3; cf. ég. LOCHER/GÄCHTER, § 41 N 10; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 43. Le risque ou l'aggravation de ses conséquences doit être intervenu « à l'occasion » de la commission intentionnelle d'un crime ou d'un délit (cf. GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 90 N 45).

40 Cf. ATF 134 V 315.

41 TF, 27.8.2010, 8C_737/2009, c. 3.3.

21 Le Tribunal fédéral a développé une importante casuistique **en matière d'accidents de la circulation routière** survenus alors que la personne assurée était prise de boisson. Dans ce contexte, il a précisé que le lien de connexité entre la commission du délit⁴² et la survenance du risque subsistait en présence d'une faute de circulation d'un tiers, y compris en cas de faute exclusive, dès lors qu'«un conducteur en état d'ébriété est entravé dans son aptitude à conduire par l'effet de l'alcool, qui amoindrit sa capacité de réaction». Dans de telles circonstances, on présume que l'accident ne serait pas survenu, ou qu'il n'aurait pas eu les mêmes conséquences, si le conducteur était resté sobre. La présomption peut être renversée par l'assuré qui démontre, «avec un degré de vraisemblance prépondérante, que l'état alcoolique n'a eu d'incidence ni sur la survenance de l'accident ni sur ses conséquences, autrement dit qu'aucune manœuvre d'évitement n'aurait été possible même pour un conducteur en pleine possession de ses moyens»⁴³. Le Tribunal fédéral donne l'exemple du conducteur pris de boisson, arrêté à un feu rouge, qui est heurté par l'arrière par un conducteur inattentif. Suivant ce raisonnement, le Tribunal fédéral a notamment admis le prononcé d'une sanction à l'encontre d'un assuré sous l'emprise de l'alcool qui avait perdu la maîtrise de son véhicule et qui, une fois immobilisé sur la chaussée, avait été heurté violemment par un autre véhicule dont le conducteur n'avait pas pu freiner à temps⁴⁴. Il en a fait de même au sujet d'un assuré en état d'ébriété avancé, dont la voiture avait des problèmes de moteur, qui avait décidé de s'arrêter au milieu d'une voie d'accès à l'autoroute, et était ensuite sorti de son véhicule pour se placer en bordure des voies de roulement afin de faire signe aux autres usagers de la route, sans installer au préalable un triangle de panne. Cet assuré avait ensuite été percuté par une voiture dont le conducteur avait voulu éviter le véhicule stationné sur la voie d'accès⁴⁵.

c) La faute des proches

22 Pour les mêmes raisons que celles qui justifient de sanctionner l'assuré qui contribue à la survenance du cas d'assurance (N 1), les proches ou les survivants de l'assuré qui provoquent intentionnellement la réalisation du risque, ou en commettant intentionnellement un crime ou un délit, verront également les prestations sociales prévues en leur faveur réduites temporairement ou définitivement, voire refusées.

23 Les proches et les survivants visés par l'art. 21 al. 2 LPGA sont en premier lieu les personnes auxquelles la survenance du risque ouvre un droit à des prestations d'une ou de plusieurs assurances sociales⁴⁶. Les **survivants** bénéficient de prestations en cas de décès de la personne assurée: les conjoints et les partenaires enregistrés (art. 13a LPGA) ainsi que, à certaines conditions, les conjoints divorcés, ont droit à une rente de veuf ou de veuve, respectivement de partenaire survivant, dans les régimes de l'assurance-vieillesse et survivants (art. 23 à 24a LAVS), de l'assurance-accidents (art. 29 LAA) et de l'assurance-militaire (art. 51, art. 52 LAM)⁴⁷; ces trois assurances prévoient également des rentes d'orphelin en faveur des enfants, y compris des enfants recueillis (art. 25 LAVS, en relation avec l'art. 46 al. 2 RAVS; art. 30 LAA en relation avec l'art. 40 OLAA;

42 En l'occurrence, la conduite en état d'ébriété avec un taux d'alcool qualifié (<0,5 g pour mille) tombe dans le champ d'application de l'art. 91 al. 2 let. a LCR et constitue un délit.

43 TF, 27.8.2010, 8C_737/2009, c. 3.4.

44 TFA, 20.2.2002, U 186/01.

45 TFA, 10.11.2006, U 394/05.

46 Cf. LOCHER/GÄCHTER, § 41 N 7.

47 A noter que l'assurance militaire prévoit également, à certaines conditions, des rentes de survivants pour les père et mère (cf. art. 55 LAM).

art. 53 LAM). Les **proches** au sens de l'art. 21 al. 2 LPGA, sont les bénéficiaires indirects de prestations des assurances sociales versées à la personne assurée en raison de la réalisation du risque. Il s'agit en réalité uniquement des enfants mineurs ou en formation⁴⁸, qui donnent droit à une rente complémentaire au bénéficiaire d'une rente AI ou d'une rente de vieillesse AVS. Dans la mesure où il ne saurait être question de faute en lien avec la réalisation du risque «vieillesse», l'art. 21 al. 2 LPGA ne s'applique donc, sur ce point, que dans le domaine de l'assurance-invalidité⁴⁹.

L'art. 21 al. 2 LPGA ne mentionne, comme fait générateur de sanction, **que le fait de provoquer la réalisation du risque**, contrairement à l'art. 21 al. 1 LPGA qui prévoit en outre le fait d'en aggraver les conséquences. Cette question se pose pourtant en lien avec le risque de l'invalidité. A notre sens, le proche qui use de son influence sur une personne atteinte dans sa santé (sans faute de sa part) pour la dissuader, par exemple, de se soumettre à un traitement médical ou d'adhérer à des mesures de réadaptation, devrait également encourir une sanction. Compte tenu de ce que nous avons indiqué au paragraphe précédent, une telle hypothèse paraît cependant anecdotique, voire exclusivement théorique. 24

S'agissant de la commission intentionnelle d'un crime ou d'un délit, les principes sont les mêmes que ceux qui ont été exposés ci-dessus au sujet de la sanction de la personne assurée elle-même (N 17 ss). Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser, dans le contexte du décès de l'assuré provoqué par son conjoint, que la présence, sur le plan pénal, de **circonstances atténuantes** n'empêchait pas le juge des assurances sociales de prononcer une sanction en application de l'art. 21 al. 2 LPGA⁵⁰. 25

2. Les conséquences

a) En général

Lorsque l'un des états de fait décrits ci-dessus s'est réalisé, l'assureur social **doit** (N 6)⁵¹ prononcer une sanction. 26

La sanction peut d'abord prendre la forme d'une **réduction des prestations, provisoire ou définitive**⁵². La **quotité de la réduction**, exprimée en pourcentage, dépend en pre- 27

48 La rente complémentaire pour conjoint prévue dans le régime de l'AI a été supprimée avec l'entrée en vigueur de la 5^e révision de l'AI, au 1^{er} janvier 2008.

49 L'AA et l'AM ne prévoient pas de rentes complémentaires. Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 66.

50 Cf. ATF 125 V 237. Dans cette affaire, une femme avait été reconnue coupable de meurtre passionnel, au sens de l'art. 113 CP, sur la personne de son mari, et avait bénéficié d'une peine plus courte, assortie de sursis, motif pris de ce qu'elle avait agi «en état de nécessité putatif excusable»; le TF, jugeant un refus disproportionné, a admis une réduction de moitié de sa rente de veuve AVS. S'agissant de la rente de l'AA, le TF a admis un refus total, en application de l'ancien art. 38 LAA, qui prévoyait que si un survivant avait provoqué intentionnellement le décès de l'assuré, il n'avait pas droit aux prestations en espèces (cf. ATF 125 V 307).

51 Cf. ATF 125 V 237, c. 4. *Contra*: LOCHER/GÄCHTER, § 41 N 12; GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉ-SARD-FELLAY/MOLO, 91 N 46; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 7 N 36; KIESER, SBVR, N 83; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 48 ss. Aucun de ces auteurs ne mentionne les ATF 125 V 237 et ATF 111 V 186. Cf. toutefois KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 52, qui mentionne TF, 30.8.2012, 9C_174/2012, c. 4.1, sans en tirer de conséquence pour l'interprétation de l'art. 21 LPGA.

52 Bien que l'art. 21 al. 2 LPGA ne mentionne pas expressément que la réduction, respectivement la suppression, des prestations revenant aux proches ou aux survivants puissent intervenir à titre

mier lieu de la gravité de la faute commise par la personne assurée, respectivement par ses proches ou ses survivants⁵³. Cette faute se mesure objectivement, en fonction du danger potentiel, concret ou abstrait, auquel la personne assurée s'est exposée. Les circonstances subjectives, en particulier le caractère téméraire du comportement, ne sont prises en considération que si elles ont engendré ou augmenté le danger de blessure sérieuse ou irréversible⁵⁴. Il en va de même pour la durée de la sanction, le choix d'une réduction définitive tendant à devenir la règle, ce qui s'explique peut-être par le fait qu'avant l'entrée en vigueur de la LPGA, les lois spéciales n'envisageaient que la possibilité de sanctions permanentes⁵⁵. Avec Kieser, nous pensons que la sanction n'est plus justifiée dès lors qu'il n'existe plus de lien de causalité entre la faute reprochée à la personne assurée, respectivement à ses proches et survivants, et le droit aux prestations⁵⁶. Dans tous les cas, l'assureur social est tenu de respecter le **principe de proportionnalité**⁵⁷.

- 28 En matière de circulation routière, en particulier de **conduite en état d'ébriété**, la jurisprudence a de longue date entériné une pratique des assureurs-accidents consistant à fixer la quotité de la sanction en fonction du taux d'alcoolémie, soit 20% entre 0,8 et 1,2 g pour mille, puis 10% de plus pour chaque 0,4 g pour mille d'alcoolémie supplémentaire⁵⁸. L'application de cette échelle dans le cadre de l'assurance-invalidité a été confirmée par le Tribunal fédéral⁵⁹.
- 29 Au-delà de la gravité de la faute, il faut également tenir compte des **circonstances individuelles, en particulier économiques**. Bien que cet élément ne soit pas expressément mentionné à l'art. 21 LPGA, il ressort de différentes dispositions spéciales que l'ensemble des circonstances du cas d'espèce doit être pris en considération, la faute ne constituant qu'un élément d'appréciation parmi d'autres⁶⁰.
- 30 **Dans les cas particulièrement graves**, les prestations peuvent être **refusées**. Conformément au principe de proportionnalité, seule une faute particulièrement grave peut justifier une telle sanction. En pratique, elle reste pour ainsi dire anecdotique. Le Tribunal fédéral a, par exemple, confirmé le refus d'une rente de l'assurance-invalidité à l'assuré qui avait joué un rôle de meneur dans une rixe au cours de laquelle il avait été fait usage d'armes à feu⁶¹.

provisoire ou définitif, la doctrine admet, sur ce point, le parallélisme entre le premier et le deuxième alinéa de l'art. 21 LPGA (LOCHER/GÄCHTER, § 41 N 14; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 76).

53 Cf. ATF 136 V 362; ATF 114 V 315, c. 5a.

54 Cf. ATF 134 V 315, c. 4.5.1.1. Dans cette affaire (participation à une rixe en sachant que certains participants étaient armés), une réduction de 60% a été admise.

55 Cf. ATF 118 V 305, c. 5 (au sujet de l'ancien art. 37 al. 2 LAA).

56 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 53. Une réflexion de ce type devrait par exemple être conduite dans une situation de **meurtre compassionnel**. Si, par hypothèse, une personne met fin à la vie de son conjoint atteint dans sa santé, sans espoir de guérison, pour abrégier ses souffrances, une sanction par les assurances sociales, en l'espèce une réduction ou un refus de la rente de veuf ou de veuve, ne saurait se prolonger au-delà du moment auquel la personne assurée serait selon toute vraisemblance de toute manière décédée.

57 ATF 125 V 237, c. 6b; ATF 111 V 319, c. 2; LOCHER/GÄCHTER, § 41 N 13.

58 TF, 30.11.2012, 8C_252/2012, c. 5.3.1; sur l'abaissement du taux limite d'alcoolémie et la possibilité de sanctionner entre 0,5 et 0,8 g pour mille, cf. FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 411.

59 ATF 129 V 354, c. 4.

60 Cf. not. l'art. 7b al. 3 LAI, qui prévoit que «la décision de réduire ou de refuser des prestations doit tenir compte de toutes les circonstances, en particulier de la gravité de la faute de l'assuré».

61 Cf. ATF 134 V 315, en particulier c. 3 pour la description des faits.

Seules les **prestations en espèces** peuvent faire l'objet d'une sanction en application de l'art. 21 al. 1 et 2 LPGA (art. 15 N 9 ss)⁶². Il faut relever que les allocations pour impotent de l'assurance-invalidité ne sont cependant pas susceptibles de réduction (art. 7b al. 4 LAI)⁶³. Quant aux prestations complémentaires, elles ne peuvent pas être réduites, mais suivent le sort des rentes de l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité temporairement ou définitivement refusées (art. 8 LPC)⁶⁴. Dans le calcul du droit à la prestation complémentaire annuelle, il y a lieu de tenir compte du montant de la rente effectivement versé, et non du montant hypothétique, avant réduction⁶⁵.

b) La protection des proches (al. 3)

Comme mentionné ci-dessus (N 6, N 27), l'assureur social est en principe libre, dans les limites de son pouvoir d'appréciation, de fixer la quotité de la sanction, ainsi que sa durée. Par exception, l'art. 21 al. 3 LPGA limite son autonomie lorsque la personne assurée doit pourvoir à l'entretien de proches. Par «**proches**», il faut entendre les personnes envers lesquelles elle a une obligation d'entretien selon les règles du droit de la famille⁶⁶. Il s'agit ainsi du conjoint (art. 163 CC)⁶⁷ ou du partenaire enregistré (art. 13 LPart) ainsi que des enfants (art. 276 ss CC). La naissance ou l'extinction d'une obligation d'entretien constitue un fait nouveau qui justifie, cas échéant, la révision de la situation au sens de l'art. 17 LPGA⁶⁸.

La limitation de l'art. 21 al. 3 LPGA ne produit ses effets qu'à l'égard des **prestations en espèces ayant pour but de compenser la perte de gain** de la personne assurée. A notre sens, cette notion ne doit ici pas être interprétée selon la définition qui en est donnée à l'art. 7 LPGA, mais selon une acception plus générale, comme la perte, temporaire ou définitive, du revenu provenant de l'activité lucrative, justifiant l'octroi, par les assurances sociales, d'un revenu de substitution⁶⁹. Ce revenu de substitution prend principalement la forme d'indemnités journalières et de rentes⁷⁰.

Finalement, la limitation de l'art. 21 al. 3 LPGA n'entre en ligne de compte que si le régime d'assurance qui verse des prestations en espèces ayant pour but de compenser la perte de gain **ne prévoit pas de prestations connexes spécifiquement destinées aux proches**. Selon le droit actuellement en vigueur, seule la rente d'invalidité de l'assurance-invalidité est accompagnée de rentes complémentaires en faveur des enfants mineurs ou en formation (art. 35 LAI: «rente pour enfant»)⁷¹. Cette prestation est ainsi exclue du

62 Il s'agit des rentes, indemnités journalières, allocations pour impotent, de l'indemnité pour atteinte à l'intégrité, des prestations complémentaires et allocations.

63 Jusqu'au 1^{er} janvier 2012, date de l'entrée en vigueur de la révision 6a de l'AI, les indemnités journalières versées par cette assurance n'étaient pas non plus susceptibles de réduction.

64 MÜLLER U., art. 8 N 62 ss, art. 1 N 4.

65 Cf. DPC, N 3510.01.

66 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 83 s.

67 Il peut s'agir de l'ex-conjoint dans la mesure où il existe, au moment où la sanction doit être exécutée, une obligation d'entretien en vertu du jugement de divorce (cf. art. 125 CC). A noter que l'ex-conjoint est un «survivant» aux conditions de l'art. 24a LAVS.

68 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 95 ss.

69 Cette interprétation est implicitement confirmée par la jurisprudence et la doctrine, dès lors que la réduction des indemnités journalières est aussi envisagée (cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 88).

70 Cf. ég. art. 66 LAM.

71 Nous ne mentionnons pas la rente pour enfant prévue dans le régime de l'AVS pour les bénéficiaires d'une rente de vieillesse qui ont des enfants à charge, d'une part parce qu'il ne saurait être

champ d'application de l'art. 21 al. 3 LPGA, de sorte que les organes de l'assurance-invalidité peuvent fixer librement la quotité de sa réduction, dans les limites du principe de la proportionnalité et sans verser dans l'arbitraire⁷². Selon le Tribunal fédéral, cela vaut aussi si la personne assurée n'a pas d'obligation d'entretien en faveur d'enfants mineurs ou en formation (et ne touche donc pas de rentes complémentaires), mais en a en revanche une envers son conjoint⁷³, l'existence d'une obligation d'entretien n'étant à cet égard pas déterminante⁷⁴. Cette interprétation est à notre sens discutable, dans la mesure où, en pratique, elle ne permettra plus à l'assuré de pourvoir à l'entretien de son conjoint conformément à ses obligations civiles. Si, tant que dure la communauté conjugale, on peut à la rigueur admettre que le conjoint de l'assuré fautif partage le sort de ce dernier, une telle contrainte n'est plus acceptable dès lors que le couple se sépare, et encore moins du moment où un divorce est prononcé.

- 35 Lorsque ces trois conditions sont réunies, **la moitié des prestations** en espèces ayant pour but de compenser la perte de gain **est soustraite à toute suppression ou à toute réduction**. Le législateur a en effet considéré que lorsqu'un régime d'assurance sociale prévoit des prestations dont le but est de compenser la perte de gain de la personne assurée, sans prévoir par ailleurs de prestations additionnelles pour les proches, la moitié des prestations sociales versées à la personne assurée doit être considérée comme étant affectée à l'entretien de ses proches⁷⁵.
- 36 Dans l'hypothèse où **la sanction est prononcée en application de l'art. 21 al. 1 LPGA** (faute de la personne assurée), cela signifie que la moitié des prestations destinées à l'entretien des proches est soustraite à toute réduction, la sanction ne pouvant porter que sur la moitié dévolue à la personne assurée elle-même. **A l'inverse, si la sanction résulte de l'application de l'art. 21 al. 2 LPGA** (faute d'un proche), seule la moitié des prestations destinées à l'entretien des proches peut faire l'objet d'une réduction, à l'exclusion de la moitié des prestations revenant à la personne assurée elle-même. Dans un cas comme dans l'autre, un refus total est exclu⁷⁶.
- 37 Par ailleurs, dans les deux cas également, la quotité de la sanction doit être **évaluée indépendamment** de l'art. 21 al. 3 LPGA, et appliquée dans un deuxième temps. Par exemple, si, dans un cas d'application de l'art. 21 al. 1 LPGA, une sanction de 50% est justifiée compte tenu de la faute de la personne assurée, la réduction des prestations doit être appliquée à la part revenant à cette dernière, sans toucher la part dévolue à l'entretien des proches. Il en résulte le calcul suivant: $(50\% \times 50\%) + 50\% = 75\%$. La personne assurée touchera donc 75% des prestations qui lui reviennent⁷⁷.
- 38 La portée pratique de l'art. 21 al. 3 LPGA est limitée, dans la mesure où l'**assurance militaire** prévoit un régime dérogatoire s'agissant de ses indemnités journalières et de ses rentes d'invalidité. La réduction ne peut excéder un tiers tant et aussi longtemps qu'il

question de faute de l'assuré dans la survenance du risque, d'autre part parce que les rentes de vieillesse n'ont pas de caractère compensatoire de la perte de gain (N 77).

72 Les rentes pour enfant sont, elles, exclues de toute réduction.

73 Rappelons que dans l'AI, la rente complémentaire pour conjoint a été supprimée lors de l'entrée en vigueur de la 5^e révision de l'AI (cf. n. 51).

74 TF, 17.9.2009, 9C_256/2009, c. 4.

75 En particulier, Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4209 ss.

76 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 93; GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 91 N 45.

77 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 92.

existe une obligation d'entretien envers un conjoint, respectivement un partenaire enregistré, et/ou des enfants (art. 65 LAM). L'**assurance-accidents** prévoit également ses propres règles en cas de faute de la personne assurée (cf. art. 37 LAA, en particulier al. 2 et 3). Rappelons, par ailleurs, que l'art. 21 LPGA ne s'applique pas aux prestations de l'**assurance-chômage** (cf. art. 1 al. 2 LACI). Le champ d'application de l'art. 21 al. 3 LPGA se limite ainsi aux indemnités journalières de l'assurance-invalidité⁷⁸ et à l'indemnité pour retard dans la formation professionnelle ainsi qu'à l'aide sociale ultérieure prévues dans le cadre de l'assurance militaire (art. 66 LAM). Lorsque la réduction doit être opérée en raison de la faute d'un proche (art. 21 al. 2 LPGA), le champ d'application de l'art. 21 al. 3 LPGA s'étend également aux indemnités journalières et aux rentes de l'assurance-accidents, la LAA ne prévoyant pas de régime dérogatoire dans cette hypothèse.

3. Les dérogations dans les lois spéciales

Certains régimes d'assurance prévoient des dérogations au régime de l'art. 21 al. 1 LPGA, soit dans l'hypothèse où le risque se réalise ou que ses conséquences en sont aggravées par la faute de la personne assurée. Il s'agit principalement de l'assurance-accidents, qui prévoit à cet égard un régime de sanctions plus strict que le régime général de la LPGA (a), de même que l'assurance-chômage (b). L'assurance militaire (d) prévoit également des exceptions. 39

a) Dans le cadre de l'assurance-accidents

La LAA prévoit plusieurs catégories d'exceptions à l'art. 21 LPGA. La contribution de la personne assurée à la réalisation du risque ou à l'aggravation de ses conséquences fait en effet l'objet de plusieurs dispositions, prévoyant un système de sanctions graduel en fonction de la gravité de ce qui est reproché à la personne assurée. 40

En premier lieu, l'assureur-accidents doit refuser toutes prestations (y compris les prestations en nature) à l'assuré qui s'expose à des **dangers extraordinaires particuliers**, en l'occurrence en participant à un service militaire étranger, à des actes de guerre, de terrorisme ou de banditisme (art. 39 LAA; art. 49 al. 1 OLAA). L'exposition à des dangers extraordinaires permet sinon, dans trois types de situations, de réduire les prestations en espèces, la réduction devant alors obligatoirement être d'au moins 50%. Ces situations sont la participation à une rixe ou à une bagarre, à moins que l'assuré ait été blessé alors qu'il ne prenait aucune part à la rixe ou à la bagarre, ou qu'il venait en aide à une personne sans défense; le fait de provoquer gravement autrui; la participation à des désordres (art. 39 LAA; art. 49 al. 2 OLAA). Une suppression ou réduction des prestations parce que l'assuré s'est exposé à des dangers extraordinaires n'est possible qu'en cas d'accident non professionnel. Il est donc exclu de sanctionner, par ce biais-là, les personnes qui, professionnellement, avaient pour mission d'intervenir, par exemple des policiers chargés de contenir des émeutes. 41

L'assureur-accidents doit ensuite réduire ses prestations de moitié au moins, voire les refuser dans les cas particulièrement graves, lorsqu'un accident non professionnel est dû à une **entreprise téméraire** (art. 39 LAA; art. 50 al. 1 OLAA). Sont des entreprises téméraires les activités par lesquelles l'assuré s'expose à un danger particulièrement grave. On distingue les entreprises téméraires absolues et les entreprises téméraires relatives. On est 42

⁷⁸ Nous n'avons pas mentionné les indemnités journalières APG dans la mesure où une faute ne peut pas être reprochée à la personne assurée dans la survenance des risques assurés (service civil ou militaire et maternité).

en présence d'une entreprise téméraire **absolue** lorsque l'activité génère un risque qui, indépendamment de la situation concrète, ne peut pas être maîtrisé, ou lorsque cette activité n'est pas suffisamment digne de protection ou doit être considérée comme déraisonnable⁷⁹, voire répréhensible. Dans pareille hypothèse, la sanction prévue par l'art. 50 OLAA doit être appliquée, indépendamment du comportement de la personne assurée et des circonstances du cas d'espèce. Les entreprises téméraires **relatives** présentent également un risque intrinsèque, mais ce risque peut être maîtrisé par la personne assurée. Par exemple, l'escalade ou la pratique de sports de neige en dehors des pistes balisées présente un risque, qui peut être ramené dans des proportions raisonnables par une bonne préparation physique, le choix d'un matériel adéquat et l'adaptation aux conditions météorologiques⁸⁰. Dans un tel cas, ce n'est que si ces mesures n'ont pas été prises que les prestations seront réduites conformément à l'art. 50 OLAA.

43 D'une manière plus générale, l'assureur-accidents peut sanctionner la personne assurée qui provoque fautivement un accident. Le fait de **provoquer intentionnellement l'atteinte à la santé** (automutilation, tentative de suicide) **ou le décès** (suicide) permet à l'assureur-accidents de refuser toutes les prestations, à l'exception de l'indemnité pour les frais funéraires (art. 37 al. 1 LAA)⁸¹. Lorsque la personne assurée a provoqué la réalisation d'un accident non professionnel par une **négligence grave**, les indemnités journalières peuvent être réduites durant les deux premières années qui suivent l'accident. La quotité de la réduction dépend de la gravité de la faute⁸². Si la personne assurée a une obligation d'entretien envers un conjoint, respectivement un partenaire enregistré, et/ou des enfants qui, en cas de décès, auraient droit à des prestations de survivants, la réduction est limitée à 50% (art. 37 al. 2 LAA). L'assureur-accidents est finalement fondé à réduire toutes les prestations en espèces, voire à les refuser dans les cas particulièrement graves, si la personne assurée a provoqué l'accident (professionnel ou non professionnel) **en commettant, non intentionnellement, un crime ou un délit**. La réduction est limitée dans la même mesure qu'en cas de négligence grave. Il est toutefois expressément prévu, dans cette hypothèse, que les prestations versées aux survivants sont réduites au plus de moitié si l'assuré décède des suites de l'accident (art. 37 al. 3 LAA).

44 La LAA ne prévoit en revanche pas de régime dérogatoire à l'art. 21 LPGA **lorsque l'accident est causé par la faute d'un proche**. Les situations de ce type restent donc soumises à l'art. 21 al. 2 LPGA (N 22 ss) et, s'agissant de la quotité de la réduction, à l'art. 21 al. 3, 2^e phrase, LPGA (N 36).

b) Dans le cadre de l'assurance-chômage

45 L'art. 1 al. 2 LACI exclut expressément l'application de l'art. 21 LPGA dans le cadre de l'assurance-chômage. Cette assurance prévoit son propre régime de sanctions lorsque la personne assurée est au chômage par sa propre faute ou en aggrave les conséquences – soit la durée, dans ce contexte – en ne se conformant pas à ses obligations⁸³. L'art. 30 al. 1 LACI, complété par l'art. 44 OACI, décrit ainsi les comportements passibles de

79 Pour des ex., cf. ATF 141 V 37, c. 4.1, et les références citées. Cf. ég. FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 425 s.

80 Pour d'autres ex., cf. FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 449 N 373; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 427.

81 Pour plus de détails, cf. FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 390 ss.

82 Pour des ex., cf. FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 445 N 361 s.

83 Pour un exposé précis et synthétique des règles applicables aux sanctions en matière d'assurance-chômage, cf. RUBIN, DTA, 1 ss.

sanctions; l'art. 45 OACI, quant à lui, règle les modalités concrètes de la sanction, soit sa durée (al. 3), sa computation (al. 1 et 2) ainsi que les conséquences en cas de récidive (al. 5). Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a établi que le chômeur qui viole de manière répétée ses obligations à l'égard de l'assurance-chômage ne remplit plus les conditions matérielles pour avoir droit à l'indemnité de chômage, l'aptitude au placement devant être niée et l'absence de volonté de la personne assurée de retrouver un emploi admise⁸⁴.

Le caractère inapplicable de l'art. 21 LPGA en matière d'assurance-chômage a comme principale conséquence de rendre possible des sanctions en cas de simple négligence de la part de l'assuré. En fonction du comportement reproché à l'assuré, il est cependant nécessaire de tenir compte des engagements internationaux de la Suisse, en particulier dans le cadre de la Convention OIT n° 168 sur la promotion de l'emploi et sur la protection contre le chômage⁸⁵. Par exemple, en cas de chômage fautif, une sanction suppose une faute intentionnelle – au moins au stade du dol éventuel – compte tenu de l'art. 20 let. b de cette convention, qui mentionne, comme motif de sanction, le fait que «l'intéressé a délibérément contribué à son renvoi»⁸⁶.

c) Dans le cadre de l'assurance militaire

Contrairement à l'assurance-accidents et à l'assurance-chômage, qui dérogent à l'art. 21 LPGA en assouplissant les conditions permettant à l'assureur social de prononcer une sanction à l'encontre de l'assuré, l'assurance militaire prévoit quant à elle des cautions plus restrictives.

En premier lieu, l'art. 65 al. 3 LAM prévoit que «la décision de réduire ou de refuser des prestations doit tenir compte des circonstances, en particulier de la gravité de la faute de l'ayant droit». Cette disposition déroge à l'art. 21 al. 1 LPGA en ce sens que l'assureur social n'est ici pas contraint de prononcer une sanction (N 6), même quand les conditions en sont remplies, dès lors que les circonstances concrètes du cas d'espèce s'y opposent, notamment en cas de faute très légère de l'assuré.

Par ailleurs, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut (N 38), la LAM limite la quantité de la réduction des indemnités journalières ainsi que des rentes d'invalidité et de survivants tant et aussi longtemps que la personne assurée est tenue à entretien à l'égard de ses enfants et/ou de son conjoint. Dans une telle hypothèse, la réduction ne peut dépasser un tiers, en dérogation à l'art. 21 al. 3 LPGA (cf. art. 65 al. 3 LAM).

B. La violation de l'obligation de diminuer le dommage (al. 4)

Si les trois premiers alinéas de l'art. 21 LPGA ont pour objet le comportement de l'assuré, respectivement de ses proches, en amont de la réalisation du risque, le quatrième alinéa de cette disposition vise l'**attitude de la personne assurée après la survenance d'un risque assuré**⁸⁷. Il s'agit ainsi de sanctionner l'assuré qui ne respecte pas certaines obligations, en l'occurrence celles de se soumettre à un traitement ou à une mesure de réinsertion professionnelle.

84 Sur cette question, cf. GIORGIS, 352 ss.

85 RS 0.822.726.8.

86 Dans le même sens, RUBIN, DTA, 3.

87 Parmi d'autres, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 98.

51 Ces obligations sont déduites de l'obligation de diminuer le dommage, reconnue comme un **principe général en droit des assurances sociales**⁸⁸. Ce principe commande à la personne assurée d'entreprendre tout ce qui est raisonnablement exigible d'elle pour éviter que le risque ne se traduise par un dommage⁸⁹, respectivement pour contenir ce dernier dans la mesure la plus faible possible. Ce principe acquiert une signification très importante dans toutes les branches d'assurance qui attachent des conséquences à une atteinte à la santé, comme l'assurance-invalidité et l'assurance-accidents⁹⁰.

1. *Les états de fait visés*

52 Comme évoqué plus haut (N 51), le législateur n'a pas consacré de disposition générale à l'obligation de diminuer le dommage, mais l'a concrétisée en lien avec une obligation bien précise, soit celle de suivre un traitement ou de participer à une mesure de réadaptation professionnelle (a). Il a en outre précisé que, dans l'un et l'autre cas, l'action de la personne assurée doit être raisonnablement exigible (b) et doit permettre une amélioration notable de sa situation (c).

a) L'obligation faite à la personne assurée

53 L'obligation spécifiquement imposée à la personne assurée par l'art. 21 al. 4 LPGa se définit par sa finalité: améliorer sa capacité de travail ou lui offrir une nouvelle possibilité de gain. **On attend ainsi d'elle qu'elle se réinsère sur le marché du travail**. L'obligation circonscrite à l'art. 21 al. 4 LPGa s'adresse ainsi spécifiquement aux personnes assurées ayant un statut de personnes (professionnellement) actives. Les personnes assurées sans activité lucrative ne sont pas pour autant libérées de l'obligation de diminuer le dommage, mais une éventuelle violation ne peut être sanctionnée que sur la base du principe général (N 51), et non de l'art. 21 al. 4 LPGa⁹¹.

54 Afin d'atteindre l'objectif d'une réadaptation professionnelle, complète ou partielle, la personne assurée peut être tenue de se soumettre à des traitements médicaux et/ou à des mesures de réinsertion professionnelle. Les **traitements médicaux** visent toute mesure diagnostique ou thérapeutique, ambulatoire ou stationnaire, de même que des soins de longue durée⁹², dont on peut raisonnablement espérer, au stade de la vraisemblance prépondérante, une amélioration de l'état de santé de la personne assurée⁹³ et, par conséquent, de sa capacité de travail⁹⁴. La perception subjective, par la personne assurée, de l'utilité du traitement n'est pas pertinente⁹⁵. La preuve de l'amélioration que le traitement aurait pu apporter n'a pas à être rapportée strictement, mais doit être démontrée avec une

88 TF, 6.9.2016, 8C_667/2015, c. 5.2; ATF 134 V 189, c. 2.3; ATF 133 V 511, c. 4.3; cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 102; KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, § 7 N 7; LOCHER/GÄCHTER, § 35 N 48; GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLY/MOLO, 83 N 40.

89 Il ne s'agit pas d'imposer à la personne assurée d'éviter la réalisation du risque, mais bien d'en atténuer les conséquences («*Schadenminderungspflicht*»), et non «*Schadenverhütungspflicht*». Cf. FÄSSLER, 140 ss; RIEMER-KAFKA, Thèse d'habilitation, 5 ss).

90 Cf. LOCHER/GÄCHTER, § 41 N 27.

91 Cf. LOCHER/GÄCHTER, § 41 N 35.

92 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 104.

93 TF, 20.3.2017, 9C_671/2016, c. 3. Pour des ex. en lien avec des interventions chirurgicales, cf. TF, 25.6.2015, 8C_128/2015, c. 2; ATF 105 V 176, c. 3.

94 TF, 20.3.2017, 9C_671/2016, c. 4.1; TF, 4.11.2016, 9C_391/2016, c. 3.1. *Contra*: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 120.

95 TFA, 13.3.2007, I 824/06, c. 3.1.

certaine vraisemblance⁹⁶. Le degré de la vraisemblance exigé dépend de l'ampleur de l'atteinte aux droits de la personnalité causée par le traitement⁹⁷.

Les **mesures de réadaptation professionnelle** englobent notamment les mesures permettant à la personne assurée de changer de profession (par exemple une formation ou un reclassement), mais aussi celles qui permettent de déterminer s'il existe une capacité de travail résiduelle (par exemple un stage d'observation) ou qui la prépare à une reprise d'activité (par exemple une mesure de réentraînement au travail). Il peut également s'agir de mesures visant à préserver la capacité de travail existante⁹⁸. Ne sont pas visées par l'art. 21 al. 4 LPGA les mesures concernant la réadaptation pour l'exercice des travaux habituels au sens de l'art. 27 RAJ⁹⁹. La question de savoir s'il faut retenir, dans l'application de l'art. 21 al. 4 LPGA, le parallélisme entre activité lucrative et exercice des travaux habituels¹⁰⁰ peut à notre sens rester ouverte, dès lors qu'une sanction de l'assuré pourrait de toute manière être prononcée en application du principe général consacrant l'obligation de la personne assurée de diminuer le dommage¹⁰¹.

L'art. 21 al. 4 LPGA permet de sanctionner **tout comportement** qui a pour effet d'entraver la réadaptation professionnelle de la personne assurée. Il peut s'agir aussi bien d'un comportement actif (s'opposer) que de comportements passifs (se soustraire et ne pas participer spontanément). Dans le contexte de l'art. 21 LPGA, seul un comportement intentionnel, au moins au stade du dol éventuel, peut *a priori* donner lieu à une sanction sous l'angle de l'art. 21 al. 4 LPGA¹⁰². Cela suppose que la personne assurée ait été capable de saisir ce que l'on attendait d'elle, de même que les conséquences d'un refus ou d'une opposition¹⁰³. En matière d'assurance-accidents, le Tribunal fédéral admet que lorsque la personne assurée, par son comportement, compromet le résultat du processus de guérison, l'on fasse usage, par analogie, des règles applicables en cas de réduction des prestations pour un comportement antérieur ou concomitant à la survenance du dommage (art. 37 LAA; N 43)¹⁰⁴.

Il doit exister un **lien de causalité naturelle et adéquate** entre le comportement – ou l'absence de comportement – de la personne assurée et la péjoration, respectivement l'absence d'amélioration, de la capacité de gain¹⁰⁵.

b) Le caractère raisonnablement exigible

Une sanction ne peut être prononcée à l'encontre de la personne assurée qui adopte l'un des comportements décrits ci-dessus que si le traitement médical ou la mesure de réadaptation professionnelle s'avère raisonnablement exigible («*zumutbar*»). Cette condition concrétise le **principe constitutionnel de proportionnalité** (cf. art. 5 al. 2 Cst.).

96 TF, 4.11.2016, 9C_391/2016, c. 3.1.

97 TF, 27.5.2015, 9C_33/2015, c. 3.

98 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 125.

99 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 105.

100 A ce sujet, cf. ATF 129 V 150, c. 2.1; ATF 122 V 212. Cf. ég. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 105 s.

101 D'un autre avis, KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 106. Cet auteur admet cependant que la portée pratique de la question est toute relative (N 107).

102 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 131.

103 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 131.

104 Pour un cas d'application, cf. ATF 134 V 189, c. 4.

105 Cf. RIEMER-KAFKA, Thèse d'habilitation, 143 ss.

- 59 Le caractère exigible d'un traitement ou d'une mesure de réadaptation doit en principe faire l'objet d'un examen *in concreto*, à la lumière de toutes les circonstances du cas d'espèce¹⁰⁶. Dès lors qu'un possible effet bénéfique du traitement ou de la mesure sur la capacité de travail de l'assuré est affirmé, il est cependant difficile pour la personne assurée de démontrer que les exigences de l'assureur social sont disproportionnées. L'art. 21 al. 4 LPGa précise bien, dans sa dernière phrase, que «les traitements et les mesures de réadaptation qui présentent un danger pour la vie ou pour la santé ne peuvent être exigés»; à l'inverse, l'art. 7a LAI, qui se révèle dans ce contexte de portée générale, dispose que toute mesure servant à la réadaptation de la personne assurée (par quoi il faut aussi comprendre les traitements médicaux) est réputée raisonnablement exigible, à l'exception des mesures qui ne sont pas adaptées à son état de santé¹⁰⁷. La compatibilité de cette disposition avec l'art. 32 ch. 1 let. f de la Convention OIT n° 128, qui réserve les sanctions aux personnes assurées qui refusent de collaborer «sans raison valable», doit à notre sens être discutée¹⁰⁸.
- 60 **D'un point de vue objectif**, l'exigibilité doit être niée lorsqu'il existe une trop grande disproportion entre les exigences à l'égard de la personne assurée et le bénéfice économique pour l'assurance sociale et la communauté des assurés¹⁰⁹. **D'un point de vue subjectif**, certaines circonstances peuvent être de nature à compliquer de manière extraordinaire l'accomplissement des mesures exigées de la personne assurée¹¹⁰. Par exemple, son âge peut, allié à d'autres circonstances¹¹¹ comme des interventions médicales prévues à court terme, rendre une reconversion professionnelle illusoire. Le Tribunal fédéral a également admis qu'une réadaptation professionnelle supposant que la personne assurée abandonne son mode de vie, en l'espèce une vie semi-nomade au sein de la communauté suisse des gens du voyage, n'était pas exigible¹¹².

c) Une amélioration notable

- 61 Pour que le fait de se soustraire ou de s'opposer à un traitement médical ou à une mesure de réadaptation puisse donner lieu à une sanction, il faut encore que, dans le cas d'espèce, son effet sur la capacité de travail ou de gain soit prévisiblement important. A notre sens, cette condition ne peut être considérée comme remplie que si, à l'issue du traitement ou de la mesure de réadaptation, on doit s'attendre avec suffisamment de vraisemblance à un **impact sur le droit aux prestations** servies par les assurances sociales en cas d'incapacité de travail ou de gain.
- 62 Il semble ainsi évident que le traitement ou la mesure qui permet à la personne assurée de recouvrer une pleine capacité de travail ou de gain entraîne une amélioration notable. Ce ne serait pas le cas d'un traitement ou d'une mesure exigée par l'assurance-invalidité et ayant pour effet de faire passer le taux d'invalidité de 49 à 41 %, cette amélioration n'ayant aucun impact sur le droit aux prestations de la personne assurée. Par contre, une modification moins importante du taux d'invalidité pourrait avoir pour conséquence de

106 Cf. LOCHER/GÄCHTER, § 41 N 39.

107 Pour une réflexion au sujet de la nature de l'art. 7a LAI, cf. FÄSSLER, 143 ss.

108 Cf. ég. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 112.

109 Cf. LOCHER/GÄCHTER, § 41 N 39.

110 Dans le cadre de l'AI également (cf. FÄSSLER, 143 ss).

111 La jurisprudence et la doctrine mentionnent traditionnellement l'état de santé, le niveau de formation, le domicile ou encore la situation familiale (TF, 13.3.2007, I 824/06, c. 3.1.1; cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 110; LANDOLT, Zumutbarkeitsprinzip, 118).

112 ATF 138 I 205.

modifier le droit à la rente (par exemple de 41 % à 39 %), auquel cas elle devrait être qualifiée de notable (cf. art. 17 N 22 ss). A notre sens, par analogie avec ce qui prévaut en matière de révision du droit aux prestations de durée dans l'assurance-accidents ou dans l'assurance militaire, une modification du taux d'invalidité dans les régimes qui prévoient un système de rente linéaire ne peut être qualifiée de notable que si elle atteint 5 % au moins (cf. art. 17 N 25).

2. Les conséquences

Lorsque les conditions matérielles mentionnées ci-dessus sont remplies, l'assureur social **doit** (N 6) prononcer une sanction à l'égard de la personne assurée. Cette sanction prend la forme d'une réduction ou d'une suppression temporaire ou définitive des prestations. L'assureur social reste tenu par le principe de proportionnalité¹¹³ et doit en principe accorder la mesure de la sanction avec la gravité de la faute¹¹⁴. Il doit, dans ce but, **s'inspirer de l'art. 61 OLAA**, qui, traitant de la même question que l'art. 21 al. 4 LPGa, en décrit les conséquences de manière plus précise. Cette disposition prévoit en effet que si la personne assurée se soustrait à un traitement ou à une mesure de réadaptation raisonnablement exigible, « il n'a droit qu'aux prestations qui auraient probablement dû être allouées si ladite mesure avait produit le résultat escompté ». A titre d'exemple, on peut imaginer la situation d'une personne assurée qui refuse une mesure de réadaptation qui aurait permis de réduire l'invalidité de 80 à 50 %. Dans ce cas, la rente ne serait pas refusée, mais octroyée sur la base d'un taux d'invalidité de 50 % uniquement. Cette règle doit se voir reconnaître une portée générale, car elle permet non seulement de guider l'assureur social dans l'application du principe de proportionnalité, mais elle garantit également que la personne assurée subisse uniquement les conséquences qui sont en lien de causalité avec son opposition¹¹⁵.

La réduction, respectivement la suspension, peut porter sur **l'ensemble des prestations**. Il peut donc s'agir aussi bien de prestations en nature que de prestations en espèces¹¹⁶. Cas échéant, la réduction portera également sur les prestations destinées à l'entretien des proches (rentes pour enfants), **le privilège de l'art. 21 al. 3 LPGa ne s'appliquant pas en l'espèce**¹¹⁷.

Comme pour l'art. 21 al. 1 LPGa (N 14), une sanction sous l'angle de l'art. 21 al. 4 LPGa n'est possible qu'aussi longtemps qu'il existe un **lien de causalité naturelle et adéquate** entre le comportement de la personne assurée et le dommage¹¹⁸. Si, après le prononcé de la sanction, la personne assurée change d'avis et coopère pleinement, la sanction ne doit pas être appliquée, respectivement elle doit être levée¹¹⁹. Dans le domaine de l'assurance-invalidité, le Tribunal fédéral indique, dans plusieurs arrêts, que la manifestation de volonté de la personne assurée de collaborer à l'instruction de son dossier doit être considérée comme une nouvelle demande¹²⁰. A notre sens, cette solution

113 TF, 20.3.2017, 9C_671/2016, c. 2.2; ATF 125 V 237, c. 6b.

114 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 139.

115 Sur cette question, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 141 s., qui mentionne notamment les travaux préparatoires.

116 Pour les moyens auxiliaires, cf. ATF 133 V 511, c. 4.2; cf. SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 7 N 38; KIESER, SBVR, N 86; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 109, N 143 s.

117 ATF 101 V 206; cf. ég. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 145.

118 TF, 16.1.2017, 9C_244/2016, c. 3.3; ATF 139 V 585, c. 6.3.7.5; cf. RIEMER-KAFKA, Thèse d'habilitation, 157 ss.

119 ATF 139 V 585, c. 6.3.7.

120 Cf. TF, 16.1.2017, 9C_244/2016, c. 3.3, et les références citées.

doit être considérée avec prudence, dans la mesure où elle pourrait avoir pour effet, si l'instruction permet finalement de conclure au droit à une rente, de provoquer un report de plusieurs mois du début de ce droit, en raison du délai d'attente de l'art. 29 al. 1 LAI. La sanction déploierait donc ses effets, indirectement, pendant une période durant laquelle la personne assurée ne refuse plus de collaborer, et pourrait en outre, selon les cas, s'avérer clairement disproportionnée.

3. Les conditions formelles d'une sanction

- 66** Avant de prononcer une sanction, l'assureur social doit adresser à la personne assurée « une **mise en demeure écrite** l'avertissant des conséquences juridiques et lui impartissant un délai de réflexion convenable »¹²¹. La preuve de l'envoi de l'avertissement et de son contenu incombe à l'assureur (art. 38 N 10). La preuve de la réception de l'avertissement par la personne assurée lui incombe en principe également, mais il peut alors se prévaloir des règles applicables à la réception des envois en matière de computation des délais (art. 38 N 8 ss). Ainsi, il est suffisant de prouver que l'avertissement est arrivé dans la sphère de la personne assurée, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que la personne assurée a effectivement pris connaissance de son contenu (art. 38 N 8). Cette procédure doit être respectée même si le médecin traitant a omis de signaler à l'assureur-accidents le refus de la personne assurée de poursuivre le traitement et que l'assureur social ne s'en aperçoit que beaucoup plus tard¹²².
- 67** L'avertissement doit indiquer clairement **quel est le comportement attendu** de la personne assurée¹²³. Il doit être assorti d'un **délai de réflexion** « convenable » (« *angemessene Bedenkzeit* »); le temps imparti doit laisser à la personne assurée suffisamment de temps pour prendre conscience des conséquences d'un refus définitif, cas échéant de prendre conseil auprès d'un avocat ou d'un autre spécialiste, et rendre réponse à l'assureur social. Pour des raisons pratiques, et dans la mesure où la personne assurée ne peut généralement pas avoir d'emprise sur l'organisation concrète du traitement ou de la mesure de réadaptation, il n'est à notre sens pas nécessaire, à tout le moins en l'absence d'indication expresse en ce sens, que le traitement ou la mesure de réadaptation exigés soient effectués dans ce délai.
- 68** Les assureurs sociaux jouissent d'une marge d'appréciation dans la **mise en œuvre de la procédure formelle** exigée par l'art. 21 al. 4 LPGA. Il a ainsi été admis qu'elle prenne la forme d'un entretien, à l'issue duquel un formulaire écrit récapitulant les mesures envisagées et les conséquences en cas de refus est remis à la personne assurée, afin qu'elle puisse, dans un délai également précisé, en parler avec son mandataire et rendre réponse à l'assureur social¹²⁴.
- 69** **Dans le domaine de l'assurance-invalidité**, l'art. 7b al. 2 LAI permet de sanctionner la personne assurée sans mise en demeure préalable ni délai de réflexion. Cette disposition est présentée par le législateur comme une exception à l'art. 21 al. 4 LPGA, présentation reprise par la doctrine¹²⁵. D'un point de vue dogmatique, la formule législative est

121 Avant l'entrée en vigueur de la LPGA, la jurisprudence avait déjà confirmé le caractère obligatoire de cette démarche, dans le cadre de l'application de l'art. 31 al. 1 aLAI (ATF 122 V 218). L'art. 48 al. 2 aLAA prévoyait la même obligation.

122 ATF 134 V 189.

123 Cf. KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, § 7 N 73.

124 TF, 14.4.2016, 8C_579/2015, c. 3.

125 Cf. LOCHER/GÄCHTER, § 41 N 43; KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, § 7 N 75. Cf. toutefois KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 137.

inexacte, dans la mesure où aucune des situations envisagées par l'art. 7b al. 2 LAI ne concerne un refus de la personne assurée de se soumettre à un traitement ou à une mesure de réadaptation professionnelle¹²⁶. L'art. 7b al. 2 LAI n'est ainsi pas une dérogation à l'art. 21 al. 4 LPGA. Le Tribunal fédéral a précisé qu'en dehors des comportements visés par l'art. 7b al. 2 LAI, la procédure formelle de l'art. 21 al. 4 LPGA devait être suivie¹²⁷.

Le même raisonnement vaut pour les dispositions de la LACI qui commandent à l'assuré de tout mettre en œuvre pour abrégier son **chômage** (art. 16 al. 1 et 17 LACI)¹²⁸, qui ne sont pas de véritables exceptions à l'art. 21 al. 4 LPGA dans la mesure où elles ne visent pas les mêmes comportements.

A noter que l'avertissement n'est **pas une décision** au sens de l'art. 49 LPGA, et ne peut donc pas faire l'objet d'une opposition ou d'un recours¹²⁹. Cas échéant, la vérification d'une correcte mise en œuvre de la procédure formelle exigée par l'art. 21 al. 4 LPGA peut justifier une représentation professionnelle pour la procédure administrative interne¹³⁰.

Lorsqu'il est clair que **les conditions matérielles de l'octroi d'une mesure de réadaptation font défaut**, par exemple la volonté de la personne assurée, le droit à cette prestation est nié, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la procédure formelle de l'art. 21 al. 4 LPGA¹³¹. Le Tribunal fédéral a cependant précisé que l'on ne peut nier la volonté (subjective) de la personne assurée de participer à des mesures de réadaptation que si son absence était établie au stade de la vraisemblance prépondérante¹³². Il n'est pas non plus nécessaire de mettre en place la procédure de l'art. 21 al. 4 LPGA lorsque d'autres prestations, notamment une rente, sont refusées parce que les conditions matérielles n'en sont pas remplies¹³³.

C. Le droit aux prestations durant l'exécution d'une mesure ou d'une peine privative de liberté (al. 5)

Dans un but un peu différent de ceux des alinéas précédents (N 1 s.), l'art. 21 al. 5 LPGA permet aux assureurs sociaux de suspendre partiellement ou totalement les prestations ayant pour but de compenser une perte de gain versées à une personne assurée qui exécute une mesure ou une peine privative de liberté.

Comme déjà mentionné (N 7), la formulation potestative de l'alinéa 5 confère aux assureurs sociaux, contrairement à ce qui prévaut pour les alinéas 1 à 4 (N 6, N 27), une **liberté décisionnelle, sur le principe de la suspension également**. Cette liberté est toutefois relative: elle leur laisse en réalité uniquement la faculté de tenir compte de ce que certaines mesures ou certaines formes de détention permettent de réaliser un gain pendant

126 Partiellement dans le même sens, KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 108.

127 TF, 29.8.2017, 8C_400/2017, c. 4.2.

128 LOCHER et GÄCHTER (§ 41 N 32) en font également des exceptions à l'art. 21 al. 4 LPGA, qui ne s'applique pourtant pas en matière d'assurance-chômage (art. 1 al. 2 LACI; cf. N 38, N 45).

129 TF, 17.10.2012, 8C_510/2011, c. 3.2 (et les références citées).

130 TF, 3.7.2015, 9C_52/2015, c. 4.2.2.

131 TF, 21.6.2017, 9C_59/2017, c. 3.3; cf. ég. TF, 19.6.2017, 9C_317/2017, c. 3; TF, 10.4.2017, 8C_5/2017, c. 5.3. Cela vaut aussi pour un assuré qui a touché une rente AI pendant plus de 15 ans: TF, 19.1.2016, 8C_726/2015, c. 3.3.

132 TF, 6.9.2016, 8C_667/2015, c. 5.3; TF, 3.11.2015, 9C_556/2015, c. 4.2.2; TF, 28.12.2012, 9C_368/2012, c. 3.1; cf. ég. TF, 24.4.2015, 9C_68/2015, c. 5.

133 TF, 29.8.2016, 8C_165/2015, c. 6.

leur exécution. C'est notamment le cas de la semi-détention au sens de l'art. 77b CP¹³⁴, ou de certaines mesures de substitution au sens de l'art. 237 CPP. En revanche, la nature de la mesure (en raison de la dangerosité sociale ou à des fins thérapeutiques) ou de la détention (exécution d'une peine ferme, détention préventive ou à des fins de sûreté) n'a pas à être prise en considération¹³⁵. Si la forme choisie pour l'exécution de la mesure ou de la peine privative de liberté aurait de toute manière empêché la personne assurée de réaliser un gain durant ce laps de temps, les conséquences de l'art. 21 al. 5 LPGA doivent être appliquées¹³⁶.

- 75 Dans le contexte de l'art. 21 al. 5 LPGA également, la notion de **perte de gain** doit être comprise comme la perte, temporaire ou définitive, du revenu provenant de l'activité lucrative (N 33). Dans ce sens, les prestations sociales pouvant faire l'objet d'une suspension au sens de l'art. 21 al. 5 LPGA sont principalement les **indemnités journalières** et les **rentes**, ainsi que, cas échéant, les **prestations complémentaires** qui leur sont associées¹³⁷. Ne sont notamment pas des prestations ayant pour but de compenser la perte de gain les rentes pour survivants et les allocations pour impotent¹³⁸.
- 76 Les **rentes de vieillesse de l'assurance-vieillesse et survivants** ne sont *a priori* pas des prestations destinées à compenser une perte de gain¹³⁹. A ce titre, elles ne sont, en pratique, pas suspendues durant l'exécution d'une peine ou d'une mesure¹⁴⁰. La question de savoir si une rente d'invalidité versée à une personne sans activité lucrative (art. 28a al. 2 LAI) revêt un caractère compensatoire d'une perte de gain et, partant, peut également être suspendue en application de l'art. 21 al. 5 LPGA, n'a pas été tranchée. Il est vraisemblable que le Tribunal fédéral, confronté à cette question, s'en tiendra aux parallèles tracées de manière de plus en plus insistantes par la jurisprudence et le législateur¹⁴¹ entre l'exercice d'une activité lucrative et l'occupation aux travaux habituels au sens de l'art. 27 RAI. La différence de traitement entre le rentier AI et le rentier AVS deviendrait alors très difficile à justifier.
- 77 L'art. 21 al. 5 LPGA exclut de toute suspension les **prestations destinées à l'entretien des proches** au sens de l'al. 3, soit la moitié des prestations versées à la personne assurée dans le but de compenser sa perte de gain (N 35), pour autant qu'elles ne soient pas accompagnées de prestations spécifiques destinées à l'entretien des proches (N 34). Le Tribunal fédéral a considéré, dans ce contexte, que le fait que l'assurance-invalidité prévoit des rentes pour enfant en complément de la rente d'invalidité – soit des prestations pour les proches au sens de l'al. 3 – excluait la protection des proches, même si l'assuré, marié, n'avait en l'occurrence pas d'enfants à charge et ne percevait donc pas de rentes complémentaires, l'existence d'une obligation d'entretien envers sa conjointe n'y changeant rien¹⁴². Dans les autres cas, soit en l'absence de prestations complémentaires destinées

134 Cf. ATF 138 V 140, c. 5.

135 Cf. ATF 137 V 154, c. 5 s.

136 Cf. ATF 138 V 140, c. 5.3.6; ATF 137 V 154, c. 6; cf. ég. TF, 25.10.2007, 8C_176/2007, c. 4.2; DUPONT, Lexique pénitentiaire, 42.

137 A noter que bien que la LPGA ne s'applique pas à la prévoyance professionnelle, le TF considère que les rentes d'invalidité de cette assurance peuvent également être suspendues durant l'exécution d'une mesure ou d'une peine privative de liberté (TFA, 31.8.2006, B 63/05, c. 1.4).

138 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 157, N 159.

139 Dans ce sens, cf. ATF 139 I 180, c. 1.8; cf. ég. KIESER, SBVR, N 87.

140 KELLER, 76.

141 A ce sujet, cf. DUPONT, SDRCA 2017, 157 s.

142 Cf. TF, 17.9.2009, 9C_256/2009, c. 4.

aux proches, la suspension totale des prestations ayant pour vocation de compenser la perte de gain n'est pas possible, seule une réduction de 50% pouvant être opérée¹⁴³. La suspension ou la réduction des rentes complémentaires en faveur des enfants versées par l'assurance-invalidité sont quant à elles clairement exclues¹⁴⁴.

L'art. 13 LAM prévoit, en **dérogation à l'art. 21 al. 5 LPGA**, que les indemnités journalières et les rentes dues à la personne assurée doivent être versées à ses proches, dans la mesure où ils auraient droit à des prestations de survivants en cas de décès de celle-ci, sous condition toutefois qu'ils tombent dans le besoin s'ils devaient être privés de ces prestations¹⁴⁵. **78**

En l'état actuel de la jurisprudence, la suspension ne peut être ordonnée que **pendant l'exécution effective de la peine ou de la mesure**. Ainsi, si un assuré se soustrait à l'exécution de sa peine, par exemple en quittant le territoire helvétique, il ne peut voir son droit aux prestations sociales suspendu¹⁴⁶. Cette solution jurisprudentielle, qui s'en tient au texte de la loi sans tenir compte de son objectif, a fait l'objet d'une motion parlementaire¹⁴⁷, dans le but de faire modifier l'art. 21 al. 5 LPGA de telle sorte que cette disposition prévoie également la suspension du droit aux prestations lorsque l'assuré condamné se soustrait à l'exécution de la peine. Le Conseil fédéral a formulé une proposition dans ce sens dans le cadre de la révision de la LPGA actuellement en cours¹⁴⁸. **79**

S'agissant des **rentes**, elles sont intégralement dues pour le mois durant lequel l'exécution a débuté et pour celui durant lequel elle a pris fin¹⁴⁹. Les indemnités journalières sont suspendues dès le jour où débute l'exécution de la peine, et reprend dès la fin de celle-ci. **80**

Lorsque la personne assurée est incarcérée sous le régime de la **détention préventive**, les indemnités journalières peuvent être suspendues dès le premier jour de détention¹⁵⁰. La suspension des rentes n'est justifiée qu'à partir du moment où la détention préventive a duré trois mois, en application par analogie de l'art. 88a al. 2 RAI¹⁵¹. **Lorsque la détention préventive s'avère, a posteriori, injustifiée**, se pose la question de savoir si la personne assurée a droit au paiement rétroactif, par l'assureur social, des prestations suspendues. Une réponse affirmative ne serait compatible ni avec l'art. 17 LPGA, qui permet uniquement de réviser une situation pour l'avenir, ni avec l'art. 53 LPGA, qui suppose que la décision initiale – en l'occurrence de suspendre le droit aux prestations – ait été erronée, ce qui, au moment où elle a été rendue, n'était pas le cas. A notre sens, la personne assurée doit plutôt réclamer l'équivalent de la perte subie dans le cadre de l'application de l'art. 429 al. 1 let. b CPP¹⁵². Une telle solution permet également de mettre sur **81**

143 ATF 141 V 466, c. 4.5, c. 4.9, c. 5.2 (concernant les indemnités journalières LAA).

144 Cf. TF, 17.9.2009, 9C_256/2009, c. 4 (1^{re} phrase).

145 Cf. DUPONT, Lexique pénitentiaire, 39.

146 ATF 138 V 281, c. 4.

147 Motion 12.3753 (CN Lustenberger).

148 Cf. art. 21 al. 5 P-LPGA 2018 et Mess. révision LPGA, 11 s. et 27. Cf. ég. Rapport P-LPGA 2017, 9.

149 Cf. ATF 114 V 143.

150 Cf. ATF 138 V 140, c. 5.3.4.

151 Cf. ATF 138 V 281, c. 3.3; ATF 133 V 1, spécialement c. 4.2.4.2; TF, 25.10.2007, 8C_176/2007, c. 3; critique, KIESER, ATSG-Kommentar, art. 21 N 154.

152 Cette disposition permet au prévenu acquitté totalement ou en partie, ou au bénéficiaire d'une ordonnance de classement, d'obtenir notamment une indemnité pour le dommage économique subi au titre de sa participation obligatoire à la procédure pénale.

pied d'égalité le prévenu au bénéficiaire de prestations sociales et le prévenu exerçant une activité lucrative. Dès lors que le législateur a prévu, en cas de poursuites pénales injustifiées, un mécanisme de responsabilité de l'Etat, il n'existe pas de raison objective pour que ces mécanismes interviennent lorsque le prévenu exerce une activité lucrative, alors que la détention préventive du bénéficiaire de prestations sociales devrait être financée par les assureurs sociaux. Une solution contraire pourrait en outre avoir l'effet pervers de permettre aux autorités de la poursuite pénale de se montrer moins attentives aux conditions de la détention provisoire si l'indemnisation en cas de détention injustifiée n'incombe pas à l'Etat.

- 82 En vertu du devoir d'information qui lui incombe¹⁵³, **la personne assurée doit informer spontanément les assureurs sociaux** du fait qu'elle doit exécuter une mesure ou une peine privative de liberté. A défaut, elle ne pourra se prévaloir de sa bonne foi au moment où elle se verra notifier une demande de restitution¹⁵⁴.

153 Cf. art. 31 al. 1 LPGA.

154 Cf. TFA, 14.8.2006, I 622/05.

Section 4: Dispositions particulières

Art. 22

Garantie des prestations

¹ Le droit aux prestations est incessible; il ne peut être donné en gage. Toute cession ou mise en gage est nulle.

² Les prestations accordées rétroactivement par l'assureur social peuvent en revanche être cédées:

- a. à l'employeur ou à une institution d'aide sociale publique ou privée dans la mesure où ceux-ci ont consenti des avances;
- b. à l'assureur qui a pris provisoirement à sa charge des prestations.

Sicherung der Leistung

¹ Der Anspruch auf Leistungen ist weder abtretbar noch verpfändbar. Jede Abtretung oder Verpfändung ist nichtig.

² Nachzahlungen von Leistungen des Sozialversicherers können jedoch abgetreten werden:

- a. dem Arbeitgeber oder der öffentlichen oder privaten Fürsorge, soweit diese Vorschusszahlungen leisten;
- b. einer Versicherung, die Vorleistungen erbringt.

Garanzia delle prestazioni

¹ Il diritto alle prestazioni non può essere ceduto né costituito in pegno. Qualsiasi cessione o costituzione in pegno è nulla.

² I versamenti retroattivi di prestazioni dell'assicuratore sociale possono tuttavia essere ceduti:

- a. al datore di lavoro o all'assistenza pubblica o privata, se questi versano anticipi;
- b. a un'assicurazione che fornisce prestazioni anticipate.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. L'interdiction de la cession et de la mise en gage du droit aux prestations:	
le principe et ses exceptions	5
A. Le champ d'application	5
B. Les notions	10
C. Le principe de l'interdiction de la cession et de la mise en gage du droit aux prestations (al. 1)	16
D. Les exceptions (al. 2)	22
E. Autres cas d'application	37
F. Les liens avec d'autres dispositions	41

Bibliographie

DUC JEAN-LOUIS, Quelques imperfections de la LAMal, RSAS 2000 245 ss; DUC JEAN-LOUIS, Cession, saisie et garantie d'un emploi conforme à leur but des prestations dans l'assurance obligatoire des soins dans la LAMal, RSAS 2000 447 ss (cité: Cession); DUC JEAN-LOUIS, Problèmes d'application de la LPGa en rapport avec les lois spéciales, in Kahil-Wolff, Partie générale, 111 ss (cité: Problèmes d'application); HOLLINGER PETER, Die Sicherung des Leistungszwecks in der Sozialversicherung, thèse, Zurich 1983; RIEMER-KAFKA GABRIELA, Auszahlung von Sozialversicherungsleistungen an bevorschussende Dritte, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis: Referate der Tagung vom 26. Juni 2001 in Luzern, St-Gall 2001, 107 ss (cité: Auszahlung).

I. Introduction

- 1 Avant l'entrée en vigueur de la LPGA, différentes lois spéciales d'assurances sociales excluait toute cession ou mise en gage d'un droit aux prestations¹. L'art. 22, qui a été adopté avec la LPGA en 2000, représente la première des dispositions particulières (section 4) du chapitre consacré aux dispositions générales concernant les prestations et les cotisations (chapitre 3). Cet article n'a pas été modifié depuis l'entrée en vigueur de la LPGA et aucune précision particulière n'est apportée dans l'OPGA. L'art. 22 LPGA, sous le titre marginal de «Garantie des prestations», pose désormais pour toutes les assurances sociales concernées le **principe de l'interdiction de la cession et de la mise en gage du droit aux prestations** (al. 1; N 16 ss).
- 2 Le projet de la SSDA prévoyait un seul alinéa, mais le Parlement – sous l'impulsion des Commissions du Conseil des Etats et du Conseil national – a introduit certaines exceptions au principe de l'interdiction de la cession dans le texte de cet article². Ces **exceptions, très limitées**, concernent uniquement les prestations accordées rétroactivement par l'assureur social et ce, dans les seules situations où des avances ont été consenties à un employeur ou à une institution d'aide sociale et où des prestations ont été prises en charge provisoirement par l'assureur (al. 2; N 22 ss).
- 3 En cela, l'art. 22 al. 2 LPGA se réfère à d'autres dispositions de la LPGA: l'art. 19 al. 4 LPGA permettant des avances en cas de retard dans le versement de prestations en espèces (cf. art. 19 N 51), l'art. 24 al. 1 LPGA relatif au droit à des prestations arriérées (cf. art. 24 N 18), l'art. 70 LPGA au sujet de la prise en charge provisoire des prestations (cf. art. 70 N 1) et l'art. 71 LPGA concernant le remboursement d'avances faites par un autre assureur (cf. art. 71 N 1)³.
- 4 En revanche, l'art. 22 ne traite pas de la compensation qui fait l'objet de l'art. 20 al. 2 LPGA (cf. art. 20 N 27). Dans ce contexte, il faut rappeler que l'art. 20 LPGA vise la garantie de l'utilisation conforme au but de prestations qui, par définition, sont d'ores et déjà garanties.

II. L'interdiction de la cession et de la mise en gage du droit aux prestations: le principe et ses exceptions

A. Le champ d'application

- 5 Le principe de l'interdiction de cession et de mise en gage était déjà prévu dans certaines lois spéciales avant l'entrée en vigueur de la LPGA le 1^{er} janvier 2003 (N 16). Il est désormais ancré à l'art. 22 al. 1 LPGA qui prévoit la nullité de toute cession ou mise en gage qui serait effectuée nonobstant l'interdiction posée (al. 1, 2^e phrase; N 20).
- 6 C'est dans le domaine des exceptions au principe de l'interdiction de la cession de prestations que l'art. 22 al. 2 LPGA a apporté un changement ayant eu un impact significatif sur plusieurs régimes d'assurances sociales (N 22 ss).

1 LOCHER/GÄCHTER, 303.

2 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 252 et Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4217 à propos de l'art. 29 LPGA (devenu par la suite l'art. 22 LPGA). Voir TFA, 18.4.2006, I 428/05, c. 4.3 pour un résumé de la genèse de l'art. 22 LPGA.

3 KIESER estime que les art. 19, 20, 22, 24 et 71 LPGA auraient dû être regroupés dans une seule disposition légale sur la garantie du but des prestations (cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 22 N 26).

L'interdiction de cession et de mise en gage vise **toutes les prestations des assurances sociales**. 7

Elle se rapporte aussi bien aux prestations en nature au sens de l'art. 14 LPGA (cf. art. 14 N 6 ss) qu'aux prestations en espèces selon l'art. 15 LPGA (cf. art. 15 N 2 ss)⁴. Contrairement à ce que prévoyaient certaines lois spéciales (voir art. 20 al. 2 aLAVS, art. 50 al. 1 aRAI, art. 25 aLFA), l'art. 22 LPGA ne se réfère pas uniquement aux rentes, mais de façon large à toutes les prestations (également N 13). Les prestations concernées sont celles prévues par les régimes d'assurances sociales qui font partie du champ d'application de la LPGA selon l'art. 2 LPGA (cf. art. 2 N 7). 8

Les **bénéficiaires** de ces prestations englobent donc la personne assurée ainsi que toute autre personne ayant droit à des prestations d'assurances sociales, par exemple les conjoints ou partenaires enregistrés, les enfants, les survivants, etc. 9

B. Les notions

La notion de **cession** de droit de l'art. 22 LPGA correspond à celle des art. 164 ss CO⁵. L'art. 164 al. 1 CO prévoit que «[l]e créancier peut céder son droit à un tiers sans le consentement du débiteur, à moins que la cession n'en soit interdite par la loi, la convention ou la nature de l'affaire» (voir art. 164 al. 2 à 174 CO pour les conditions et les effets). Il s'agit d'une interdiction de cession de droit public⁶. 10

La **mise en gage** de droit est prévue à l'art. 899 al. 1 CC, selon lequel «[l]es créances et autres droits aliénables peuvent être constitués en gage» et qui renvoie aux règles du nantissement des art. 884 ss CC⁷. 11

La **nullité** de la cession, respectivement de la mise en gage, du droit aux prestations, est celle définie à l'art. 20 al. 1 CO, conformément auquel «[l]e contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs». Une telle nullité a un caractère absolu (N 20). 12

Le «**droit aux prestations**» de l'al. 1, 1^{re} phrase, se réfère au droit d'exiger, dans le sens de l'art. 29 al. 1 LPGA (cf. art. 29 N 18), la prestation qui naît suite à la survenance du cas d'assurance ou son versement⁸; il faut en déduire que le droit d'exiger les prestations s'éteint lorsque celles-ci sont servies⁹. Dans ce sens, l'art. 22 al. 1 LPGA apporte une précision qui, avant l'entrée en vigueur de la LPGA, n'existait pas dans les lois spéciales puisque celles-ci se référaient simplement à des «prestations» (voir par exemple l'art. 50 al. 1 aLAA). L'art. 22 al. 1 LPGA inclut le droit à des prestations échues, contrairement à l'art. 39 al. 1, 1^{re} phrase, LPP applicable en matière de prévoyance professionnelle (N 46). 13

Les «**prestations accordées rétroactivement**» concernent les prestations d'assurances sociales (voir pour la définition de cette notion N 7 s.) qui sont versées rétroactivement. Dans ce cas, la prestation est due et peut être exigée sur la base de la disposition légale 14

4 LOCHER/GÄCHTER, 303, selon lesquels cela résulte à la fois de la place de l'art. 22 dans la LPGA et de son alinéa 2 concernant la prise en charge provisoire de prestations qui inclut les prestations en nature selon l'art. 70 al. 2 let. a LPGA.

5 ATF 136 V 381, c. 4.2; ATF 135 V 2, c. 6.1; RIEMER-KAFKA, Auszahlung, 129.

6 LOCHER/GÄCHTER, 303.

7 LOCHER/GÄCHTER, 303.

8 LOCHER/GÄCHTER, 303.

9 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 22 N 5.

applicable dans le cas d'espèce (par exemple l'art. 28 LAI pour une rente d'invalidité de l'AI); cette prestation n'a toutefois pas encore été versée. Le versement des prestations en espèces est réglé à l'art. 19 LPGa (cf. art. 19 N 1), dont l'alinéa 4 prévoit ce qui suit: «Si le droit à des prestations semble avéré et que leur versement est retardé, des avances peuvent être versées». Comme l'envisage expressément l'art. 19 al. 4 LPGa, différentes situations peuvent en effet se produire en pratique qui engendrent un retard dans le versement des prestations (demande tardive de prestations, durée de l'instruction de la demande, etc.)¹⁰.

- 15 Les notions d'**avances** consenties par l'employeur ou par une institution d'aide sociale et de **prise en charge provisoire de prestations** par l'assureur seront explicitées en détails sous le point D (N 29 ss).

C. Le principe de l'interdiction de la cession et de la mise en gage du droit aux prestations (al. 1)

1. L'interdiction en tant que telle

- 16 Avant la LPGa, la plupart des lois spéciales posaient déjà le principe de l'interdiction de cession et de mise en gage (voir art. 20 al. 2 aLAVS, art. 50 al. 1 aRAI, art. 12 aLPC, art. 50 al. 1 aLAA, art. 12 al. 1 aLAM, art. 2 al. 1 aLAPG, art. 25 aLFA, art. 94 aLACI).
- 17 Avec l'entrée en vigueur de la LPGa le 1^{er} janvier 2003, l'art. 22 LPGa **rappelle ce principe** dans les régimes où il était déjà prévu par la loi spéciale correspondante (N 41). La LPGa en a parfois étendu le champ d'application, ce qui est le cas dans l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (voir art. 20 al. 2 aLAVS et art. 50 al. 1 aRAI), ainsi que dans le régime des allocations familiales pour agriculteurs (voir art. 25 aLFA). Lorsque l'interdiction de cession et de mise en gage n'était pas expressément prévue dans une loi spéciale, à savoir dans les régimes de l'assurance-maladie et des allocations familiales (LAFam et LFA), la LPGa a **introduit la nouvelle réglementation** de l'art. 22 al. 1 LPGa (N 43).
- 18 Comme il ressort clairement du texte légal, **l'interdiction de mise en gage est générale**, alors que l'interdiction de cession souffre d'exceptions (N 22 ss).
- 19 Par contre, l'art. 22 LPGa ne s'applique pas à l'**exécution forcée** qui est réglée par la LP¹¹. Les règles des art. 92 al. 1 ch. 9 et 9a et 93 al. 1 LP qui sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1997¹² ont introduit l'insaisissabilité des rentes AVS et AI, des prestations LPC et des allocations familiales (art. 92 al. 1 let. 9a LP), ainsi que des prestations constituant une indemnité à titre de réparation morale, destinées à couvrir les frais de soins ou l'acquisition de moyens auxiliaires (art. 92 al. 1 let. 9 LP), et la saisissabilité relative des prestations destinées à couvrir une perte de gain (art. 93 al. 1 LP) (N 49). Dans le domaine des assurances sociales, il n'y a donc pas de réglementation uniforme en matière de saisie de prestations et quelques lois spéciales rappellent simplement la réglementation de la LP (art. 20 al. 1 LAVS, art. 50 al. 1 LAI, art. 20 LPC, art. 10 LAFam, qui prévoient l'insaisissabilité des prestations, N 51).

¹⁰ LOCHER/GÄCHTER, 304.

¹¹ ATF 130 III 400, c. 3.3.3. Selon cet arrêt du TF du 17 mai 2004, les indemnités journalières de l'assurance-invalidité ne représentent pas des biens absolument insaisissables, mais un revenu relativement saisissable selon l'art. 93 al. 1 LP.

¹² RO 1995 1227; FF 1991 III 1.

2. La nullité de la cession et de la mise en gage

L'art. 22 al. 1, 2^e phrase, LPGA déclare nulle toute cession ou mise en gage de droit aux prestations. Cette nullité au sens de l'art. 20 CO est **absolue**: elle existe de par la loi (« *ex lege* »), elle est relevée d'office par le juge, toute personne et en particulier l'assureur social peuvent s'en prévaloir, elle peut être invoquée en tout temps et elle produit ses effets rétroactivement au moment de la conclusion du contrat. Par conséquent, une cession au sens de l'art. 164 al. 1 CO et une mise en gage selon l'art. 899 al. 1 CC de droits aux prestations ne produisent **aucun effet** conformément à l'art. 22 al. 1 LPGA. 20

En revanche, le bénéficiaire reste titulaire du droit aux prestations et continue en principe à les percevoir à ce titre. 21

D. Les exceptions (al. 2)

1. Les exceptions à l'interdiction de cession

Les possibilités offertes par l'art. 22 al. 2 LPGA doivent être considérées comme exceptionnelles à différents titres. Dans certains régimes d'assurances sociales, la cession de prestations accordées rétroactivement par l'assureur social n'est admise que depuis 2003 avec l'entrée en vigueur de l'art. 22 LPGA: c'est le cas de l'assurance-vieillesse et survivants (voir art. 20 aLAVS), de l'assurance-accidents (voir art. 50 aLAA) et des allocations pour perte de gain (voir art. 2 aLAPG) (voir pour le surplus N 41). 22

La **garantie des prestations** doit être assurée dans tous les cas. La version allemande du titre marginal parle de «*Sicherung*», et non de «*Gewährleistung*» comme l'art. 20 LPGA (cf. art. 20 N 1): l'art. 22 LPGA vise donc la sécurité du droit aux prestations et il doit être compris comme un but général à atteindre. 23

Les exceptions de l'art. 22 al. 2 LPGA se rapportent uniquement à l'interdiction de **cession** (et non à l'interdiction de mise en gage; N 18). 24

Elles ne concernent que des **prestations accordées rétroactivement** (N 14)¹³, c'est-à-dire les situations où des **prestations** qui sont dues à une personne assurée ont été **avancées** (let. a) ou **prises en charge provisoirement** (let. b). Le Tribunal fédéral a précisé que le principe de la **concordance** entre les prestations cédées et les prestations avancées ou prises provisoirement en charge doit être respecté à cet égard¹⁴. Dans ces seules situations définies à l'art. 22 al. 2 LPGA, les prestations concernées peuvent être versées en mains de tiers. 25

En principe, une **déclaration de cession** au sens de l'art. 165 al. 1 CO doit être effectuée pour une cession selon l'art. 22 al. 2 LPGA¹⁵. 26

La plupart des situations visées à l'art. 22 al. 2 LPGA concernent l'assurance-invalidité. Or, dans le domaine de l'AI, **l'art. 85^{bis} al. 2 RAI** a été adopté en 1994 pour régler la coordination des prestations et il n'a pas été modifié suite à l'entrée en vigueur de l'art. 22 LPGA¹⁶: cette disposition stipule expressément qu'il peut s'agir d'une cession de prestations **consentie** par la personne concernée ou d'une cession de prestations pour 27

13 ATF 136 V 286, c. 5.2.

14 ATF 136 V 286, c. 4.2; ATF 135 V 2, c. 8; ATF 132 V 113, c. 3.2.2; ATF 131 V 242; LOCHER/GÄCHTER, 304. Sur la concordance, art. 69 N 12 ss.

15 ATF 132 V 113, c. 3.3.3.

16 ATF 132 V 113, c. 3.3 et 3.4; TFA, 14. 8. 2006, I 518/05, c. 2.1, SVR 2007 IV n° 14 52 s.

lesquelles un **droit au remboursement** peut être **déduit sans équivoque du contrat ou de la loi**¹⁷. Selon le Tribunal fédéral, il ressort de la genèse de l'art. 22 al. 2 LPGA que le législateur entendait créer une base légale complète pour le versement en mains de tiers de prestations de l'AI en vertu de l'art. 85^{bis} RAI, de sorte que l'art. 22 LPGA reprend l'art. 50 al. 2 aLAI¹⁸. Par conséquent, lorsqu'un droit au remboursement peut être déduit sans équivoque du contrat (par exemple les conditions générales d'assurances [CGA]) ou de la loi (voir par exemple les art. 10 LAM et art. 22 al. 4 OPC-AVS/AI), on peut s'écarter exceptionnellement de l'exigence d'une cession formelle selon les art. 164 ss CO, ainsi que le Tribunal fédéral l'a confirmé¹⁹. La Cour suprême a estimé qu'on ne saurait soumettre la validité du paiement d'un arriéré en mains de tiers à des critères plus stricts que ceux définis par les règles de droit civil relatives à la cession, notamment exiger l'utilisation d'un formulaire spécial²⁰.

- 28 Lorsque des prestations accordées rétroactivement par l'assureur social sont cédées conformément à la loi, l'assurance sociale procède au paiement en faveur du tiers avec effet libératoire. Dans ce cas, l'art. 26 al. 4 LPGA prescrit qu'aucun intérêt moratoire n'est dû (cf. art. 26 N 51) et l'art. 20 al. 2 *in fine* LPGA permet la compensation avec des créances contre l'ayant droit (cf. art. 20 N 29).

2. *La cession à l'employeur ou à une institution d'aide sociale de prestations accordées rétroactivement (let. a)*

- 29 La cession à l'employeur ne peut avoir lieu que si **l'employeur lui-même a effectué l'avance**, c'est-à-dire versé un certain montant par anticipation sur un paiement de prestations sociales. La même règle vaut pour une cession à **une institution d'aide sociale** (publique ou privée). Des prestations accordées d'avance par un autre organisme que l'employeur ou une institution d'aide sociale ne tombent pas sous le coup de cette disposition.
- 30 En principe, l'employeur verse une telle avance lorsque les rapports contractuels avec la personne assurée le prévoient ou lorsqu'une prestation d'assurance sociale a été demandée et que l'employeur décide de son propre gré de consentir à une avance; l'art. 19 al. 2 LPGA ne constitue pas une base légale à cet effet. Dans les deux situations mentionnées, il faut que le montant versé par l'employeur soit **en rapport avec des prestations** qui doivent être fournies ultérieurement par un assureur social²¹, ce qui doit ressortir expressément d'une convention passée entre les parties (N 14).

17 Voir TFA, 10.5.2000, I 282/99, c. 5, SVR 2001 IV n° 13 39 ss, pour la jurisprudence relative à l'art. 85^{bis} RAI. Voir ATF 128 V 108, c. 4, pour l'application de l'art. 85^{bis} RAI au versement en mains de tiers d'indemnités journalières versées rétroactivement. Voir ATF 138 V 386, c. 3.2 où il ne s'agissait pas d'indemnités journalières AI qui n'avaient pas été payées rétroactivement mais de prestations en cours; les art. 22 LPGA et 85^{bis} RAI ne trouvaient donc pas application. Voir TF, 22.1.2010, 9C_564/2009, c. 6.3, SVR 2010 IV n° 45 141 s. et TA NE, 3.10.1997, SVR 1998 IV n° 14 49 ss pour des cas d'application en français de l'art. 85^{bis} RAI. Voir CFR AVS/AI pour les personnes résidant à l'étranger, 2.3.1998, SVR 2001 IV n° 26 81 s., pour un remboursement à une caisse maladie allemande d'indemnités de maladie versées par celle-ci en application du droit allemand par imputation sur des arriérés de rentes de l'assurance-invalidité suisse.

18 ATF 136 V 286, c. 5.2; TFA, 18.4.2006, I 428/05, c. 4.3.

19 ATF 135 V 2, c. 2 et 5.2.

20 ATF 136 V 381, c. 5.1.1 et 5.2.

21 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4218.

La cession à une institution d'aide sociale **publique ou privée** a été généralisée par l'art. 22 al. 2 LPGA à tous les régimes d'assurances sociales concernés par la LPGA et dans toute la Suisse²². Le caractère d'avance est en principe donné dans la mesure où l'aide sociale est généralement octroyée à titre subsidiaire et le droit cantonal y relatif prévoit généralement un droit au remboursement sans équivoque. **31**

Dans un arrêt du 20 octobre 2008, le Tribunal fédéral a considéré comme valable la cession d'un futur versement de l'arriéré d'une rente AI²³. L'Office AI d'Uri avait reconnu en 2006 à l'assuré Z. une rente d'invalidité rétroactivement au 1^{er} août 2004. Après compensation avec les cotisations AVS/AI/APG, l'office avait déterminé le montant dû à titre de paiement rétroactif de prestations pour la période de 2004 à 2006 et entendait procéder au versement directement à Z., ce que la commune d'Aldorf en tant qu'autorité compétente en matière d'aide sociale a contesté jusqu'au Tribunal fédéral. A cette occasion, celui-ci a relevé que, selon la jurisprudence et la doctrine, les **créances futures** pouvaient aussi être cédées dans les limites du droit civil²⁴. Aussi bien le **contenu de la créance** future que la **personne du débiteur** cédé et le **fondement juridique de la créance** doivent toutefois être suffisamment déterminés ou tout du moins déterminables au moment où la créance prend naissance ou au moment où le cessionnaire fait valoir la cession. **32**

3. La cession à l'assureur ayant pris en charge provisoirement des prestations (let. b)

Selon la Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national dans son rapport relatif au projet de LPGA du 26 mars 1999²⁵, la réglementation de l'art. 22 al. 2 let. b LPGA se réfère à la prise en charge provisoire des prestations régie par l'art. **70 LPGA**. **33**

Le mécanisme prévu à l'al. 2 de l'art. 70 LPGA est le suivant: les assurances sociales énumérées doivent prendre provisoirement à leur charge les prestations mentionnées et, lorsque le cas est pris en charge par un autre assureur, ce dernier leur rembourse leurs avances selon l'art. 71 LPGA. Une cession au sens de l'art. 22 al. 2 let. b LPGA n'est toutefois pas nécessaire dans ces situations. **34**

De plus, lorsque des prestations d'assurances sociales sont accordées (par exemple des indemnités journalières LAA) et que d'autres prestations sont ultérieurement octroyées avec un effet rétroactif (par exemple une rente d'invalidité AI), un problème de surindemnisation se pose dans la mesure où le premier assureur intervenu (l'assureur LAA) a versé un montant de prestations qui se révèle par la suite excéder la limite de surindemnisation de l'art. 69 LPGA. Cet assureur social a par conséquent clairement un intérêt à recevoir un paiement rétroactif (de l'AI). Une telle situation échappe toutefois à l'art. 70 LPGA. Si le caractère d'avance ou de prise en charge provisoire fait défaut ou qu'un droit au remboursement ne peut pas être déduit sans équivoque du contrat ou de la loi (N 30), une cession selon l'art. 22 al. 2 LPGA n'est donc pas possible. **35**

22 Les lois spéciales le préoyaient avant l'entrée en vigueur de l'art. 22 LPGA, sauf en matière d'AVS et d'assurance-accidents.

23 ATF 135 V 2.

24 ATF 135 V 2, c. 6.1.2., voir pour la traduction du passage pertinent en français l'ATF 113 II 163, c. 2a.

25 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4271.

- 36 En pratique, la règle de l'art. 22 al. 2 let. b LPGa concerne principalement les **assurances privées d'indemnités journalières** et, dans une moindre mesure, l'assurance en responsabilité civile²⁶.

E. Autres cas d'application

- 37 Dans un arrêt du 25 juillet 2007²⁷, le Tribunal fédéral a relevé qu'**en cas d'identité entre le débiteur de la créance principale et le créancier de la créance apportée en compensation**, la question d'une cession respectivement d'un versement en mains de tiers selon l'art. 22 LPGa ne se posait pas et le fait de faire valoir une compensation ne nécessitait aucune cession. En l'occurrence, une société d'assurance-accidents était à la fois débitrice de prestations LAA et créancière d'un droit au remboursement.
- 38 Un autre arrêt du Tribunal fédéral du 6 août 2010 concerne la compensation d'un paiement rétroactif de rentes de l'assurance-invalidité avec une créance en dommages-intérêts de la caisse de compensation fondée sur l'art. 52 LAVS²⁸. Les juges ont exclu dans ce cas l'application de la LPGa et, en particulier, de l'art. 22 LPGa, au motif qu'il ne s'agissait pas en l'occurrence de l'extinction d'une créance en restitution contre la personne assurée résultant d'une avance au sens des art. 22 al. 2 LPGa et 85^{bis} al. 1 RAI, mais plutôt de **l'extinction d'une dette de l'AI** obligée le cas échéant de prester **avec une créance d'une autre assurance sociale à savoir l'AVS**²⁹.
- 39 Selon la doctrine, l'interdiction de cession de l'art. 22 al. 1 LPGa n'exclut pas une **procurator d'encaissement** à un tiers, pour autant qu'elle ne tende pas à contourner cette interdiction³⁰.
- 40 En collaboration avec le Centre d'information AVS/AI, l'OFAS a publié un **mémento relatif au versement de prestations AVS/AI/APG/PC/AF en mains de tiers** qui décrit la procédure de versement avec effet rétroactif à un tiers qui a consenti des avances³¹.

F. Les liens avec d'autres dispositions

1. Les lois spéciales sur les assurances sociales soumises à la LPGa

- 41 L'art. 22 LPGa a nécessité l'adaptation des lois suivantes:
- l'art. 20 aLAVS;
 - l'art. 50 aLAI;
 - l'art. 12 aLPC;
 - l'art. 2 aLAPG;
 - les art. 10 et 12 aLAM;
 - l'art. 50 aLAA;
 - l'art. 42 aLAMal;
 - l'art. 94 aLACI³².

26 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 916.

27 TF, 25.7.2007, U 507/05, SVR 2007 UV n° 38 128 ss.

28 ATF 136 V 286.

29 ATF 136 V 286, c. 5.2 et 5.3.

30 Voir pour la qualification juridique du pouvoir d'encaissement l'ATF 119 II 452, c. 1. LOCHER/GÄCHTER, 304. HOLLINGER, 127.

31 Mémento AVS/AI 3.05-15/01-F disponible sous www.avs-ai.ch.

32 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4217.

Dans son rapport du 26 mars 1999 relatif au projet de LPGA, la Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national relève que les modifications des législations sur **l'assurance-vieillesse et survivants, l'assurance-invalidité, les prestations complémentaires³³ et l'assurance-accidents n'apportent pas d'importants changements matériels**, dès lors qu'il s'agit essentiellement de suppressions de dispositions en raison de l'applicabilité de la LPGA³⁴ (N 5). 42

En revanche, la réglementation de l'art. 22 LPGA est entièrement nouvelle pour l'assurance-maladie et la LFA (avec la LAFam à partir du 1^{er} janvier 2009) (N 17)³⁵. **L'art. 42 al. 1 LAMal** prévoit que, sauf convention contraire entre les assureurs et les fournisseurs de prestations, l'assuré est le débiteur de la rémunération envers le fournisseur de prestations et il a, dans ce cas, le droit d'être remboursé par son assureur (système du tiers garant) et, qu'en dérogation à l'art. 22 al. 1 LPGA, ce droit peut être cédé au fournisseur de prestations. Le patient peut donc céder au médecin ses prétentions vis-à-vis de l'assurance-maladie³⁶. Selon l'**art. 25 LFA**, l'art. 22 LPGA trouve désormais application, alors que, dans le passé, la LAVS s'appliquait par renvoi. 43

Dans le cadre de l'assurance militaire, l'**art. 10 al. 2 LAM** déroge à l'art. 22 al. 2 LPGA comme suit: «Lorsque des institutions d'assistance sociale publiques ou privées ont fait parvenir à l'ayant droit aux prestations, avant la prise en charge du cas, des contributions d'entretien ou toute autre aide qui sont à la charge de l'assurance, celle-ci leur rembourse totalement ou partiellement, en dérogation à l'art. 22 al. 2 LPGA, leurs dépenses dans la limite des prestations dues». Cela est dû aux motifs qu'il apparaît souvent beaucoup plus tard qu'il s'agit d'un cas relevant de l'assurance militaire et que cette dernière et les organismes d'assistance collaboraient déjà dans le passé harmonieusement dans l'intérêt des assurés. Sur cette base, même dans les cas où il n'y a pas encore eu de déclaration, un paiement direct de l'assurance militaire est possible³⁷. 44

Dans le cadre de l'assurance-chômage, l'art. 94 aLACI dans sa teneur avant la LPGA autorisait les cessions et mises en gage de prestations pour autant qu'elles fussent saisissables selon la LP. L'art. 22 LPGA a restreint ces possibilités. Depuis le 1^{er} avril 2011, l'**art. 94 al. 3 LACI** prescrit que «[s]i les indemnités journalières sont versées rétroactivement, les institutions d'aide sociale privées ou publiques qui ont consenti des avances destinées à assurer l'entretien de l'assuré durant la période concernée peuvent exiger le recouvrement d'un montant jusqu'à concurrence des avances qu'elles ont versées. Le droit à des indemnités de chômage est soustrait à toute exécution forcée jusqu'à hauteur de ce montant»³⁸. 45

33 Dans le domaine des prestations complémentaires, le paiement direct d'arriérés à des autorités d'assistance est possible, même sans acte de cession, sur la base de l'art. 22 al. 4 OPC-AVS/AI. L'art. 22 al. 2 LPGA autorise des cessions dans les autres cas. A l'ATF 132 V 113, le TF a souligné le fait que l'art. 22 al. 2 let. a LPGA n'avait pas apporté de modifications matérielles au système jusque-là en vigueur du versement de prestations complémentaires accordées rétroactivement en mains de l'autorité d'aide sociale qui avait effectué des avances (c. 3.3 et 3.4).

34 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4218.

35 Duc, Cession, 449.

36 Duc, Cession, 450. Duc, Problèmes d'application, 123 s.; ATF 127 V 439; TF, 16.7.2009, 9C_61/2009, c. 5.2.2, SVR 2009 KV n° 13 47 ss. Voir TF, 2.12.2010, 9C_320/2010, c. 4.2 à 4.4 pour la validité d'une cession fondée sur l'art. 42 al. 1 LAMal.

37 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168.

38 FF 2008 7029, 7056.

2. La prévoyance professionnelle

- 46 L'interdiction de cession et de mise en gage est prévue à l'art. 39 LPP³⁹ et ce, tant que les prestations ne sont pas exigibles, le but étant de maintenir la prévoyance jusqu'à la survenance de l'événement assuré (N 13). Cette règle est reprise à l'art. 331b CO pour le domaine de la prévoyance non obligatoire.
- 47 Seules des exceptions au principe de l'interdiction de mise en gage sont prévues dans le cadre de l'encouragement à la propriété du logement (art. 30b LPP et 331d CO).
- 48 Dans un arrêt du 14 octobre 2016⁴⁰, le Tribunal fédéral a jugé qu'une institution de prévoyance pouvait différer le paiement de rentes d'invalidité LPP sur la base des art. 26 al. 2 LPP et 26 OPP 2 ainsi que du règlement de prévoyance, même lorsque l'assureur perte de gain réclame les indemnités journalières versées à hauteur de la rente AI octroyée ultérieurement. En se référant à l'art. 22 LPGA, les juges ont considéré que, lorsque le versement du salaire intervient dans le sens d'une avance, l'employeur peut se faire céder le paiement rétroactif de rentes de l'AI et que le paiement du salaire est en principe subsidiaire aux prestations des assurances sociales sous réserve des art. 26 al. 2 LPP et 26 OPP 2⁴¹.

3. L'exécution forcée

- 49 Selon l'art. 92 al. 1 LP, sont **insaisissables**, d'une part, les rentes, indemnités en capital et autres prestations allouées à la victime ou à ses proches pour lésions corporelles, atteinte à la santé ou mort d'homme, en tant qu'elles constituent une indemnité à titre de réparation morale, sont destinées à couvrir les frais de soins ou l'acquisition de moyens auxiliaires (ch. 9) et, d'autre part, les rentes au sens de l'art. 20 LAVS ou de l'art. 50 LAI, les prestations au sens de l'art. 12 LPC et les prestations des caisses de compensation pour allocations familiales (ch. 9a). Cette règle s'explique par le fait que les rentes AVS et AI ne couvrent que le minimum vital. La saisie de telles prestations est donc frappée de nullité selon l'art. 22 LP.
- 50 Sont en revanche **relativement saisissables** en vertu de l'art. 93 al. 1 LP «les pensions et prestations de toutes sortes qui sont [destinées] à couvrir une perte de gain ou une prétention découlant du droit d'entretien, en particulier les rentes et les indemnités en capital qui ne sont pas insaisissables en vertu de l'art. 92, [...] déduction faite de ce que le préposé estime indispensable au débiteur et à sa famille».
- 51 Ces règles entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1997 ont entraîné une adaptation de la législation relative à l'assurance-accidents et à l'assurance-militaire (voir art. 50 al. 1 aLAA et art. 12 al. 1 aLAM avant l'entrée en vigueur de la LPGA en 2003). Dans ces régimes, la question de la saisissabilité des prestations est depuis lors réglée directement par l'art. 93 al. 1 LP dans la mesure où elles ont le caractère de succédané du salaire. C'est ainsi que, pour une même personne assurée, sa rente AVS ou AI est insaisissable selon l'art. 92 al. 1 ch. 9a LP, alors que sa rente d'invalidité LAA (complémentaire au sens de l'art. 20 al. 2 LAA) est relativement saisissable selon l'art. 93 al. 1 LP, comme l'a rappelé le Tribunal fédéral dans un arrêt du 18 décembre 2007⁴².

39 L'art. 39 LPP règle également la compensation.

40 ATF 142 V 466.

41 ATF 142 V 466, c. 3.3.4.

42 ATF 134 III 182, c. 5.

Dans un arrêt du 17 mai 2004, le Tribunal fédéral a considéré que les indemnités journalières AI représentaient un revenu de remplacement, mais pas à titre de compensation, de couverture de frais de soins ou d'acquisition de moyens auxiliaires au sens de l'art. 92 al. 1 ch. 9 LP, et que ces indemnités n'étaient pas comprises dans la notion de rentes de l'art. 50 LAI qui se réfère aux art. 28 ss LAI. Il a donc jugé que les **indemnités journalières AI** représentaient un **revenu relativement saisissable** selon l'art. 93 al. 1 LP⁴³. 52

4. L'assurance privée

Contrairement à l'art. 22 LPGA, l'art. 73 al. 1 LCA prévoit expressément une possibilité large de cession ou de mise en gage comme suit: «Le droit qui découle d'un contrat d'assurance de personnes ne peut être constitué en gage ou cédé ni par endossement ni par simple tradition de la police. Pour que la constitution du gage et la cession soient valables, il faut la forme écrite et la tradition de la police, ainsi qu'un avis écrit à l'assureur». 53

Art. 23

Renonciation à des prestations

¹ L'ayant droit peut renoncer à des prestations qui lui sont dues. La renonciation peut être en tout temps révoquée pour l'avenir. La renonciation et la révocation font l'objet d'une déclaration écrite.

² La renonciation et la révocation sont nulles lorsqu'elles sont préjudiciables aux intérêts d'autres personnes, d'institutions d'assurance ou d'assistance ou lorsqu'elles tendent à éluder des dispositions légales.

³ L'assureur confirme par écrit à l'ayant droit la renonciation et la révocation. L'objet, l'étendue et les suites de la renonciation et de la révocation doivent être mentionnés dans la confirmation.

Verzicht auf Leistungen

¹ Die berechtigte Person kann auf Versicherungsleistungen verzichten. Sie kann den Verzicht jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen. Verzicht und Widerruf sind schriftlich zu erklären.

² Verzicht und Widerruf sind nichtig, wenn die schutzwürdigen Interessen von andern Personen, von Versicherungen oder Fürsorgestellen beeinträchtigt werden oder wenn damit eine Umgehung gesetzlicher Vorschriften bezweckt wird.

³ Der Versicherer hat der berechtigten Person Verzicht und Widerruf schriftlich zu bestätigen. In der Bestätigung sind Gegenstand, Umfang und Folgen des Verzichts und des Widerrufs festzuhalten.

Rinuncia a prestazioni

¹ L'avente diritto può rinunciare a prestazioni assicurative. La rinuncia può essere revocata in qualsiasi momento con effetto per il futuro. La rinuncia e la revoca esigono la forma scritta.

² La rinuncia e la revoca sono nulle se pregiudicano gli interessi degni di protezione di altre persone, di istituzioni assicurative o assistenziali oppure se si propongono di eludere le prescrizioni legali.

³ L'assicuratore deve confermare per scritto all'avente diritto la rinuncia e la revoca. Nella conferma occorre stabilire l'oggetto, l'ampiezza e le conseguenze della rinuncia e della revoca.

43 ATF 130 III 400.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. La renonciation à des prestations: les conditions et la procédure	9
A. Le champ d'application	9
B. Les notions	14
C. La renonciation et sa révocation (al. 1 et 3)	18
D. Les effets de la renonciation et de son éventuelle révocation (al. 2)	44
E. Cas d'application	50
F. Les liens avec d'autres dispositions	57

Bibliographie

Cf. DUC JEAN-LOUIS, Problèmes d'application de la LPGA en rapport avec les lois spéciales, *in* Kahil-Wolff, Partie générale, 111 ss (cité: Problèmes d'application); FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, De la renonciation aux prestations d'assurance sociale (art. 23 LPGA/ATSG), REAS 2002 335 ss (cité: Renonciation); FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, La victime d'un accident médical, indemnisée par le responsable, peut-elle prétendre à des prestations de l'assurance-accidents? Commentaire de l'ATF 137 V 394 (8C_927/2010 du 13 septembre 2011), REAS 2012 423 ss (cité: Victime); HABLÜTZEL MARTIN, Leistungsverzicht im Sozialversicherungsrecht, REAS 2011 319 ss.

I. Introduction

- 1 L'art. 23 LPGA représente la deuxième des dispositions particulières (section 4) du chapitre consacré aux dispositions générales concernant les prestations et les cotisations (chapitre 3) de la LPGA. Il n'a pas été modifié depuis l'entrée en vigueur de la LPGA. Aucune précision particulière n'est apportée à propos de l'art. 23 LPGA dans l'OPGA. Cette disposition, sous le titre marginal de «Renonciation à des prestations», prévoit expressément la **possibilité pour l'ayant droit de renoncer définitivement ou temporairement aux prestations des assurances sociales** (al. 1; N 18).
- 2 Avant l'entrée en vigueur de la LPGA, il n'existait aucune disposition légale à ce sujet, sauf l'art. 65 aOLAA et l'art. 72 al. 4 aLAM (N 58). Avant l'adoption en 1992 de l'art. 65 aOLAA, la jurisprudence avait déjà admis la possibilité d'une renonciation à des conditions restrictives et, à partir de 1994, le Tribunal fédéral avait étendu l'application par analogie de l'art. 65 aOLAA à d'autres régimes d'assurances sociales¹. L'art. 23 LPGA a donc introduit une **nouveauté législative** dans le domaine des assurances sociales, en particulier en ce qui concerne la procédure de renonciation et de révocation.
- 3 **Initialement, l'art. 30 du projet de loi** intitulé «Renonciation à des prestations», tel que proposé par le Conseil des Etats, prévoyait ce qui suit: «L'ayant droit peut renoncer à des prestations qui lui sont dues par déclaration écrite adressée à l'assureur. La renonciation peut être en tout temps révoquée avec effet pour l'avenir. La renonciation et la révocation sont nulles lorsqu'elles sont préjudiciables aux intérêts d'autres personnes ou d'institutions d'assurance ou d'assistance ou lorsqu'elles tendent à éluder des prescriptions légales»².
- 4 Selon la Commission du Conseil des Etats, la **réglementation uniforme prévue qui se fondait sur la jurisprudence** entendait, d'une part, **éviter que la renonciation et la ré-**

1 ATF 124 V 174, c. 3c; ATF 129 V 1.

2 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 190.

vocation ne lèsent les intérêts de tiers ou d'institutions d'assurance ou d'assistance (soit en particulier lorsque la renonciation concerne également des proches de l'assuré ou que l'assurance sociale doit être remplacée par l'aide sociale) et, d'autre part, **exclure les abus lors de recours des assurances sociales contre le tiers responsable** (par exemple lorsqu'une personne lésée préfère toucher une importante prestation en capital de l'assurance responsabilité civile de l'auteur du dommage plutôt qu'une rente des assurances sociales, la révocation ultérieure de cette renonciation consisterait en un abus de droit)³.

Ce projet du Conseil des Etats qui se fondait sur celui de la SSDA prescrivait que la déclaration de renonciation soit adressée à l'assureur, mais pas que l'assureur doive confirmer celle-ci ou sa révocation (N 34)⁴. 5

Selon le **Conseil fédéral**, l'assureur devait rendre une décision constatant l'étendue et la portée de la renonciation aux prestations, si celle-ci correspondait pour l'assuré à un intérêt digne d'être protégé et ne lésait aucun intérêt digne de protection d'autres intéressés. A défaut, une renonciation ne pouvait pas être prise en considération au moment de la fixation du droit aux prestations. L'art. 30 du projet de loi a donc été adapté comme suit: «L'ayant droit peut renoncer à des prestations qui lui sont dues par déclaration écrite. Lorsque la renonciation aux prestations correspond pour l'assuré à un intérêt digne d'être protégé et qu'elle ne lèse aucun intérêt digne de protection d'autres intéressés, l'assureur rend une décision constatant l'étendue et la portée de cette renonciation. Les renoncations non confirmées par une décision ne seront pas prises en considération au moment de la fixation du droit aux prestations»⁵. 6

Cette proposition du Conseil fédéral a ensuite été rejetée au **Conseil national** qui a suivi plutôt le projet retenu par le Conseil des Etats. Le texte proposé par la Commission compétente du Conseil national correspond dans les grandes lignes à la teneur actuelle de l'art. 23 LPGA⁶ (N 38). Il n'a pas fait l'objet d'intervention au Parlement. 7

Dans la situation où l'ayant droit entend renoncer à des prestations qui lui sont dues pour agir contre un tiers qui répond du dommage, il faut tenir compte de l'art. 72 LPGA relatif à la **subrogation** (N 65; cf. art. 72 N 4). 8

II. La renonciation à des prestations: les conditions et la procédure

A. Le champ d'application

Avant l'entrée en vigueur de la LPGA, la possibilité de renoncer à des prestations n'était prévue qu'à l'art. 65 aOLAA (N 58). Antérieurement à l'adoption de l'art. 65 aOLAA, une telle renonciation avait été admise, à certaines conditions, par la jurisprudence⁷. 9

3 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 259.

4 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 259.

5 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 917.

6 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4219.

7 FRÉSARD-FELLAY (Renonciation, 335) explique que, dans une première phase, le TF a retenu qu'une renonciation générale était illicite, mais que l'assuré pouvait se soustraire à l'exercice momentané d'une prétention expressément ou par acte concludant. Cette jurisprudence rendue en matière d'assurance-maladie (LAMA; ATF 108 V 84, c. 3a) a été par la suite appliquée par analogie à l'AVS, l'AI et l'AA (ATF 124 V 174). Dans une deuxième phase, le TF a restreint les possibilités de renonciation. HABLÜTZEL, 320. LOCHER/GÄCHTER, § 42 N 14.

- 10 L'art. 23 LPGA a codifié le principe de la renonciation pour toutes les assurances sociales soumises à la loi et règle la question d'une éventuelle révocation de la renonciation à des prestations. Désormais, les conditions de la renonciation et de la révocation sont précisées, de même que la procédure y relative (N 18 ss). Il n'existe donc plus de lacune à combler par le juge dans ce domaine⁸.
- 11 Par ailleurs, la loi prévoit la sanction de la nullité lorsque des intérêts de tiers (personnes physiques ou institutions) sont lésés ou que des dispositions légales sont éludées (N 46 et 49).
- 12 Le principe de la renonciation s'applique aux **prestations qui sont dues** à l'ayant droit. Les prestations concernées sont celles prévues par les régimes d'assurances sociales qui font partie du champ d'application de la LPGA selon l'art. 2 LPGA (art. 2 N 7). Il peut s'agir aussi bien de prestations en nature au sens de l'art. 14 LPGA que de prestations en espèces selon l'art. 15 LPGA. L'ayant droit peut renoncer à une prestation en particulier ou à l'ensemble des prestations d'une branche d'assurance sociale, conformément à la jurisprudence⁹. Une renonciation suppose, par définition, que «l'assuré ait un droit indubitable à des prestations»¹⁰, ce qui implique que les prestations soient **connues** (N 19)¹¹. Une personne ne peut pas renoncer à l'avance à d'éventuelles prestations futures.
- 13 Les **ayants droit** à ces prestations au sens de l'art. 23 LPGA comprennent la personne assurée ainsi que toute autre personne ayant droit à des prestations d'assurances sociales, par exemple les conjoints ou partenaires enregistrés, les enfants, les survivants, etc.¹². Ces personnes ne sont légitimées à renoncer que si elles peuvent faire valoir un droit à des prestations (ce qui n'est, par exemple, pas le cas du conjoint de la personne qui bénéficie d'une rente de vieillesse de l'AVS).

B. Les notions

- 14 La notion de **renonciation** vise les cas où une personne ayant droit à des prestations ne les demande pas. Ces cas peuvent recouvrir, en fait, deux situations: l'intéressé renonce explicitement à des prestations (renonciation expresse) ou ne demande pas de prestations (renonciation tacite). L'art. 23 al. 1 LPGA prévoit que la renonciation fait l'objet d'une déclaration écrite et cette disposition ne règle donc pas la question d'une éventuelle renonciation tacite ou par acte concluant (N 22). La renonciation à des prestations au sens de cette disposition doit être distinguée du retrait d'une demande de prestations¹³ et du cas où l'assuré s'abstient d'en présenter une (N 56).
- 15 La **révocation** représente le fait de revenir sur une renonciation qui est ainsi, par définition, révocable à certaines conditions (N 27).
- 16 La **nullité** de la renonciation et de la révocation, dans les cas où elles sont préjudiciables aux intérêts d'autres personnes, d'institutions d'assurance ou d'assistance ou lorsqu'elles tendent à éluder des dispositions légales, correspond à la notion de nullité définie par la

⁸ HABLÜTZEL, 320.

⁹ TF, 11.3.2009, 8C_495/2008, c. 2.1.2.

¹⁰ TF, 11.3.2009, 8C_495/2008, c. 2.1.2.

¹¹ TF, 21.5.2013, 9C_1051/2012, c. 3.1.

¹² LOCHER/GÄCHTER, § 42 N 15.

¹³ Selon LOCHER/GÄCHTER (§ 42 N 19), il n'y a pas de renonciation lorsqu'une personne retire sa demande après l'avoir déposée mais avant que l'assureur y réponde, car il s'agit à ce moment-là seulement de prétentions éventuelles à des prestations.

jurisprudence en matière de droit public (N 46 et 49). Selon le Tribunal fédéral, la nullité d'un acte commis en violation de la loi doit résulter, soit d'une disposition légale expresse, soit du sens et du but de la norme en question. En d'autres termes, il n'y a lieu d'admettre la nullité, hormis les cas expressément prévus par la loi, qu'à titre exceptionnel, lorsque les circonstances sont telles que le système d'annulabilité n'offre manifestement pas la protection nécessaire. Ainsi, d'après la jurisprudence, la nullité d'une décision n'est admise que si le vice dont elle est entachée est particulièrement grave, est manifeste ou du moins facilement décelable et si, en outre, la constatation de la nullité ne met pas sérieusement en danger la sécurité du droit. Des vices de fond n'entraînent qu'à de rares exceptions la nullité d'une décision; en revanche, de graves vices de procédure, ainsi que l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision, sont des motifs de nullité¹⁴.

Les **intérêts** auxquels il est fait référence à l'art. 23 al. 2 LPGA se rapportent aux intérêts dignes de protection d'autres personnes que celle ayant droit à des prestations et de tiers (institutions d'assurance ou d'assistance). Il s'agit en principe d'intérêts d'ordre financier. En revanche, l'intérêt digne de protection de la personne ayant droit à des prestations n'est plus une condition posée par la loi pour la renonciation (N 23).

C. La renonciation et sa révocation (al. 1 et 3)

1. Les conditions de la renonciation

L'art. 23 LPGA n'admet la renonciation à des prestations que **restrictivement**. Cette disposition soumet en effet la renonciation aux différentes conditions suivantes:

1. L'intéressé(e) a un droit aux prestations

Conformément à l'art. 23 al. 1, 1^{re} phrase, LPGA, l'ayant droit peut renoncer à des prestations qui lui sont dues. Ces prestations, qui sont déterminées par la loi spéciale applicable au régime d'assurance sociale concerné, sont donc nécessairement **connues** de l'intéressé(e)¹⁵. Une renonciation générale à des prestations des assurances sociales ou à des prestations futures n'est ainsi pas licite, comme l'a confirmé la jurisprudence¹⁶.

La renonciation **ne lie que la personne ayant droit** aux prestations qui a renoncé (et non pas son conjoint ou partenaire enregistré, ses survivants, etc.).

2. La forme écrite est respectée pour la déclaration de renonciation

Selon l'art. 23 al. 1, 2^e phrase, LPGA, la renonciation est faite par une déclaration écrite. La loi subordonne donc la validité de la renonciation à la **forme écrite simple** (art. 13 CO par analogie) pour des motifs de sécurité du droit¹⁷. Dans ce document, la personne doit exprimer sans équivoque sa volonté unilatérale de renoncer à des prestations déterminées d'assurances sociales auxquelles elle a droit et y apposer sa signature. L'objet et l'étendue des prestations auxquelles il est renoncé doivent être alors clairement définis. La confirmation que doit apporter l'assureur n'est pas une condition de validité de la renonciation (N 34).

14 TF, 21.1.2013, 2C_34/2013, c. 6.3; ATF 132 II 21, c. 3.1; ATF 129 I 361, c. 2.1; ATF 121 III 156, c. 1.

15 TF, 21.5.2013, 9C_1051/2012, c. 3.1.

16 TFA, 18.12.2002, H 152/02, c. 5.2.

17 LOCHER/GÄCHTER, § 42 N 16.

- 22 La doctrine est divisée sur la question de savoir si un ayant droit peut renoncer à des prestations qui lui sont dues **en s'abstenant de présenter une demande** de prestations (renonciation tacite ou par acte concludant). Selon Frésard-Fellay, une telle renonciation, qui avait par le passé été admise par la jurisprudence, ne l'est plus depuis l'adoption de l'art. 65 aOLAA, puis de l'art. 23 LPGA¹⁸. Cet avis a été confirmé par la jurisprudence¹⁹ (N 52). En revanche, Kieser considère qu'une renonciation tacite peut intervenir, en se fondant sur les art. 29 al. 1 et 70 al. 3 LPGA. De son point de vue, les conséquences d'une absence de demande de prestations ne se déterminent pas selon l'art. 23 LPGA: il faut consulter la(les) législation(s) spéciale(s) concernée(s) d'assurances sociales (notamment en cas de coordination intersystémique)²⁰. Pour Locher et Gächter, l'absence de demande de prestations ne doit pas être considérée comme une renonciation au sens de l'art. 23 LPGA²¹. En toute hypothèse, l'art. 23 LPGA ne prévoit qu'une possibilité de renonciation sous la forme écrite.
- 23 3. **Les intérêts de tiers ne sont pas lésés et des dispositions légales ne sont pas éludées**

L'art. 23 al. 2 LPGA prescrit que la renonciation ne doit ni être préjudiciable aux intérêts d'autres personnes, d'institutions d'assurance ou d'assistance, ni tendre à éluder des dispositions légales; cette norme ne prévoit toutefois pas que la renonciation serait soumise à l'existence d'un **intérêt digne de protection de la personne ayant droit** aux prestations. A ce propos, deux avis semblent s'opposer en doctrine. Frésard-Fellay observe que le texte clair de l'art. 23 al. 2 LPGA s'écarte de l'art. 65 aOLAA. Elle en déduit que seule la volonté de celui qui renonce est déterminante, de sorte qu'il n'a plus à justifier d'un intérêt digne de protection dans sa déclaration de renonciation²². Au contraire, Kieser estime, en se basant sur un arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 27 avril 2005²³, que le législateur n'a rien voulu changer à cet égard et que l'assureur doit donc clarifier si des intérêts dignes de protection de l'ayant droit commandent de refuser la renonciation²⁴. Dans cet arrêt de 2005, le Tribunal fédéral des assurances a précisé que la jurisprudence au sujet de la problématique de la renonciation valait toujours dans le sens où une renonciation ne pouvait être admise que dans la mesure où il existait un intérêt digne de protection de l'ayant droit et où aucun intérêt de tiers n'était lésé (N 51). Dans le même sens, le Tribunal fédéral relève, dans un arrêt de 2011, que le texte de l'art. 23 LPGA est potentiellement trompeur à cet égard et qu'il faut tenir compte de la jurisprudence antérieure selon laquelle il ne peut être renoncé à des prestations qu'exceptionnellement, à condition que le bénéficiaire des

18 FRÉSARD-FELLAY, Renonciation, 337. Selon elle, il ne suffit donc pas pour conclure à une renonciation que «la personne assurée s'abstienne de présenter une demande de prestations, d'annoncer un accident ou fasse la sourde oreille aux demandes de renseignements de l'assureur» et cette solution s'applique également aux cas bagatelles que les assurés évitent d'annoncer pour ne pas grever leur bonus.

19 ATF 116 V 273; ATF 137 V 394; TFA, 21.12.2005, K 73/05, c. 4. Dans un arrêt du 25 mars 2009, le TF a estimé qu'une caisse-maladie pouvait déposer une demande AI pour un assuré qui ne s'était pas annoncé alors qu'elle l'avait invité à le faire (TF, 25.3.2009, 8C_241/2008, voir c. 6.1.3 qui se réfère à l'art. 23 LPGA).

20 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 23 N 12. Il prend à cet égard deux exemples: les cas, dans l'assurance-accidents, de l'art. 46 LAA relatif à la déclaration tardive de l'accident et, dans l'assurance-invalidité, des art. 7b al. 2 let. a et 29 LAI.

21 LOCHER/GÄCHTER, § 42 N 18; dans ce sens aussi: ATF 135 V 111, c. 6.2.3.

22 FRÉSARD-FELLAY, Renonciation, 334 s.

23 TFA, 27.4.2005, H 234/04, c. 6.2.2.

24 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 23 N 29.

prestations y ait un intérêt digne de protection et que la renonciation ne lèse pas les intérêts d'autres personnes impliquées (N 55)²⁵. Il apparaît donc judicieux que l'ayant droit donne une motivation dans sa déclaration de renonciation, même si cette exigence ne découle pas explicitement de l'art. 23 LPGA.

Dès lors que le fait de renoncer à des prestations peut avoir des effets sur d'autres prestations d'assurances sociales compte tenu des règles de coordination, les **intérêts dignes de protection de tiers** doivent être pris en compte. Une renonciation de l'ayant droit à des prestations pourrait péjorer la situation financière d'autres personnes, telles que des enfants, un conjoint ou partenaire enregistré ou des survivants, par exemple si l'ayant droit renonçait à des rentes complémentaires pour enfant. Par contre, des intérêts de tiers ne sont pas lésés lorsque la loi prévoit le versement des prestations les plus favorables, notamment le versement de la rente la plus élevée lorsque la veuve, le veuf ou les orphelins ont simultanément droit à une rente AVS de survivants et à une rente AI (art. 43 al. 1 LAI) ou le versement de rentes de vieillesse ou de survivants calculées sur la base des mêmes éléments que la rente d'invalidité à laquelle elles succèdent si ce calcul est plus favorable à l'ayant droit (art. 33^{bis} al. 1 LAVS). Les intérêts d'institutions d'assurance ne doivent pas non plus être lésés, par exemple ceux de l'aide sociale ou de l'assureur RC²⁶.

Un intérêt digne de protection à une renonciation n'a pas été reconnu dans les cas suivants: 25

- la renonciation à des prestations d'assurances sociales engendrait un recours à l'aide sociale²⁷;
- la renonciation avait pour effet d'obliger des tiers ayant un devoir d'entretien ou d'assistance;
- des rentes complémentaires étaient accordées à l'épouse séparée ou divorcée;
- le risque assuré aurait pu s'aggraver en raison de la renonciation à des mesures de réadaptation²⁸;
- une succession avait été répudiée²⁹.

Selon la doctrine, l'exigence de l'art. 23 al. 2 *in fine* LPGA imposant que la renonciation ne tende pas à éluder des dispositions légales devrait être supprimée³⁰. En effet, le but visé par le législateur de ne pas faire obstacle, par une renonciation, à une action récursoire de l'assureur social selon l'art. 72 LPGA peut déjà être atteint en se référant à la protection des intérêts de tiers de l'al. 2 et le principe de l'interdiction de l'abus de droit applicable en droit des assurances sociales empêche tout comportement de cette nature. 26

2. Les conditions de la révocation

Le législateur a expressément admis la **possibilité de révoquer une renonciation** dans les limites de l'art. 23 LPGA. Avant la LPGA, la révocation n'était pas prévue à l'art. 65 aOLAA, mais cette possibilité avait été admise par la jurisprudence si elle respectait le principe de la bonne foi³¹. La révocation est désormais soumise aux conditions suivantes: 27

25 TF, 26.4.2011, 9C_576/2010, c. 4.3.

26 LOCHER/GÄCHTER, § 42 N 21.

27 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181.

28 TF, 26.4.20011, 9C_576/2010.

29 ATF 136 V 7.

30 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 23 N 48.

31 FRÉSARD-FELLAY, Renonciation, 336 et 338.

28 1. La personne ayant droit a valablement renoncé à des prestations d'assurances sociales auxquelles elle avait droit

Seule une renonciation valable peut être révoquée. Dans ce cas, la renonciation aux prestations déploie des effets jusqu'à ce qu'elle soit formellement révoquée. En revanche, si la renonciation ne respecte pas les conditions légales, elle est entachée de nullité et ne déploie aucun effet (N 46). En outre, la révocation ne peut concerner qu'une renonciation portant sur une obligation de prester durable; la renonciation est en effet irrévocable dans les cas où l'obligation de prester a d'ores et déjà été exécutée³².

29 2. La forme écrite est respectée pour la déclaration de révocation

A l'instar de la renonciation, la Commission du Conseil national avait écarté, dans son rapport du 26 mars 1999, la proposition du Conseil fédéral de rendre la validité d'une révocation dépendante de la forme d'une décision, au motif que ce ne serait plus l'ayant droit qui pourrait seul révoquer sa renonciation (N 36). Selon cette Commission, la révocation devait intervenir sous la forme écrite et faire l'objet d'une confirmation écrite de l'assureur pour des motifs de sécurité du droit. La confirmation que doit apporter l'assureur n'est pas une condition de la révocation (N 41).

30 La déclaration de révocation doit être claire afin d'éviter toute ambiguïté.

31 3. Les intérêts de tiers ne sont pas lésés et des dispositions légales ne sont pas érudées

Selon l'art. 23 al. 2 LPGA, la révocation d'une renonciation ne doit pas léser les intérêts d'autres personnes, d'institutions d'assurance ou d'assistance, ou tendre à éluder des dispositions légales (al. 2).

32 A ce propos, la Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national a pris l'exemple d'une personne ayant renoncé à des prestations qui rencontre des difficultés économiques. Elle a estimé qu'il fallait qu'elle puisse en tout temps révoquer sa renonciation pour l'avenir afin de ne pas devenir dépendante, le cas échéant, de l'aide sociale³³.

3. La procédure

33 Lorsque la personne ayant droit à des prestations d'assurances sociales veut y renoncer, elle doit adresser une **déclaration écrite de renonciation** à l'assureur concerné (al. 1; N 21).

34 Quand l'assureur reçoit la déclaration écrite de renonciation, il doit vérifier que toutes les conditions posées par l'art. 23 LPGA sont remplies, en requérant le cas échéant la collaboration de l'ayant droit sur la base de l'art. 28 al. 2 LPGA (cf. art. 28 N 20). Si tel est le cas, il doit adresser à l'ayant droit une **confirmation écrite de la renonciation**, en mentionnant l'objet, l'étendue et les conséquences de la renonciation, afin que celui-ci soit informé clairement de la portée de son acte (al. 3). La loi n'exige pas que cette confirmation soit envoyée à des tiers, mais il peut être recommandé de la faire parvenir à d'autres personnes ou institutions d'assurance concernées (art. 23 al. 3 LPGA *a contrario*). En principe, l'assureur ne rend alors **pas de décision** (N 36).

³² LOCHER/GÄCHTER, § 42 N 23.

³³ Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4220.

Ce point a été discuté au Parlement lors de la rédaction de l'art. 23 LPGA. En se fondant sur l'art. 65 aOLAA, le **Conseil fédéral avait proposé** de prévoir que, lorsque l'ayant droit renonce à des prestations qui lui sont dues par déclaration écrite, que cette renonciation correspond pour l'assuré à un intérêt digne d'être protégé et ne lèse aucun intérêt digne de protection d'autres intéressés, **l'assureur rend une décision** constatant l'étendue et la portée de cette renonciation³⁴ (N 6). Selon la proposition du Conseil fédéral, qui s'écartait sur ce point du projet de la Commission du Conseil des Etats, une décision de l'assureur pouvait être attaquée par tous ceux dont la renonciation lésait des intérêts dignes de protection. Si la renonciation n'était pas consignée dans une décision ou si la décision était formellement insatisfaisante, la renonciation ne pouvait pas être prise en compte lors de la fixation du droit aux prestations. La notification de la renonciation devait revêtir la forme d'une décision, d'après le Conseil fédéral, essentiellement parce que la seule déclaration écrite ne permettait pas d'exclure des défauts quant à la validité ou à la délimitation précise de la renonciation. Or, si la nullité de la renonciation écrite devait être subséquentement constatée en raison des défauts évoqués, l'assurance RC risquerait de payer deux fois ou, si la bonne foi de l'assureur RC était reconnue, l'assurance sociale risquerait de payer deux fois. Le Conseil fédéral souhaitait avec son projet éviter tout effet indésirable et juger, dans la décision de confirmation, de la question de la révocabilité future de la renonciation³⁵.

La **Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national** avait toutefois décidé de **rejeter la proposition du Conseil fédéral de soumettre la validité de la renonciation à des prestations à la condition d'une décision de l'assureur**³⁶. Elle avait rappelé à cet égard que le Conseil des Etats avait considéré que la renonciation à des prestations constituait un acte unilatéral de l'ayant droit, alors que le Conseil fédéral avait estimé nécessaire un acte en deux étapes, à savoir une déclaration écrite de renonciation de la part de l'ayant droit suivie d'une décision formelle de l'assurance. Dans ce dernier cas, la Commission du Conseil national considérait que ce ne serait alors plus la déclaration écrite de l'ayant droit qui conditionnerait l'étendue et les effets de la renonciation, mais la décision de l'assureur. Ce procédé pourrait soulever des problèmes si la décision n'était pas conforme à la volonté de l'ayant droit aux prestations, puisque celui-ci devrait alors introduire dans les délais une action en justice pour attaquer la décision en cause, et cela restreindrait outre mesure sa liberté de se déterminer. De l'avis de cette Commission, la volonté de l'ayant droit qui renonçait était déterminante et sa renonciation ne pouvait donc pas être rendue dépendante de sa constatation par une décision de l'assureur.

Cela étant, la Commission du Conseil national avait souhaité **obliger l'assureur à confirmer l'objet, l'étendue et les conséquences de la renonciation**, afin que la personne qui renonce soit consciente de la portée de son acte. A cet effet, elle entendait assurer une sécurité du droit et une transparence comparables à celles voulues par le Conseil fédéral, sans toutefois conférer une importance constitutive à la confirmation par l'assureur.

C'est ainsi que le projet de texte suivant a été proposé au Conseil national: «¹L'ayant droit peut renoncer à des prestations qui lui sont dues. La renonciation peut être en tout temps révoquée avec effet pour l'avenir. La renonciation et la révocation font l'objet d'une déclaration écrite². La renonciation et la révocation sont nulles lorsqu'elles sont

34 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 917.

35 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 917.

36 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4219.

préjudiciables aux intérêts d'autres personnes, d'institutions d'assurance ou d'assistance ou lorsqu'elles tendent à éluder des prescriptions légales³⁷. L'assureur confirme à l'ayant droit la renonciation et la révocation par déclaration écrite. L'objet, l'étendue et les suites de la renonciation et de la révocation doivent être mentionnées dans la déclaration écrite³⁷.

- 39 Malgré la terminologie choisie et la volonté du législateur telle qu'exprimée dans les travaux préparatoires, Frésard-Fellay considère que cette confirmation a le caractère d'une **décision** sujette à opposition puis à recours (art. 52 et 56 LPGa) **lorsqu'elle porte sur des prestations importantes**³⁸. Dans ce cadre, l'intérêt de l'ayant droit commande, selon elle, de faire constater sans délai la validité de la renonciation en cas de contestation.
- 40 La déclaration de renonciation représente un acte unilatéral de l'ayant droit et sa confirmation par l'assureur n'a pas d'effet constitutif³⁹. Si l'ayant droit veut revenir sur sa déclaration de renonciation, il doit utiliser le moyen de la **révocation** (N 27). A cet effet, l'intéressé doit adresser une **déclaration écrite de révocation** à l'assureur concerné (al. 1; N 29).
- 41 Quand l'assureur reçoit la déclaration écrite de révocation, il doit vérifier que toutes les conditions posées par l'art. 23 LPGa sont remplies, en requérant le cas échéant la collaboration de l'ayant droit sur la base de l'art. 28 al. 2 LPGa (cf. art. 28 N 20). Si tel est le cas, il doit adresser à l'ayant droit une **confirmation écrite de la révocation**, en mentionnant l'objet, l'étendue et les conséquences de la révocation, afin que celui-ci soit informé clairement de la portée de son acte (al. 3)⁴⁰. La loi n'exige pas que cette confirmation soit envoyée à des tiers, mais il peut être recommandé de la faire parvenir à d'autres personnes ou institutions d'assurance concernés (art. 23 al. 3 LPGa *a contrario*). En principe, l'assureur ne rend alors **pas de décision** (N 29).
- 42 Dans l'hypothèse où l'assureur estime que des intérêts dignes de protection sont lésés ou des prescriptions légales éludées, il doit **constater la nullité** de la renonciation ou de la révocation **dans une décision**⁴¹.
- 43 Une telle décision peut être attaquée par la voie de l'**opposition** selon l'art. 52 LPGa (cf. art. 52 N 1 ss) et la décision sur opposition est sujette à **recours** en vertu de l'art. 56 LPGa (cf. art. 56 N 6 ss).

D. Les effets de la renonciation et de son éventuelle révocation (al. 2)

1. Les effets de la renonciation

- 44 Lorsqu'une renonciation est admissible puisqu'elle remplit toutes les conditions requises par la loi, l'ayant droit renonce expressément aux prestations qui lui sont dues. Par conséquent, **ces prestations ne lui seront pas servies**: l'assurance n'est plus tenue de prêter⁴². Il s'agit d'une renonciation avec effet pour le futur, *ex tunc*⁴³. En revanche, la re-

37 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4219.

38 FRÉSARD-FELLAY, Renonciation, 339.

39 LOCHER/GÄCHTER, § 42 N 17; SCARTAZZINI/HÜRZELER, 68.

40 SCARTAZZINI/HÜRZELER, 68.

41 LOCHER/GÄCHTER, § 42 N 21.

42 LOCHER/GÄCHTER, § 42 N 22.

43 SCARTAZZINI/HÜRZELER, 67.

nonciation ne s'étend **pas** aux **droits de procédure**, auxquels il ne peut être renoncé de façon générale, par avance⁴⁴.

Cela peut avoir des **conséquences sur des prestations d'autres régimes d'assurances sociales**, sur l'aide sociale ou des prétentions dans le cadre de l'assurance RC, sans pour autant léser leurs intérêts ou éluder des dispositions légales. En principe, les prestations ayant fait l'objet d'une renonciation sont prises en compte dans le calcul de surindemnisation selon l'art. 69 LPGa comme si elles avaient été versées (cf. art. 69 N4). Cependant, l'institution d'assurance dont les intérêts dignes de protection seraient lésés pourrait faire valoir cet argument au moment de l'examen de la renonciation, ce qui conduirait l'assureur social à refuser le cas échéant la renonciation (al. 3). 45

Lorsqu'une renonciation lèse des intérêts d'autres personnes, d'institutions d'assurance ou d'assistance ou tend à éluder des dispositions légales, elle est sanctionnée par la **nullité**, conformément à l'art. 23 al. 2 LPGa. La Commission du Conseil national avait repris la dernière phrase de la proposition du Conseil des Etats (N 3) et créé un nouvel al. 2 à l'art. 30 LPGa qui est devenu l'art. 23 al. 2 LPGa⁴⁵. Aux termes de cette disposition, il suffit donc que des intérêts dignes de protection soient lésés ou que des prescriptions légales puissent être éludées; il n'y a pas d'autres conditions posées. La conséquence juridique prévue est la nullité de la déclaration de renonciation qui peut être constatée en tout temps (N 16). Dans ce cas, la renonciation n'exerce aucun effet (nullité *ex tunc*) et elle ne peut pas non plus être réparée. 46

2. Les effets de la révocation

La révocation peut intervenir en tout temps⁴⁶. Elle n'a d'effet que **pour l'avenir**: les prestations ne pourront alors jamais être servies rétroactivement pour la période avant la déclaration de révocation⁴⁷. 47

Ce point a été discuté au Parlement. Le Conseil des Etats entendait laisser à l'ayant droit le droit de révoquer la renonciation en tout temps, pour l'avenir⁴⁸. Selon la proposition du Conseil fédéral, une renonciation devait être irrévocable, même pour l'avenir, à moins qu'une décision ne constate le caractère révocable de la renonciation pour l'avenir⁴⁹. De son côté, la Commission du Conseil national a **jugé problématique de rendre plus difficile la révocation avec effet pour l'avenir**⁵⁰. Elle a estimé que la personne, qui renonce à des prestations et rencontre par la suite des difficultés financières, devait pouvoir en tout temps révoquer sa renonciation pour l'avenir afin d'éviter de devenir dépendante, le cas échéant, de l'aide sociale. 48

Lorsque la révocation d'une renonciation lèse des intérêts d'autres personnes, d'institutions d'assurance ou d'assistance ou tend à éluder des dispositions légales, la révocation est **nulle** selon l'art. 23 al. 2 LPGa. Comme pour la renonciation, la nullité de la déclara- 49

44 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 23 N 9.

45 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4219.

46 SCARTAZZINI/HÜRZELER, 67.

47 LOCHER/GÄCHTER (§ 42 N 23) semblent suggérer qu'en cas de devoir de prester durable, la personne qui a renoncé peut révoquer la renonciation pour la période postérieure à la déclaration de renonciation, même si les circonstances n'ont pas changé.

48 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 259.

49 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 917.

50 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4219.

tion de révocation peut être constatée en tout temps (N 16). Dans ce cas, la révocation n'exerce aucun effet (nullité *ex tunc*) et elle ne peut pas non plus être réparée.

E. Cas d'application

- 50** Les exemples suivants ressortent de l'examen de la jurisprudence rendue à propos de l'art. 23 LPGA:
- 51** – Une assurée voulait renoncer, rétroactivement au moment de la naissance du droit à une rente de vieillesse de son conjoint, à son propre droit à une rente de vieillesse, en faveur d'une rente complémentaire à la rente de vieillesse de son conjoint. En effet, suite à la 10^e révision de l'AVS et à l'individualisation des rentes, la rente de vieillesse de l'épouse était moins élevée que la rente complémentaire dont l'époux bénéficiait pour son épouse. Le Tribunal fédéral des assurances a relevé que l'art. 23 LPGA représentait une concrétisation d'un état de droit existant ou remplissait une lacune: une renonciation n'était donc admissible qu'exceptionnellement (N 22). Pour cette raison, il a rejeté une telle renonciation⁵¹.
- 52** – Une caisse-maladie avait mis fin au versement d'indemnités journalières au motif que l'assuré n'avait pas fait de demande de prestations AI dans les délais successifs qui lui avaient été impartis. Le Tribunal fédéral des assurances a rappelé que l'art. 23 LPGA ne vise que les cas pour lesquels une renonciation intervient par écrit et qu'il ne règle pas la question d'une renonciation tacite résultant du fait que l'assuré n'exerce pas son droit aux prestations. Une annonce tardive entraîne la péremption des droits de l'assuré et l'art. 48 al. 2 LAI trouve application en matière d'assurance-invalidité⁵².
- 53** – Victime d'un accident professionnel, un footballeur professionnel avait perçu des indemnités journalières de son assureur-accidents, puis de l'AI. L'office AI lui avait accordé une mesure de réadaptation d'ordre professionnel en lui reconnaissant un droit à une indemnité journalière de l'AI pour la période de formation. Cette personne avait renoncé à cette formation au profit d'une activité d'entraîneur, puis une nouvelle mesure de réadaptation d'ordre professionnel lui avait été accordée par l'office AI sous la forme d'un reclassement dans une formation de technicien informatique. L'assuré avait demandé à l'assureur-accidents des indemnités journalières pour la période où il n'en avait pas perçu de la caisse-maladie. Le Tribunal fédéral des assurances a rejeté son recours, en considérant notamment que l'intéressé avait interrompu de son plein gré la mesure de réadaptation et qu'il n'avait donc pas droit à une indemnité journalière de l'AI. Se fondant sur la jurisprudence antérieure à l'art. 23 LPGA, il a jugé que l'assuré n'avait pas d'intérêt digne d'être protégé à la renonciation et qu'il ne pouvait donc pas non plus prétendre à une telle prestation de l'assurance-accidents⁵³.
- 54** – L'assurance militaire avait reconnu sa responsabilité dans un accident survenu durant une école de recrue. L'assuré avait refusé une opération préconisée par l'Office fédéral de l'assurance militaire qui lui aurait permis de retrouver une capacité de travail proche de la norme et les parties avaient finalement passé une transaction confirmée par une décision de l'assurance militaire. Par la suite, l'assuré avait fait savoir qu'il révoquait sa renonciation à des prestations et demandait une rente d'invalidité. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours de l'assuré, en retenant que la décision litigieuse était dans son ensemble le résultat d'une transaction et non d'une renonciation à presta-

51 TFA, 10.1.2003, H 167/01, c. 3 et 4. Cet arrêt en allemand a été résumé dans l'arrêt en français suivant: TFA, 8.10.2003, H 212/03, c. 3. Voir également TFA, 27.4.2005, H 234/04.

52 Voir aussi l'art. 7b al. 2 let. a LAI. TFA, 21.12.2005, K 73/05, c. 4.2.

53 TFA, 14.7.2006, U 133/05, c. 4.2.1.

tions. La renonciation représentait un élément intrinsèque à la transaction, à savoir une condition qui la rendait possible⁵⁴.

- Un office AI avait accepté de prendre en charge un reclassement, en demandant à l'assurée d'attester qu'elle assumait le risque d'échec, au vu de ses lacunes linguistiques, lié à son choix de devenir employée administrative. Le Tribunal fédéral a considéré que l'attestation de renonciation signée par l'assurée n'emportait aucun effet formateur de droit ou d'obligation à son égard. Selon le Tribunal fédéral, l'assurée qui bénéficie de mesures d'ordre professionnel n'a pas d'intérêt digne de protection à la renonciation à une mesure en cours, aussi longtemps que celle-ci n'a pas atteint le but de réadaptation visé et ne lui procure pas une capacité de gain équivalente à celle que lui offrait son ancienne activité (N 23). Une renonciation prononcée en de pareilles circonstances ne saurait lier l'assurée et doit donc être frappée de nullité, indépendamment des raisons invoquées par l'administration pour justifier la signature d'une telle renonciation⁵⁵.
55

- Un tuteur avait déposé pour son pupille une demande de prestations de l'AI, puis il avait retiré sa demande car son pupille avait réussi sa première année d'apprentissage de menuisier-charpentier. Son nouveau tuteur avait indiqué à l'office AI que l'état de santé de son pupille s'était dégradé et qu'il n'était plus capable d'exercer le métier de menuisier. L'office AI lui avait alors alloué une rente entière d'invalidité seulement à partir de septembre 2009 compte tenu du retrait de sa première demande de prestation et de la décision de refus de prestations y relative. Le Tribunal fédéral a considéré qu'au moment de la «renonciation litigieuse», l'administration n'avait pas encore statué sur le droit du pupille à des prestations AI, parce que l'instruction de la demande était toujours en cours. **Les prestations n'étaient ainsi pas connues et ne pouvaient donc faire l'objet d'une renonciation au sens de l'art. 23 LPGA.** Il s'agissait, selon le Tribunal fédéral, d'un **retrait d'une demande de prestations**⁵⁶. Le Tribunal fédéral a constaté que ni la LPGA ni la LAI ne comprenaient de disposition portant sur le point de savoir si la demande de prestations pouvait être retirée, et le cas échéant, à quelles conditions. Se référant à la doctrine, le Tribunal fédéral a observé que la possibilité de retirer (sans restriction ni condition) la demande de prestations avant la décision de l'assureur social découlait de la maxime de disposition régissant l'assurance-invalidité (art. 29 al. 1 LPGA), selon laquelle l'exercice du droit aux prestations suppose que celui qui y prétend s'annonce à l'assureur, mais que cette maxime ne s'appliquait pas de manière illimitée. En effet, la demande de prestations valait pour tous les types de prestations qui pouvaient entrer en considération en relation avec l'atteinte à la santé annoncée et l'AI pouvait aussi octroyer des prestations différentes de celles sollicitées par l'assuré. Si l'application de la maxime de disposition permettait donc d'admettre que le retrait de la demande de prestations était en principe admissible, elle ne suffisait toutefois pas pour renoncer à assortir de toute condition ou exigence l'exercice du droit de retrait. Par la suite, **le Tribunal fédéral a distingué le cas du retrait de la demande de prestations de celui où l'assuré s'abstient de présenter une demande de prestations.** A cet égard, il a retenu que, lorsque l'assuré ne s'annonce pas à l'AI pour solliciter des prestations, les tiers auxquels des intérêts dignes de protection ont été reconnus (les autorités ou des tiers qui assistent régulièrement l'assuré ou prennent soin de lui de manière permanente) ont le droit de présenter une
56

54 TF, 11.3.2009, 8C_495/2008.

55 TF, 26.4.2011, 9C_576/2010, c. 4.3.

56 TF, 21.5.2013, 9C_1051/2012, c. 3.1.

demande pour l'assuré sur la base de l'art. 66 al. 1 RAI⁵⁷). Or, en cas de retrait de la demande de prestations, les intérêts dignes de protection de l'assuré lui-même ou de ces tiers peuvent être touchés. Le Tribunal fédéral a donc décidé que le retrait de la demande de prestations devait être assorti de la condition que les intérêts légitimes de l'assuré ou d'autres personnes concernées ne s'y opposent pas, car la situation lui est apparue semblable, du point de vue des intérêts en jeu, à celle d'une renonciation. **Selon le Tribunal fédéral, les conditions de l'art. 23 al. 2 LPGA sont applicables par analogie au retrait de la demande de prestations.** La déclaration de retrait doit ainsi revêtir la forme écrite et l'organe d'exécution de l'AI doit en accuser réception par écrit⁵⁸.

F. Les liens avec d'autres dispositions

1. Les lois spéciales sur les assurances sociales soumises à la LPGA

- 57 La réglementation de l'art. 23 LPGA représentait **une nouveauté pour toutes les lois spéciales** d'assurances sociales, même si la renonciation à des prestations avait été admise en pratique sans base légale expresse et qu'on l'a trouvait déjà dans la LAM et l'OLAA (N 2 et 9).
- 58 Son adoption n'a entraîné aucune adaptation des lois spéciales à l'exception des **art. 65 aOLAA et 72 al. 4 aLAM qui ont été abrogés** à la suite de l'entrée en vigueur de la LPGA avec effet au 1^{er} janvier 2003⁵⁹. L'art. 65 aOLAA basé sur l'art. 50 al. 2 aLAA stipulait: «L'assuré ou ses survivants peuvent renoncer par écrit à des prestations d'assurance. Lorsque la renonciation répond à un intérêt digne d'être protégé de l'assuré ou de ses survivants, l'assureur la confirme par une décision». Cette disposition avait été introduite par l'OLAA du 20 décembre 1982 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1984. L'art. 72 al. 4 aLAM qui était entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, suite à l'adoption de la loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992, prévoyait: «Les prestations d'autres assurances sociales, auxquelles l'assuré renonce bien qu'il y ait droit, sont comptées dans le calcul de la surindemnisation (art. 77)»⁶⁰.
- 59 Depuis l'entrée en vigueur de la LPGA le 1^{er} janvier 2003, l'art. 23 est donc applicable aux régimes d'assurances sociales suivants:
- l'assurance-vieillesse et survivants,
 - l'assurance-invalidité,
 - les prestations complémentaires à l'AVS/AI,
 - l'assurance-maladie,
 - l'assurance-accidents (obligatoire),
 - l'assurance militaire,
 - les allocations pour perte de gain,
 - l'assurance-chômage.
- 60 Désormais, la renonciation à des prestations est réglée par cet article et aucune prestation à laquelle un ayant droit a valablement renoncé ne peut en principe être prise en compte

57 Voir art. 3b al. 2 LAI pour les personnes autorisées à faire une communication dans le cadre de la détection précoce depuis le 1^{er} janvier 2008.

58 TF, 21.5.2013, 9C_1051/2012, c. 3.1.

59 RO 2002 3914; RO 2002 3371.

60 FF 1992 III 880, 903. Voir ATF 108 V 84 concernant la renonciation à des prestations dans le domaine de l'assurance militaire.

dans le cadre de lois spéciales d'assurances sociales. Certains auteurs réservent toutefois le cas de la personne qui **refuserait** de s'annoncer pour demander des prestations d'un régime d'assurance sociale⁶¹.

2. La prévoyance professionnelle

En principe, la LPGA n'est pas applicable à la prévoyance professionnelle. Dans la législation sur la prévoyance professionnelle, il n'existe pas de norme générale concernant la renonciation à des prestations. En revanche, quelques dispositions spécifiques traitent de cas particuliers de renonciation (art. 35 LPP, art. 48 al. 3 let. b LPP, art. 65e LPP et art. 44a et 44b OPP 2, art. 1b al. 2 OPP 2, art. 20 et 21 LFLP, art. 19a OLP).

Avec l'adoption de l'art. 23 LPGA, la doctrine s'est penchée sur la problématique de la renonciation à des prestations de l'AVS/AI ou de l'assurance-accidents en cas de concours de prestations du premier pilier avec celles de la prévoyance professionnelle⁶². En principe, l'institution de prévoyance doit calculer ses prestations en tenant compte des prestations complètes du deuxième pilier, conformément à l'art. 34a al. 4 LPP.

3. L'assurance responsabilité civile

Une situation problématique se pose lorsqu'une personne peut renoncer totalement ou partiellement à des prestations d'assurances sociales et qu'elle dispose de prétentions en droit de la responsabilité civile.

Avant l'entrée en vigueur de l'art. 23 LPGA, la personne lésée ne pouvait en principe pas renoncer à des prestations de l'AI⁶³. Lorsqu'une personne lésée ne demandait pas des prestations AI, l'indemnisation dans le cadre de l'assurance RC (dommage direct selon l'art. 73 al. 1 LPGA) était déduite d'autant. La personne lésée ne recevait donc pas une indemnisation plus élevée du tiers responsable si elle renonçait à des prestations d'assurances sociales.

Or, **des abus étaient possibles** quand la personne lésée demandait réparation de l'intégralité du dommage vis-à-vis du tiers responsable et exigeait plus tard les prestations d'assurances sociales auxquelles elle avait droit. A propos de ces abus, le Conseil fédéral avait relevé que, comme l'AI ne commençait à verser ses prestations sous la forme de paiements rétroactifs qu'un certain temps après la survenance d'un accident, le lésé avait intérêt à recevoir des prestations anticipées de l'assureur RC de la personne responsable de l'accident. Or, les prétentions du lésé à l'encontre du responsable passaient à l'assureur AI déjà au moment de l'accident (subrogation selon l'art. 72 LPGA). L'assureur RC devait donc fournir des prestations à deux reprises: au lésé d'abord, puis à l'AI en cas de recours. Le Conseil fédéral avait estimé que ce double paiement pouvait être évité si le lésé cédait à l'assureur RC des droits aux prestations rétroactives de l'AI dont le lésé ne pouvait plus contester l'étendue par voie de recours⁶⁴.

Suite à l'entrée en vigueur de l'art. 23 LPGA, la personne lésée peut désormais renoncer à des prestations d'assurances sociales et faire valoir un dommage total en droit de la

61 Voir à ce propos KIESER (ATSG-Kommentar, art. 23 N 23), qui estime dans ce cas qu'il est justifié de prendre en compte des prestations non revendiquées au motif que la règle de protection de l'art. 23 al. 2 LPGA ne trouve alors pas application.

62 Duc, Problèmes d'application, 125.

63 ATF 124 V 174, c. 4.

64 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 917.

RC. Selon la doctrine, cela ressort du texte de loi et de la genèse de l'art. 23 LPGGA, ainsi que de la systématique de la loi et du but de la subrogation⁶⁵. Une telle renonciation n'est toutefois admissible que dans la mesure où elle n'est pas préjudiciable à des intérêts dignes de protection (N 23). De par la volonté du législateur, il s'agit dans ce cas d'une **renonciation irrévocable**⁶⁶.

- 67 Dans ce contexte, Frésard-Fellay distingue la solution de principe de l'exception⁶⁷. Dans la mesure où la créance en réparation n'appartient plus à l'ayant droit compte tenu de la subrogation selon l'art. 72 LPGGA, elle relève que l'ayant droit ne peut donc pas choisir entre les prestations de l'assurance sociale et l'indemnisation de son préjudice par la personne responsable. Exceptionnellement, la subrogation pourrait s'éteindre, si l'assurance sociale y renonce, et l'assuré pourrait alors s'en prendre exclusivement au tiers responsable, ce qui supposerait l'accord de tous les intéressés.
- 68 Dans son arrêt du 13 septembre 2011, le Tribunal fédéral n'a pas tranché cette question controversée de savoir si une personne lésée peut renoncer à des prestations d'assurances sociales et demander une indemnisation complète au tiers responsable⁶⁸. En l'occurrence, la lésée avait été totalement indemnisée en 2004 en droit de la RC et elle avait attendu jusqu'en 2007 pour demander des prestations de l'assurance-accidents alors que l'action subrogatoire de l'assureur-accidents était prescrite. Dans la mesure où la lésée n'avait pas renoncé par écrit, mais de manière tacite en tardant à s'adresser à l'assureur-accidents, le Tribunal fédéral a jugé qu'aucune renonciation n'était intervenue. Comme l'accord qui avait été conclu entre la lésée et le responsable couvrait l'ensemble des postes du dommage, le Tribunal fédéral a constaté que la lésée avait été indemnisée pour l'entier du dommage et qu'elle ne pouvait dès lors pas être indemnisée une deuxième fois par l'assureur-accidents.

Art. 24

Extinction du droit

¹ Le droit à des prestations ou à des cotisations arriérées s'éteint cinq ans après la fin du mois pour lequel la prestation était due et cinq ans après la fin de l'année civile pour laquelle la cotisation devait être payée.

² Si le cotisant s'est soustrait à l'obligation de cotiser par un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, c'est celui-ci qui détermine le moment où s'éteint la créance.

Erlöschen des Anspruchs

¹ Der Anspruch auf ausstehende Leistungen oder Beiträge erlischt fünf Jahre nach dem Ende des Monats, für welchen die Leistung, und fünf Jahre nach dem Ende des Kalenderjahres, für welches der Beitrag geschuldet war.

² Hat sich eine beitragspflichtige Person ihren Verpflichtungen durch eine strafbare Handlung entzogen, für die das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist festsetzt, so ist für das Erlöschen der Beitragsforderung diese Frist massgebend.

65 HABLÜTZEL, 322.

66 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 252; Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 917.

67 FRÉSARD-FELLAY, Renonciation, 339.

68 ATF 137 V 394; FRÉSARD-FELLAY, Victime, 423.

Estinzione del diritto ¹ Il diritto a prestazioni o contributi arretrati si estingue cinque anni dopo la fine del mese per cui era dovuta la prestazione e cinque anni dopo lo scadere dell'anno civile per cui il contributo doveva essere pagato.

² Se il responsabile del pagamento di contributi si è sottratto a quest'obbligo con una procedura punibile per la quale il diritto penale prevede un termine di prescrizione più lungo, è quest'ultimo a determinare il momento in cui il credito si estingue.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. L'extinction du droit	9
A. Le champ d'application	9
B. Les notions	14
C. La péremption du droit à des prestations arriérées (al. 1)	18
D. La péremption du droit à des cotisations arriérées (al. 2)	39
E. Le délai de prescription plus long de droit pénal (al. 2)	48
F. Les liens avec d'autres dispositions	56

Bibliographie

TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5^e éd., Zurich 2012, 347 ss.

I. Introduction

L'art. 24 LPGA représente la troisième des dispositions particulières (section 4) du chapitre consacré aux dispositions générales concernant les prestations et les cotisations (chapitre 3) de la LPGA. Il n'a pas été modifié depuis l'entrée en vigueur de la LPGA. Aucune précision particulière n'est apportée à son propos dans l'OPGA. Cette disposition, sous le titre marginal «Extinction du droit», règle la **péremption du droit à des prestations et à des cotisations arriérées**. 1

Avant l'entrée en vigueur de la LPGA, ces délais ne faisaient pas l'objet d'une réglementation homogène: certains étaient prévus dans des lois spéciales et d'autres avaient été précisés par la jurisprudence (N 56). L'art. 24 LPGA règle donc désormais cette question dans les cas où les ayants droit **ne feraient pas valoir leurs droits** à des prestations ou à des créances de cotisations, sans régler pour autant l'exécution ou le recouvrement de ces droits (N 11). L'intention du législateur était clairement de **maintenir les réglementations existantes**¹. Dès lors que beaucoup de dérogations existent dans les lois spéciales, la LPGA n'a **harmonisé que de façon très limitée** le droit des assurances sociales à cet égard². 2

Initialement, l'art. 31 du projet de LPGA intitulé «Extinction du droit», tel que proposé par le Conseil des Etats, prévoyait ce qui suit: 3

«¹ Le droit à des prestations ou à des cotisations arriérées s'éteint cinq ans après la fin du mois pour lequel la prestation était due, cinq ans après la fin de l'année civile pour laquelle la cotisation devait être payée. Les réglementations spéciales des différentes lois d'assu-

1 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4221.

2 LOCHER/GÄCHTER, § 42 N 24.

rances sociales sur les délais de demande et d'annonce sur la fixation de cotisations à l'aide de taxations fiscales et sur la caducité définitive de prestations ou de cotisations fixées en temps utile mais non versées ou payées demeurent réservées.

² Si le responsable du paiement de cotisations s'est soustrait à cette obligation par un procédé punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, c'est celui-ci qui détermine le moment où s'éteint la créance. L'ayant droit peut renoncer à des prestations qui lui sont dues par déclaration écrite adressée à l'assureur. La renonciation peut être en tout temps révoquée avec effet pour l'avenir. La renonciation et la révocation sont nulles lorsqu'elles sont préjudiciables aux intérêts d'autres personnes ou d'institutions d'assurance ou d'assistance ou lorsqu'elles tendent à éluder des prescriptions légales³.

- 4 Selon la Commission du Conseil des Etats, la **réglementation uniforme envisagée** entendait **reprenre le délai de péremption de cinq ans** pour le droit à des prestations et à des cotisations arriérées ainsi que **la réserve d'un délai plus long de droit pénal**, qui étaient généralement prévus par les lois spéciales⁴.
- 5 En cela, le projet du Conseil des Etats se fondait sur celui de la SSDA. A l'alinéa 1, il distinguait toutefois la question des prestations de celle des cotisations pour le calcul du délai et il prescrivait expressément que des délais spécifiques ancrés dans des lois spéciales pourraient y déroger (N 3)⁵.
- 6 Le **Conseil fédéral** n'est pas revenu sur la teneur de l'art. 31 LPGA proposée par le Conseil des Etats⁶, qu'il n'a d'ailleurs pas non plus commentée.
- 7 En revanche, le **Conseil national** a modifié l'alinéa 1 du projet d'art. 31 LPGA retenu par le Conseil des Etats, en supprimant la réserve au profit des lois spéciales pour des raisons de technique législative⁷. Le texte proposé par la Commission compétente du Conseil national correspond à la teneur actuelle de l'art. 24 al. 1 LPGA⁸. Par la suite, la rédaction de l'alinéa 2 a été légèrement retravaillée (l'expression «responsable du paiement de cotisations» a été remplacée par le terme de cotisant et le «procédé punissable» par l'«acte punissable»). Cette disposition n'a fait l'objet d'aucune intervention au Parlement⁹.
- 8 Il convient de rappeler que les délais de péremption et de prescription ne sont pas déterminés par l'**art. 38 LPGA** relatif au calcul et à la suspension des délais (cf. art. 38 N 4).

II. L'extinction du droit

A. Le champ d'application

- 9 L'extinction du droit à des prestations et à des cotisations arriérées faisait l'objet de différentes dispositions dans des lois spéciales avant l'entrée en vigueur de la LPGA le 1^{er} janvier 2003 (N 56). La jurisprudence avait également apporté certaines précisions.
- 10 L'art. 24 al. 1 LPGA a repris les principales règles prévues antérieurement pour les rendre applicables à l'ensemble des assurances sociales soumises à la LPGA, tout en réservant les dispositions des lois spéciales qui y dérogent. Désormais, les **délais pour faire valoir**

3 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 190.

4 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 252.

5 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 253.

6 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 917.

7 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4221 et 4394.

8 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4221.

9 BO CN 1999 1241, BO CE 2000 179.

un droit à des prestations ou à des cotisations arriérées sont fixés de façon générale, de même que le moment à partir duquel ces délais courent (N 18 ss et N 39 ss). Par ailleurs, l'art. 24 al. 2 LPGA prévoit un délai de prescription plus long en cas de soustraction à l'obligation de cotiser punissable en droit pénal (N 48 ss).

En revanche, l'art. 24 LPGA **ne règle pas d'autres cas d'extinction de droit** qui pourraient survenir en matière d'assurances sociales par suite de l'écoulement du temps, notamment:

- le droit à des **prestations arriérées de l'assurance-chômage** (voir art. 1 al. 2 LACI qui exclut l'application de l'art. 24 al. 1 LPGA dans ce cas)¹⁰;
- le droit à des prestations et à des cotisations arriérées en matière de **prévoyance professionnelle** (N 67 ss);
- l'**exécution** de créances de cotisations ou de prestations¹¹;
- la **révision** de la rente d'invalidité et d'autres prestations durables (cf. art. 17 N 1);
- la **restitution** de prestations indûment touchées et le remboursement de cotisations payées en trop (cf. art. 25 N 83);
- des créances en **réparation du dommage**, notamment pour des dettes de cotisations (cf. art. 52 LAVS)¹².

D'autres droits à des prestations ou à des cotisations arriérées peuvent échapper à l'application de l'art. 24 LPGA, par exemple des subventions allouées à des organismes actifs en matière de protection sociale¹³. En effet, l'art. 24 LPGA ne concerne que les **prestations et cotisations** prévues par les régimes d'assurances sociales qui font partie du champ d'application de la LPGA selon l'art. 2 LPGA (art. 2 N 7).

Les **ayants droit** à ces prestations ou créances de cotisations au sens de l'art. 24 LPGA comprennent la personne assurée ainsi que toute autre personne ayant droit à des prestations d'assurances sociales, par exemple les conjoints ou partenaires enregistrés, les enfants, les survivants, etc. Sont également concernées les personnes morales, en particulier l'employeur ou des organismes d'assurances sociales, tels que les caisses de compensation AVS, les offices AI, les assureurs maladie et accidents, etc.

B. Les notions

L'**extinction du droit** se réfère explicitement à la **péremption** pour ce qui concerne l'art. 24 al. 1 LPGA. Selon la doctrine, le délai conserve le caractère de délai de péremption en cas d'application de l'art. 24 al. 2 LPGA¹⁴. En effet, la péremption entraîne la perte d'un droit subjectif par suite de l'expiration du délai dans lequel le titulaire doit

10 FF 2002 763, 786.

11 TFA, 21.1.2005, K 99/04, c. 2.1.1. Dans cet arrêt, le TFA explique pourquoi l'art. 24 al. 1 LPGA doit être compris dans le sens où il règle exclusivement le fait de faire valoir une créance de cotisations, et non son exécution. Il faut donc consulter la loi spéciale applicable pour les prescription et péremption de l'exécution ainsi que la jurisprudence y relative.

12 ATF 131 V 4. Pour les créances en réparation du dommage selon l'art. 52 LAVS, il faut appliquer par analogie le délai de dix ans de l'art. 137 al. 2 CO, selon le TF. Voir également ATF 119 V 389 au sujet de la responsabilité des administrateurs pour des dettes de cotisations transférées dans le cadre d'une reprise avec actif et passif d'une société en nom collectif par une société anonyme et ATF 119 V 89 concernant le dommage subi par une caisse de compensation AVS lié à des cotisations paritaires arriérées.

13 Voir p.ex. ATF 122 V 189 concernant des subventions de l'AVS pour la construction.

14 SCARTAZZINI/HÜRZELER, 68.

l'exercer ou accomplir un acte nécessaire à son exercice, à la différence de la prescription qui ne fait que paralyser le droit d'action lié à une créance (cf. art. 127 ss CO)¹⁵. C'est la solution qui prévaut généralement dans le domaine des assurances sociales¹⁶. Les délais de péremption ne sont pas susceptibles d'être suspendus, interrompus ou restitués¹⁷, et ils doivent être relevés d'office par le juge¹⁸. Un délai de péremption tend, d'un côté, à garantir aux assurés dans un certain laps de temps le droit à des prestations nées et déterminées et, de l'autre côté, à éviter à l'administration de devoir instruire des demandes de prestations déposées longtemps après la survenance de l'événement assuré avec les difficultés de clarifications que cela soulève¹⁹.

- 15 Les **prestations** incluent les prestations en nature au sens de l'art. 14 LPGA et les prestations en espèces selon l'art. 15 LPGA.
- 16 Le terme de **cotisations** englobe les cotisations des personnes assurées (personnes salariées, indépendantes et sans activité lucrative) et celles des employeurs, ainsi que les primes payées dans l'assurance-maladie et l'assurance-accidents.
- 17 La notion de **soustraction à l'obligation de cotiser** utilisée à l'art. 24 al. 2 LPGA désigne une infraction de droit pénal qui est le fait du cotisant, à savoir de la personne (physique ou morale) soumise à l'obligation de cotiser (N 48 ss), par exemple le délit sanctionné à l'art. 87 al. 3 LAVS de détournement de cotisations d'employés commis par un employeur (N 51).

C. La péremption du droit à des prestations arriérées (al. 1)

1. Le délai

- 18 Conformément à l'art. 24 al. 1 LPGA, le droit à des prestations arriérées s'éteint **cinq ans** après la fin du mois pour lequel la prestation était due.
- 19 Comme déjà précisé (N 2), il s'agit là du délai de péremption de la fixation de la créance ou de la prestation qui se rapporte au seul fait de s'en prévaloir (sans en régler l'exécution ou le recouvrement). Cette disposition sert ainsi à déterminer, en fin de compte, durant quel laps de temps une prestation peut être versée.
- 20 Pour chaque régime d'assurance sociale, il convient de consulter la **loi spéciale applicable** pour déterminer à quel moment naît le droit aux prestations et, le cas échéant, si la disposition applicable déroge ou non à la règle de l'art. 24 al. 1 LPGA (N 22 et 58).
- 21 Dans le cas de **prestations périodiques** en espèces, le droit à des rentes en tant que tel ne peut être atteint ni par la prescription ni par la péremption. C'est en revanche chacune des rentes qui peut s'éteindre par l'écoulement du temps, ainsi que l'a précisé la jurisprudence²⁰. En effet, l'art. 24 al. 1 LPGA se réfère clairement aux différents versements de rentes, et non pas au droit à des rentes en tant que tel²¹.

15 TERCIER/PICHONNAZ, 347 ss.

16 Voir l'ATF 139 V 244, c. 3.1, à propos de l'art. 24 al. 1 LPGA, et les références citées. Voir également l'ATF 117 V 208, c. 3b concernant l'art. 16 al. 2 aLAVS.

17 Voir ATF 111 V 135; ATF 113 V 66, c. 1c et ATF 117 V 208.

18 TERCIER/PICHONNAZ, 347 ss.

19 ATF 120 V 170, c. 3b.

20 TF, 20.2.2013, 8C_888/2012, c. 3.2; TF, 23.11.2007, M 12/06, c. 5.2.

21 ATF 133 V 9, c. 3.5.

2. *Le calcul du délai: la règle générale de l'al. 1*

Conformément à l'art. 24 al. 1 LPGA, le délai commence à courir **après la fin du mois pour lequel la prestation était due**. Il faut donc consulter la loi spéciale applicable pour connaître ce moment. 22

Pour déterminer quand une prestation **en espèces** doit être versée, l'art. 19 LPGA trouve application et distingue le paiement des prestations périodiques (al. 1), des indemnités journalières et prestations analogues (al. 2) et des rentes et allocations pour impotent (al. 3) (cf. art. 19 N 1). 23

En revanche, il n'existe pas de disposition générale dans la LPGA qui précise à quel moment les prestations **en nature** doivent être fournies; il convient donc de se référer aux dispositions légales ou réglementaires spécifiques à chaque branche d'assurance sociale, voire aux directives et recommandations de l'OFAS. A ce sujet, le Tribunal fédéral a d'ailleurs souligné le fait que l'art. 24 al. 1 LPGA était adapté aux prestations périodiques, telles que les rentes et les indemnités journalières, qui sont versées mensuellement selon l'art. 19 al. 1 LPGA, mais pas au remboursement de traitements portant sur plusieurs semaines, même si ces prestations tombent aussi dans le champ d'application de l'art. 24 al. 1 LPGA²². 24

En principe, le délai commence à courir **à partir de la date où l'assureur social rend une décision** au sujet des prestations, par exemple la décision de la caisse de compensation AVS fixant le montant de la rente de vieillesse AVS et la date à partir de laquelle la rente est versée. 25

Un problème se pose lorsque l'instruction de la demande de prestations se prolonge et/ou que la personne assurée recourt contre la décision prise par l'assureur social. Dans ces situations, **l'annonce à l'assureur** au sens de l'art. 29 al. 1 LPGA est déterminante, c'est-à-dire le moment du dépôt de la demande de prestations²³ (art. 29 N 10). Le délai de l'art. 24 al. 1 LPGA est sauvegardé en principe par une annonce faite dans les délais, comme l'a précisé le Tribunal fédéral²⁴. 26

Sur la base d'une argumentation qui a évolué au fil du temps, ce dernier a eu l'occasion de juger des situations où **des demandes de prestations avaient été traitées tardivement par l'assureur compétent**: 27

- Un arrêt du 8 août 1974 concernait une mère de deux enfants, née en 1930, qui souffrait d'épilepsie²⁵. Elle avait demandé en janvier 1961 des prestations à l'assurance-invalidité qui lui avaient été refusées. Son divorce ayant été prononcé, elle avait à nouveau demandé des prestations AI en décembre 1971. Une rente d'invalidité simple entière lui avait été finalement octroyée, mais seulement à partir de novembre 1970. Son recours tendant à ce qu'une telle rente lui soit accordée rétroactivement au 1^{er} mars 1961 a été rejeté. Les juges fédéraux ont alors considéré que le délai de péremption de cinq ans depuis la demande de prestations dans le cadre de l'AI était déterminant et que l'intéressée n'avait formellement demandé une rente qu'en décembre 1971, de sorte qu'il était admissible de lui verser des **prestations à partir du moment où le droit à la rente était né, soit une année avant sa demande**²⁶. Le Tribunal fédéral

22 ATF 139 V 244, c. 3.2.

23 SCARTAZZINI/HÜRZELER, 68; LOCHER/GÄCHTER, § 42 N 28.

24 TF, 20.2.2013, 8C_888/2012, c. 3.3.

25 ATF 100 V 114.

26 ATF 100 V 114, c. 1 et 2.

des assurances n'a donc pas retenu la première demande de prestations, en se référant à un arrêt de 1973 qui avait, au contraire, admis que **la première demande valait pour tous les droits dont on pouvait déduire l'existence**²⁷.

- 28 – Un arrêt du 13 juillet 1990 traite du cas d'un homme victime d'un accident pendant son service militaire en 1965. Il avait alors reçu des traitements médicaux pris en charge par l'assurance militaire et un chirurgien avait conclu en 1967 à l'existence d'une atteinte durable à sa santé. Comme il séjournait aux USA, l'assurance militaire avait subordonné l'examen du droit à une rente à la condition qu'il rentre en Suisse. Des examens médicaux avaient été réalisés finalement des années plus tard en 1976. En 1985, l'intéressé avait demandé des prestations à l'assurance militaire et, dans le cadre de la procédure, fait valoir qu'une rente devait lui être versée rétroactivement dès 1976. Le Tribunal fédéral des assurances lui a donné raison car il a estimé qu'il était injuste et choquant de considérer que le droit à une rente était périmé dans le cas où une demande fondée avait été déposée dans les délais, mais où l'administration avait tardé à y répondre. Contrairement à la jurisprudence antérieure, il a donc reconnu formellement à une **demande de prestations un effet illimité**²⁸.
- 29 – Dans un arrêt du 19 septembre 1995, le Tribunal fédéral des assurances a opéré un revirement de jurisprudence, en jugeant que le paiement de prestations arriérées était soumis au **délai de péremption absolu** de cinq ans, calculé rétroactivement à **partir du dépôt de la nouvelle demande**, même si l'assureur avait omis fautivement de donner suite à une demande initiale de prestations bien fondée²⁹. Il s'agissait d'une personne, née en 1955, qui souffrait d'une infirmité congénitale et qui avait bénéficié depuis 1960 de diverses prestations de l'AI. L'AI lui avait accordé en 1989 une demi-rente d'invalidité et une allocation pour impotent. L'assurée avait demandé que l'allocation pour impotent lui soit versée rétroactivement en 1973, ce qui lui avait été refusé.
- 30 – Par arrêt du 25 mars 2009, le Tribunal fédéral a jugé le cas d'une personne qui avait été opérée de la cataracte. Sa caisse-maladie avait pris en charge les coûts et lui avait demandé, en vain, de s'annoncer à l'AI pour demander des prestations. Selon le Tribunal fédéral, dans un tel cas, l'assureur-maladie, qui a payé les frais de traitement conformément à son obligation de prendre provisoirement en charge le cas selon l'art. 70 LPGA, a qualité pour annoncer le cas à l'AI; le fait d'omettre de s'annoncer n'a pas seulement pour conséquence que le droit s'éteint avec le temps selon l'art. 24 al. 1 LPGA, il **permet aussi à l'assureur qui a pris provisoirement en charge les prestations de faire valoir une prétention** fondée sur l'art. 71 LPGA³⁰.
- 31 – Dans un autre cas où un assuré avait fait à nouveau valoir en 2009 un droit à une allocation pour impotent qu'il avait invoqué en 2007 pour la première fois, le Tribunal fédéral a donné tort à l'office AI qui lui avait refusé toute allocation, en se basant par analogie sur l'art. 28 al. 1 LAI (applicable à la rente d'invalidité) pour déterminer le début du droit à une allocation pour impotent et en considérant que l'assuré pouvait faire valoir ce droit aussi longtemps que le délai de l'art. 24 LPGA courait. Comme l'art. 48 al. 2 aLAI avait été abrogé et que l'art. 24 al. 1 LPGA était entré en vigueur, **le délai de péremption de cinq ans valait dès la naissance du droit à chaque prestation** et ce droit n'était pas encore prescrit au 1^{er} janvier 2008 selon l'ancien droit, de sorte que l'assuré avait droit à une telle allocation jusqu'à ses 65 ans³¹.

27 ATF 99 V 46, c. 3.

28 ATF 116 V 273.

29 ATF 121 V 195.

30 ATF 135 V 106.

31 ATF 137 V 351, c. 5.

- Par arrêt du 20 février 2013, le Tribunal fédéral a examiné le cas d'un assuré qui, suite à une blessure à l'épaule subie en 1989, s'était vu allouer à fin février 2001 une indemnité pour atteinte à l'intégrité de la SUVA, qui avait toutefois omis de se déterminer sur son droit à une rente. Il avait demandé en septembre 2009 une garantie de prise en charge de frais de physiothérapie. En 2010, l'assuré avait ensuite exigé une rente d'invalidité rétroactivement, que la SUVA lui avait finalement accordée au 1^{er} mai 2005. Le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne avait jugé que la rente devait lui être versée rétroactivement au 1^{er} septembre 2000 et la SUVA estimait que le début de la rente devait être fixé au 1^{er} mars 2001. Le Tribunal fédéral a tranché, en retenant que la demande de 2009 devait être comprise dans le sens où l'assuré s'attendait à des prestations de la SUVA et, partant, que le début du droit à la rente devait être fixé au 1^{er} septembre 2004. Avec cette demande, le délai de l'art. 24 al. 1 LPGA avait ainsi été respecté aussi pour les rentes et l'assuré avait en l'occurrence droit à des prestations arriérées à partir de cette date. Le Tribunal fédéral a en effet considéré que le délai de l'art. 24 al. 1 LPGA était sauvegardé par une annonce au sens de l'art. 29 LPGA et qu'une telle **annonce valait, selon le principe de la bonne foi, pour toutes les prestations en rapport avec la prétention invoquée**. Le Tribunal fédéral a admis en particulier que l'art. 24 al. 1 LPGA trouvait application dans tous les cas où l'assureur avait commencé à examiner une prétention, mais n'avait par la suite pas rendu de décision à cet égard³². 32

3. Le calcul du délai: les dérogations prévues par les lois spéciales

- Selon le régime d'assurance sociale concerné, le délai de péremption de l'art. 24 al. 1 LPGA sera calculé différemment, ce que le Tribunal fédéral a mis en évidence dans sa jurisprudence comme suit: 33
- Dans un arrêt du 21 avril 1994 concernant le droit à une **rente de veuve**, le Tribunal fédéral des assurances a considéré que le délai de cinq ans de l'art. 46 al. 1 aLAVS avait pu au plus tôt débiter en septembre 1986, à savoir cinq années après la disparition en 1980 du mari, auxquelles il fallait ajouter une année correspondant à la durée de la **procédure civile de déclaration d'absence**. La date à laquelle la dépouille avait été finalement retrouvée (novembre 1990) n'était pas déterminante. La veuve avait donc déposé à temps, en avril 1991, une demande de prestations de survivants³³. 34
 - Par arrêt du 27 août 1996, la Commission fédérale de recours en matière d'AVS/AI pour les personnes à l'étranger a jugé le cas d'une ressortissante italienne, qui s'était vu octroyer en 1978 une **allocation unique de veuve**, sans jamais l'avoir effectivement reçue, et qui s'était adressée en 1994 à la Caisse suisse de compensation pour demander une rente de survivant. La Commission fédérale de recours a considéré que cette allocation était certes calculée comme une rente mais versée en une seule fois comme capital et qu'elle était donc totalement échue à la naissance du droit. Une répartition par mois ne pouvait ainsi pas entrer en ligne de compte pour le calcul du délai de péremption qui commençait dès lors à courir à **partir de la fin du mois où l'indemnité était exigible** selon l'art. 46 al. 1 aLAVS. En l'occurrence, le délai de cinq ans prévu était échu en 1983 et le droit au paiement de cette allocation était déjà périmé depuis longtemps au moment de la demande en 1994³⁴. 35

³² TF, 20.2.2013, 8C_888/2012.

³³ ATF 120 V 170.

³⁴ CFR en matière d'AVS/AI pour les personnes résidant à l'étranger, 27.8.1996, SVR 1997 AHV n° 118 361 s.

- 36 – L'art. 67 RAVS règle l'exercice du droit aux prestations et prévoit que, **pour faire valoir son droit à une rente ou à une allocation pour impotent**, l'ayant droit doit remettre une formule de demande dûment remplie à la caisse de compensation compétente conformément aux art. 122 ss RAVS. L'exercice de ce droit appartient à l'ayant droit ou, agissant en son nom, à son représentant légal, à son conjoint, à ses parents ou grands-parents, à ses enfants ou petits-enfants, à ses frères et sœurs, ainsi qu'au tiers ou à l'autorité pouvant exiger le versement de la rente (al. 1). Seul l'ayant droit ou son représentant légal peut faire valoir le droit à la rente anticipée ordinaire de vieillesse. Ce droit ne peut être requis rétroactivement (al. 1^{bis}). L'exercice du droit aux allocations pour impotent et aux moyens auxiliaires est régi par l'art. 66 RAI (al. 1^{ter}). A propos de l'art. 67 al. 1^{bis} RAVS, le Tribunal fédéral des assurances a précisé que le droit au versement anticipé de la rente AVS devait être revendiqué avant le moment à partir duquel la **rente de vieillesse anticipée** pouvait être versée³⁵.
- 37 – Conformément à l'art. 77 RAVS relatif à la **réclamation de rentes non touchées**, celui qui n'a pas perçu la rente à laquelle il avait droit, ou qui a reçu une rente inférieure à celle à laquelle il pouvait prétendre, peut réclamer le paiement de son dû à la caisse de compensation AVS (N 58). Si la caisse AVS apprend qu'un ayant droit n'a pas perçu sa rente ou n'a perçu qu'une rente d'un montant trop faible, elle doit payer le montant arriéré en l'invitant à lui remettre préalablement le formulaire de demande dûment rempli (voir art. 67 al. 1 RAVS)³⁶. La péremption prévue à l'art. 46 LAVS est réservée. Le champ d'application de cette disposition ne comprend pas seulement les cas où l'administration n'a **pas encore rendu de décision faute de demande**, mais elle oblige par ailleurs la caisse de compensation à payer, dans le cadre des dispositions sur la péremption du droit, des **rentes trop faibles versées sur la base d'une décision déjà prononcée**, ainsi que l'a précisé le Tribunal fédéral³⁷.
- 38 – Un arrêt du Tribunal fédéral du 24 avril 2013 concernait un assuré qui avait reçu un traitement ambulatoire en 2007, que son **assureur-maladie** avait refusé de prendre en charge au motif que la prétention était prescrite lorsqu'il avait reçu la facture en avril 2012. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours de l'assureur, en jugeant que le délai de péremption de cinq ans prévu par l'art. 24 al. 1 LPGA, applicable au droit d'être remboursé par l'assureur dans le système du tiers garant, commençait à courir **dès la réception par l'assuré de la facture du fournisseur de prestations**. Comme ni la LPGA ni la LAMal ne répondent à la question de savoir à partir de quel moment le délai de cinq ans commence à courir en relation avec l'art. 42 al. 1 LAMal, le Tribunal fédéral a estimé justifié de retenir la date de la réception par l'assuré de la facture du médecin, et non pas la date de la survenance du cas d'assurance ou de l'annonce à l'assureur (N 65)³⁸.

D. La péremption du droit à des cotisations arriérées (al. 2)

1. Le délai

- 39 A l'instar du délai fixé pour l'extinction du droit aux prestations, le délai de péremption du droit à des cotisations arriérées est de **cinq ans**, conformément à l'art. 24 al. 1 LPGA. L'idée lors de l'introduction de cette disposition dans la LPGA était de maintenir sans

35 TFA, 7.11.2002, H 106/02, c. 2.

36 SCARTAZZINI/HÜRZELER, 155.

37 ATF 124 V 324.

38 ATF 139 V 244.

changement les réglementations antérieures, en prévoyant si nécessaire des dérogations dans les lois spéciales. Ce délai de péremption de la fixation de la créance de cotisations se rapporte au fait de s'en prévaloir (N 2).

En revanche, ce délai de cinq ans court **à partir de la fin de l'année civile pour laquelle la cotisation devait être payée**. La date de départ du calcul du délai ne correspond donc pas au moment de l'échéance de la cotisation, comme pour le droit aux prestations. **40**

2. Le calcul du délai: la règle générale de l'al. 1 et les dérogations prévues par les lois spéciales

Le délai de péremption du droit aux cotisations est sauvegardé, une fois pour toute³⁹, par le fait qu'une **décision relative aux cotisations** est rendue et notifiée aux destinataires avant l'échéance du délai⁴⁰. Des situations particulières dans les régimes de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-maladie méritent d'être soulignées. **41**

Dans le domaine de l'AVS, les caisses de compensation AVS sont confrontées souvent aux problématiques suivantes: **42**

- L'art. **39 RAVS** relatif au paiement des cotisations arriérées prévoit que si une caisse de compensation a connaissance du fait qu'une personne soumise à l'obligation de payer des cotisations ne les a pas payées ou n'en a payé que pour un montant inférieur à celui qui était dû, elle doit réclamer, au besoin par décision, le paiement des cotisations dues. La prescription selon l'art. 16 al. 1 LAVS est réservée (al. 1). Les cotisations doivent être payées dans les 30 jours à compter de la facturation (al. 2). **La possibilité de réclamer des cotisations** est donc limitée dans le temps par le **délai de péremption de l'art. 16 al. 1 LAVS** (N 58).
- Le délai de péremption absolu de cinq ans de l'art. 16 al. 1 LAVS pour la réclamation de cotisations trouve également application lorsqu'il y a une **lacune de cotisations** suite à une rectification de données (en l'occurrence la date de naissance), selon la jurisprudence⁴¹. **43**
- Dans le cas où la caisse de compensation AVS reçoit tardivement des informations de l'autorité fiscale qui influencent le revenu soumis à cotisations, le Tribunal fédéral des assurances a considéré qu'il y avait une lacune à combler dans la loi dans le sens suivant: le délai de péremption de l'art. 16 al. 1 LAVS prend fin seulement une année après la fin de l'année civile où les cotisations ont été fixées par une décision entrée en force pour la période pendant laquelle les cotisations provisionnées ont été payées ou décidées⁴². **44**
- S'il n'est pas établi pour quelle période de cotisations les paiements ont été effectués, **la caisse de compensation AVS peut utiliser les paiements réalisés pour éteindre les dettes de cotisations les plus anciennes**, en appliquant par analogie l'art. 87 CO, selon le Tribunal fédéral des assurances⁴³. Le débiteur a le droit de déclarer selon l'art. 86 al. 1 CO quelle dette il entend acquitter, à la condition qu'aucun intérêt justifié de l'administration ne s'y oppose. En pratique, un tel intérêt existe pour une caisse de compensation AVS lorsqu'il s'agit d'empêcher la péremption de cotisations au sens de l'art. 16 al. 2 LAVS⁴⁴. **45**

39 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 24 N 43; LOCHER/GÄCHTER, § 42 N 28.

40 ATF 103 V 63; ATF 119 V 89, c. 4c.

41 TA FR, C. ass. soc., 19.9.2006, 5S 05 249, SVR 2007 AHV n° 3 8 s.

42 TFA, 4.9.2003, H 243/01, c. 4.7.

43 ATF 112 V 6; TFA, 22.6.1995, H 325/94, c. 4, SVR 1995 AHV n° 70 213.

44 TFA, 17.9.1999, H 324/98, c. 2, SVR 2000 AHV n° 13 43.

- 46 En matière d'assurance-maladie, il convient de relever ce qui suit:
- La **procédure en cas de non-paiement des primes** est décrite dans le chapitre 3a de l'OAMal aux art. 105a ss. Selon l'art. 105b al. 1 OAMal, l'assureur envoie une sommation, en cas de non-paiement des primes et des participations aux coûts, dans les trois mois qui suivent leur exigibilité. Il l'adresse séparément de toute sommation portant sur d'autres retards de paiement éventuels. Ce n'est que lorsque l'assureur-maladie a d'abord procédé à une sommation, qu'il peut ensuite agir par la voie de la poursuite pour dettes selon la LP. L'assureur doit annoncer les débiteurs mis aux poursuites à l'autorité cantonale compétente, en vertu de l'art. 105e OAMal, et la renseigner sur l'évolution des actes de défaut de biens délivrés conformément à l'art. 105f OAMal. L'art. 105i OAMal règle le cas de l'assuré en retard de paiement qui demande à changer d'assureur.
 - 47 – S'agissant de la **péremption de créances de caisses-maladie pour des primes non encaissées**, il faut appliquer l'art. 16 al. 2, 1^{re} phrase, LAVS par analogie, selon le Tribunal fédéral des assurances, dans la mesure où il n'existe pas d'autres règles sur la question de la prescription ou la péremption de l'**exécution** dans la LPGA, dans la législation sur l'assurance-maladie ou dans les dispositions statutaires de l'assureur⁴⁵.

E. Le délai de prescription plus long de droit pénal (al. 2)

- 48 L'art. 24 al. 2 LPGA prescrit que, si le cotisant s'est **soustrait à l'obligation de cotiser**, par un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, c'est celui-ci qui détermine le moment où s'éteint la créance. Cette prescription repose sur l'idée qu'il serait illogique que l'organisme d'assurance qui subit un dommage perde ses droits vis-à-vis du responsable du dommage, alors que celui-ci doit s'attendre à une poursuite pénale qui est en principe assortie pour lui de conséquences graves⁴⁶.
- 49 Le législateur entendait maintenir les réglementations antérieures qui prévoyaient déjà l'application d'un délai de prescription plus long de droit pénal. La teneur de l'art. 24 al. 2 LPGA s'inspire de l'art. 16 al. 1 aLAVS; elle diffère toutefois des anciennes dispositions d'autres régimes d'assurances sociales, telles que par exemple l'art. 94 al. 1 aLAA qui prévoyait, plus largement, que «si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit une prescription plus longue, celle-ci est déterminante».
- 50 Dans les lois spéciales, les dispositions pénales prévoient ce qui suit en matière de soustraction à l'obligation de cotiser:
- 51 – Selon l'**art. 87 al. 2 et 3 LAVS**, «celui qui, par des indications fausses ou incomplètes, ou de toute autre manière, aura éludé, en tout ou en partie, l'obligation de payer des cotisations, celui qui, en sa qualité d'employeur, aura versé à un salarié des salaires dont il aura déduit les cotisations et qui, au lieu de payer les cotisations salariales dues à la caisse de compensation, les aura utilisées pour lui-même ou pour régler d'autres créances, (...) sera puni d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, à moins qu'il ne s'agisse d'un crime ou d'un délit frappé d'une peine plus lourde.» Il s'agit d'un délit **intentionnel**, de sorte que la négligence n'est pas punissable⁴⁷. Cette disposition est également applicable en matière d'assurance-invalidité par renvoi de l'**art. 70 LAI**, aux allocations familiales selon les **art. 23 LFA** et **23 LAFam**, ainsi

45 TFA, 21.1.2005, K 99/04, c. 2.

46 ATF 113 V 256, c. 4a.

47 ATF 113 V 256, c. 4c.

qu'aux allocations perte de gain sur la base de l'art. 25 LAPG. L'art. 31 LPC renvoie également à l'AVS pour le surplus.

- Dans l'assurance-maladie, l'art. 92 let. a LAMal punit d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, à moins qu'il ne s'agisse d'un crime ou d'un délit passible d'une peine plus lourde prévue par le code pénal, quiconque se dérobe, partiellement ou totalement, à l'obligation de s'assurer, par des indications fausses ou incomplètes ou de toute autre manière. 52
- Pour l'assurance-accidents, l'art. 112 al. 1 let. a et b LAA prévoit une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, à moins qu'une infraction plus grave selon une autre loi n'ait été commise, quiconque, intentionnellement, par des indications fausses ou incomplètes ou d'une autre manière, se dérobe, partiellement ou totalement, à ses obligations en matière d'assurance ou de primes et celui qui, en qualité d'employeur, retient les primes sur le salaire d'un travailleur mais les détourne de leur affectation. 53

Il faut en déduire qu'en cas de soustraction à l'obligation de cotiser, le législateur envisage principalement la commission d'un **délit** au sens de l'art. 10 al. 3 CP. La jurisprudence a par ailleurs apporté les précisions suivantes: 54

- S'agissant du délit de détournement de cotisations d'employés prévu par l'art. 87 al. 3 LAVS, qui suppose la réunion des éléments tant objectifs que subjectifs de l'infraction, l'action pénale se prescrit par cinq ans en liaison avec l'art. 87 al. 6 LAVS. **Ce délai ne s'applique qu'à l'auteur de l'acte punissable ainsi qu'à la part salariale des cotisations retenues par l'employeur.** Puisqu'il s'agit d'un délit successif, il commence à courir **à partir du jour où l'employeur a, pour la dernière fois, déduit des cotisations de salaires de son personnel et les a détournées de leur destination.** Ces délais sont en l'occurrence péremptoires⁴⁸. 55
- Pour déterminer si le dommage dérive d'un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, **le juge des assurances sociales doit appliquer, à titre incident, les règles de droit pénal.** Il est cependant **lié par une condamnation pénale**, de même que par un prononcé libératoire constatant l'absence d'acte punissable; la décision pénale suspendant la procédure ne lie ce juge que si elle est assortie des mêmes effets qu'un jugement quant à son caractère définitif. **En l'absence de jugement pénal**, mais lorsque les indices permettant de conclure à l'existence d'un acte punissable sont suffisants, le degré de vraisemblance prépondérante généralement admis dans le droit des assurances sociales ne suffit pas comme preuve. Au contraire, celle-ci doit satisfaire aux **mêmes exigences que dans le cas d'une procédure pénale**⁴⁹.

F. Les liens avec d'autres dispositions

1. Les lois spéciales sur les assurances sociales soumises à la LPGA

Le but visé par l'introduction de l'art. 24 LPGA était de **conserver les réglementations existantes** dans les lois spéciales, ce qui supposait l'abrogation dans les lois spéciales des dispositions conformes à la LPGA et le maintien dans celles-là des dispositions dérogo- 56

48 TA FR, C. ass. soc., 7.3.1996, SVR 1997 AHV n° 131 397 ss. L'art. 82 al. 2 aRAVS réglait alors la question de la prescription du droit de la caisse de compensation de demander la réparation du dommage et les délais de l'action pénale étaient régis par les art. 70 et 71 CP.

49 ATF 113 V 256, c. 4a.

- 57 Il ressort des travaux préparatoires que le législateur entendait procéder de la manière suivante⁵⁰:
- Dans les régimes de l'AVS, de l'AI, des PC, des APG et de l'AC: il s'agissait de **dérogations à la LPGA** qui devaient être désignées comme telles, le droit existant n'étant pas modifié sur le plan matériel.
 - Dans les branches de l'AA (obligatoire) et de l'AM: les dispositions pouvaient être **radiées**, car elles étaient conformes à la LPGA.
 - Dans le régime de l'AMal: aucune réglementation explicite n'était prévue et la LPGA trouvait application.
 - Dans le domaine des allocations familiales (LFA): la réglementation prévoyant un délai de deux ans était supprimée au profit de la LPGA.

- 58 En fait, les lois spéciales comportent de nombreuses dérogations à l'art. 24 LPGA⁵¹:
- Dans l'**assurance-vieillesse et survivants**: les art. 14, 16 et 46 LAVS ont été modifiés avec l'entrée en vigueur de la LPGA. Les art. 14 et 16 LAVS concernent les cotisations et l'art. 46 LAVS traite de la réclamation de rentes et allocations pour impotent non touchées.

Conformément à l'art. 16 al. 1 et 2 LAVS, «les cotisations dont le montant n'a pas été fixé par voie de décision dans un délai de cinq ans à compter de la fin de l'année civile pour laquelle elles sont dues ne peuvent plus être exigées ou versées. S'il s'agit de cotisations visées aux art. 6 al. 1, 8 al. 1 et 10 al. 1, le délai n'échoit toutefois, **en dérogation à l'art. 24 al. 1 LPGA**, qu'**un an** après la fin de l'année civile au cours de laquelle la **taxation fiscale déterminante** est entrée en force⁵². Si le droit de réclamer des cotisations non versées naît d'un acte punissable pour lequel la loi pénale prévoit un délai de prescription plus long, ce délai est déterminant» (al. 1)⁵³. «La créance de cotisations, fixée par décision notifiée conformément à l'al. 1, s'éteint cinq ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle la décision est passée en force» (al. 2, 1^{re} phrase). Ce délai de péremption et il est applicable par analogie à l'exécution d'une décision de restitution de l'indu passée en force, selon le Tribunal fédéral⁵⁴. Contrairement à l'intitulé de l'art. 16 LAVS, il s'agit donc bien d'une péremption⁵⁵.

Selon l'art. 46 LAVS, le droit aux rentes et allocations pour impotent non touchées est réglé à l'art. 24 al. 1 LPGA (al. 1). Si l'assuré **fait valoir son droit à une allocation pour impotent plus de douze mois après la naissance du droit**, l'allocation ne lui est versée, en dérogation à l'art. 24 al. 1 LPGA, que pour les douze mois qui ont précédé sa demande. Des **arriérés** sont alloués pour des périodes plus longues si l'assuré ne pouvait pas connaître les faits ayant établi son droit aux prestations et s'il présente sa demande dans un délai de douze mois à compter du moment où il en a eu connaissance (al. 2). En dérogation à l'art. 24 al. 1 LPGA, le Conseil fédéral peut limiter ou exclure le paiement de **rentes ordinaires de vieillesse arriérées** pour lesquelles l'**ajournement** entre en considération selon l'art. 55^{quater} RAVS (al. 3). Ce délai de péremption plus court de l'art. 46 al. 2 LAVS pour les allocations pour impotent se base sur le fait qu'il est souvent difficile à une date éloignée de déterminer la présence et

50 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4221.

51 LOCHER/GÄCHTER, § 42 N 29.

52 Voir à ce propos: Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 963.

53 Selon KIESER, l'art. 16 al. 1, 3^e phrase, LAVS aurait dû être supprimé dès lors que l'art. 24 al. 2 LPGA est directement applicable (KIESER, ATSG-Kommentar, art. 24 N 52).

54 ATF 117 V 208, c. 2b et 3b.

55 SCARTAZZINI/HÜRZELER, 173.

l'étendue d'une impotence⁵⁶. Dans ce contexte, il convient de mentionner, d'une part, l'art. 77 RAVS relatif à la réclamation de rentes non touchées, selon lequel celui qui n'a **pas touché la rente à laquelle il avait droit** ou qui a **reçu une rente inférieure** à celle à laquelle il pouvait prétendre peut réclamer le paiement de son dû à la caisse de compensation, laquelle doit payer le montant arriéré, et qui réserve la prescription prévue à l'art. 46 LAVS (N 37). D'autre part, l'art. 79^{ter} RAVS concerne la réclamation et les créances irrécouvrables en restitution d'**allocations pour impotent** qui renvoie à l'art. 77 RAVS (voir art. 66 OLAA en matière d'assurance-accidents).

Dans ce domaine, le législateur a donc considéré que des dérogations à l'art. 24 al. 1 LPGA existaient et que ces règles plus restrictives de l'AVS devaient subsister. Le 20 août 2001, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que le Tribunal cantonal d'Argovie était parti à tort du principe que le versement de l'indemnité unique de veuve de l'art. 24 aLAVS était soumis au délai de cinq ans en application de l'art. 46 al. 1 LAVS⁵⁷. Le Tribunal fédéral des assurances a alors rappelé que cette disposition se réfère uniquement au fait de faire valoir un droit et que le délai de péremption de cinq ans a trait seulement à la question de l'octroi de prestations rétroactives en cas de demande tardive. Dans un arrêt du 6 mai 2013, le Tribunal fédéral a jugé du cas d'une assurée, pour laquelle son fils avait demandé une allocation pour impotent de l'AVS seulement en 2009, alors que celle-ci était gravement impotente depuis plusieurs années⁵⁸. Dans un tel cas où une personne assurée fait valoir un droit plus de douze mois après la naissance de celui-ci, cette allocation n'est versée – en dérogation à l'art. 24 al. 1 LPGA – que pour les douze mois précédant la demande (46 al. 2, 1^{re} phrase, LAVS), sauf si l'état de fait donnant droit à des prestations n'était pas reconnaissable objectivement pour la personne assurée ou son représentant légal. Cette exception prévue à l'art. 46 al. 2, 2^e phrase, LAVS ne doit être admise que restrictive-ment selon la jurisprudence.

- Dans l'**assurance-invalidité**: l'art. 3 al. 2 LAI prévoit que les cotisations sont perçues sous la forme d'un supplément aux cotisations de l'AVS et que les art. 11 et 14 à 16 LAVS, y compris les dérogations à la LPGA, sont applicables par analogie.

59

S'agissant du paiement des arriérés de prestations, l'art. 48 LAI prévoit, à son al. 1, que si un assuré ayant droit à une allocation pour impotent, à des mesures médicales ou à des moyens auxiliaires **présente sa demande plus de douze mois après la naissance de ce droit** (voir art. 29 al. 1 LAI), **la prestation, en dérogation à l'art. 24 al. 1 LPGA, n'est allouée que pour les douze mois précédant le dépôt de la demande**. Les prestations arriérées peuvent toutefois être allouées à l'assuré pour des périodes plus longues s'il ne pouvait pas connaître les faits ayant établi son droit aux prestations et avait fait valoir son droit dans un délai de douze mois à compter de la date à laquelle il avait eu connaissance de ces faits.

Le délai de l'art. 48 al. 1 LAI se réfère uniquement au versement rétroactif de prestations en cas d'annonce tardive, et non à l'exécution d'une décision relative à des prestations entrée en force (N 11), à l'instar de l'art. 46 al. 1 LAVS, comme l'a précisé la jurisprudence⁵⁹. Le Tribunal fédéral a jugé, dans un arrêt du 21 novembre 2011, que l'art. 24 al. 1 LPGA est applicable, en lien avec les art. 46 LAVS et 77 RAVS, au paiement de prestations arriérées de l'AVS et que le paiement de prestations arriérées du domaine de l'AI en fait aussi partie dans la mesure où elles concernent un «point de

56 SCARTAZZINI/HÜRZELER, 155.

57 ATF 127 V 209, c. 2a.

58 ATF 139 V 289.

59 TFA, 10.9.2001, I 424/99, SVR 2002 IV n° 15 47.

vue spécifique à l'AVS»⁶⁰. Dans l'AI, la doctrine considère qu'en fait, l'art. 24 al. 1 LPGa est rarement applicable, notamment pour les indemnités journalières (voir art. 18 RAI sur les délais d'attente)⁶¹.

- 60 – Dans le domaine des **prestations complémentaires à l'AVS/AI**: les prestations complémentaires annuelles sont financées, selon l'art. 13 LPC, par la Confédération et les cantons. L'art. 12 LPC traite principalement de la naissance du droit à des prestations complémentaires annuelles. Fondé sur l'art. 12 al. 4 LPC, selon lequel le Conseil fédéral peut réduire la durée prévue à l'art. 24 al. 1 LPGa pour le paiement des arriérés de prestations, l'art. 22 al. 3 OPC-AVS/AI prévoit que **le droit à des prestations complémentaires déjà octroyées, mais n'ayant pu être versées au destinataire, s'éteint** si le paiement n'en est pas requis dans le délai d'**une année**. En dehors de cette hypothèse, et à défaut d'une autre disposition d'exécution s'écarter de l'art. 24 al. 1 LPGa, le droit à des prestations complémentaires arriérées s'éteint cinq ans après la fin du mois pour lequel la prestation était due. L'art. 3a al. 7 let. f aLPC qui donnait la compétence au Conseil fédéral ou aux cantons d'édicter des règles dans le cadre des paiements d'arriérés a donc été abrogé avec l'entrée en vigueur de la LPGa⁶². Comme l'a précisé la jurisprudence, le paiement de prestations complémentaires peut intervenir à titre rétroactif en cas de **nouveau calcul** mettant en évidence un montant plus élevé de prestations⁶³, à savoir (a) lorsqu'une nouvelle demande est déposée dans les six mois après que l'intéressé ait été admis dans un home ou un hôpital et que le droit aux prestations naît alors le premier jour du mois au cours duquel l'admission a eu lieu (voir art. 12 al. 2 LPC), (b) lorsque la demande de prestations complémentaires est faite dans les six mois à compter de la notification d'une décision de rente de l'AVS ou de l'AI (art. 12 al. 1 LPC) où le droit naît le mois au cours duquel la demande est déposée et (c) en cas de modification d'une rente en cours de l'AVS ou de l'AI (art. 22 al. 2 OPC-AVS/AI). En revanche, l'allocation de prestations complémentaires à titre rétroactif est exclue lorsqu'un nouveau calcul de la prestation complémentaire est effectué afin de déterminer le montant des prestations soumises à restitution, puisque toutes les circonstances influant le droit qui augmentent ou diminuent le revenu déterminant sont prises en compte dans le calcul du montant à restituer⁶⁴.
- 61 – Dans les **allocations pour perte de gain**: conformément à l'art. 27 al. 3 LAPG, les **cotisations** sont perçues sous la forme d'un supplément aux cotisations de l'assurance-vieillesse et survivants et les art. 11 et 14 à 16 LAVS, y compris les dérogations à la LPGa, sont applicables par analogie. Pour les **prestations**, l'art. 3 aLAPG a été abrogé au 1^{er} juillet 2005 et l'art. 20 al. 1 LAPG prévoit désormais qu'en dérogation à l'art. 24 LPGa, le droit aux allocations non versées aux personnes qui font du service s'éteint cinq ans après la fin du service donnant droit aux allocations et le paiement des allocations de maternité non versées, cinq ans après la fin de la période visée à l'art. 16d LAPG.
- 62 – Dans l'**assurance-chômage**: l'art. 1 al. 2 LACI exclut l'application de l'art. 24 al. 1 LPGa pour le droit à des **prestations** arriérées⁶⁵. En effet, le législateur a considéré que l'art. 20 al. 3 aLACI pour l'indemnité de chômage et l'art. 53 al. 3 aLACI pour

60 TF, 21.11.2011, 9C_409/2011, c. 4.1.2.

61 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 24 N 54.

62 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4451.

63 ATF 138 V 298, c. 5.2.1. A l'inverse, si l'intéressé doit restituer des prestations perçues à tort, l'art. 25 LPGa s'applique.

64 ATF 122 V 19, c. 5dd.

65 SCARTAZZINI/HÜRZELER, 591.

l'indemnité en cas d'insolvabilité de l'employeur prévoyaient des délais sensiblement plus courts que le délai de cinq ans de l'art. 24 LPGA. Il a donc été prévu, à l'annexe de la LPGA dans la version du 6 octobre 2000, que ces dispositions particulières de la LACI dérogeraient expressément à l'art. 24 LPGA. Or, les mêmes dérogations auraient dû être introduites pour les dispositions relatives à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail (art. 38 al. 1 en corrélation avec l'art. 39 al. 3 aLACI) et à l'indemnité en cas d'intempéries (art. 47 al. 1 en corrélation avec l'art. 48 al. 3 aLACI), ce qui, par mégarde, n'a pas été effectué. Il fallait ainsi introduire des exceptions dans ces cas également, ce qui aurait conduit à ce que l'applicabilité de la LPGA soit exclue pour l'ensemble des prestations régies par la LACI. Le législateur a donc choisi d'exclure par principe l'applicabilité de l'art. 24 LPGA à l'art. 1 al. 2 LACI dans le domaine des indemnités et il a décidé d'abroger la modification des art. 20 al. 3 et 53 al. 3 aLACI (mention expresse de la dérogation à la LPGA) proposée dans la version du 6 octobre 2000 de l'annexe de la LPGA⁶⁶. En ce qui concerne les **cotisations**, l'art. 6 LACI renvoie à la législation sur l'AVS, y compris ses dérogations à la LPGA, qui s'applique par analogie. L'art. 20 al. 3 LACI prévoit que le droit à des indemnités de chômage s'éteint s'il n'est pas exercé dans les trois mois suivant la fin de la période de contrôle à laquelle il se rapporte et que les indemnités qui n'ont pas été perçues sont périmées trois ans après la fin de ladite période. Il s'agit, selon le Tribunal fédéral, d'un délai préemptoire; il ne suffit pas de réclamer, sans justificatif, le versement de l'indemnité⁶⁷.

- Dans l'**assurance-accidents**: l'art. 51 aLAA prévoyait que le droit au paiement de prestations arriérées s'éteignait cinq ans après la fin du mois pour lequel la prestation était due. Selon l'art. 94 al. 1 aLAA, «[l]es primes qui n'ont pas été réclamées dans les cinq ans à partir de l'exercice annuel pour lequel elles sont dues ne peuvent plus être exigées. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit une prescription plus longue, celle-ci est déterminante». Ces deux dispositions ont été abrogées au 1^{er} janvier 2003, suite à l'adoption de l'art. 24 LPGA. Dans un arrêt rendu le 20 février 2013 au sujet d'une rente d'invalidité dans le cadre de l'assurance-accidents, le Tribunal fédéral a observé que l'art. 51 aLAA avait été abrogé au 1^{er} janvier 2003 et que l'art. 24 al. 1 LPGA réglait depuis lors l'extinction du droit à des prestations du fait de l'écoulement du temps, ce qui n'avait entraîné **aucun changement de la situation juridique matérielle pour les prestations de l'assurance-accidents** (N 32)⁶⁸. Il convient ici de signaler également l'art. 66 OLAA, selon lequel l'ayant droit peut exiger de l'assureur les **prestations qu'il n'a pas reçues ou le moins-perçu** lorsque les prestations qu'il a reçues sont inférieures à celles auxquelles il avait droit. Lorsque l'assureur apprend qu'un assuré n'a pas reçu de prestations ou n'a reçu que des prestations insuffisantes, il doit verser l'arriéré correspondant, même si l'ayant droit ne le réclame pas (voir art. 77 RAVS pour l'assurance-vieillesse et survivants). 63
- Dans l'**assurance militaire**: l'art. 14 aLAM a été abrogé au 1^{er} janvier 2003 avec l'entrée en vigueur de la LPGA et l'art. 24 LPGA s'applique désormais. 64
- Dans l'**assurance-maladie**: il n'existait pas de prescription légale à ce sujet et l'art. 16 LAVS était applicable par analogie pour les cotisations selon la jurisprudence⁶⁹. L'art. 24 al. 1 LPGA a donc introduit une réglementation dans ce domaine et il trouve application sans dérogation. Dans un arrêt du 24 avril 2013, le Tribunal fédéral a jugé 65

66 FF 2002 763, 786.

67 ATF 113 V 66.

68 TF, 20.2.2013, 8C_888/2012, c. 3.1.

69 ATF 122 V 331.

d'un cas d'application de l'art. 24 al. 1 LPGA dans l'assurance-maladie: il a considéré qu'avec l'art. 24 al. 1 LPGA, l'assureur n'était plus compétent pour régler la question de la préemption de façon autonome (N 38)⁷⁰.

- 66 – Dans le domaine des **allocations familiales**: les dispositions de la LAVS, y compris les dérogations à la LPGA, s'appliquent au recouvrement des **contributions** non payées, en vertu de l'art. 18 al. 3 LFA. L'art. 12 LFA a été abrogé avec effet au 1^{er} janvier 2003. L'art. 1 LAFam prescrit que les dispositions de la LPGA s'appliquent aux **allocations familiales**, à moins que la LAFam n'y déroge expressément, ce qui n'est pas le cas pour l'art. 24 al. 1 LPGA.

2. La prévoyance professionnelle

- 67 En principe, la LPGA n'est pas applicable à la prévoyance professionnelle. Dans tout le domaine de la prévoyance professionnelle, la prescription des droits est réglée de façon impérative à l'**art. 41 LPP** comme suit (voir art. 49 al. 2 ch. 6 LPP et art. 89a al. 6 ch. 5 CC pour la prévoyance subrogatoire, art. 24f LFLP pour le libre passage)⁷¹:
- 68 – Le droit aux prestations **ne se prescrit pas pour autant que les assurés n'aient pas quitté l'institution de prévoyance** lors de la survenance du cas d'assurance (principe de l'imprescriptibilité de l'al. 1).
- Les actions en recouvrement de créances se prescrivent par **cinq ans** quand elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques, par **dix ans** dans les autres cas. Cette solutions s'inspire clairement du Code des obligations puisque les art. 129 à 142 CO sont applicables selon l'al. 2. Ces délais commencent à courir à partir du moment où la prestation est exigible.
 - Ces règles valent pour les **créances découlant de contrats** entre institutions de prévoyance et institutions **d'assurances** soumises à la loi sur la surveillance des assurances. L'al. 7 modifie dans ce sens l'art. 46 al. 1 LCA.
 - Les al. 3 à 6 règlent le transfert des avoirs oubliés au Fonds de garantie LPP.

Art. 25

Restitution

¹ Les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile.

² Le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant.

³ Le remboursement de cotisations payées en trop peut être demandé. Le droit s'éteint une année après que le cotisant a eu connaissance de ses paiements trop élevés, mais au plus tard cinq ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle les cotisations ont été payées.

⁷⁰ ATF 139 V 244.

⁷¹ C'est le cas depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005 du deuxième paquet de la première révision LPP.

Rückerstattung	<p>¹ Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt.</p> <p>² Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung. Wird der Rückerstattungsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so ist diese Frist massgebend.</p> <p>³ Zuviel bezahlte Beiträge können zurückgefordert werden. Der Anspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem der Beitragspflichtige von seinen zu hohen Zahlungen Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Beiträge bezahlt wurden.</p>
Restituzione	<p>¹ Le prestazioni indebitamente riscosse devono essere restituite. La restituzione non deve essere chiesta se l'interessato era in buona fede e verrebbe a trovarsi in gravi difficoltà.</p> <p>² Il diritto di esigere la restituzione si estingue dopo un anno a decorrere dal momento in cui l'istituto d'assicurazione ha avuto conoscenza del fatto, ma al più tardi cinque anni dopo il versamento della prestazione. Se il credito deriva da un atto punibile per il quale il diritto penale prevede un termine di prescrizione più lungo, quest'ultimo è determinante.</p> <p>³ Può essere chiesto il rimborso di contributi pagati in eccesso. Il diritto si estingue un anno dopo che il contribuente ha avuto conoscenza dei pagamenti troppo elevati, al più tardi cinque anni dopo la fine dell'anno civile nel corso del quale i contributi sono stati pagati.</p>

Plan

	N
I. Introduction	1
II. La restitution	17
A. Le champ d'application	17
B. Les notions	22
C. La restitution des prestations indûment touchées	25
D. La restitution des cotisations payées en trop	112
E. Les liens avec d'autres dispositions	125

Bibliographie

DUC JEAN-LOUIS, Quelques imperfections de la LAMal, RSAS 44 (2000) 245 (cité: Quelques imperfections); KELLER PATRICE, La restitution des prestations indûment touchées dans la LPGa, in Kahil-Wolff (éd.), Partie générale, 149 ss.

I. Introduction

L'art. 25 LPGa représente la quatrième et avant-dernière des dispositions particulières (section 4) du chapitre consacré aux dispositions générales concernant les prestations et les cotisations (chapitre 3) de la LPGa. La **section 2 du chapitre 1 de l'OPGA** est consacrée à la restitution de prestations indûment touchées et contient les art. 2 à 5 OPGA qui précisent l'art. 25 LPGa. 1

- 2 Depuis l'entrée en vigueur de la LPGA, aucune modification n'a été apportée à l'art. 25 LPGA et aux art. 2 à 4 OPGA. En revanche, l'art. 5 OPGA a été modifié, avec effet au 1^{er} janvier 2008, par l'ordonnance du 7 novembre 2007 sur la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons¹.
- 3 Dans le cadre de la **révision de la LPGA actuellement discutée**, il est envisagé de modifier l'art. 25 al. 2, 1^{re} phrase, LPGA dans le sens suivant: «Le droit de demander la restitution s'éteint trois ans après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation»² (N 82 et 88). Cette modification a été proposée par l'OFAS à la suite d'un arrêt du Tribunal fédéral concernant l'art. 35a al. 2 LPP (N 183).
- 4 Comme son titre marginal l'indique, cette disposition dans sa teneur actuelle traite de la **restitution** portant à la fois sur des prestations et sur des cotisations d'assurances sociales qui ont été versées à tort.
- 5 **Avant l'entrée en vigueur de la LPGA**, le concept juridique de restitution des prestations touchées à tort était organisé différemment dans les différents régimes spéciaux, ce qui entravait une application homogène du droit des assurances sociales³ (N 25). La jurisprudence tendait à harmoniser ces normes, en se référant à des réglementations analogues d'autres systèmes, principalement les règles de l'AVS, pour combler les lacunes existantes, par exemple dans le droit de l'assurance-maladie pour la demande de restitution de prestations touchées à tort⁴ (N 172). Une telle restitution n'était possible qu'en cas de réalisation des conditions qui permettaient de revenir, par la voie de la reconsidération ou de la révision, sur une décision formellement passée en force par laquelle la prestation en cause avait été accordée⁵. La jurisprudence voyait ainsi dans le droit de réclamer la restitution dont jouissaient les assurances sociales un principe fondamental et général du droit⁶.
- 6 Par une motion déposée le 6 octobre 1983 au Conseil national, le Conseiller national Camillo Jelmini⁷ avait invité le Conseil fédéral à modifier l'art. 47 aLAVS de façon à supprimer la condition de la situation difficile et à régler les modalités de la restitution par analogie avec la LAI⁸. Cette intervention parlementaire a été examinée dans le cadre de la rédaction de la LPGA en vue de prévoir une réglementation commune à tous les systèmes⁹.
- 7 **Initialement, l'art. 32 du projet** intitulé «Restitution» envisagé par la Commission compétente du **Conseil des Etats** prévoyait ce qui suit: «¹Les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution peut ne pas être demandée lorsque l'intéressé était de bonne foi. ²Le droit de demander la restitution s'éteint par un an à compter du moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans depuis le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit une prescription plus longue, celle-ci est déterminante»¹⁰.

1 RO 2007 5823.

2 P-LPGA 2018, 1655.

3 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 231.

4 ATF 119 V 26, c. 7.

5 ATF 110 V 176, c. 2a.

6 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4223.

7 Groupe démocrate-chrétien, Tessin.

8 Motion 83.599. Le CF a proposé le 21 novembre 1983 de transformer cette motion en postulat.

9 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 232 et 239.

10 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 190.

- La Commission du Conseil des Etats relevait que les dispositions alors existantes ne réglaient pas de manière identique la restitution de prestations indûment touchées, ainsi que la remise et la prescription de créances en restitution. Elle les considérait toutefois comme assez semblables et proches de la teneur de l'art. 47 aLAVS¹¹ (N 126). Ce modèle avait donc été utilisé pour rédiger l'art. 25 LPGA, sauf en ce qui concernait l'exigence de la situation difficile pour la remise, à laquelle le Conseil des Etats souhaitait renoncer¹² (N 13 et 133). **8**
- Les **alinéas 1 et 2** de l'art. 32 du projet présenté par le Conseil des Etats correspondaient dans les grandes lignes au **projet de la SSDA**¹³. **9**
- Dans le cadre des discussions au Conseil des Etats, un **nouvel alinéa 3** a été ajouté avec la teneur suivante: «Le remboursement de cotisations payées en trop peut être demandé. Le droit s'éteint une année après que le cotisant ait eu connaissance de ses paiements trop élevés, au plus tard cinq ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle les cotisations ont été payées. Sont réservées les dispositions de certaines lois d'assurances sociales sur le remboursement de cotisations fixées d'après les indications fiscales»¹⁴. **10**
- Le **Conseil fédéral** a proposé de modifier l'art. 32 al. 1 du projet, en remplaçant la restitution «peut ne pas être demandée» par «ne doit pas être demandée» en cas de bonne foi de l'intéressé, sans toutefois commenter sa proposition¹⁵. En prévoyant une norme contraignante, le Conseil fédéral a tenu compte de l'art. 79 aRAVS (N 74 et 128). A l'instar du Conseil des Etats, il ne retenait que l'exigence de la bonne foi comme condition de la renonciation. **11**
- Pour des raisons de technique législative, le **Conseil national** a revu l'art. 32 al. 3 du projet, en le simplifiant ainsi: «Le remboursement de cotisations payées en trop peut être demandé. Le droit s'éteint une année après que le cotisant ait eu connaissance de ses paiements trop élevés, au plus tard cinq ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle les cotisations ont été payées»¹⁶. **12**
- Par la suite, le Conseil fédéral et les Chambres fédérales ont réalisé que le fait d'avoir renoncé à la condition de la situation difficile (N 8), qui était prévue à l'art. 47 aLAVS pour la renonciation à la restitution (N 126), avait des implications considérables¹⁷. Avec l'entrée en vigueur de la 10^e révision de l'AVS, des difficultés d'application étaient en effet apparues (retards dans la fixation des rentes, *splitting* pour les personnes divorcées, transferts des rentes extraordinaires avec limites de revenus aux prestations complémentaires), qui entraînaient une augmentation importante des cas de restitutions dans l'AVS¹⁸ (N 133). **Afin d'éviter des pertes financières, le législateur a préféré maintenir le système qui prévalait dans l'AVS en réintroduisant à l'art. 32 al. 1 du projet la condition de la situation difficile.** Lors du vote au Conseil national, le rapporteur Suter¹⁹ a souligné le fait qu'il ne pouvait être renoncé à la restitution de prestations indûment per- **13**

11 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 253.

12 KELLER, 168.

13 Projet SSDA.

14 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 253. Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4222.

15 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 917.

16 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4222.

17 KELLER, 168.

18 BO CN 1999 III 1230, 1242.

19 Groupe radical-libéral, BE.

gues qu'en cas de bonne foi et d'une situation difficile de l'assuré. Il a alors souligné le fait que le deuxième critère d'ordre financier permettait d'éviter des pertes du côté des caisses d'assurances sociales et de faire en sorte que la LPGa soit, financièrement parlant, une loi neutre²⁰.

- 14 L'introduction de l'art. 25 LPGa a ainsi **unifié une pratique quasi homogène** en matière de restitution des prestations indûment touchées (N 125). Elle a entraîné l'adaptation du régime de l'assurance-maladie à ce système commun aux assurances sociales²¹ (N 172). Le principe de l'obligation de restituer désormais consacré par la LPGa, sous la forme d'une phrase succincte, découle du principe de la légalité²²; la restitution tend à rétablir l'ordre légal²³.
- 15 Une des modifications essentielles apportées par cette disposition consiste dans l'abandon d'une «*Kannvorschrift*» au profit d'une norme plus contraignante pour la remise (al. 1, 2^e phrase) (N 56). L'art. 25 LPGa règle également la restitution des cotisations indûment versées (al. 3, N 112) ainsi que la péremption des créances en restitution des prestations et des cotisations versées à tort (al. 2, N 81, et al. 3, N 119).
- 16 Cette disposition doit être lue en lien avec l'**art. 53** LPGa concernant la révision et la reconsidération (N 29, art. 53 N 9) et avec l'**art. 17** LPGa réglant la révision de la rente d'invalidité et d'autres prestations durables (N 23, art. 17 N 6). Les prestations d'assurances sociales sont octroyées sur la base d'une décision et une telle décision une fois définitive ne pourra être «*corrigée*» que par les mécanismes prévus de la reconsidération ou de la révision, s'il s'avère que les prestations ont été indûment versées. Ces prestations ne pourront en effet en principe pas être soumises à répétition, tant que la décision en cause n'aura pas été annulée, révoquée, révisée ou adaptée à une modification de la loi²⁴ (N 28).

II. La restitution

A. Le champ d'application

- 17 La répétition de l'indu revêt une importance particulière dans le système suisse des assurances sociales, eu égard notamment aux montants relativement élevés que représentent les créances en restitution des assureurs sociaux²⁵.
- 18 Avant l'entrée en vigueur de la LPGa le 1^{er} janvier 2003, la restitution était réglée dans les lois spéciales à l'exception de la LAMal; sur des points de détails, les dispositions prévues dans les différentes lois spéciales n'étaient toutefois pas similaires²⁶ (N 125). Le Tribunal fédéral considérait le principe de répétition de l'indu comme un principe général du droit qui s'appliquait même à défaut de disposition y relative dans la législation «*administrative*»²⁷ (N 5).
- 19 L'art. 25 LPGa a donc **unifié une multitude de normes coexistantes** ayant un contenu similaire, en adaptant pour le surplus l'assurance-maladie au système retenu (N 172) et

20 BO CN 1999 III 1230, 1243.

21 KELLER, 169.

22 ATF 142 V 259, c. 3.2.2; LOCHER/GÄCHTER, § 43 N 3; SCARTAZZINI/HÜRZELER, 69.

23 LOCHER/GÄCHTER, § 43 N 3.

24 KELLER, 153.

25 KELLER, 150.

26 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4222.

27 KELLER, 151.

en rendant l'assurance militaire conforme à ce dernier (N 169). Des dérogations ont toutefois été expressément maintenues dans des lois spéciales pour la restitution de prestations (art. 55 al. 2 LACI, N 161) et pour la restitution de cotisations (art. 16 al. 3 LAVS et art. 41 RAVS, N 138; art. 3 al. 2 LAI, N 148; art. 27 LAPG, N 152; art. 18 al. 3 LFA, N 177). Désormais, le **principe général de la répétition de l'indu** est ancré dans la LPGA, de même que les conditions d'une remise (N 55) et la péremption des créances en restitution (N 81 et 119).

En revanche, l'art. 25 LPGA **ne peut pas trouver une application directe** dans les domaines des assurances sociales qui sont exclus du champ d'application de la LPGA, selon l'art. 2 LPGA et les dispositions y relatives des lois spéciales (art. 2 N 7). La jurisprudence a toutefois admis l'application de l'art. 25 LPGA dans les cas suivants:

- lorsque des prestations indues sont versées par un assureur-maladie à un fournisseur de prestations, sur la base de l'art. 1 LAMal²⁸;
- dans le cadre de montants versés en trop à titre de réduction des primes dans l'assurance-maladie au sens des art. 65 ss LAMal, en tant que droit cantonal supplétif²⁹;
- pour la restitution de prestations fournies dans le cadre d'un contrat d'assurance privé³⁰.

Les **ayants droit aux prestations** indûment touchées au sens de l'art. 25 al. 1 LPGA correspondent aux organismes d'assurances sociales, tels que les caisses de compensation de l'assurance-vieillesse et survivants, les offices AI, les assureurs-maladie et accidents, etc. qui ont fourni les prestations en cause. Les ayants droit aux **cotisations** versées en trop sont l'employeur qui a prélevé les cotisations et la personne assurée dont les cotisations ont été prélevées sur le salaire (N 24 et 113).

B. Les notions

Les **prestations** incluent les prestations en espèces selon l'art. 15 LPGA ainsi que les prestations en nature au sens de l'art. 14 LPGA³¹, telles que les prestations de soins de l'assurance-maladie selon les art. 25 ss LAMal qui peuvent le cas échéant être remboursées en espèces (art. 42 al. 1 LAMal).

La notion de prestations **indûment touchées** se rapporte à des prestations qui ont déjà été fournies, mais qui ne sont pas (plus) dues pour différents motifs: la révision ou la reconsidération de la décision d'octroi des prestations au sens de l'art. 53 LPGA (N 29), le non-respect de l'obligation d'annoncer au sens de l'art. 31 LPGA (N 103) une cause de

28 A l'ATF 133 V 582, le TF a jugé que de tels paiements effectués par des assureurs-maladie à des fournisseurs de prestations devaient être restitués selon l'art. 25 LPGA en lien avec l'art. 1 LAMal (c. 3.2) et que cela valait aussi pour les hôpitaux (c. 3.3).

29 TF, 7.3.2008, 9C_549/2007, c. 2.1. A l'ATF 125 V 183, le TF a jugé que, dans le canton de Genève, les règles cantonales régissant la réduction de primes dans l'assurance-maladie constituaient du droit cantonal autonome. Même si les termes utilisés dans ces règles étaient identiques à ceux de l'art. 47 aLAVS, il s'agissait du droit cantonal et le recours de droit administratif au TF était donc irrecevable (c. 2).

30 Dans l'ATF 127 III 421, un litige opposait une caisse-maladie et une clinique au sujet de la répétition de frais de traitement prétendument payés en trop. Le TF a estimé que la prétention en répétition n'était pas de nature contractuelle et que les art. 62 ss CO sur l'enrichissement illégitime trouvaient donc application (c. 3). Une application par analogie des principes de restitution de l'art. 25 LPGA pourrait le cas échéant être envisagée dans une telle situation.

31 LOCHER/GÄCHTER, § 43 N 4.

révision des prestations selon l'art. 17 LPGa, la réalisation de la condition résolutoire auquel le versement de prestations était subordonné³², voire l'absence de décision d'octroi des prestations. Locher et Gächter les répertorient en trois catégories: (1) les prestations qui n'étaient pas dues dès le début parce que l'état de fait avait été inexactement arrêté ou apprécié ou que les conclusions juridiques tirées étaient erronées, (2) les prestations de durée qui avaient été fournies à juste titre mais qui n'étaient plus dues en raison de la modification de circonstances de fait et/ou de droit et (3) les prestations qui avaient été dès le début accordées sans fondement juridique³³.

- 24 La notion de **cotisation** englobe tout versement en espèces que la personne assurée (et le cas échéant l'employeur) doit effectuer pour avoir droit à des prestations d'assurances sociales, selon le Tribunal fédéral des assurances³⁴. Elle comprend les cotisations des personnes assurées (personnes salariées, indépendantes et sans activité lucrative) et celles des employeurs, ainsi que les primes payées dans l'assurance-maladie et l'assurance-accidents. Tous les régimes spéciaux sont concernés dans la mesure où des versements sont effectués en faveur de l'assurance, en rapport avec le risque assuré et comme conséquences de l'assujettissement à l'assurance³⁵. En revanche, les participations aux coûts au sens de l'art. 64 LAMal ne sont pas comprises comme des cotisations (art. 26 N 84).

C. La restitution des prestations indûment touchées

1. Le principe (al. 1, 1^{re} phrase)

a) L'obligation légale de restituer

- 25 Conformément à l'art. 25 al. 1, 1^{re} phrase, LPGa, les prestations indûment touchées doivent être restituées. Avant l'entrée en vigueur de la LPGa, ce principe était déjà prévu dans les législations spéciales, sauf dans l'assurance-maladie:
- dans l'assurance-vieillesse et survivants: à l'art. 47 aLAVS et aux art. 78, 79 et 79^{ter} aRAVS (N 126);
 - dans l'assurance-invalidité: à l'art. 49 aLAI et aux art. 85 al. 2 et 88^{bis} al. 2 aRAI (N 145);
 - dans les prestations complémentaires: à l'art. 3a al. 7 let. f LPC et à l'art. 27 aOPC-AVS/AI (N 149);
 - dans les allocations pour perte de gain: à l'art. 20 aLAPG et à l'art. 23 aRAPG (N 152);
 - dans l'assurance-chômage: aux art. 55 al. 2 et 95 aLACI (N 156);
 - dans l'assurance-accidents: aux art. 52 aLAA et 67 aOLAA (N 165);
 - dans l'assurance militaire: à l'art. 15 aLAM (N 168);
 - dans les allocations familiales dans l'agriculture: à l'art. 11 aLFA (N 177).

32 Dans le cadre de l'assurance-chômage, des allocations d'initiation au travail selon l'art. 65 LACI avaient été versées à l'employeur, sous la condition résolutoire que le contrat de travail ne soit pas résilié en dehors du temps d'essai et sans juste motif pendant la période d'initiation ou dans les trois mois suivants. Comme cette condition n'était pas remplie *in casu*, l'ORP pouvait demander à l'employeur de restituer les allocations perçues, sans devoir respecter les exigences auxquelles était soumise la révocation des décisions (ATF 126 V 42, c. 2b).

33 LOCHER/GÄCHTER, § 43 N 5.

34 TFA, 12.1.2006, K 40/05, c. 4.2.1, SVR 2006 KV n° 2375, «*Beiträge im Sinne von Art. 26 Abs. 1 ATSG sind diejenigen Zahlungen, welche im Hinblick auf eine Versicherungsdeckung zu erbringen sind oder zu Unrecht geleistet wurden*» (tout versement qui doit être apporté dans le cadre d'une couverture d'assurance ou qui a été effectué à tort).

35 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 25 N 23.

Depuis le 1^{er} janvier 2003, ce principe est désormais ancré dans la LPGGA et s'applique ainsi à tous les régimes pour lesquels cette loi est applicable, sauf dérogations prévues dans la loi spéciale applicable (N 19). Dans la mesure où l'art. 25 al. 1 et 2 LPGGA correspond à l'art. 47 aLAVS (N 126), il n'existe pas de problème de droit transitoire et l'on peut se référer à la jurisprudence rendue en vertu de cette disposition. 26

b) La procédure de restitution

Conformément à l'art. 49 al. 1 LPGGA, les décisions qui portent sur des prestations, qui englobent selon le texte légal toutes les prestations d'assurances sociales qu'elles soient en espèces (art. 15 LPGGA) ou en nature (art. 14 LPGGA, p.ex. les frais de maladie qui sont remboursés) (N 22), doivent faire l'objet d'une **décision** écrite rendue par l'assureur. 27

Or, cette décision de l'assureur peut devoir être **rectifiée**, si les éléments déterminants en fait ou en droit n'existent pas ou plus. Une telle rectification doit ainsi pouvoir être effectuée lorsque, par exemple, des prestations n'auraient jamais dû être versées, qu'elles ont été versées à la mauvaise personne ou qu'elles auraient dû être révisées selon l'art. 17 LPGGA (N 23, art. 17 N 6). En principe, la décision concernée correspond à celle de l'octroi des prestations, mais d'autres décisions ou situations peuvent être également envisagées (N 29). 28

En matière d'assurances sociales, la restitution de prestations suppose, en règle ordinaire, que soient remplies les conditions d'une **reconsidération** ou d'une **révision** de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées. L'assureur peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable conformément à l'art. 53 al. 2 LPGGA³⁶. En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'assureur est tenu de procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente, sur la base de l'art. 53 al. 1 LPGGA. Comme avant l'adoption de l'art. 25 LPGGA, l'obligation de restituer exige donc que soient réalisées les conditions d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGGA) ou d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGGA) de la décision – formelle ou non – par laquelle les prestations en cause ont été allouées³⁷. A cet égard, il convient de rappeler qu'une décision sur opposition de l'assureur et, selon la jurisprudence, l'octroi de prestations en l'absence de décision formelle peuvent faire l'objet d'une demande de reconsidération ou de révision, mais que seule cette dernière voie est ouverte pour une décision d'un tribunal³⁸. 29

Au regard de l'art. 25 LPGGA et de la jurisprudence y relative, la **procédure** de restitution de prestations implique trois étapes en principe distinctes³⁹: 30

1. une première décision sur le **caractère indu** des prestations, soit sur le point de savoir si les conditions d'une reconsidération ou d'une révision de la décision par laquelle ces prestations ont été allouées sont réalisées (N 29);
2. une deuxième décision sur la **restitution en tant que telle** des prestations, qui comprend en particulier l'examen des effets rétroactifs ou non (N 47) de la correction à

36 Voir, antérieurement à l'art. 53 LPGGA l'ATF 122 V 19.

37 ATF 130 V 318, c. 5.2.

38 ATF 122 V 367, c. 3.

39 TF, 4.1.2012, 9C_678/2011, c. 5.2.

opérer en raison du caractère indu des prestations, à la lumière de l'art. 25 al. 1, 1^{re} phrase, LPGA et des dispositions des lois spéciales applicables. L'art. 3 OPGA précise que la décision en restitution doit fixer l'étendue de l'obligation de restituer (al. 1) et que l'assureur doit indiquer la possibilité d'une remise (al. 2), à moins qu'il soit manifeste que les conditions d'une remise sont réunies, auquel cas l'assureur doit décider de renoncer à la restitution (al. 3);

3. une troisième décision sera le cas échéant rendue sur la **remise** de l'obligation de restituer au sens de l'art. 25 al. 1, 2^e phrase, LPGA (N 55).

31 Les oppositions et les recours à l'encontre d'une décision en restitution de prestations indûment versées ont en principe un **effet suspensif**⁴⁰.

32 La jurisprudence a également eu l'occasion de préciser qu'un **titre de révocation** de la décision d'octroi des prestations est en principe nécessaire⁴¹. Il existe généralement un rapport d'assurance sociale entre l'assureur concerné et la personne ayant perçu les prestations et, par conséquent, la compétence pour rendre une décision.

c) Les personnes soumises à l'obligation de restituer

33 Les personnes soumises à l'obligation de restituer sont, aux termes de l'art. 2 al. 1 OPGA, le bénéficiaire des prestations allouées indûment ou ses héritiers (let. a), les tiers ou les autorités à qui ont été versées des prestations en espèces pour qu'elles soient utilisées conformément à leur but, au sens de l'art. 20 LPGA ou des dispositions des lois spéciales, à l'exception du tuteur (let. b), ainsi que les tiers ou les autorités à qui ont été versées après coup des prestations indues, à l'exception du tuteur (let. c).

34 Le texte légal oblige ainsi toute personne à restituer, à savoir en premier lieu la personne assurée et ses survivants et, éventuellement, son représentant légal. Depuis le 1^{er} janvier 2013, les mesures tutélaires qui étaient auparavant instituées par l'autorité, à savoir la tutelle, le conseil légal et la curatelle, ont été remplacées par l'institution de la curatelle (art. 390 à 425 CC). Le curateur de portée générale au sens de l'art. 398 CC remplace depuis lors le tuteur. Un tuteur reste nommé uniquement pour les mineurs qui ne sont pas soumis à l'autorité parentale selon l'art. 327a CC. Des autorités ou des tiers peuvent également avoir perçu à tort des prestations.

35 Au sujet de l'art. 2 al. 1 OPGA, la jurisprudence a apporté les précisions suivantes:

36 – **l'épouse d'un bénéficiaire d'une rente de l'assurance-invalidité et de prestations complémentaires** fédérales et cantonales calculées en tenant compte de ses gains d'activité, n'est pas considérée comme bénéficiaire au sens de l'art. 2 al. 1 let. a OPGA, dans la mesure où seul son époux a un droit propre aux prestations de l'assurance-invalidité et un droit autonome aux prestations complémentaires; elle n'est donc pas soumise à l'obligation de restituer⁴². Dans un autre cas où le droit aux prestations de l'ex-conjoint avait été supprimé, l'épouse divorcée n'a pas été tenue de restituer la part de rente d'invalidité indue qu'elle avait perçue, comme créancière de l'obligation d'entretien, dans le cadre de l'application de l'art. 132 al. 1 CC, mais elle a dû restituer la rente complémentaire pour enfant qu'elle avait reçue suite à l'application de l'art. 291 CC⁴³. Le Tri-

40 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 25 N 11.

41 TF, 20.1.2010, 8C_284/2009, c. 3.

42 TF, 26.2.2010, 9C_211/2009, c. 3 et 4. Voir en revanche TF, 27.9.2017, 9C_341/2017, c. 4, où l'ex-conjointe a été soumise à une obligation de restituer sur la base de l'art. 2 al. 1 let. a OPGA.

43 ATF 143 V 241, c. 4.

bunal fédéral a en effet considéré, dans le premier cas, que l'épouse divorcée ne faisait pas partie du cercle des personnes tenues à restitution de l'art. 2 al. 1 OPGA⁴⁴, alors que, dans le deuxième cas, elle devait être considérée comme représentante du fils, en lien avec l'art. 2 al. 1 let. b OPGA, en ce qui concerne la rente d'enfant accessoire à la rente principale⁴⁵;

- une caisse-maladie peut faire valoir de manière appropriée sa créance en restitution de prestations indûment versées à l'encontre d'un **fournisseur de prestations**, ce qui implique que la restitution soit fondée sur une décision au sens de l'art. 3 al. 1 OPGA⁴⁶; 37
- les descendants, qui n'ont pas contesté l'institution par testament d'un héritier universel, ne sont **pas des héritiers** selon l'art. 2 al. 1 let. a OPGA, de sorte qu'ils n'ont pas à restituer les prestations d'assurances sociales auparavant indûment touchées par le testateur⁴⁷. Les héritiers ne doivent pas avoir répudié la succession⁴⁸; 38
- lorsqu'une autorité agit en tant que **simple organisme de paiement**, elle ne peut pas être tenue à restitution. N'agit pas en tant que tel le service social qui a assumé la gestion du salaire de l'assuré⁴⁹; 39
- celui qui accomplit un service civil a droit à des allocations pour perte de gain qu'il peut faire valoir auprès de la caisse de compensation compétente (art. 1a al. 2 et 17 al. 1 LAPG), mais lorsque l'**employeur** lui verse un salaire durant cette période, les allocations reviennent alors à ce dernier. En d'autres termes, un droit à un versement de tiers revient à l'employeur au sens de l'art. 19 al. 2 LPGG à concurrence du montant des salaires versés et l'art. 17 al. 1 let. b LAPG autorise l'employeur à faire valoir le droit à la prestation vis-à-vis de la caisse de compensation compétente, respectivement à exiger son versement. L'employeur peut aussi compenser l'allocation avec le salaire sur la base de l'art. 19 OAPG et attaquer les décisions correspondantes de l'administration et du tribunal cantonal des assurances sociales⁵⁰. Le Tribunal fédéral en déduit que, pendant qu'il verse le salaire, l'employeur dispose de droits et d'obligations propres qui découlent du rapport de prestation et qu'il n'agit alors pas comme un simple organisme de paiement. Il en résulte que l'employeur est tenu à restitution des allocations pour perte de gain versées en trop et la prestation indûment perçue correspond au montant dépassant le salaire effectivement versé⁵¹. 40

Il arrive que des **tiers ou des autorités soumis à restitution doivent recourir à la personne assurée** pour faire valoir la restitution des prestations indues et la doctrine considère qu'il s'agit alors d'un autre rapport juridique pour lequel les exceptions de l'art. 25 al. 1, 2^e phrase, LPGG ne peuvent pas être invoquées. Il s'agit par exemple d'un rapport de droit civil entre l'employeur et l'employé s'agissant de l'employeur qui a versé le salaire pendant la période de perception et de la restitution d'indemnités journalières perçues⁵². En revanche, les conditions de l'art. 53 LPGG restent applicables. 41

Par ailleurs, l'art. 2 al. 2 OPGA règle le cas de prestations allouées indûment pour un **enfant mineur**, qui n'auraient pas été versées à cet enfant et qui ne seraient pas restituables 42

44 ATF 143 V 241, c. 4.6.1.

45 ATF 143 V 241, c. 5.2.

46 ATF 133 V 579, c. 4.3.2.

47 ATF 139 V 1, c. 4.

48 ATF 96 V 73, c. 1.

49 ATF 118 V 214, c. 4a.

50 TF, 8.7.2010, 9C_293/2010, c. 1.

51 ATF 142 V 43, c. 3.1 et 3.2.

52 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 25 N 38.

en vertu de l'al. 1 let. b ou c de cette disposition. Il prévoit que ces prestations doivent être restituées par les personnes qui disposaient de l'autorité parentale au moment de leur versement. Dans un arrêt du 11 mai 2017, le Tribunal fédéral a jugé un cas de rentes d'orpheline de père versées à tort au parent survivant⁵³. Il a estimé que la mère n'avait pas perçu les prestations comme un simple service d'encaissement ou de paiement, mais qu'elle les avait utilisées pour l'entretien de sa fille. Il a en outre rappelé que la rente d'orphelin remplace le revenu professionnel du parent décédé et n'a pas pour but d'enrichir l'enfant, mais de compenser les difficultés financières liées à la disparition d'un parent⁵⁴. Il s'agit donc d'une ressource qui doit être retranchée du coût de l'entretien de l'enfant (art. 276 CC). En cela, les juges fédéraux se sont appuyés sur la jurisprudence rendue sous l'art. 47 al. 1 aLAVS, selon laquelle le parent survivant qui recevait une rente d'orphelin, à laquelle l'enfant – même majeur – n'avait pas droit, était tenu à restitution, car il convenait d'assimiler le parent qui avait encore un devoir d'entretien à l'égard d'un enfant majeur à un représentant légal.

d) La restitution entre assureurs sociaux

- 43 L'art. 2 al. 3 OPGA envisage une **restitution entre assureurs sociaux** et prescrit que le droit de l'assureur à la restitution est fixé en proportion des prestations touchées indûment qui peuvent être compensées par des versements effectués ultérieurement par d'autres assureurs sociaux, si les conditions posées par la LPGA et les lois spéciales pour la cession de prestations accordées rétroactivement par l'assureur et pour la compensation sont respectées (art. 20 al. 2 et 22 al. 2 let. b LPGA).
- 44 L'obligation de restituer suppose également, dans le cas de remboursement de prestations entre assureurs sociaux, que soient réalisées les conditions d'une révision procédurale ou d'une reconsidération selon l'art. 53 LPGA de la décision – formelle ou non – par laquelle les prestations en question ont été allouées⁵⁵. Le Tribunal fédéral a en effet considéré qu'un assureur ne pouvait se voir rembourser par un autre assureur des prestations allouées, sans réserve, sur la base d'une obligation reconnue, **qu'aux conditions de la révision ou de la reconsidération** d'une décision entrée en force. Cette règle, qui avait été reconnue par la jurisprudence avant l'entrée en vigueur de la LPGA⁵⁶, a été consacrée pour l'ensemble des branches des assurances sociales par la réglementation uniforme découlant de l'art. 53 LPGA en relation avec l'obligation de restituer prévue à l'art. 25 al. 1 LPGA⁵⁷. Cette jurisprudence concernait des cas de remboursement de prestations entre assureurs appartenant à des régimes d'assurances sociales différents. Les juges fédéraux ont estimé qu'il n'y avait pas de raison de s'en écarter lorsque les assureurs sociaux appartenaient à la même branche. Dans ce cas également, un assureur ne peut donc obtenir d'un autre assureur le remboursement de prestations allouées sans réserve, qu'à la condition qu'il puisse se prévaloir d'un motif de révocation de la décision d'octroi des prestations concernées.

53 TF, 11.5.2017, 9C_531/2016, c. 4.

54 ATF 142 V 226 c. 6.2.

55 TF, 20.1.2010, 8C_284/2009, c. 3.1.1.

56 ATF 130 V 380, c. 2.2.2 et 2.3.1.

57 TF, 14.1.2009, 8C_512/2008, c. 3.3.

e) L'étendue de la restitution

L'étendue des prestations indûment touchées à restituer correspond à celle de leur versement et comprend d'éventuels intérêts moratoires. Selon la jurisprudence, les rentes perçues **après l'annonce tardive** ne doivent pas être restituées et ce, dès le début du mois suivant cette annonce⁵⁸. S'agissant de la restitution entre assureurs, l'étendue en est réglée à l'art. 2 al. 3 OPGA (N 43). 45

Dans certains régimes spéciaux, les créances en restitution peuvent le cas échéant être payées par **compensation** (voir à ce sujet l'art. 20 LAVS et les dispositions y relatives des lois spéciales) sous réserve de la garantie du minimum vital. 46

f) Les effets dans le temps de la restitution

Sur la base de l'art. 25 al. 1 LPGA, la restitution a un **effet rétroactif (*ex tunc*)**, **sauf s'il s'agit de prestations de l'assurance-invalidité** (N 52 et 146). C'est ainsi que le Tribunal fédéral a retenu que la restitution des prestations intervenait avec un effet *ex tunc* en particulier dans les cas suivants: 47

- les rentes d'enfant de l'assurance-vieillesse et survivants qu'un rentier avait perçues à tort, dans la mesure où il n'était pas le père et où l'enfant ne pouvait être considéré comme recueilli, selon les art. 22^{ter} al. 1 LAVS et 49 al. 1 RAVS⁵⁹; 48
- la suppression ou la réduction d'une rente d'invalidité de l'assurance-accidents, même s'il n'y avait pas eu de violation de l'obligation d'annoncer⁶⁰. 49

La différenciation faite par la jurisprudence quant aux effets dans le temps de la reconsidération, en fonction de la qualification «spécifique au droit de l'assurance-invalidité» ou «analogue au droit de l'assurance-vieillesse, invalidité et survivants» des aspects sur lesquels porte l'erreur justifiant la reconsidération, résulte de l'art. 85 RAI en relation avec l'art. 88^{bis} RAI (N 146). Cette distinction reste valable malgré l'abrogation de l'art. 47 aLAVS auquel renvoyait l'art. 49 aLAI⁶¹ (N 145). 50

Dans le cadre de l'assurance-invalidité, la rectification d'une décision par suite de reconsidération entraîne en principe l'obligation de restituer la prestation de l'assurance-invalidité touchée à tort. C'est également le cas lorsque l'erreur qui fait l'objet de la reconsidération a trait à des éléments **non spécifiques au droit de l'assurance-invalidité**, mais analogues au domaine de l'assurance-vieillesse et survivants, comme l'attribution du degré d'invalidité à la fraction de rente correcte⁶². La modification de la prestation a alors lieu avec un effet **rétroactif (*ex tunc*)** et il y a une obligation de restituer selon l'art. 25 al. 2 LPGA⁶³ (N 146). 51

En revanche, si l'erreur porte sur un aspect ayant **spécifiquement trait au droit de l'assurance-invalidité**, par exemple les facteurs relatifs à l'évaluation du degré d'invalidité, la modification de la prestation intervient en principe avec effet ***ex nunc et pro futuro***, et il n'y a alors pas d'obligation de restituer⁶⁴ (N 146). La suppression ou réduction de 52

58 ATF 119 V 431, c. 4. L'annonce tardive ayant été faite le 8 août dans ce cas, l'obligation de restituer s'était donc éteinte dès le 1^{er} septembre.

59 TF, 30.3.2017, 9C_603/2016, c. 3.1.

60 ATF 142 V 259, c. 3.2.

61 TF, 8.11.2011, 9C_363/2010, c. 2.2.

62 TF, 21.11.2011, 9C_409/2011, c. 4.2.

63 ATF 110 V 298.

64 TF, 4.1.2012, 9C_678/2011, c. 5.1.1.

rentes de l'assurance-invalidité liée à la restitution de prestations indûment perçues peut toutefois intervenir rétroactivement dans le cadre de l'art. 88^{bis} al. 2 let. b RAI (N 147).

- 53** Dans ce dernier cas, il faut encore distinguer la situation dans laquelle le versement indu résulte d'une **violation de l'obligation de renseigner** au sens des art. 31 LPGA et 77 RAI et où cette violation est en relation de causalité avec la perception indu de prestations d'assurance⁶⁵. La modification de la prestation a alors un effet **rétroactif** (*ex tunc*), qui entraîne une obligation de restituer sur la base des art. 85 al. 2 et 88^{bis} al. 2 let. b RAI⁶⁶ (N 147).
- 54** Dans le cadre des **prestations complémentaires**, des règles particulières sont prévues à l'art. 25 OPC-AVS/AI au sujet des effets des modifications des prestations annuelles et la jurisprudence a apporté à cet égard certaines précisions (N 151).

2. Les exceptions (al. 1, 2^e phrase)

- 55** A l'art. 25 al. 1, 2^e phrase, LPGA le législateur a prévu que la restitution ne peut pas être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile. Dans le même sens, l'art. 4 al. 1 OPGA prescrit que la restitution **entière ou partielle** des prestations allouées indûment, mais reçues de bonne foi, ne peut être exigée si l'intéressé se trouve dans une situation difficile.
- 56** Cette règle a été reprise de l'art. 47 aLAVS qui utilisait également le terme «peut» et posait ces deux conditions cumulatives (N 126 et 129).
- 57** En fait, il s'agit d'une **norme impérative**: la restitution ne doit pas être accordée si l'assuré est de bonne foi et qu'il serait placé dans une situation difficile s'il devait restituer, à l'instar de ce que prescrivait l'art. 79 aRAVS (N 128).
- 58** Tenant compte de la doctrine et de la jurisprudence, le législateur avait envisagé de supprimer la condition de la situation difficile (N 8). Cependant, des montants importants avaient dû être restitués en raison de 10^e révision de l'assurance-vieillesse et survivants suite à l'introduction du *splitting* et le législateur avait finalement décidé de **conserver le critère supplémentaire** de la situation difficile pour que l'effet de l'introduction de l'art. 25 LPGA soit financièrement neutre (N 13 et 133). Aux termes de l'art. 25 al. 1 LPGA, **les deux conditions matérielles**, à savoir la bonne foi de l'intéressé et la situation difficile entraînée par la restitution, **doivent être cumulativement réalisées** pour que la remise de l'obligation de restituer soit accordée⁶⁷.
- 59** Conformément à l'art. 4 al. 4 OPGA, la **demande de remise** doit être présentée par écrit. Elle doit être motivée, accompagnée des pièces nécessaires et déposée au plus tard **30 jours** à compter de l'entrée en force de la décision en restitution. Pour rappel, cette décision doit indiquer la possibilité d'une remise selon l'art. 3 al. 2 OPGA (N 30). Selon la jurisprudence valable déjà sous l'art. 79 al. 2 et 3 aRAVS, ces trente jours représentent un **délai d'ordre**⁶⁸, et non un délai de péremption.

65 ATF 119 V 431, c. 2 et 4a.

66 En effet, aux termes de l'art. 85 al. 2, 2^e phrase, RAI, l'application de l'art. 88^{bis} al. 2 let. a (effet *ex nunc*) et b RAI (effet *ex tunc* en raison de la violation de l'obligation de renseigner) suppose que la prestation doit être supprimée (ou diminuée) à la suite d'un nouvel examen de l'invalidité de l'assuré, ce qui implique un examen des aspects spécifiques du droit de l'AI (TF, 4.1.2012, 9C_678/2011, c. 5.1.2). Voir également sur ce point l'ATF 142 V 259, c. 3.2.

67 TF, 13.7.2015, 8C_129/2015, c. 4.

68 ATF 132 V 42, c. 3.

En vertu de l'art. 4 al. 5 OPGA, la remise doit faire l'objet d'une **décision**. Lorsqu'il est manifeste que les conditions d'une remise sont remplies, cette question est réglée dans la décision de l'assureur au sujet de la restitution (décision de renonciation à la restitution selon l'art. 3 al. 3 OPGA), pour des motifs d'économie de procédure. **60**

Du point de vue procédural, le Tribunal fédéral a mis en évidence le fait qu'une fois la décision en restitution rendue, il existait deux possibilités: l'opposition à l'encontre de la restitution en tant que telle ou une demande de remise. La personne concernée pouvait donc, soit attaquer la restitution et, en cas d'échec, demander la remise, soit renoncer à l'attaquer et demander la remise, ce qui avait alors pour conséquence que la décision en restitution entrait en force. Elle pouvait aussi simultanément faire usage de ces deux possibilités. S'il n'apparaissait pas clairement que l'assuré avait formulé une opposition ou une demande de remise, il fallait déterminer l'intention de l'intéressé selon le principe de la bonne foi et sur la base des éléments qu'il avait donnés⁶⁹. **61**

En pratique, c'est avant tout la condition de la bonne foi qui est logiquement discutée et qui fait l'objet de la jurisprudence, puisque le critère de la situation difficile n'a pas à être examiné lorsque la bonne foi de l'intéressé n'est pas reconnue. **62**

a) La bonne foi de l'intéressé(e)

La bonne foi au sens de l'art. 3 CC est **présumée**. Dans chaque cas, il faudra apprécier, sur la base des circonstances concrètes et au moment où la décision est rendue, si la personne assurée n'était pas de bonne foi⁷⁰. **63**

Des prestations d'assurances sociales sont perçues de bonne foi, lorsque la personne assurée ignorait ou ne pouvait pas savoir que ces prestations étaient versées à tort au moment où elle les a perçues⁷¹. **64**

Sous l'empire de l'art. 47 al. 1 aLAVS, la jurisprudence avait précisé que la condition de la bonne foi n'était pas déjà réalisée du fait de l'ignorance du vice juridique. Il fallait en outre que la personne concernée ne se fût rendue coupable ni d'une intention malveillante ni d'une négligence grave⁷², ce qui impliquait qu'elle n'eût pas violé d'une manière grave ses obligations d'annoncer et d'informer⁷³. **65**

Cette jurisprudence reste valable sous l'art. 25 al. 1 LPG⁷⁴. Comme le Tribunal fédéral l'a rappelé, l'ignorance par le bénéficiaire des prestations du fait qu'il n'avait pas droit à celles-ci ne suffit pas pour admettre sa bonne foi. Il faut bien plutôt que le requérant ne se soit rendu coupable, non seulement d'**aucune intention malicieuse**, mais aussi d'**aucune négligence grave**. **66**

Il y a négligence grave lorsqu'un ayant droit ne se conforme pas à ce qui peut raisonnablement être exigé d'une personne capable de discernement dans une situation identique et dans les mêmes circonstances⁷⁵. **67**

69 TF, 2.7.2015, 9C_466/2014, c. 3.1.

70 TF, 13.11.2009, 8C_269/2009, c. 5.2.1.

71 KELLER, 160.

72 ATF 102 V 245, c. a.

73 ATF 110 V 176, c. 3c.

74 TF, 26.4.2012, 9C_951/2011, c.4; TF, 2.5.2007, 9C_14/2007, c.4.1. Dans les deux cas, il s'agissait d'un mariage non annoncé à la caisse de compensation.

75 ATF 110 V 176, c. 3d.

- 68 L'examen de l'attention exigible d'un ayant droit qui invoque sa bonne foi relève du droit et le Tribunal fédéral revoit librement cette question⁷⁶. Il s'ensuit que la bonne foi, en tant que condition de la remise, est exclue d'emblée lorsque les faits qui conduisent à l'obligation de restituer sont imputables à un comportement dolosif ou à une négligence grave.
- 69 En revanche, le bénéficiaire peut invoquer sa bonne foi lorsque **l'acte ou l'omission fautif ne constitue qu'une simple ou légère négligence**⁷⁷. Une violation légère de l'obligation de diligence et d'attention n'exclut ainsi pas la bonne foi. La mesure de l'attention nécessaire qui peut être exigée doit être jugée selon des critères objectifs, où l'on ne peut occulter ce qui est possible et raisonnable dans la subjectivité de la personne concernée (faculté de jugement, état de santé, niveau de formation, etc.)⁷⁸.
- 70 En cas de **violation du devoir d'annoncer ou d'informer** au sens des art. 28 et 31 LPGA, il ressort également de la jurisprudence que la condition de la bonne foi n'est d'emblée pas remplie si elle est due à un comportement fautif ou une négligence grave. Au contraire, l'assuré peut s'en prévaloir lorsque son action ou son omission fautive ne représente qu'une violation légère du devoir d'annoncer ou d'informer⁷⁹.
- 71 Dans le cadre de l'**assurance militaire**, des déclarations obligatoires des ayants droit sont prévues à l'art. 83 LAM. Cette assurance, qui encourt des frais supplémentaires du fait de l'inobservation intentionnelle des obligations prévues dans cette disposition et à l'art. 31 LPGA, peut réduire ses prestations en conséquence (al. 4).
- 72 Par ailleurs, une distinction a été opérée dans la jurisprudence entre, d'une part, la bonne foi en tant qu'absence de conscience de l'illicéité et, d'autre part, la question de savoir si quelqu'un dans les mêmes circonstances pourrait se prévaloir de la bonne foi et aurait pu reconnaître le vice juridique s'il avait fait preuve d'une attention raisonnable. Alors que le Tribunal fédéral est lié par l'état de fait dans la première hypothèse, il peut revoir librement la question juridique de l'attention requise⁸⁰.
- 73 Dans un arrêt de 2008, la recourante ne contestait pas le caractère indu des prestations qui lui avaient été allouées, mais opposait le **droit à la protection de sa bonne foi** aux prétentions de la caisse en restitution de ces prestations⁸¹. En allouant des prestations indues,

76 ATF 122 V 221, c. 3; ATF 102 V 245, c. 2.

77 ATF 112 V 97, c. 2c. L'assuré et son tuteur ont pu alors se prévaloir de la bonne foi en raison, dans le premier cas, d'un manque de capacité de jugement et, dans le second, d'une illicéité ne représentant qu'une négligence légère.

78 TF, 26.9.2016, 9C_413/2016, c. 3.1 concernant le cas d'un assuré qui n'avait pas versé ses cotisations personnelles et qui ne pouvait pas raisonnablement s'attendre selon le TF à ce que le montant de sa rente de vieillesse reste inchangé, de sorte qu'il n'avait pas perçu de bonne foi la rente AVS indûment versée; ATF 138 V 218, c. 4; Voir p.ex. un cas où des prestations complémentaires n'ont pas été reconnues comme ayant été perçues de bonne foi sous l'angle de l'attention raisonnable requise: TF, 11.5.2007, 8C_1/2007, c. 3; TFA, 14.8.2006, I_622/05, c. 4.4. A l'ATF 102 V 245, c. a, le TFA a nié la bonne foi d'un assuré qui n'avait pas fait preuve du minimum d'attention que l'on pouvait attendre de lui, en retenant en cela un comportement dolosif ou gravement fautif. Dans un autre cas (TF, 13.11.2009, 8C_269/2009, c. 5.2.1), les juges fédéraux ont estimé qu'une menace de sanction, à elle seule, ne permettait pas d'exclure toute bonne foi; même dans ce cas, un assuré pouvait avoir des motifs légitimes d'admettre qu'il n'avait pas commis de faute.

79 TF, 29.5.2017, 8C_704/2016, c. 4; ATF 138 V 218, c. 4; ATF 112 V 97, c. 2c; ATF 110 V 176, c. 3c.

80 TF, 13.11.2009, 8C_269/2009, c. 4. 2; TF, 11.5.2007, 8C_1/2007, c. 2.2; ATF 122 V 221, c. 3.

81 TF, 22.10.2008, 8C_796/2007, c. 1 à 3. Voir un autre cas d'application à l'ATF 110 V 145, c. 4b d'une personne qui avait versé des cotisations AVS alors qu'elle n'était pas tenue d'en payer.

la caisse avait induit l'assurée en erreur quant à son droit aux prestations : la caisse était intervenue dans une situation concrète, dans les limites de sa compétence, sans que l'assurée n'ait eu de raison de se douter qu'elle n'avait en réalité pas droit aux indemnités journalières qui lui étaient versées ; aucun changement de législation de nature à influencer sur le droit à la protection de la bonne foi n'entraîne, de plus, en considération. La seule question qui restait à régler était celle de savoir si, en raison de l'octroi des prestations dont la restitution était exigée, la recourante avait pris des dispositions qu'elle ne pouvait plus modifier sans subir de dommage, ce qui a été nié en l'occurrence. Dans ce contexte, les juges fédéraux ont précisé que **le seul fait d'avoir dépensé des prestations pécuniaires perçues de bonne foi ne constituait pas, en soi, un acte de disposition irrévocable dont pourrait se prévaloir un assuré en invoquant le droit constitutionnel à la protection de la bonne foi**. Cela valait en tout cas lorsqu'il s'agissait de dépenses courantes que l'assurée aurait de toute façon dû prendre en charge. Cette jurisprudence a été confirmée en 2017⁸². L'assuré pouvait tout au plus demander une remise de l'obligation de restituer s'il se trouvait dans une situation difficile. La question a été laissée ouverte de savoir s'il en allait différemment lorsque l'assuré avait procédé à des dépenses particulières, qu'il n'aurait pas consenties en l'absence d'une information erronée de l'administration et pour lesquelles il n'aurait pas conservé de contre-prestation présentant une valeur durable.

b) La situation difficile dans laquelle la restitution mettrait l'intéressé(e)

L'art. 79 al. 1^{quater} aRAVS en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1998 prévoyait qu'en cas de bonne foi, la situation difficile ne devait pas être examinée si le montant soumis à répétition ne dépassait pas la demi-rente annuelle, soit un montant fixe pour tous les assurés (N 128). Cette disposition a été jugée contraire à la Constitution et à la loi par le Tribunal fédéral des assurances et abrogée par le législateur avec effet au 1^{er} janvier 2001⁸³. 74

Pour Kieser, il aurait fallu renoncer à prévoir le critère supplémentaire de la situation difficile à l'art. 25 al. 1 LPGA et prévoir une dérogation dans l'assurance-vieillesse et survivants⁸⁴. Au contraire, Keller relève que ce critère est usuellement prévu et que le but de solidarité entre les assurés reste atteint si l'assuré est dispensé de restituer lorsque sa situation financière ne le lui permet pas⁸⁵. 75

Le Parlement a finalement décidé d'exiger cette condition cumulative de la situation difficile pour tous les régimes d'assurances sociales concernés par la LPGA (N 13), ce qui a modifié sur ce point le régime de l'assurance militaire qui prévoyait jusqu'alors la possibilité de renoncer à la restitution en cas de bonne foi (N 169). L'obligation de restituer qui s'impose selon le principe de la légalité a en effet des conséquences importantes sur les ressources financières de la personne concernée, ce que cette seconde condition posée pour la remise prend en compte. 76

Conformément à l'art. 5 OPGA, il y a situation difficile, au sens de l'art. 25 al. 1 LPGA, lorsque les dépenses reconnues par la LPC et les dépenses supplémentaires admises sont supérieures aux revenus déterminants selon la LPC. Comme par le passé, cette définition repose sur ces **critères économiques** et prend en considération l'éventuel conjoint. Pour effectuer le calcul des dépenses reconnues, sont pris en considération des montants for- 77

82 TF, 28.9.2017, 8C_59/2017, c. 4.

83 RO 2000 2629.

84 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 25 N 44.

85 KELLER, 169.

faitaires: comme loyer, pour les personnes vivant à domicile, le montant maximal respectif au sens de l'art. 10 al. 1 let. b LPC (let. a), comme dépenses personnelles, pour les personnes vivant dans un home ou dans un hôpital, un montant annuel de CHF 4800.– (let. b) et la prime la plus élevée relative à l'assurance obligatoire des soins pour la catégorie de personnes en cause, selon l'ordonnance y relative (let. c). En ce qui concerne la fortune et le revenu des intéressés, l'art. 5 al. 3 OPGA prescrit que l'imputation de la fortune des personnes vivant dans un home ou dans un hôpital s'élève à un quinzième et qu'elle équivaut à un dixième pour les bénéficiaires de rente de vieillesse vivant dans un home ou dans un hôpital. Pour un invalide partiel, seul le revenu effectivement réalisé est pris en considération. Une éventuelle limite cantonale pour les frais de home n'est pas prise en considération.

- 78 Les dépenses supplémentaires prises en considération en vertu de l'art. 5 al. 4 OPGA correspondent à moins de la moitié des montants prévus à l'art. 10 al. 1 let. a LPC, c'est-à-dire à CHF 8000.– pour les personnes seules, CHF 12 000.– pour les couples et CHF 4000.– pour les enfants «ayant droit à une rente d'orphelin ou donnant droit à une rente pour enfant de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité».
- 79 Selon l'art. 4 al. 2 OPGA, le **moment où la décision en restitution est exécutoire** est déterminant pour apprécier s'il y a une situation difficile. Sous l'ancien art. 47 al. 1 aLAVS, le Tribunal fédéral des assurances avait estimé qu'il fallait nier l'existence d'une situation difficile si le **capital obtenu grâce au paiement à titre rétroactif** d'une rente d'invalidité arriérée, dont l'octroi avait engendré l'obligation de restituer des prestations complémentaires, était **encore disponible au moment où la restitution** devait avoir lieu⁸⁶. A ce propos, le Tribunal fédéral des assurances avait précisé que la jurisprudence sur les limites de revenu ne valait plus en cas de paiement rétroactif de rente ou de transfert de biens après la décision (p.ex. un héritage⁸⁷); il fallait uniquement examiner si, au moment où la restitution devait avoir lieu, il existait des éléments de fortune versés rétroactivement dont le débiteur se trouvait enrichi, de telle sorte que l'on pouvait raisonnablement exiger de lui qu'il s'acquittât de son obligation de restituer, l'existence d'une charge trop lourde devant alors être niée. C'est ainsi que, lorsque l'octroi d'une rente à titre rétroactif entraînait l'obligation de restituer des prestations complémentaires, la condition de la situation difficile n'était pas remplie si le capital obtenu grâce au paiement de la rente arriérée était encore disponible au moment où la restitution devait avoir lieu. Cette solution choisie par le Tribunal fédéral des assurances pour arriver à un résultat analogue à celui obtenu au moyen de l'avance, à l'art. 85^{bis} aRAI, visait à éviter que l'assuré ne s'enrichît par le biais des prestations complémentaires⁸⁸.
- 80 Conformément à l'art. 4 al. 3 OPGA, les **autorités**, auxquelles les prestations ont été versées en vertu de l'art. 20 LPGa ou des dispositions des lois spéciales, ne peuvent invoquer le fait qu'elles seraient mises dans une situation difficile.

3. Les délais de prescription (al. 2)

- 81 A l'instar de l'ancien art. 47 al. 2 aLAVS, l'art. 25 al. 2 LPGa prescrit l'extinction du droit de demander la restitution un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation, tout en réservant l'application le cas échéant d'un délai de droit pénal plus long.

86 ATF 122 V 221, c. 6d.

87 ATF 122 V 134, c. 3c.

88 ATF 122 V 221, c. 5.

Dans le cadre du P-LPGA 2018, il est prévu de remplacer l'actuel art. 25 al. 2, 1^{re} phrase, LPGA par le texte suivant: «Le droit de demander la restitution s'éteint trois ans après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation»⁸⁹ (N 3). **82**

a) L'articulation entre les différents délais prévus

En cas de restitution, c'est l'art. 25 al. 2 LPGA qui règle exclusivement l'extinction du droit de demander la restitution; l'art. 24 LPGA ne trouve pas application dans ce cas (art. 24 N 11). **83**

L'art. 25 al. 2 LPGA fixe deux délais: un délai **relatif** d'un an et un délai **absolu** de cinq ans. Selon la jurisprudence, il s'agit de délais (relatif et absolu) de **péremption**⁹⁰. Ces délais ne peuvent donc pas être interrompus⁹¹. La menace de péremption est double: d'une part, le recouvrement est temporellement lié à ce que l'institution d'assurance rende une décision dans le délai d'un an dès qu'elle a eu connaissance de l'état de fait justifiant la restitution et, d'autre part, cette institution, qui rend sa décision en restitution dans ce délai d'un an, peut étendre la restitution seulement aux prestations versées durant les cinq dernières années, dans la mesure où le recouvrement est absolument périmé s'il se rapporte à des prestations perçues au-delà de cinq ans⁹². **84**

Cette disposition fixe les délais dans lesquels l'autorité peut demander la restitution des prestations indues. **85**

L'art. 25 al. 2 LPGA ne concerne **pas l'exécution de la décision en restitution**, pour laquelle est prévu un délai de péremption de cinq ans dès l'entrée en force de celle-ci⁹³. **86**

b) Le délai relatif d'un an (1^{re} phrase)

Conformément à l'art. 25 al. 2, 1^{re} phrase, le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait. **87**

Dans le cadre du **P-LPGA 2018**, ce délai devrait être porté à **trois ans** (N 3)⁹⁴. A l'appui de cette proposition de modification, les arguments suivants ont été invoqués: (1) la suspension des prestations intervient souvent trop tard puisque des prestations indues peuvent déjà avoir été servies durant une longue période, (2) une telle suspension de prestations n'est pas toujours possible, ni judicieuse, (3) cette règle paralyse la restitution dans le domaine de la lutte contre les abus dans l'assurance et dans d'autres cas particuliers (p.ex. l'aide en capital de l'assurance-invalidité) et (4) une prolongation de ce délai apparaît indiquée compte tenu du projet de modification du droit de la prescription. **88**

En pratique, ce *dies a quo* a été interprété de manière très restrictive⁹⁵. Le délai de péremption relatif d'une année commence à courir **dès le moment où l'assureur social aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer**, en faisant preuve de l'at- **89**

89 P-LPGA 2018, 1655.

90 ATF 142 V 20, c. 3.2.2; ATF 139 V 1, c. 3.1; ATF 138 V 74, c. 4.1.

91 ATF 133 V 579.

92 ATF 122 V 270, c. 5a.

93 TF, 13.7.2015, 8C_129/2015, c. 2.2; TF, 28.10.2013, 8C_152/2013, c. 2.3.

94 P-LPGA 2018, 1655.

95 Mess. révision LPGA, 1622.

tion que l'on pouvait raisonnablement exiger de lui⁹⁶. Le moment de la connaissance effective n'est donc pas déterminant pour le début du délai.

- 90** L'institution d'assurance doit disposer de **tous les éléments qui sont décisifs** dans le cas concret et dont la connaissance fonde la créance en restitution, à l'encontre de la **personne tenue à restitution**, quant à son principe et à son étendue⁹⁷. Si l'assureur dispose d'indices laissant supposer l'existence d'une créance en restitution, mais que les éléments disponibles ne suffisent pas à en établir le bien-fondé, il doit procéder dans un délai raisonnable aux **investigations nécessaires**.
- 91** A défaut, le début du délai de péremption doit être fixé au moment où l'institution d'assurance aurait été en mesure de rendre une décision en restitution, si elle avait fait preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. Dans tous les cas, le délai de péremption relatif d'une année commence à courir **immédiatement s'il s'avère que les prestations étaient clairement indues**⁹⁸.
- 92** Dans le cas où la collaboration de plusieurs autorités chargées de la gestion de l'assurance est nécessaire pour la fixation des prestations ou pour leur restitution, le délai court lorsque **l'une des autorités compétentes** a connaissance des faits fondant l'obligation de restituer⁹⁹.
- 93** Selon la jurisprudence rendue à propos de l'art. 47 al. 2 aLAVS, lorsque la restitution est imputable à une **faute de l'administration**, par exemple une erreur de calcul d'une prestation, on ne saurait considérer comme point de départ du délai le moment où la faute a été commise, mais bien celui auquel l'administration aurait dû, dans un deuxième temps, par exemple à l'occasion d'un contrôle comptable, se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise¹⁰⁰. Le Tribunal fédéral a en effet considéré que si l'on arrêta le moment de la connaissance du dommage à la date du versement indu, cela rendrait souvent illusoire la possibilité pour une administration de réclamer le remboursement de prestations versées à tort en cas de faute de sa part¹⁰¹.

96 TF, 23.2.2018, 8C_677/2017, c. 7.1; TF, 2.11.2016, 9C_400/2016, c. 3.1; TF, 19.2.2010, 9C_482/2009, c. 3.3.2; ATF 124 V 380, c. 1; ATF 110 V 304, c. 2b. A l'ATF 139 V 6, c. 5.2, le TF a par exemple jugé qu'une caisse de compensation devait se laisser imputer la connaissance d'un état de fait qui constituait un motif de réclamation de rentes indûment versées, lorsque ce motif parvenait à sa connaissance en rapport avec la perception des cotisations du bénéficiaire de rente (confirmation de l'arrêt du TFA, 25.10.1995, I 26/93, c. 4d. A l'arrêt TF, 26.2.2014, 8C_631/2013, c. 5.2.2., la question a été examinée de savoir si l'office AI pouvait et devait avoir connaissance du droit de restituer, dans son principe et son étendue, au moment de la décision de renvoi rendue par le TA du canton d'Obwald.

97 TF, 23.2.2018, 8C_677/2017, c. 7.1; ATF 140 V 521, c. 2.1; ATF 112 V 180, c. 4a.

98 TF, 18.3.2013, 9C_454/2012, c. 4.

99 ATF 139 V 6, c. 4.1; ATF 124 V 380, c. 1; ATF 122 V 270, c. 5a; ATF 119 V 431, c. 3a. Voir un cas où la connaissance de ces faits par une autorité incompétente (informations apprises dans le cadre privé par un collaborateur d'une caisse AVS) n'a pas permis de déclencher le délai d'un an de l'art. 25 al. 2 LPGA: TF, 2.9.2014, 9C_369/2013, c. 3. Voir également le cas où l'état civil et l'office AI avaient eu connaissance du remariage d'un veuf, mais pas la caisse AVS, seule compétente: TF, 14.12.2012, 9C_276/2012, c. 5.

100 Voir pour la jurisprudence rendue après l'entrée en vigueur de l'art. 25 LPGA: TF, 15.5.2008, 8C_824/2007, c. 3.2.2; TF, 23.2.2018, 8C_677/2017, c. 7.2.

101 ATF 124 V 380, c. 1; ATF 110 V 304.

Etant donné l'effet de publicité de l'inscription au registre du commerce, l'administration est réputée avoir en eu d'emblée connaissance et un report du point de départ du délai n'entre pas en ligne de compte dans ce cas¹⁰². 94

Si, au moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, **la prestation n'a pas encore été versée**, le délai d'une année de péremption selon l'art. 25 al. 2, 1^{re} phrase, LPGa ne peut commencer à courir qu'avec le versement effectif de la prestation, la créance en restitution de rentes mensuelles versées à tort n'étant pas sujette à péremption aussi longtemps que la prestation périodique n'a pas encore été versée¹⁰³. Une règle particulière est prévue à cet égard à l'art. 77 RAVS (N 135). 95

c) Le délai absolu de cinq ans (1^{re} phrase)

L'art. 25 al. 2 LPGa prescrit que le droit de demander la restitution s'éteint au plus tard cinq ans après le versement de la prestation, ce qui représente un délai de péremption absolu. Le point de départ du délai correspond au **versement effectif** de la prestation, et non à la date à laquelle elle aurait dû être fournie¹⁰⁴. 96

Or, il arrive que le caractère indu des prestations sujettes à remboursement n'apparaisse qu'après coup, notamment lorsque le **paiement de prestations arriérées par une assurance sociale justifie la restitution** de prestations d'une autre assurance en application des règles légales de coordination (art 2 al. 3 OAPG). Dans le cadre de **l'assurance-chômage**, le Tribunal fédéral a relevé à propos de l'art. 95 aLACI que si le législateur avait voulu instaurer un délai de péremption absolu de cinq ans, pour mettre un point final à un rapport d'obligation entre l'assurance et le débiteur passé ce délai, il n'avait assurément pas voulu que ce délai commençât à courir à partir d'un quelconque versement de prestations, mais seulement dès l'instant où l'on était en présence d'un paiement opéré à tort et où les conditions d'une restitution étaient susceptibles d'être remplies (N 157). **Le point de départ du délai de péremption était ainsi subordonné à la naissance d'une obligation de restituer l'indu**. Le Tribunal fédéral en a déduit que, lorsque la restitution d'indemnités de chômage était justifiée par l'allocation avec effet rétroactif d'une rente de l'assurance-invalidité, le délai de cinq ans ne pouvait commencer à courir qu'à partir du moment où il apparaissait que ces indemnités étaient indues et donc sujettes à restitution, c'est-à-dire **au moment de l'entrée en force de la décision de rente**¹⁰⁵. 97

Dans le domaine des **prestations complémentaires**, l'art. 30 OPC-AVS/AI prévoit que les services chargés de fixer et de verser les prestations complémentaires doivent réexaminer périodiquement, mais tous les quatre ans au moins, les conditions économiques des bénéficiaires. Compte tenu du délai de péremption absolu de cinq ans dès le versement de la prestation, le Tribunal fédéral a estimé qu'il n'était pas arbitraire, dans le cas d'un examen périodique, que d'autres circonstances agissent sur le déclenchement du délai, par exemple la mention par un assuré d'une faute de l'administration¹⁰⁶. 98

102 ATF 122 V 270, c. 5b/aa.

103 TF, 8.11.2011, 9C_363/2010, c. 2.1; TF, 21.6.2010, 9C_795/2009, c. 4.1.

104 ATF 112 V 180, c. 4a; ATF 111 V 14, c. 3.

105 ATF 127 V 484, c. 3b/cc. Voir à ce sujet KIESER, ATSG-Kommentar, art. 25 N 63 et 68.

106 TF, 19.2.2010, 9C_482/2009, c. 3.3.2.

d) Le délai de prescription plus long de droit pénal (2^e phrase)

- 99** Aux termes de l'art. 25 al. 2, 2^e phrase, LPGA, si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, ce dernier est déterminant.
- 100** En l'absence d'un jugement pénal, il appartient à l'organisme d'assurance sociale d'examiner à **titre préjudiciel** si la créance en restitution dérive d'un acte pénalement punissable et les exigences de preuves sont alors les mêmes que dans une procédure pénale¹⁰⁷.
- 101** Entrent principalement en considération les infractions réprimées aux **art. 146 CP** («Escoquerie») et **87 LAVS** («Délits») lequel est applicable à l'assurance-invalidité par le renvoi de l'art. 70 LAI. Dans le domaine des prestations complémentaires s'applique l'art. 31 LPC («dispositions pénales»)¹⁰⁸.
- 102** Conformément à l'art. 87, 5^e paragraphe, LAVS, celui qui aura manqué à son obligation de communiquer au sens de l'art. 31 al. 1 LPGA sera puni d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, à moins qu'il ne s'agisse d'un crime ou d'un délit frappé d'une peine plus lourde.
- 103** Pour rappel, l'art. 31 al. 1 LPGA oblige l'ayant droit, ses proches ou les tiers auxquels une prestation est versée, de communiquer à l'assureur, ou selon les cas à l'organe compétent, toute modification importante des circonstances déterminantes pour l'octroi d'une prestation (art. 31 N 5). Pour qu'il y ait **violation de l'obligation de renseigner** au sens de l'art. 31 al. 1 LPGA, il faut un comportement fautif et, à cet égard, une légère négligence suffit déjà d'après la jurisprudence¹⁰⁹. En matière d'assurance-invalidité en particulier, l'art. 77 al. 1 RAI précise que l'ayant droit ou son représentant légal, ainsi que toute personne ou autorité à qui la prestation est payée, doit communiquer immédiatement à l'office AI tout changement important qui peut avoir des répercussions sur le droit aux prestations, en particulier les changements qui concernent l'état de santé, la capacité de gain ou de travail, la situation personnelle et éventuellement économique de l'assuré (N 147).
- 104** Le Tribunal fédéral a par exemple admis que les conditions objectives et subjectives de l'infraction visée à l'art. 87, 5^e paragraphe, LAVS, étaient réalisées et que le délai de péremption de plus longue durée prévu par le droit pénal, soit en l'occurrence sept ans (art. 97 al. 1 CP), était applicable, lorsqu'une personne assurée avait omis d'annoncer son augmentation de salaire alors qu'elle pouvait aisément se rendre compte que cette dernière était de nature à influencer son droit à des prestations de l'assurance-invalidité et que l'obligation d'annoncer tout changement de salaire figurait en toutes lettres dans la décision¹¹⁰.
- 105** Par ailleurs, la jurisprudence a souligné le fait que les délits réprimés par l'art. 87, 2^e et 3^e paragraphes, LAVS, selon lesquels celui qui élude l'obligation de payer des cotisations ou qui, en sa qualité d'employeur, verse des salaires dont il a déduit les cotisations qu'il

¹⁰⁷ Selon l'ATF 113 V 256, c. 4a, il incombait à la caisse de compensation AVS de le déterminer à titre préjudiciel. Dans l'ATF 138 V 74, c. 7, le TF a jugé que le principe «*in dubio pro reo*» devait en particulier être respecté.

¹⁰⁸ Voir, comme cas d'application, le TF, 14 juin 2017, 9C_680/2016, c. 2 et, pour la délimitation entre l'état de fait de l'art. 31 LPC de celui de l'escoquerie de l'art. 146 CP, l'ATF 140 IV 11 c. 2.4.6.

¹⁰⁹ ATF 112 V 97, c. 2a.

¹¹⁰ TF, 2. 11.2016, 9C_400/2016, c. 5.

utilise dans un autre but, n'étaient punissables que lorsque l'auteur du délit agissait intentionnellement conformément à l'art. 12 al. 1 CP¹¹¹.

Dans un cas concernant le versement indu de prestations complémentaires, en raison d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle qui n'avait pas été prise en compte, le Tribunal fédéral a jugé au regard de l'art. 16 al. 1 aLPC qu'il y avait lieu d'admettre avec une certitude suffisante que l'assuré était conscient du caractère incomplet des indications fournies dans le formulaire de demande de prestations complémentaires; en y apposant sa signature, il s'était tout au moins accommodé du fait que des prestations complémentaires auxquelles il n'avait pas droit lui seraient versées (dol éventuel)¹¹². **106**

e) La sauvegarde des délais

En droit public et en particulier en droit des assurances sociales, les délais de péremption sont en principe sauvegardés, comme en droit privé, par les **actes prévus à l'art. 135 CO**. Selon la jurisprudence, ces délais peuvent également être sauvegardés par de simples explications écrites par lesquelles la créance à l'égard du débiteur est invoquée d'une manière appropriée¹¹³. Dans chaque cas, il faudra ainsi faire valoir la restitution à l'égard de toutes les personnes et autorités concernées, et chiffrer le montant de la créance en restitution. **107**

Lorsque l'autorité a accompli l'acte conservatoire que prescrit la loi, le délai se trouve **sauvegardé une fois pour toutes**¹¹⁴. **108**

Par le passé, sous l'art. 47 aLAVS, la jurisprudence considérait que le délai de péremption d'un an était uniquement sauvegardé par une **décision**¹¹⁵. La doctrine considère toujours que les délais ne peuvent être sauvegardés que par une décision qui doit être rendue et notifiée correctement dans ces délais¹¹⁶, ce qui a été confirmé par la jurisprudence¹¹⁷. **109**

A partir de l'entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1987 de l'art. 73^{bis} aRAI, cette jurisprudence a été précisée pour donner au **préavis** les mêmes effets qu'une décision¹¹⁸. **110**

Par la suite, le Tribunal fédéral a également considéré que le délai de péremption était sauvegardé par un **acte préalable** par lequel l'institution d'assurance créancière faisait valoir de manière appropriée sa créance en restitution des prestations vis-à-vis du fournisseur de prestations débiteur, dans le cadre de l'assurance-maladie, et à défaut de procédure de conciliation obligatoire avant le dépôt d'une demande au tribunal¹¹⁹. **111**

D. La restitution des cotisations payées en trop

1. Le principe (al. 3, 1^{re} phrase)

L'art. 25 al. 3, 1^{re} phrase, LPGA prévoit que le remboursement de cotisations payées en trop peut être demandé. Cette disposition pose donc le principe du **recouvrement de la** **112**

111 ATF 113 V 256, c. 4c.

112 ATF 138 V 74, c. 5 à 8.

113 ATF 133 V 579, c. 4.3.1; ATF 87 I 411, c. 2; ATF 85 I 180, c. 3.

114 TF, 14.12.2009, 8C_616/2009, c. 3.1.

115 ATF 119 V 89, c. 4c.

116 LOCHER/GÄCHTER, § 43 N 13. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 25 N 65.

117 TF, 8.2.2011, 8C_699/2010, c. 2 et 5.1.

118 ATF 119 V 89, c. 3c; TF, 8.2.2011, 8C_699/2010, c. 2.

119 ATF 133 V 579, c. 4.

créance de cotisations indûment versées. Il s'appliquait déjà en droit des assurances sociales avant l'entrée en vigueur de la LPG; le remboursement des cotisations payées en trop était prescrit par les législations spéciales suivantes et la jurisprudence¹²⁰:

- dans l'assurance-vieillesse et survivants: aux art. 14 et 16 aLAVS (N 137);
- dans l'assurance-invalidité: à l'art. 3 aLAI (N 148);
- dans les allocations pour perte de gain: à l'art. 27 al. 3 aLAPG (N 152);
- dans l'assurance-chômage: à l'art. 6 aLACI (N 164);
- dans l'assurance-accidents: à l'art. 94 aLAA (N 167);
- dans les allocations familiales dans l'agriculture: à l'art. 18 al. 3 aLFA (N 177).

Depuis le 1^{er} janvier 2003, ce principe est désormais ancré dans la LPG et s'applique ainsi à tous les régimes pour lesquels cette loi est applicable et prévoit le prélèvement de cotisations.

- 113** Comme déjà indiqué (N 24), la notion de cotisation doit être comprise ici dans un sens large qui englobe toutes les contributions versées en contrepartie de l'assujettissement à un régime d'assurance sociale, en particulier les cotisations et les primes payées à ce titre.
- 114** Une restitution de cotisations indûment versées intervient lorsqu'il n'y a **plus d'obligation de payer des cotisations (le fondement légal n'existait pas ou n'existe plus) ou que des cotisations plus basses sont finalement dues**, notamment en cas de révision ou de reconsidération au sens de l'art. 53 LPG (art. 53 N 9).
- 115** La date de l'échéance en cas de restitution de cotisations indûment versées correspond au moment où le droit à la restitution existe, c'est-à-dire lorsque le fondement légal de l'obligation de verser des cotisations disparaît, peu importe que le créancier connaisse ou non son droit à la restitution¹²¹. A ce moment-là naît, conformément à l'art. 26 al. 1 LPG, l'obligation de verser des **intérêts rémunérateurs**.
- 116** Cette obligation de rembourser des cotisations a donné lieu à de la jurisprudence essentiellement dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants, qui peut être synthétisée comme suit:
- l'art. 16 al. 3 aLAVS (N 139) qui se référait à une «personne tenue de payer des cotisations» (c'est toujours le cas dans sa version actuelle) ne **concernait que les personnes assurées**. Les créances en restitution de cotisations indûment versées par des personnes qui n'étaient pas tenues de cotiser ne se fondaient pas sur cette disposition et l'obligation de l'institution d'assurance de rembourser les cotisations qu'elle avait encaissées sans droit découlait, dans un tel cas, des principes de la légalité de l'activité administrative et de la bonne foi. Le Tribunal fédéral des assurances avait jugé que la bonne foi de l'intéressée devait être protégée, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de lui restituer les cotisations litigieuses qui devaient être reconnues formatrices de rentes¹²² (N 144);
- 117** – **le salarié dispose vis-à-vis de la caisse de compensation d'un droit direct au remboursement** de cotisations payées en trop sur la base de l'art. 41 RAVS (N 143). Cette disposition s'écarte explicitement de l'art. 25 al. 3 LPG. Selon l'art. 14 al. 1 LAVS, il incombe à l'employeur de prélever les cotisations et celui-ci agit à la fois comme co-débiteur et représentant du travailleur pour l'exécution de cette dette. Il n'en va pas autrement dans l'assurance-accidents à l'art. 91 al. 3 LAA. Un droit de restitution

120 ATF 110 V 145, c. 4a.

121 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 25 N 33.

122 ATF 110 V 145, c. 4.

n'appartient pas seulement à l'employeur, mais aussi au travailleur et ce dernier peut le faire valoir directement envers l'assureur, parce qu'il existe un rapport matériel d'assurance entre l'assureur et le travailleur assuré et que l'employeur agit uniquement comme payeur de primes pour des motifs administratifs¹²³;

- lors d'un **changement de statut de cotisant**, la jurisprudence a distingué le cas des rémunérations sur lesquelles des cotisations avaient été prélevées, de celui des rémunérations qui n'avaient pas encore fait l'objet d'une décision. Dans le premier cas, il fallait examiner **si les conditions de la reconsidération ou de la révision étaient réalisées** et si la modification du statut de cotisant avait le cas échéant un **effet rétroactif**. En ce qui concerne la part des rémunérations au sujet desquelles **aucune décision** n'avait été rendue, la question du statut de cotisant devait être librement examinée et le changement intervenait avec un **effet pour l'avenir**. Dans les cas limites, il fallait observer une certaine retenue¹²⁴. Dans la mesure où il ne s'agissait pas d'un problème juridique dogmatique, mais lié au système, la caisse de compensation compétente pour déterminer le statut de cotisant devait être consultée avant de procéder à un changement rétroactif¹²⁵.

2. Les délais de prescription (al. 3, 2^e phrase)

Selon l'art. 25 al. 3, 2^e phrase, le droit au remboursement de cotisations payées en trop s'éteint une année après que le cotisant a eu connaissance de ses paiements trop élevés, mais au plus tard cinq ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle les cotisations ont été payées. Il s'agit là de délais échelonnés pour le recouvrement de créances de cotisations, et **non** de délais **pour l'exercice de la créance** de cotisations, lequel est prévu à l'art. 24 (art. 24 N 2 et 39). Cette règle est inspirée de l'art. 16 al. 2 aLAVS (N 138).

Ce sont des délais de **péremption** qui se réfèrent à chacun des versements¹²⁶. Dans son message du 5 mai 1953, le Conseil fédéral relevait à propos de cette règle, qui était alors prévue dans le cadre de l'assurance-vieillesse et survivants à l'art. 16 aLAVS, qu'un point final devait être mis à un certain rapport d'obligation entre l'assurance et un débiteur de cotisations, au terme d'une certaine durée, pour des motifs de sécurité juridique et de considérations de technique administrative. Il avait ainsi prévu que l'échéance des délais avait pour effet l'extinction du droit et de l'obligation¹²⁷. Le législateur estimait en effet que, s'il s'agissait d'une simple prescription au sens du droit civil, elle aurait pour conséquence que la caisse de compensation ne pourrait plus exercer sa créance, tandis que l'assuré pourrait, à sa discrétion, peser les avantages et les inconvénients du paiement de sa cotisation. Or, accorder une telle possibilité de disposer aurait été de son point de vue contraire au caractère de droit public, et partant impératif, du régime de l'assurance.

Par ailleurs, le Conseil fédéral avait décidé de **réglementer la question des délais sous une forme aussi simple et précise que possible**, en dépit de la multiplicité des problèmes. Il envisageait donc de prévoir deux délais distincts et, dans l'hypothèse où des cotisations auraient été soustraites à la perception à l'occasion d'un acte punissable contre lequel l'action pénale se prescrivait par un délai supérieur à cinq ans, ce délai était considéré comme déterminant.

123 ATF 138 V 463, c. 4.

124 ATF 121 V 1, c. 5b et 6.

125 ATF 122 V 169, c. 4.

126 ATF 127 V 209, c. 1c; ATF 119 V 298, c. 4a.

127 FF 1953 II 73, 113.

- 122** Pour les *dies a quo* des délais relatif et absolu ainsi que la sauvegarde de ces délais, les considérations relatives à la restitution des prestations indues valent par analogie (N 89, 96 et 107).
- 123** Les cotisations non éteintes au moment de l'ouverture du droit à la rente peuvent être le cas échéant compensées; selon le législateur, les cotisations formatrices du droit à la rente doivent être acquittées par voie de **compensation** sans aucune restriction¹²⁸.
- 124** En cas de cotisations versées en trop par une personne non assurée, la jurisprudence avait considéré qu'un délai absolu de préemption de **dix ans** s'appliquait¹²⁹, puisqu'il y avait une lacune dans l'ancienne législation en matière d'assurance-vieillesse et survivants qui prévalait avant l'adoption de l'art. 25 al. 3 LPGA (N 144).

E. Les liens avec d'autres dispositions

1. Les lois spéciales sur les assurances sociales soumises à la LPGA

- 125** Le but de l'introduction de l'art. 25 LPGA était d'uniformiser des normes et pratiques semblables dans les assurances sociales en matière de restitution de prestations indûment touchées, de remise et de prescription de créances en restitution (N 14). Cette disposition a nécessité les **adaptations des lois spéciales** ci-après.
- 126** – Dans l'**assurance-vieillesse et survivants**, l'art. 47 aLAVS relatif à la restitution de rentes indûment touchées occupait une **place centrale** en droit des assurances sociales avant l'entrée en vigueur de la LPGA, dans la mesure où des lois spéciales et la jurisprudence s'y référaient pour régler la répétition de l'indu dans d'autres régimes. Cette disposition dont s'est largement inspiré l'art. 25 LPGA prescrivait depuis l'entrée en vigueur de la LAVS ce qui suit: «¹Les rentes indûment touchées doivent être restituées. La restitution peut ne pas être demandée lorsque l'intéressé était de bonne foi et serait mis dans une situation difficile. ²Le droit de demander la restitution se prescrit par une année à compter du moment où la caisse de compensation a eu connaissance du fait, mais au plus tard par cinq ans après le paiement de la rente. Si le droit de demander restitution naît d'un acte punissable pour lequel la loi pénale prévoit un délai de prescription plus long, ce délai est déterminant. ³Le Conseil fédéral réglera la procédure». La jurisprudence avait précisé qu'il s'agissait à l'alinéa 2 de délais de **préemption**¹³⁰.
- 127** L'art. 78 aRAVS obligeait la caisse de compensation à ordonner la restitution, si elle apprenait qu'une personne (ou son représentant légal à sa place) avait perçu une rente à laquelle elle n'avait pas droit ou une rente d'un montant trop élevé, et le tiers ou l'autorité à restituer en cas de perception d'un tel montant, tout en réservant la prescription prévue à l'art. 47 al. 2 aLAVS.
- 128** En ce qui concerne la remise de l'obligation de restituer, l'art. 79 aRAVS précisait, à son alinéa 1, que lorsqu'une personne tenue à restitution (ou son représentant légal) pouvait de bonne foi admettre avoir le droit de toucher les rentes, il devait lui être fait remise de l'obligation de restituer tout ou partie du montant indûment touché, si cette restitution devait la mettre dans une situation difficile en raison de ses conditions d'existence (N 11 et 74).

128 FF 1953 II 73, 113.

129 ATF 127 V 209, c. 1b; ATF 110 V 145, c. 4a.

130 ATF 119 V 431, c. 3a.

La restitution devait donc être accordée lorsque les conditions cumulatives de l'art. 47 al. 2, 2^e phrase, aLAVS étaient remplies, malgré l'utilisation du terme «peut» dans cette disposition (N 57). 129

Les autorités auxquelles les rentes avaient été versées ne pouvaient se prévaloir de la condition de la situation difficile. Cette notion avait été précisée aux alinéas 1^{bis} et 1^{er} par référence à la législation sur les prestations complémentaires. L'alinéa 1^{quater} en vigueur à partir du 1^{er} janvier 1997¹³¹ prévoyait qu'en cas de bonne foi, la restitution ne pouvait être demandée, lorsque la créance en restitution n'était pas plus élevée que le montant de la demi-rente annuelle minimale et ce, indépendamment de l'existence d'une charge trop lourde, mais cet alinéa a été jugé contraire au droit par le Tribunal fédéral des assurances et abrogé en 2000¹³² (N 74). 130

Il incombait à la caisse de compensation de décider de la remise, sur demande écrite et motivée de la personne tenue à restitution dans les trente jours suivant la notification de la décision en restitution¹³³, à moins que les conditions aient été manifestement remplies, auquel cas la caisse pouvait décider d'office. 131

Ces dispositions étaient également applicables par analogie à la réclamation et à la restitution des allocations pour impotent selon l'art. 79^{er} aRAVS. Selon la doctrine, l'allocation unique de veuve de l'art. 24 aLAVS et l'allocation de secours en faveur des ressortissants suisses à l'étranger de l'art. 92 aLAVS étaient considérées comme des rentes en cas de versement indu, et sujettes comme telles à la restitution¹³⁴. 132

Un problème particulier s'est posé en relation avec la dixième révision de l'assurance-vieillesse et survivants: en raison de l'introduction du droit individuel à la rente pour chaque conjoint et du *splitting*, un des conjoints pouvait recevoir un paiement arriéré, alors que l'autre pouvait devoir rembourser une partie de sa rente compte tenu du plafonnement des deux rentes à 150% de la rente maximum, ce qui obligeait l'institution d'assurance à réclamer des montants qui se chiffraient globalement en millions de francs. C'est la raison pour laquelle l'art. 25 al. 1, 2^e phrase, LPGA a finalement prévu deux conditions pour bénéficier de l'exception à l'obligation de restituer, alors qu'il avait été initialement envisagé de supprimer la condition que l'assuré soit mis dans une situation difficile¹³⁵ (N 13). 133

L'art. 47 aLAVS a été supplanté par l'art. 25 LPGA et **abrogé** avec effet au 1^{er} janvier 2003. Alors que l'art. 47 aLAVS envisageait uniquement la restitution de rentes de l'assurance-vieillesse et survivants, l'art. 25 al. 1, 1^{re} phrase, LPGA prévoit désormais la restitution de toute prestation, ce qui englobe l'ensemble des prestations de l'assurance-vieillesse et survivants, qu'elles soient en espèces ou en nature (N 22). Les **art. 78 et 79 aRAVS** ont également été abrogés par la LPGA¹³⁶. 134

En revanche, l'art. 77 RAVS continue de régler la **réclamation de rentes non touchées**, en prévoyant le droit pour celui qui n'a pas perçu la rente à laquelle il avait droit ou reçu une rente inférieure à celle à laquelle il pouvait prétendre de réclamer le paiement de son dû à la caisse de compensation, sous réserve de la prescription prévue 135

131 RO 1996 668.

132 ATF 126 V 48, c. 3.

133 Il s'agissait d'un délai d'ordre (ATF 110 V 25, c. 2).

134 KELLER, 156.

135 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4223.

136 RO 2002 3710.

à l'art. 46 LAVS. La caisse de compensation qui l'apprend doit payer le montant arriéré (al. 2).

- 136 Conformément à l'art. 79^{bis} RAVS relatif aux **créances en restitution irrécouvrables**, la caisse de compensation doit déclarer irrécouvrables les rentes à restituer, lorsque les poursuites sont restées sans effet ou demeureraient manifestement infructueuses, et que la dette ne peut être amortie par compensation. Si le débiteur revient à meilleure fortune, le paiement des montants déclarés irrécouvrables doit néanmoins être exigé. Ces deux dispositions sont applicables par analogie aux **allocations pour impotent**, aux termes de l'art. 79^{ter} RAVS.
- 137 **En ce qui concerne les cotisations**, la LPGa a également entraîné une modification des art. 14 et 16 aLAVS. Avant 2003, l'art. 14 al. 4 aLAVS prévoyait une compétence du Conseil fédéral pour la réclamation des cotisations non payées et la restitution de celles qui avaient été versées indûment. Depuis lors, l'art. 14 al. 4 let. c LAVS prévoit une compétence du Conseil fédéral en matière de «paiement *a posteriori* de cotisations non versées».
- 138 Selon l'art. 16 al. 2 aLAVS dans sa première version, le droit à restitution de cotisations versées indûment se prescrivait par un an dès que la personne tenue de payer des cotisations avait eu connaissance du fait, et dans tous les cas par cinq ans dès le paiement¹³⁷. Cet alinéa 2 était devenu l'alinéa 3 de l'art. 16 aLAVS avec la deuxième révision de l'assurance-vieillesse et survivants¹³⁸.
- 139 Dans le cadre de la 8^e révision de l'assurance-vieillesse et survivants, l'art. 16 al. 3 aLAVS avait ensuite été modifié¹³⁹. En effet, le Conseil fédéral avait considéré que la réglementation pouvait, à cause des différents **dies a quo des délais**, avoir pour effet que l'employeur dût payer des cotisations paritaires arriérées pour une certaine année, sans pouvoir se faire rétrocéder les cotisations versées à tort pour la même année, son droit de réclamer une telle restitution étant déjà prescrit. Afin d'éliminer une telle disparité, le point de départ du délai de cinq ans pour l'exercice du droit de réclamer la restitution des cotisations indues avait ainsi été fixé d'une manière analogue à celui du délai de cinq ans pour la réclamation des cotisations arriérées¹⁴⁰.
- 140 De plus, cette disposition avait été complétée pour tenir compte, dans certains cas, de la procédure de **taxation** en matière d'impôt pour la défense nationale. Lorsque des personnes morales versaient des cotisations paritaires sur des prestations ultérieurement incluses dans le rendement soumis à cet impôt, les cotisations ainsi payées étaient en réalité indues. Or, il pouvait arriver que la taxation de l'impôt pour la défense nationale fût effectuée seulement à un moment où le délai de prescription de cinq ans prévu pour la demande de restitution des cotisations indues était déjà échu. De ce fait, il avait été prévu à l'art. 16 al. 3 aLAVS que le droit de réclamer la rétrocession des cotisations indues se prescrivait seulement au bout d'un an à compter du moment où la taxation de l'impôt fédéral précité était en force¹⁴¹.

137 FF 1946 II 353, 550; RO 1947 281, 457.

138 FF 1953 II 73, 150.

139 FF 1971 II 1057, 1175.

140 FF 1971 II 1057, 1126.

141 FF 1971 II 1057, 1127.

A partir de l'entrée en vigueur de la LPGA¹⁴², cette disposition s'est référée à l'impôt fédéral direct sur le bénéfice net des personnes morales et le droit à restitution a été stipulé prescrit, **en dérogation à l'art. 25 al. 3 LPGA**, par **un an** à compter du moment où la taxation relative à l'impôt était passée en force, dans le cas de cotisations paritaires versées sur des prestations soumises à l'impôt fédéral direct sur le bénéfice net des personnes morales. Le législateur a estimé nécessaire de poser une règle de péremption particulière qui s'écartait de l'art. 25 LPGA pour que les aspects fiscaux continuent à pouvoir être pris en compte en relation avec la détermination des montants effectivement dus dans l'assurance-vieillesse et survivants¹⁴³. Il a expressément voulu maintenir des délais échelonnés: l'un pour l'exercice de la créance de cotisations à l'art. 24 LPGA et l'autre pour le recouvrement de cette créance à l'art. 25 al. 3 LPGA¹⁴⁴ (N 112).

Dans le contexte de l'amélioration de la mise en œuvre de la LAVS au 1^{er} janvier 2012, des précisions rédactionnelles ont été apportées ainsi que la deuxième phrase ci-après: «S'il s'agit de **cotisations visées aux art. 6, al. 1, 8, al. 1, et 10, al. 1**, le délai n'échoit dans tous les cas, **en dérogation à l'art. 25, al. 3, LPGA**, qu'un an après la fin de l'année civile au cours de laquelle la taxation fiscale déterminante est entrée en force»¹⁴⁵. Comme l'a souligné le Conseil des Etats¹⁴⁶, la collaboration des caisses de compensation avec les autorités fiscales requerrait l'adoption d'une norme particulière s'agissant des cotisations des assurés ayant une activité indépendante ou sans activité lucrative¹⁴⁷.

L'art. 41 RAVS réserve la prescription prévue à l'art. 16 al. 3 LAVS en cas de réclamation de cotisations perçues en trop formée par celui qui a payé des cotisations qu'il ne devait pas à l'encontre de la caisse de compensation¹⁴⁸ et il s'écarte en cela de l'art. 25 al. 3 LPGA. L'art. 16 al. 3 LAVS trouve également application pour la restitution des cotisations lorsque le statut de cotisant change¹⁴⁹.

Ne sont en revanche **pas visées** à l'art. 16 al. 3 LAVS les **cotisations de personnes qui ne sont pas tenues de cotiser**. Le Tribunal fédéral des assurances a précisé que l'art. 16 al. 3 LAVS ne trouvait pas application lorsqu'il s'agissait de cotisations payées à tort par des personnes non assujetties à l'assurance-vieillesse et survivants et que la jurisprudence avait donc dû prévoir un délai pour combler cette lacune de la loi¹⁵⁰. Dans ces cas, la créance en restitution est soumise à un délai de prescription absolue de **dix ans** par analogie avec le droit civil, un délai plus long étant réservé en cas d'abus de droit¹⁵¹. En l'espèce, une ressortissante française avait fait valoir qu'une restitution de ces cotisations lèserait gravement ses intérêts en créant rétroactivement une

142 Selon le ch. 7 de l'annexe à la LPGA.

143 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4415.

144 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 276.

145 FF 2011 519.

146 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 276.

147 Il s'agit également des cotisations des assurés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations.

148 Dans ce cas, le salarié dispose vis-à-vis de la caisse de compensation d'un droit direct au remboursement des cotisations payées en trop (ATF 138 V 463, c. 4).

149 KIESER (ATSG-Kommentar, art. 25 N 85) exclut ici l'application de l'art. 16 al. 1 LAVS dont le délai correspond à celui de l'art. 16 al. 3 LAVS. Selon cet auteur, le délai de l'art. 16 al. 3 LAVS limite le changement avec un effet rétroactif du statut de cotisant.

150 ATF 110 V 145, c. 4a; ATF 97 V 144.

151 ATF 101 V 180, c. 1b; ATF 97 V 144.

lacune de cotisations et elle avait excipé de sa bonne foi pour demander que ces cotisations ne fussent pas remboursées, mais reconnues formatrices de rentes. Le Tribunal fédéral des assurances avait admis qu'elle remplissait les conditions posées pour que les renseignements erronés qui lui avaient été donnés par l'administration obligeassent cette dernière conformément au principe de la bonne foi régissant les rapports entre administration et administrés. Il avait alors examiné la question de savoir si le principe de la légalité devait l'emporter sur le principe de la bonne foi, c'est-à-dire si les cotisations non prescrites devaient être restituées ou si, au contraire, elles pouvaient devenir formatrices de rentes. En l'occurrence, le Tribunal fédéral des assurances a considéré que la bonne foi de l'intéressée devait être protégée et que les cotisations litigieuses devaient par conséquent être reconnues formatrices de rentes. Il a rappelé que la créance en restitution de cotisations indûment versées par une personne qui n'était pas tenue d'en payer ne se fondait, en réalité, pas sur l'art. 16 al. 3 LAVS, mais que l'obligation de l'administration de rembourser des cotisations qu'elle avait encaissées sans droit découlait, dans un tel cas, des principes de la légalité de l'activité administrative et de la bonne foi.

- 145** – Dans l'**assurance-invalidité**, l'**art. 49 aLAI**, qui prévoyait l'application par analogie de l'art. 47aLAVS à la restitution de prestations indûment versées¹⁵², a été **abrogé** lors de l'entrée en vigueur de la LPGA¹⁵³.
- 146** Une modification des prestations dans le cadre de l'assurance-invalidité intervenait en principe avec effet *ex nunc* et *pro futuro* selon l'art. 85 al. 2 aRAI. Une telle modification avait toutefois un effet rétroactif en cas de violation de l'obligation d'annoncer selon l'art. 77 aRAI, conformément aux art. 85 al. 2 et 88^{bis} al. 2 let. b aRAI¹⁵⁴, ce qui engendrait une obligation de restituer les prestations versées en trop. La question s'est posée de savoir comment s'articulaient les deux groupes de normes sur la restitution, contenus respectivement dans l'assurance-vieillesse et survivants et dans l'assurance-invalidité (N 50). Cette question a été résolue par la jurisprudence de la manière suivante¹⁵⁵: les termes «par analogie» figurant à l'art. 49 aLAI permettaient de tenir compte, d'une part, des aspects comparables à ceux de l'assurance-vieillesse et survivants, c'est-à-dire une adaptation des prestations rétroactive, et, d'autre part, des aspects spécifiques à l'assurance-invalidité, à savoir le principe de l'adaptation des prestations avec effet *ex nunc* (N 52) sous réserve d'une violation de l'obligation d'annoncer (N 53).
- 147** A l'art. 88^{bis} al. 2 RAI, il s'agit toujours de **modifications *ex nunc*** pour les rentes, allocations pour impotent et contributions d'assistance et à l'art. 85 al. 2 RAI pour les autres prestations. Tenant compte de la jurisprudence susmentionnée, ces modifications devraient toutefois avoir un **effet rétroactif en cas de violation de l'obligation d'annoncer au sens de l'art. 77 RAI**¹⁵⁶ (N 52 et 103).

152 FF 1959 I 1511, 1525.

153 RO 2002 3371, 3409.

154 ATF 119 V 431, c. 2.

155 ATF 119 V 431, c. 2.

156 Avant la modification au 1^{er} janvier 2015 de l'art. 88^{bis} al. 2 let. b RAI (RO 2014 3177), la jurisprudence considérait que cette disposition supposait un lien de causalité entre le comportement à sanctionner (la violation de l'obligation d'annoncer) et le dommage causé (la perception de prestations indues) pour que l'autorité puisse supprimer avec effet rétroactif des prestations d'invalidité (TF, 2.11.2016, 9C_400/2016, c. 6; ATF 119 V 431, c. 4a; ATF 118 V 239, c. 3b).

- Pour les cotisations**, les art. 14 à 16 aLAVS étaient également applicables par analogie selon l'art. 3 aLAI. Ce point a fait l'objet, depuis l'introduction de la LPGA, d'un alinéa 2 à l'art. 3 LAI, qui précise en outre que les cotisations sont perçues sous la forme d'un supplément aux cotisations de l'assurance-vieillesse et survivants¹⁵⁷. Il mentionne expressément que les art. 11 et 14 à 16 LAVS, y compris les dérogations à la LPGA, sont applicables par analogie. **148**
- Dans les **prestations complémentaires**, avant la LPGA, l'art. 3a al. 7 let. f aLPC prévoyait une compétence du Conseil fédéral pour la restitution de prestations, dans la mesure où la LPC ne déclarait pas les cantons compétents en la matière¹⁵⁸. Selon l'art. 27 aOPC-AVS/AI, les prestations complémentaires indûment touchées devaient être restituées par le bénéficiaire ou par ses héritiers; les prescriptions de la LAVS étaient applicables par analogie à la restitution de telles prestations et à la libération de l'obligation de les restituer. **149**
- Depuis 2003, cette compétence du Conseil fédéral en matière de restitution de prestations n'est **plus mentionnée à l'art. 3a al. 7 let. f LPC et l'art. 27 OPC-AVS/AI a été également partiellement abrogé**. Cette matière est donc régie désormais par l'art. 25 LPGA¹⁵⁹. **150**
- L'art. 25 OPC-AVS/AI règle les effets des **modifications des prestations complémentaires annuelles** qui peuvent engendrer une obligation de restitution. Dans deux arrêts du 30 avril 1996, le Tribunal fédéral des assurances a apporté les précisions suivantes à la lumière de l'art. 47 aLAVS: **151**
- en cas d'application de l'art. 25 al. 2 let. c et d aOPC-AVS/AI¹⁶⁰, la décision en restitution a un effet *ex nunc et pro futuro*, de sorte que l'assuré n'est **pas tenu à restitution à moins qu'il ait violé son obligation de renseigner**¹⁶¹;
 - dans le cas où une caisse calcule le revenu déterminant, en ignorant l'existence d'une créance de l'assuré envers sa caisse de pensions, et doit donc procéder à un nouveau calcul *ex tunc*, qui a pour conséquence que l'assuré doit restituer des prestations complémentaires indûment versées, cette obligation de restituer et son étendue dans le temps ne sont pas liées à une violation de l'obligation de renseigner. Il s'agit simplement de rétablir l'ordre légal, après la découverte d'un fait nouveau, et l'art. 25 al. 2 let. c et d aOPC-AVS/AI ne s'applique pas. **L'art. 27 aOPC-AVS/AI fonde alors l'obligation de restituer**¹⁶².
- Dans les **allocations pour perte de gain, l'art. 27 al. 3 aLAPG concernant les cotisations a été adapté** suite à l'entrée en vigueur de la LPGA et il prévoit l'application par analogie des règles de l'AVS. **152**

Cette condition n'est désormais plus requise compte tenu du texte clair de l'art. 88^{bis} al. 2 let. b RAI.

157 RO 2002 3371, 3404.

158 L'art. 6 aOPC-AVS/AI prévoyait que les cantons réglaient la procédure relative à la restitution des PC et informaient de manière adéquate les ayants droit potentiels. Cette disposition a été abrogée avec effet au 1^{er} janvier 1997 (RO 1996 695).

159 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4451.

160 Ces dispositions réservaient expressément l'art. 27 lorsque l'obligation de renseigner avait été violée. Voir leur teneur d'alors à l'ATF 122 V 134, c. 2a. Depuis l'adoption de l'art. 25 LPGA, l'art. 25 al. 2 let. c et d *i.f.* OPC-AVS/AI prévoit que la créance en restitution est réservée lorsque l'obligation de renseigner a été violée.

161 ATF 122 V 134, c. 2b.

162 ATF 122 V 134, c. 2e.

- 153** Pour la restitution de prestations, l'art. 25 al. 1 et 2 LPGA s'applique, suite à l'**abrogation de l'art. 20 aLAPG**¹⁶³. Cette disposition prévoyait que les allocations indûment touchées devaient être restituées. La restitution pouvait ne pas être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et aurait été mis dans une situation difficile. Le droit d'exiger la restitution se prescrivait par une année à compter du moment où la caisse de compensation avait eu connaissance du fait, mais au plus tard par cinq ans à compter du paiement de l'allocation, sauf si ce droit naissait d'un acte punissable pour lequel la loi pénale prévoyait un délai de prescription plus long qui était alors déterminant.
- 154** Une compétence était donnée au Conseil fédéral pour régler la procédure¹⁶⁴, ce dont il avait fait usage à l'art. 23 aRAPG comme suit: «¹Les allocations touchées à tort doivent être restituées: a. Par la personne qui fait du service lorsqu'elles lui ont été payées personnellement ou l'ont été à des proches agissant sur son ordre ou par procuration; b. Par la personne entretenue dans les cas de l'art. 19, al. 2, let. b, LAPG; c. Par l'employeur dans les cas de l'art. 19, al. 2, let. c, LAPG. ²Si la personne tenue à restitution conteste cette mesure ou si elle demande la remise de cette obligation, les art. 78 et 79 RAVS sont applicables par analogie. En dérogation à l'art. 79 al. 1^{quater} RAVS, la remise en cas de bonne foi est accordée d'office lorsque le montant à restituer ne dépasse pas au total 50% du montant maximal de l'allocation totale selon l'art. 16a LAPG. Pour les créances en restitution qui sont irrécouvrables, l'art. 79^{bis} RAVS est applicable».
- 155** **L'art. 23 aRAPG a été partiellement abrogé** lors de l'entrée en vigueur de la LPGA et a rendu depuis lors l'art. 79^{bis} RAVS applicable aux créances en restitution irrécouvrables¹⁶⁵. Cette règle a été reprise à l'art. 40 du Règlement sur les allocations pour perte de gain du 24 novembre 2004 qui s'applique désormais¹⁶⁶. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que l'employeur qui versait le salaire à l'assuré durant son service civil pouvait être tenu à restitution des allocations pour perte de gain perçues en trop¹⁶⁷ (N 40).
- 156** – Dans l'**assurance-chômage**, plusieurs normes réglaient dans ce régime la restitution de prestations et elles ont été modifiées à l'entrée en vigueur de la LPGA.
- 157** Auparavant, l'art. 95 aLACI prévoyait ce qui suit: «¹La caisse est tenue d'exiger du bénéficiaire la restitution des prestations de l'assurance auxquelles il n'avait pas droit. Elle exige de l'employeur la restitution de l'indemnité allouée en cas de réduction de l'horaire de travail ou d'intempéries quand cette indemnité a été versée à tort. Lorsque l'employeur est responsable de l'erreur, il ne peut exiger de ses travailleurs le remboursement de l'indemnité. ²Si le bénéficiaire des prestations était de bonne foi en les acceptant et si leur restitution devait entraîner des rigueurs particulières, on y renoncera, sur demande, en tout ou partie. La caisse soumettra le cas à l'autorité cantonale qui statuera. ³Il en va de même pour l'organe de compensation qui exigera la restitution des prestations qu'il a versées à tort. Il statue sur les demandes de remise. ⁴Le droit de répétition se prescrit une année après que l'organe qui a payé a eu connaissance des faits, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Lorsque le droit de répétition découle d'un délit pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant» (N 97).

163 RO 2002 3371, 3439.

164 FF 1951 III 305, 384.

165 RO 2002 3942.

166 RS 834.11.

167 ATF 142 V 43, c. 3.1 et 3.2.

A propos de cette disposition, la Commission compétente du Conseil des Etats avait souligné le fait que la caisse de compensation devait être tenue d'exiger, dans les limites de l'art. 25 al. 1 et 2 LPGA, la restitution de prestations auxquelles le bénéficiaire n'avait pas droit¹⁶⁸. Le Conseil des Etats avait voulu supprimer, à l'art. 95 al. 3 LACI, la réglementation de la remise. La Commission du Conseil national avait toutefois considéré que la réglementation du remboursement prévue à l'art. 25 LPGA n'excluait pas systématiquement les remises et qu'il n'y avait donc aucune raison de supprimer ce point; la demande de restitution prévue par la LACI représentait en somme une transposition de l'art. 25 al. 1 LPGA¹⁶⁹.

Depuis l'entrée en vigueur de la LPGA, **l'art. 95 LACI prévoit que les organes de l'assurance-chômage sont tenus de réclamer la restitution de l'indu**. A son alinéa 1, il contient un renvoi à l'art. 25 LPGA, **sauf pour les cas relevant de l'art. 55 LACI**¹⁷⁰. Par cette technique de renvoi, la règle de l'art. 25 LPGA s'applique désormais à **toutes les prestations** de la LACI, même celles exclues du champ d'application de la LPGA par l'art. 1 al. 3 LACI (les subventions pour les mesures collectives relatives au marché du travail)¹⁷¹. L'art. 95 al. 2 et 3 LACI règle la question de la restitution de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail ou d'intempéries, en maintenant pour l'essentiel la réglementation qui existait auparavant. En cela, cette disposition représente une concrétisation de l'art. 25 LPGA¹⁷².

L'art. 85 al. 1 let. e aLACI prescrivait que les autorités cantonales statuaient sur les cas qui leur étaient soumis par les caisses en vertu des art. 81 al. 2 et 95 al. 2. Comme l'alinéa 2 est devenu l'alinéa 3 de l'art. 95 LACI avec l'entrée en vigueur de la LPGA, la question de savoir si le bénéficiaire de prestations indues remplit les conditions pour être libéré de l'obligation de restitution doit ainsi être **examinée par les autorités cantonales** lorsqu'elles statuent sur les demandes de remise des prestations exigées en restitution par les caisses.

Conformément à l'art. 55 al. 2 aLACI, le travailleur était tenu de rembourser l'indemnité, lorsque sa créance en salaire n'était pas admise lors de la faillite ou de la saisie, n'était pas couverte à la suite d'une faute intentionnelle ou d'une négligence grave de sa part ou encore que l'employeur avait honoré la créance ultérieurement.

Cette **règle spécifique à la LACI pour les cas d'insolvabilité** a été conservée et l'art. 55 al. 2 LACI prévoit dans ce sens une dérogation à l'art. 25 al. 1 LPGA, puisque le remboursement est indépendant de l'éventuelle mauvaise foi du travailleur¹⁷³.

Dans un arrêt du 20 juin 2011, le Tribunal fédéral a précisé, au sujet de la prétention en restitution d'une indemnité de chômage allouée en vertu de l'art. 29 al. 1 LACI, que

168 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 217.

169 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4396.

170 Voir ATF 142 V 162 concernant la restitution d'indemnités journalières LACI versées à tort (revenus réalisés à l'étranger non pris en compte comme gain intermédiaire, frais de voyage et d'hébergement non déductibles à titre de dépenses professionnelles). Voir également l'ATF 142 V 448 dans un cas où des indemnités journalières LACI avaient été perçues indûment en raison de l'allocation à titre rétroactif d'indemnités journalières LCA en cas de maladie. Ces dernières doivent être déduites de l'indemnité de chômage selon l'art. 28 al. 2 LACI et les prestations chômage indûment perçues peuvent être réclamées en vertu de l'art. 95 al. 1 LACI, selon le TF.

171 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4400.

172 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4400.

173 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4394.

la subrogation au sens de l'art. 29 al. 2 LACI ne conférerait pas à la caisse de chômage une prétention en restitution contre l'assuré, mais contre l'ancien employeur. Les prestations de la caisse de chômage allouées en conformité avec l'art. 29 al. 1 LACI n'avaient pas été indûment perçues et ne pouvaient donc pas être réclamées en vertu des art. 95 al. 1 LACI et 25 al. 1 LPGA. La réglementation particulière de la restitution de l'indemnité en cas d'insolvabilité prévue   l'art. 55 al. 2 LACI ne pouvait **pas être appliqu e par analogie à la réclamation de l'indemnité de chômage** allouée selon l'art. 29 al. 1 LACI¹⁷⁴.

- 164** En ce qui concerne les **cotisations**, l'art. 6 LACI prévoit l'application par analogie de la législation sur l'AVS, y compris ses dérogations à la LPGA et le RAVS.
- 165** – Dans l'**assurance-accidents**, l'art. 25 LPGA a conduit à l'**abrogation de l'art. 52 aLAA**¹⁷⁵ qui traitait de la restitution des prestations indues et qui s'inspirait de l'art. 47 aLAVS¹⁷⁶.
- 166** Avant l'entrée en vigueur de la LPGA, l'**art. 67 aOLAA** réglait comme suit la répétition des prestations: «¹Sont astreints à restitution le bénéficiaire de prestations ind mment touch es, ses héritiers, ainsi que les tiers ou autorités auxquels elles ont été versées en vertu de l'art. 63. ²L'assuré n'est pas astreint à restitution lorsqu'un autre assureur doit allouer les prestations. Dans ce cas, la créance en restitution est adress e à cet autre assureur. ³Lorsque l'assuré astreint à restitution ou son représentant légal pouvait supposer en toute bonne foi qu'il avait reçu les prestations à bon droit, l'assureur doit renoncer à tout ou partie de la restitution si elle met l'intéressé dans une situation difficile. Les autorités qui ont reçu les prestations en vertu de l'art. 63 ne peuvent se prévaloir d'une telle situation. ⁴Dans la décision en restitution, l'assureur signale la possibilité d'une remise. Celle-ci est accord e à la demande écrite de la personne astreinte à restitution. La demande d mment motiv e doit être accompagn e des pièces nécessaires et d pos e dans les 30 jours à compter de la notification de la décision en restitution. ⁵L'assureur peut renoncer de lui-même   tout ou partie de la restitution, lorsque les conditions prévues à l'al. 3 sont manifestement remplies». Cette disposition a été **abrog e**   l'entrée en vigueur de la LPGA¹⁷⁷ et l'art. 2 al. 3 OPGA règle depuis lors le droit de l'assureur à la restitution.
- 167** Concernant les **primes**, la réglementation de l'art. 94 aLAA¹⁷⁸ recouvrait celle de la LPGA, de telle sorte qu'une suppression sans remplacement a été op r e¹⁷⁹.

174 ATF 137 V 362, c. 4.

175 L'art. 52 aLAA en vigueur avant l'adoption de la LPGA prévoyait ce qui suit: «¹Les prestations ind mment touch es doivent être restitu es. L'assureur doit renoncer à la répétition si le bénéficiaire était de bonne foi et que la restitution le mette dans une situation difficile. ²Le droit de répétition se prescrit par un an à compter du jour où l'assureur a eu connaissance du fait, mais au plus tard par cinq ans dès le paiement de la prestation. Si le droit de demander restitution naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit une prescription plus longue, celle-ci est déterminante».

176 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4352; RO 2002 3371, 3426.

177 RO 2002 3914, 3916.

178 Conformément à l'art. 94 aLAA applicable auparavant, «¹Les primes qui n'ont pas été r cl m es dans les cinq ans à partir de l'exercice annuel pour lequel elles sont dues ne peuvent plus être exig es. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit une prescription plus longue, celle-ci est déterminante. ²Le droit à la restitution de primes payées en trop s'éteint un an après que le débiteur des primes a eu connaissance du paiement ind , mais au plus tard cinq ans après l'exercice annuel pour lequel les primes ont été payées».

179 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4224; RO 2002 3371, 3527.

- Dans l'**assurance militaire**, ce régime ne contient aucune obligation individuelle en matière de cotisations, dès lors qu'il est financé essentiellement par la Confédération. **168**
- L'assurance militaire connaissait une norme relative à la restitution des prestations indûment touchées: l'art. 15 aLAM. La restitution pouvait ne pas être demandée lorsque l'intéressé était de bonne foi (al. 1). Le droit à la restitution se prescrivait par un an à partir du moment où l'assurance militaire avait eu connaissance du fait et il s'éteignait au plus tard cinq ans à compter du paiement de la prestation. Si le droit à la restitution naissait d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoyait une prescription plus longue, celle-ci était déterminante (al. 2). Le droit de recours contre d'autres assureurs était réservé (al. 3)¹⁸⁰. La loi ne prévoyait donc que **la possibilité, et non l'obligation, de renoncer à la restitution en cas de bonne foi**; il n'était pas exigé que l'intéressé se retrouve dans une situation difficile. **169**
- Cette réglementation a été supprimée au profit de la LPGA¹⁸¹ (N 76). Les alinéas 1 et 2 de l'art. 15 aLAM sont depuis lors régis par l'art. 25 LPGA et l'alinéa 3 par les art. 72 et 73 LPGA. **170**
- Des dispositions particulières à l'assurance militaire traitent également de la restitution. Selon l'art. 25 al. 2 LAM, l'assurance militaire peut **réduire, voire refuser** aux personnel médical, établissements, centres de dépistage et laboratoires, qui ordonnent ou exécutent des mesures à des fins thérapeutiques ou diagnostiques ou qui prescrivent ou fournissent des médicaments ou procèdent à des analyses, les sommes versées au titre de **prestations** (mesures à des fins thérapeutiques ou diagnostiques, médicaments ou analyses) qui dépassent la limite fixée à l'alinéa 1 ou en exiger d'elles la restitution. **171**
- Dans l'**assurance-maladie**, à l'instar de la LAMA, la LAMal ne connaissait pas de dispositions au sujet de la restitution de l'indu. Le Tribunal fédéral des assurances avait déclaré **l'art. 47 aLAVS applicable par analogie** lorsque rien n'était prévu dans les dispositions statutaires¹⁸². Selon cette jurisprudence, la Caisse nationale devait exiger le remboursement des montants indûment touchés par l'assuré; cette question ne pouvait pas être laissée à son libre arbitre. Duc avait exprimé le souhait que cette question soit réglée dans la loi¹⁸³. **172**
- Sur la base du principe du caractère économique des prestations, **l'art. 56 LAMal prévoit une obligation de restitution des prestations** (al. 2), lorsque leur rémunération dépasse la limite découlant de la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et du but du traitement (al. 1). Si le fournisseur de prestations ne répercute pas sur le débiteur de la rémunération les avantages directs ou indirects qu'il perçoit, l'assuré ou l'assureur peut en exiger la restitution (al. 3). **173**
- L'art. 25 LPGA constitue donc une nouveauté pour la LAMal et rien dans cette loi ne s'opposait à son application¹⁸⁴. **174**

180 RO 1993 3043, 3048.

181 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4368; RO 2002 3371, 3431. Art. 31 al. 6 aOAM également abrogé avec effet au 1^{er} janvier 2003 (RO 2002 3937).

182 ATF 125 V 183, c. 2c; ATF 115 V 118, c. 3b; ATF 112 V 188, 194; ATF 102 V 91, 99, c. 1.

183 Duc, Quelques imperfections, 256.

184 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4224.

- 175 Dans ce contexte, il convient de rappeler que certaines dispositions de la LAMal échappent à l'application de la LPGA selon l'art. 1 al. 2 LAMal, par exemple les réductions de primes (let. c) et les prestations entre caisses-maladie (let. d; N 20). Dans un arrêt du 23 août 2016, le Tribunal fédéral a toutefois jugé que la caisse-maladie suisse compétente pouvait exiger la restitution du coût d'un traitement dentaire non urgent qui avait été pris en charge par un fournisseur de prestations allemand à titre d'institution d'entraide, alors qu'il s'agissait d'une prestation non couverte par la LAMal¹⁸⁵.
- 176 – Dans les **allocations familiales**, la LAFam ne contient pas de disposition particulière concernant la restitution de l'indu et l'art. 25 LPGA trouve application sans restriction.
- 177 **L'art. 11 aLFA** sur la restitution des prestations a été **abrogé**¹⁸⁶. Pour les **contributions**, l'art. 18 al. 3 aLFA renvoyait expressément à la LAVS pour le recouvrement des contributions non payées et la restitution des contributions indûment versées, ce qui se justifiait pleinement du moment que ces cotisations étaient perçues par les caisses de compensation en même temps que les cotisations selon la LAVS, la LAI et la LAPG¹⁸⁷. Il fallait donc prévoir que **la LAVS continue de s'appliquer avec ses dérogations à la LPGA**¹⁸⁸. Depuis l'entrée en vigueur de la cette dernière, l'art. 18 al. 3 LFA prévoit dans ce sens que les dispositions de la LAVS, y compris les dérogations à la LPGA, s'appliquent au recouvrement des contributions non payées.

2. La prévoyance professionnelle

- 178 La LPGA n'est pas applicable à la prévoyance professionnelle, en particulier s'agissant de la restitution de l'indu.
- 179 Avant l'adoption de l'art. 35a LPP, la restitution de prestations indues s'appuyait en matière de prévoyance professionnelle sur les art. 62 ss CO, lorsque l'institution de prévoyance n'avait prévu aucune disposition à ce sujet dans son règlement de prévoyance¹⁸⁹. Cette solution continue de s'appliquer dans les domaines de la prévoyance non réglés par l'art. 35a LPP.
- 180 Depuis l'entrée en vigueur du deuxième paquet de la première révision LPP le 1^{er} janvier 2005, celle-ci contient, à l'art. 35a LPP, l'obligation de restituer les prestations indues qui est réglée comme suit: «¹ Les prestations touchées indûment doivent être restituées. La restitution peut ne pas être demandée lorsque le bénéficiaire était de bonne foi et serait mis dans une situation difficile. ² Le droit de demander la restitution se prescrit par une année à compter du moment où l'institution de prévoyance a eu connaissance du fait, mais au plus tard par cinq ans après le versement de la prestation. Si le droit de demander restitution naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, ce délai est déterminant». Cette règle s'applique aux institutions de prévoyance qui pratiquent la prévoyance professionnelle obligatoire ainsi qu'aux caisses de pensions enveloppantes, conformément à l'art. 49 al. 2 ch. 4 LPP.

185 TF, 23.8.2016, 9C_103/2016, c. 3 à 7. Il s'agissait en revanche d'une prestation légale en Allemagne.

186 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4457. RO 2002 3371, 3441.

187 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 282.

188 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4224 et 4459.

189 Voir p.ex. TF, 30.12.2008, 9C_872/2008.

En fait, l'art. 35a LPP a repris la teneur de l'art. 47 aLAVS, alors même que cette norme avait été abrogée en 2003 suite à l'entrée en vigueur de l'art. 25 LPGa (N 126 et 134), et ce dans le but de continuer à assurer une coordination entre l'assurance-vieillesse et survivants et la prévoyance professionnelle¹⁹⁰. Dans un arrêt du 29 mars 2017¹⁹¹, Tribunal fédéral a précisé que cette coordination voulue par le législateur ne conduit toutefois pas à une application de l'art. 35a LPP non différenciée dans le domaine du deuxième pilier à tous les cas de restitution. Il faut au contraire tenir compte de la conception spécifique à la prévoyance professionnelle, notamment du fait que, contrairement aux autres régimes d'assurances sociales où il existe un rapport d'autorité qui justifie et oblige l'organisme d'assurance à rendre une décision en ce qui concerne les prestations et leur éventuelle restitution, l'institution de prévoyance ne rend pas de décision au sens juridique et les rapports juridiques en matière de deuxième pilier relèvent plutôt d'une nature purement contractuelle, ce qui influe sur la question de la restitution¹⁹².

181

Il faut préciser que l'art. 35a LPP ne vise que les prestations de vieillesse, de survivants et d'invalidité. Celui qui est tenu à restitution selon l'art. 35a al. 1 LPP est la personne qui a perçu la prestation, le cas échéant son représentant légal ou, si elle est décédée, ses héritiers si le de cujus était de son vivant débiteur du droit à restitution et lorsque la succession n'a pas été répudiée¹⁹³. Des tiers ou autorités, auxquels la prestation a été indûment versée, peuvent également devoir restituer, par exemple lorsque des rentes d'enfant ont été versées à un tiers (art. 17 et 25 LPP). En revanche, les tiers, tels que des banques, qui ont perçu les prestations uniquement comme organisme d'encaissement sur la base d'un mandat de l'ayant droit, ne sont pas considérés comme des personnes tenues à restitution¹⁹⁴. Les deux conditions de la bonne foi¹⁹⁵ et de l'absence de situation difficile doivent être remplies pour une éventuelle remise, à l'instar de l'art. 25 al. 1 LPGa. En revanche, l'art. 35a LPP ne prévoit rien quant à la restitution de cotisations payées en trop.

182

A propos du délai relatif d'une année et du délai de cinq ans prévus à l'art. 35a LPP pour faire valoir une créance en restitution de prestations de la prévoyance professionnelle, le Tribunal fédéral a considéré qu'à teneur de la loi, il s'agissait de délais de **prescription** au sens du droit des obligations et que les art. 129 à 142 CO s'appliquaient par conséquent¹⁹⁶.

183

190 FF 2000 2495, 2550. Rapport P-LPGA 2017, 17.

191 TF, 29.3.2017, 9C_108/2016, c. 3.3.

192 TF, 29.3.2017, 9C_108/2016. Dans cet arrêt, le TF a jugé que rien ne s'opposait à ce que les fils d'un rentier décédé doivent restituer à la caisse de compensation les rentes AVS perçues à tort, sur la base d'une décision de restitution selon l'art. 25 LPGa (c. 3.4.1). En revanche, compte tenu de la nature extracontractuelle des rentes de vieillesse versées dans le cadre de la prévoyance professionnelle, le droit à la restitution était réglé par les art. 62 et ss CO. L'art. 35a LPP ne s'appliquait pas, dans la mesure où elle exigeait, contrairement à l'art. 25 LPGa, un rapport de prévoyance entre l'ayant droit à la restitution et les personnes tenues à restitution. Or, un tel rapport n'existait pas en l'occurrence entre l'institution de prévoyance concernée et les fils du de cujus (c. 3.4.2).

193 ATF 129 V 70 c. 3; ATF 96 V 72 c. 1.

194 ATF 142 V 358 c. 6.4.

195 Le TF a rappelé à cet égard que la condition de la bonne foi ne jouait un rôle qu'en relation avec la remise de l'obligation de restituer et que, selon la jurisprudence rendue sur l'art. 25 LPGa ou l'art. 47 al. 1 aLAVS, la bonne foi cédait le pas sur le principe de la légalité: la restitution intervenait dès qu'un versement avait été fait sans cause juridique (TF, 26.1.2018, 9C_643/2017, c. 4.3).

196 ATF 142 V 20, c. 3.2.3. Voir TF, 15.9.2016, 9C_368/2016, c. 5 pour la détermination du moment où l'institution de prévoyance a eu connaissance du fait au sens de l'art. 35a al. 2 1^{re} phrase, LPP.

A la suite de cet arrêt, le législateur a prévu, dans le cadre du P-LPGA 2018 (N 3 et 82)¹⁹⁷, de modifier le texte de l'art. 35a al. 2, 1^{re} phrase, LPP pour clarifier le fait qu'il s'agit d'un délai de **péremption** qui ne peut donc être ni suspendu ni interrompu (le verbe «se prescrit» devrait être remplacé par «s'éteint»). Dans le même souci de coordination entre le premier et le deuxième pilier, ce délai serait en outre porté de un à trois ans¹⁹⁸.

Art. 26

Intérêts moratoires et intérêts rémunérateurs

¹ Les créances de cotisations échues sont soumises à la perception d'intérêts moratoires et les créances échues en restitution de cotisations indûment versées sont soumises au versement d'intérêts rémunérateurs. Le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions pour les créances modestes ou échues depuis peu.

² Des intérêts moratoires sont dus pour toute créance de prestations d'assurances sociales à l'échéance d'un délai de 24 mois à compter de la naissance du droit, mais au plus tôt douze mois à partir du moment où l'assuré fait valoir ce droit, pour autant qu'il se soit entièrement conformé à l'obligation de collaborer qui lui incombe.

³ Aucun intérêt moratoire n'est dû lorsque des assureurs étrangers sont à l'origine des retards.

⁴ N'ont pas droit à des intérêts moratoires:

- a. la personne ayant droit aux prestations ou ses héritiers, lorsque les prestations sont versées rétroactivement à des tiers;
- b. les tiers qui ont consenti des avances ou provisoirement pris en charge des prestations au sens de l'art. 22, al. 2, et auxquels les prestations accordées rétroactivement ont été cédées;
- c. les autres assurances sociales qui ont provisoirement pris en charge des prestations au sens de l'art. 70.

Verzugs- und Vergütungszinsen

¹ Für fällige Beitragsforderungen und Beitragsrückerstattungsansprüche sind Verzugs- und Vergütungszinsen zu leisten. Der Bundesrat kann für geringe Beträge und kurzfristige Ausstände Ausnahmen vorsehen.

² Sofern die versicherte Person ihrer Mitwirkungspflicht vollumfänglich nachgekommen ist, werden die Sozialversicherungen für ihre Leistungen nach Ablauf von 24 Monaten nach der Entstehung des Anspruchs, frühestens aber 12 Monate nach dessen Geltendmachung verzugszinspflichtig.

³ Keine Verzugszinspflicht entsteht durch Verzögerungen, die von ausländischen Versicherungsträgern verursacht werden.

⁴ Keinen Anspruch auf Verzugszinsen haben:

- a. die berechtigte Person oder deren Erben, wenn die Nachzahlung an Dritte erfolgt;
- b. Dritte, welche Vorschusszahlungen oder Vorleistungen nach Artikel 22 Absatz 2 erbracht haben und denen die Nachzahlungen abgetreten worden sind;
- c. andere Sozialversicherungen, welche Vorleistungen nach Artikel 70 erbracht haben.

197 P-LPGA 2018, 1665.

198 **Rapport** P-LPGA 2018, 1665.

- Interessi di mora e interessi compensativi
- ¹ I crediti di contributi dovuti o di contributi indebitamente riscossi sotto-
stanno rispettivamente a interessi di mora o remunerativi. Il Consiglio fede-
rale può prevedere eccezioni per importi esigui e termini di breve durata.
- ² Sempre che l'assicurato si sia pienamente attenuto all'obbligo di collabo-
rare, l'assicurazione sociale deve interessi di mora sulle sue prestazioni
dopo 24 mesi dalla nascita del diritto, ma al più presto 12 mesi dopo che si
è fatto valere il diritto.
- ³ Se i ritardi sono causati da assicuratori esteri non sono dovuti interessi di
mora.
- ⁴ Non hanno diritto a interessi di mora:
- la persona avente diritto alle prestazioni o i suoi eredi, se le prestazioni
sono versate retroattivamente a terzi;
 - i terzi che hanno versato anticipi o fornito prestazioni anticipate ai sensi
dell'articolo 22 capoverso 2 e ai quali le prestazioni accordate retroatti-
vamente sono state cedute;
 - le altre assicurazioni sociali che hanno fornito prestazioni anticipate ai
sensi dell'articolo 70.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Les intérêts moratoires et rémunérateurs	9
A. Le champ d'application	9
B. Les notions	14
C. Les intérêts moratoires	20
D. Les intérêts rémunérateurs	54
E. Les modalités de versement des intérêts	60
F. Les liens avec d'autres dispositions	62

Bibliographie

Cf. CHABLAIS ALAIN/SALLIN JEAN-MARC, Le versement d'intérêts moratoires en droit des assu-
rances sociales, RFJ 1997 313 ss; FRIEDAUER SUSANNE, Verzugszinsen auch vom Versicherer, plä-
doyer 3 (2000) 24 ss; TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5^e éd., Zurich
2012; ZÜRCHER HANS-ULRICH, Verzugszinsen im Sozialversicherungsrecht, PJA 2000 1014 ss.

I. Introduction

L'art. 26 LPGA représente la cinquième et dernière des dispositions particulières (sec-
tion 4) du chapitre consacré aux dispositions générales concernant les prestations et les
cotisations (chapitre 3) de la LPGA. La section 3 de l'OPGA relative aux intérêts mora-
toires sur les prestations contient un **art. 7 OPGA** qui précise l'art. 26 al. 2 LPGA en dé-
terminant le taux d'intérêt et son calcul (N 60). 1

Depuis l'entrée en vigueur de la LPGA, la seule modification apportée à cette disposition 2
a été l'introduction, avec effet au 1^{er} janvier 2008, des alinéas 3 et 4, suite à l'entrée en
vigueur de la **5^e révision de l'AI** (N 51). Ce changement de loi a entraîné l'abrogation
de l'art. 6 OPGA qui prévoyait ce qui suit: «N'ont pas droit à des intérêts moratoires, au
sens de l'art. 26, al. 2, LPGA: a. l'ayant droit ou ses héritiers, lorsque des prestations ac-
cordées rétroactivement sont versées à un tiers; b. les tiers qui ont consenti des avances
ou qui ont avancé des prestations, ou qui peuvent prétendre à des versements rétroactifs
au sens de l'art. 2, al. 3».

- 3 Comme son titre marginal l'indique, l'art. 26 LPGa traite des **intérêts moratoires et rémunérateurs dans les assurances sociales**. Avant l'entrée en vigueur de la LPGa, les intérêts moratoires et rémunérateurs faisaient l'objet de quelques dispositions dans certaines lois spéciales qui portaient presque exclusivement sur les cotisations (N 20 et 63 ss). La jurisprudence, qui ne reconnaissait en principe pas d'obligation de verser des intérêts dans le domaine des assurances sociales si ceux-ci n'étaient pas prévus légalement¹, avait été vivement critiquée par la doctrine². En substance, la doctrine considérait que cette exception faite en droit des assurances sociales au principe de l'obligation de verser des intérêts en droit public n'était pas justifiée. Cette disposition prévoit donc désormais une **obligation générale** de verser des intérêts moratoires et rémunérateurs **aussi bien en matière de cotisations qu'en matière de prestations** (N 10). L'intention du législateur était d'ancrer dans la LPGa le principe du paiement d'intérêts³, ce qui constituait une grande nouveauté principalement en ce qui concernait les prestations (sauf dans l'assurance militaire, voir art. 9 aLAM; N 62 et 83).
- 4 **Initialement, l'art. 33 du projet de LPGa** intitulé «Intérêts moratoires», tel que proposé par le Conseil des Etats, prévoyait ce qui suit: «Des intérêts moratoires doivent être versés en cas de comportement dilatoire ou illicite de la partie débitrice ou lorsque la loi spéciale le prévoit expressément»⁴. Cette disposition représentait en somme une codification des principes développés par le Tribunal fédéral des assurances dans sa jurisprudence. En effet, selon la Commission du **Conseil des Etats**, une obligation plus étendue d'acquitter des intérêts moratoires ou rémunérateurs que celle qui était prévue, d'une part, dans certaines lois spéciales et, d'autre part, dans la jurisprudence, lorsque le retard était particulièrement important, n'était pas indiquée, parce qu'il était impossible de fixer des «délais normaux» pour le règlement d'un cas qui s'appliqueraient à toutes les branches des assurances sociales⁵. En cela, le projet du Conseil des Etats se fondait sur celui de la SSDA. Les termes de «comportement dilatoire» que la SSDA avait utilisés pour commenter son projet furent finalement retenus plutôt que la notion de «retard important» choisie par la jurisprudence⁶.
- 5 Le **Conseil fédéral** n'est pas revenu sur la teneur de l'art. 33 LPGa proposée par le Conseil des Etats⁷, qu'il n'a d'ailleurs pas non plus commentée.
- 6 En revanche, le **Conseil national** a complètement remanié le projet de l'art. 33 LPGa retenu par le Conseil des Etats, en consacrant dans la LPGa une obligation générale de verser des intérêts moratoires et rémunérateurs⁸. Le texte proposé par la Commission compétente du Conseil national, qui s'appuyait indubitablement sur la réglementation prévue dans l'AVS (art. 41^{bis} et 41^{ter} aRAVS, N 64), correspond dans les grandes lignes à la te-

1 La jurisprudence du TFA de 1955 à 2000 a été résumée par Hans-Ulrich Zürcher (ZÜRCHER, 1015). Voir également CHABLAIS/SALLIN, 326 ss. Le TFA partait de l'idée qu'il s'agissait d'un silence qualifié du législateur fédéral en l'absence de base légale expresse. A l'appui de cette jurisprudence, le TFA a synthétisé en français les arguments retenus dans un arrêt du 9 avril 1975 (ATF 101 V 114, c. 3 et 4. Voir ultérieurement et dans le même sens ATF 113 V 50; ATF 119 V 81, c. 3a; ATF 127 V 439, c. 4; ATF 130 V 329, c. 6.1; ATF 131 V 358, c. 1.2).

2 ZÜRCHER, 1015 ss; CHABLAIS/SALLIN, 320 à 322. Ces derniers auteurs résument la position à ce sujet des différents auteurs de doctrine.

3 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4226.

4 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 191.

5 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 252.

6 Rapport SSDA, 48.

7 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 900.

8 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4225.

neur actuelle de l'art. 26 al. 1 et 2 LPGA⁹. Certaines corrections d'ordre rédactionnel ont été apportées par la suite.

Cette disposition n'a fait l'objet d'aucune intervention au Parlement¹⁰. Lors du vote, le rapporteur Paul Rechsteiner a souligné le fait que ce **nouveau principe général** désormais ancré dans la LPGA représentait une amélioration dans le sens où il correspondait au principe de justice ainsi qu'à une procédure administrative et à un système de sécurité sociale modernes, tout en étant conçu de manière prudente pour tenir compte des spécificités de l'AI¹¹. Cette nouveauté a été présentée comme un moyen d'imposer le paiement d'intérêts moratoires aux assureurs pour soulager les assurés en difficultés financières¹². 7

L'art. 26 al. 4 LPGA doit être lu en lien avec l'art. 22 al. 2 LPGA relatif à la cession de prestations accordées rétroactivement par l'assureur social (let. b, N 52, art. 22 N 25) et avec l'art. 70 LPGA concernant la prise en charge provisoire des prestations (let. c, N 52, art. 70 N 1). 8

II. Les intérêts moratoires et rémunérateurs

A. Le champ d'application

Les intérêts moratoires et rémunérateurs ne faisaient l'objet que de quelques dispositions dans certaines lois spéciales avant l'entrée en vigueur de la LPGA le 1^{er} janvier 2003, qui ne concernaient que les cotisations (N 20), à l'exception de la LAM (N 62 et 83). La jurisprudence partait aussi de l'idée que l'obligation de verser des intérêts n'existait qu'exceptionnellement (N 3). 9

Sur cette question, l'art. 26 LPGA constitue une avancée significative, puisqu'il pose le principe du paiement d'intérêts moratoires et rémunérateurs qui s'applique à toutes les assurances sociales soumises à la LPGA. Une unification n'a toutefois pas pu être réalisée: ce principe doit être concrétisé par les lois spéciales qui doivent notamment régler le moment de l'échéance des cotisations et des prestations. Désormais, le **principe général de l'obligation de payer des intérêts** est ancré dans la LPGA, de même que les exceptions à ce principe (N 44 ss et 62) et, s'agissant des intérêts moratoires pour les prestations, les délais à partir desquels ils sont dus (N 34). 10

En revanche, l'art. 26 LPGA **ne règle pas les situations suivantes**: 11

- le versement d'intérêts (moratoires et rémunérateurs) en cas de restitution de prestations (N 29)¹³;
- la restitution d'intérêts moratoires (N 29)¹⁴;
- le comblement de lacunes de cotisations dans l'AVS¹⁵;

9 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4225. La version italienne de l'art. 26 al. 1 LPGA n'emploie pas le terme de créances «échues» («*fällig*») et diffère en cela des textes allemand et français. ATF 134 V 202, c. 3.2.

10 BO CN 1999 1243.

11 BO CN 1999 1243.

12 FRIEDAUER, 25.

13 TFA, 12. I. 2006, K 40/05, c. 4.3; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 26 N 38; LOCHER/GÄCHTER, § 44 N 13.

14 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 26 N 41.

15 Selon le TF dans un arrêt du 21 juillet 1995 (ATF 121 V 71), lors du comblement de lacunes de cotisations, en vertu du principe de la protection de la bonne foi, les revenus supplémentaires pris en compte doivent être fixés avant tout en reconstituant les revenus effectivement perçus par l'as-

- les créances en réparation du dommage selon l'art. 52 LAVS;
 - les participations aux coûts aux sens de l'art. 64 LAMal (N 84).
- 12** A toutes fins utiles, il faut rappeler que l'art. 26 LPGa ne prescrit l'obligation de verser des intérêts que pour les régimes d'assurances sociales qui font partie du champ d'application de la LPGa selon l'art. 2 LPGa (art. 2 N 7). D'autres situations apparentées peuvent donc échapper à l'application de l'art. 26 LPGa, par exemple le droit du fournisseur de prestations d'exiger de l'assureur-maladie social des intérêts moratoires¹⁶ et la compensation des risques dans l'assurance-maladie (art. 17a al. 3 LAMal et art. 12 al. 7 de l'Ordonnance sur la compensation des risques dans l'assurance-maladie¹⁷).
- 13** Les **ayants droit** aux créances de prestations ou de cotisations au sens de l'art. 26 LPGa comprennent la personne assurée ainsi que toute autre personne bénéficiant de prestations d'assurances sociales, par exemple les conjoints ou partenaires enregistrés, les enfants, les survivants, etc. Sont également concernés des personnes morales ou des organes, en particulier l'employeur ou des organismes d'assurances sociales, tels que les caisses de compensation AVS, les offices AI, les assureurs-maladie et accidents, etc. En revanche, l'art. 26 al. 4 LPGa exclut du droit à des intérêts moratoires trois catégories de personnes ou d'organes (N 51 ss): (let. a) l'ayant droit aux prestations ou ses héritiers lorsque les prestations sont versées rétroactivement à des tiers, (let. b) les tiers ayant consenti des avances ou pris provisoirement en charge des prestations et auxquels les prestations accordées rétroactivement ont été cédées et (let. c) les autres assureurs sociaux ayant pris provisoirement en charge des prestations.

B. Les notions

- 14** L'art. 26 LPGa distingue clairement les intérêts moratoires qui sont perçus sur les créances de cotisations et sur les créances de prestations d'assurances, des intérêts rémunérateurs dus pour les créances en restitution de cotisations indûment versées. Dans les deux cas, il s'agit d'intérêts **compensatoires**: ils servent à la compensation objective de l'avantage financier que le débiteur pourrait tirer en cas de paiement tardif de prestations ou de cotisations, dans le but de placer le créancier dans la situation où il se trouverait si le versement avait été effectué en temps utile. Ces intérêts n'ont pas un caractère pénal et ils sont dus indépendamment de toute faute du débiteur¹⁸.
- 15** Les **intérêts moratoires** («*Verzugszinsen*» en allemand) sont dus en cas de défaillance du débiteur, c'est-à-dire lorsque le débiteur d'une obligation ne l'a pas exécutée à l'échéance. Ils ne correspondent pas à l'intérêt moratoire visé à l'art. 104 CO, dans la mesure où ils ne sont pas liés à un retard du débiteur dans l'exécution de sa dette comme le sous-entendent les art. 104 et 105 CO. Une mise en demeure au sens de l'art. 102 CO n'est par conséquent pas nécessaire¹⁹.

suré durant la période en cause. Il n'y a pas lieu de percevoir des intérêts sur les cotisations dues par l'assuré sur les revenus supplémentaires ainsi pris en compte (art. 16, 29, 29^{bis} et 30 LAVS).

16 Selon l'ATF 139 V 82, l'obligation de l'assureur-maladie social de payer des intérêts moratoires au fournisseur de prestations nécessite en règle générale une base dans la convention tarifaire.

17 OCoR; RS 832.112.1.

18 ZÜRCHER, 1018; LOCHER/GÄCHTER, § 44 N 18 25; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 26 N 20; TF, 22.3.2016, 9C_531/2015, SVR 2016 AHV n° 9.

19 LOCHER/GÄCHTER, § 44 N 2.

Les **intérêts rémunérateurs** («*Vergütungszinsen*») sont payés lorsque des montants déjà versés doivent être restitués. Ils ne sont pas dus non plus en raison d'un retard avec le versement de cotisations, ce que le Tribunal fédéral des assurances a mis en évidence dans un arrêt du 25 septembre 1984²⁰. 16

En droit des assurances sociales, le terme de **créance** («*Forderung*»), c'est-à-dire le droit qu'a le créancier d'exiger du débiteur qu'il exécute une prestation²¹, se réfère en principe aux cotisations, par opposition à la notion de prétention ou de droit («*Anspruch*») à des prestations. Or, dans la version française de l'art. 26 LPGA, ce terme est utilisé pour désigner à la fois les cotisations et les prestations (la version allemande emploie l'expression de «*Beitragsforderungen*» à l'alinéa 1 et de «*Leistungen*» à l'alinéa 2). En rédigeant cette disposition en français, le législateur a sans doute choisi de désigner aussi les prestations par des «créances» pour comprendre toutes les **prestations pécuniaires** sur lesquelles un intérêt peut être prélevé, telles que les rentes, les indemnités pour atteinte à l'intégrité, les indemnités journalières, les allocations familiales, le remboursement de soins, etc. Les prestations non pécuniaires sont ainsi exclues, par exemple les mesures de réadaptation de l'AI. Dans ce contexte, la distinction entre les prestations en nature au sens de l'art. 14 LPGA et les prestations en espèces selon l'art. 15 LPGA n'apparaît donc pas déterminante. 17

L'**échéance** se rapporte au moment auquel les cotisations ou les prestations peuvent être exigées par le créancier, une date qui doit ressortir de la loi, d'un accord ou de la nature de l'affaire au sens de l'art. 75 CO. L'échéance des créances de cotisations, des créances en restitution de cotisations indûment versées et des créances de prestations d'assurance n'est pas prévue par la LPGA mais par les lois spéciales. Dans l'AVS, c'est notamment le cas à l'art. 41^{bis} RAVS pour les cotisations (N 65) et, pour celles indûment versées, à l'art. 41^{ter} RAVS (N 68). 18

La notion de **cotisation** a été définie par le Tribunal fédéral des assurances comme tout versement qui doit être apporté dans le cadre d'une couverture d'assurance ou qui a été effectué à tort²². Elle englobe les cotisations des personnes assurées (personnes salariées, indépendantes et sans activité lucrative) et celles des employeurs, ainsi que les primes payées dans l'assurance-maladie et l'assurance-accidents. Tous les régimes spéciaux sont concernés dans la mesure où des versements sont effectués en faveur de l'assurance, en rapport avec le risque assuré et comme conséquences de l'assujettissement à l'assurance²³. En revanche, les participations aux coûts au sens de l'art. 64 LAMal ne sont pas comprises dans les cotisations (N 84). 19

C. Les intérêts moratoires

1. Les créances de cotisations (al. 1)

Conformément à l'art. 26 al. 1 LPGA, les créances de cotisations échues sont soumises à la perception d'intérêts moratoires. Avant l'adoption de la LPGA, l'obligation de verser 20

20 ATF 110 V 252, c. 4 b/aa. Cet arrêt avait pour objet l'art. 41^{ter} aRAVS qui avait été adopté sur la base de l'art. 14 al. 4 let. e aLAVS. Le TFA a alors jugé que l'art. 41^{ter} al. 3 aRAVS était contraire à la loi et à la Cst. dans la mesure où il excluait pratiquement les intérêts rémunérateurs pour les cotisations d'indépendants.

21 TERCIER/PICHONNAZ, 99.

22 TFA, 12. I. 2006, K 40/05, c. 4.2.1, SVR 2006 KV n° 23 75.

23 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 26 N 23.

des intérêts moratoires pour les cotisations ne reposait sur une base légale expresse que dans les régimes spéciaux suivants:

- dans l'assurance-vieillesse et survivants: art. 14 al. 4 let. e aLAVS, 41^{bis} et 41^{ter} aRAVS (N 63);
- dans l'assurance-accidents: art. 93 al. 5 aLAA et 117 aOLAA (N 79);
- dans l'assurance-maladie: art. 10 al. 2 aLAMal et 9 al. 2 et 3 aOAMal (N 84).

- 21** Depuis le 1^{er} janvier 2003, cette obligation est désormais ancrée dans la loi et s'applique ainsi à toutes les branches soumises à la LPGa. Son **pendant** représente l'obligation de verser des intérêts rémunérateurs pour les créances échues en restitution de cotisations indûment versées (N 54).
- 22** Il incombe généralement à l'**assuré** de s'acquitter des cotisations et, le cas échéant, de verser des intérêts moratoires qui tendent à compenser le dommage subi par l'organisme d'assurances sociales (voir N 60 pour la question du taux appliqué). Comme déjà précisé (N 19), la notion de cotisation doit être comprise ici dans un sens large qui englobe toutes les contributions versées en contrepartie de l'assujettissement à un régime d'assurance sociales, en particulier les cotisations et les primes payées à ce titre.
- 23** Il convient de déterminer, pour chaque régime spécial concerné, le moment de l'**échéance** de la créance de cotisations:
- dans l'assurance-vieillesse survivants et invalidité, les allocations familiales²⁴ et pour perte de gain²⁵, ainsi que dans l'assurance-chômage²⁶: l'art. 41^{bis} al. 1 RAVS trouve application et prévoit différentes dates d'échéance en fonction de la personne du débiteur (employeur, indépendant, personne sans activité lucrative, salarié dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations) et du type d'arriéré de cotisations (cotisations non versées dans les trente jours après le terme, cotisations réclamées pour les années antérieures, cotisations basées sur un décompte ou payées dans le cadre d'une procédure simplifiée de la loi fédérale concernant les mesures en matière de lutte contre le travail au noir²⁷; N 65);
 - dans l'assurance-accidents: l'art. 117 OLAA s'applique (N 79);
 - dans l'assurance-maladie: l'art. 90 OAMal ne règle que les modalités de paiement des primes (N 84);
 - les prestations complémentaires annuelles sont financées par la Confédération et les cantons: aucune cotisation au sens de l'art. 26 LPGa n'est donc versée dans le cadre de ce régime (N 75).
- 24** En ce qui concerne les cotisations, il faut relever que le Conseil fédéral a la possibilité de prévoir des **exceptions** dans les cas de créances modestes ou échues depuis peu, sur la base de la délégation de compétences qui lui est conférée par l'art. 26 al. 1, 2^e phrase, LPGa (N 45).

2. Les créances de prestations (al. 2)

- 25** A l'art. 26 al. 2 LPGa, le législateur a posé pour les prestations le principe général du paiement d'intérêts moratoires. Cette obligation pèse sur les organismes d'assurances sociales qui versent des prestations. Cette solution représente une **importante nouveauté**

²⁴ Cf. art. 25 let. e LAFam.

²⁵ Cf. art. 42 RAPG.

²⁶ Cf. art. 6 LACI.

²⁷ LTN; RS 822.41.

pour les assurances sociales soumises à la LPGA. En effet, avant le 1^{er} janvier 2003, aucune loi spéciale ne prévoyait une telle obligation dans le domaine des prestations, hormis la législation sur l'assurance militaire (N 62), et la jurisprudence n'avait reconnu aucune obligation de verser des intérêts moratoires pour les prestations à défaut de base légale expresse, sauf circonstances exceptionnelles (N 3).

Cette obligation de verser des intérêts moratoires dans le domaine des prestations a été **atténuée** par la fixation d'un délai relativement long de 24 mois à partir de la naissance du droit, ce principalement afin d'éviter des coûts supplémentaires dans le cadre de l'assurance-invalidité²⁸ (N 34). 26

Les **prestations d'assurances sociales** visées englobent, selon le texte légal, théoriquement toutes les prestations qu'elles soient en espèces (art. 15 LPGA) ou en nature (art. 14 LPGA). La notion de créances utilisée à l'art. 26 al. 2 LPGA tend à restreindre ces prestations aux seules créances pécuniaires (N 17). A titre de prestations en nature qui représentent des créances pécuniaires, on peut citer, par exemple, le remboursement des frais de maladie et d'invalidité au sens de l'art. 3 al. 2 LPC. 27

Il convient de préciser que les prestations ayant fait l'objet d'une procédure de **révision**, comme le prévoit l'art. 17 LPGA, sont également soumises au versement d'intérêts moratoires sur la base de l'art. 26 LPGA. Dans un arrêt du 1^{er} juillet 2011, le Tribunal fédéral a mis en évidence le fait qu'il n'y avait pas de motif valable pour limiter l'octroi d'intérêts moratoires, dans le cas d'une reconnaissance initiale du droit à la rente, et de l'exclusion, dans le cadre d'une procédure de révision, puisque la fonction compensatrice et préventive des intérêts moratoires trouvait pleine justification aussi dans le cadre d'une révision²⁹. 28

En revanche, le législateur n'a **pas envisagé le versement** d'intérêts (moratoires et rémunérateurs) **en cas de restitution de prestations indûment versées**³⁰, pas plus que la restitution d'intérêts moratoires qui représentent une prestation accessoire à la prestation d'assurance sociale, comme il ressort du texte de l'art. 26 al. 1 et 2 LPGA (N 11). 29

Dans le cas des prestations, les intérêts moratoires courent à partir de **l'échéance** de la créance. Or, le moment de l'échéance n'est en règle générale pas arrêté par les lois spéciales. L'art. 19 LPGA ne fixe pas non plus de date d'échéance du droit aux prestations; il ne règle que les modalités de versement des prestations en espèces, en prévoyant qu'en principe, les prestations périodiques en espèces sont payées mensuellement (al. 1) et que les rentes et allocations pour impotent sont toujours payées d'avance pour le mois civil entier (al. 3; art. 19 N 1). C'est pourquoi l'art. 26 al. 2 LPGA a défini à partir de quel moment les intérêts moratoires commencent à courir, en retenant que ces intérêts sont en principe dus à l'échéance d'un délai de vingt-quatre mois à compter de la naissance du droit, mais au plus tôt douze mois à partir du moment où l'assuré fait valoir ce droit. 30

De par la loi, le versement d'intérêts moratoires pour les créances de prestations d'assurances sociales est subordonné au respect des **trois conditions cumulatives** suivantes: 1. le délai de vingt-quatre mois à compter de la naissance du droit (N 34), 2. le délai de douze mois à partir du moment où l'assuré fait valoir ce droit (N 37), et 3. le devoir incombant à l'assuré de collaborer (N 40). 31

28 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4226.

29 ATF 137 V 273, c. 4 et 5.

30 TFA, 12.1.2006, K 40/05, c. 4.3, SVR 2006 KV n° 23 75.

- 32 En revanche, l'art. 26 al. 2 LPGA **ne subordonne plus le versement d'intérêts moratoires à un comportement illicite ou dilatoire du débiteur**, comme l'exigeait la jurisprudence antérieure pour retenir l'existence de circonstances particulières justifiant le versement d'intérêts moratoires³¹. Dans le même sens, la raison du retard dans le versement des prestations ne joue aucun rôle pour l'application de l'art. 26 al. 2 LPGA, pour autant que l'assuré se soit conformé à son obligation de collaborer (N 40). Il faut rappeler en effet que les intérêts moratoires représentent une compensation pour le dommage subi par l'assuré, et non une sanction pénale (N 14).
- 33 Depuis l'entrée en vigueur de la LPGA en 2003, l'organisme d'assurance sociale est tenu de verser des intérêts moratoires sur les prestations pendant toute la durée de la procédure de **recours**, qui n'a donc pas pour effet d'ajourner le point de départ des intérêts moratoires. D'éventuelles prétentions en réparation du dommage pourraient toutefois être élevées à l'encontre d'une autorité judiciaire, pour cause de refus injustifié de statuer, par le biais d'une action en responsabilité contre l'Etat³².
- a) Le délai de 24 mois à compter de la naissance du droit
- 34 Des intérêts sont dus pour toute créance de prestations d'assurances sociales à l'échéance d'un délai de 24 mois à compter de la naissance du droit, conformément à l'art. 26 al. 2 LPGA. C'est dans le cadre des discussions au Conseil national que la formulation « dans un délai de 24 mois » – qui avait été proposée par la Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national³³ – a été remplacée par « à l'échéance d'un délai de 24 mois »³⁴. Comme il ressort clairement du texte de cette disposition, le législateur a fixé une **date d'échéance** et, par conséquent, aucun intérêt moratoire n'est versé les vingt-quatre premiers mois. Le but visé par la Commission du Conseil national était de n'imposer l'obligation de payer des intérêts sur les prestations qu'après ce délai pour permettre en particulier à l'assurance-invalidité de procéder aux éclaircissements nécessaires³⁵.
- 35 Le Tribunal fédéral des assurances a précisé que l'obligation de payer des intérêts moratoires selon l'art. 26 al. 2 LPGA commençait vingt-quatre mois après le droit à la rente en tant que tel, **pour l'ensemble des prestations** courues jusque-là, et non pas d'abord seulement deux ans après l'exigibilité de chaque rente mensuelle³⁶. Les juges fédéraux ont mis en exergue le fait que le sens de ce délai n'était pas de renoncer de façon générale à l'obligation de verser des intérêts moratoires pendant deux ans: il tendait à garantir à l'assureur social un certain laps de temps pour qu'il puisse procéder à des clarifications et durant lequel il ne devait pas encore payer d'intérêts. Or, de telles clarifications ne se réfèrent en règle générale pas à chacune des rentes mensuelles, mais au droit à la rente. Selon le sens et le but de la réglementation, l'obligation de verser des intérêts moratoires commençait ainsi deux ans après le début de l'échéance du droit à la rente en tant que tel, et non pas, à chaque fois, deux ans après l'échéance de chaque rente mensuelle.
- 36 Le point de départ de ce délai correspond au moment de la **naissance du droit**. Pour chaque prestation, il faut consulter la loi spéciale applicable pour déterminer à quel moment naît le droit à cette prestation. L'art. 29 LPGA prévoit que celui qui fait valoir son

31 Voir p. ex. l'ATF 108 V 13, c. 4b ou l'ATF 117 V 351.

32 ATF 117 V 351, c. 4b. Voir p. ex. un cas de recours pour retard injustifié: ATF 125 V 373.

33 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4225.

34 BO CN 1999 1243.

35 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4226.

36 ATF 133 V 9, c. 3.6.

droit à des prestations doit s'annoncer à l'assureur compétent dans la forme prescrite, par exemple par un formulaire à compléter (art. 29 N 10). En principe, l'obligation de payer des intérêts moratoires débute donc lorsque vingt-quatre mois se sont écoulés depuis cette annonce. Ce point de départ tient ainsi compte des régimes d'assurances sociales où les prestations ne sont versées qu'à partir d'une annonce au sens de l'art. 29 LPGA, à savoir notamment dans l'assurance-invalidité et l'assurance-chômage.

b) Le délai de 12 mois à partir de la demande de l'assuré

L'art. 26 al. 2 LPGA impose un délai de 24 mois dès la naissance du droit (N 34), tout en fixant un délai de 12 mois à partir du moment où l'assuré fait valoir ce droit. A l'instar du délai de 24 mois, le législateur entendait également ici prévoir une **date d'échéance**. Comme rappelé ci-dessus (N 36), le moment où l'assuré fait valoir le droit correspond en principe au moment où une **annonce** est faite au sens de l'art. 29 LPGA (art. 29 N 7). Il incombe donc à l'assureur social de procéder aux éventuelles clarifications nécessaires dans le délai de douze mois depuis cette annonce. 37

Compte tenu des deux délais prévus à l'art. 26 al. 2 LPGA, des intérêts moratoires sont ainsi dus **au plus tôt 12 mois** après que l'assuré a fait valoir son droit, **dans la mesure où, à ce moment-là, le délai de 24 mois** depuis la naissance du droit est **écoulé**. 38

Dans ce contexte, différentes situations peuvent survenir: une prestation peut être accordée d'office, c'est-à-dire sans que l'assuré n'ait à formuler de demande (par exemple en cas de motifs impliquant une révision de la rente d'invalidité), une annonce peut être remise à un organe incompétent ou sans respecter les exigences de forme. Dans le premier cas, la condition du respect du délai de 12 mois ne peut, par définition, pas être respectée, mais les deux autres conditions (respect du délai de 24 mois et devoir de collaborer de l'assuré) doivent toujours être réunies pour fonder l'obligation de verser des intérêts moratoires en matière de prestations. Dans les autres situations, le moment où l'assuré fait valoir le droit selon l'art. 26 al. 2 LPGA sous-entend qu'une annonce ait été faite au sens de l'art. 29 al. 3 LPGA, qui retient comme date déterminante celle à laquelle la demande a été remise à la poste ou déposée auprès de cet organe (art. 29 N 44). L'assureur social dispose alors de moins de douze mois pour effectuer son travail, à moins que le retard ne soit imputable à l'assuré et que ce délai ne coure donc pas (N 43). 39

c) L'obligation de collaborer de l'assuré

Des intérêts moratoires pour les prestations sont dus pour autant que l'assuré se soit entièrement conformé à l'obligation de collaborer qui lui incombe, selon l'art. 26 al. 2 LPGA. L'obligation de collaborer de l'assuré est réglée à l'art. 28 LPGA (art. 28 N 13) et à l'art. 43 al. 2 et 3 LPGA (art. 43 N 48). Cette condition matérielle est remplie, selon le législateur, lorsque la personne assurée s'acquitte intégralement de son obligation de collaboration et que d'éventuels retards de la procédure ne sont pas de son fait³⁷. 40

Au contraire, le devoir de collaborer n'est pas respecté lorsque cette violation est inexcusable et qu'une mise en demeure écrite avertissant l'assuré des conséquences juridiques et lui impartissant un délai de réflexion convenable a été effectuée au sens de l'art. 43 al. 3 LPGA³⁸ (art. 43 N 57). En revanche, aucune violation du devoir de collaborer ne 41

37 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4226.

38 LOCHER/GÄCHTER, § 44 N 5.

peut être reprochée à un assuré qui fait opposition ou recourt contre une décision de l'assureur social, puisqu'il use alors d'un droit de procédure.

- 42 L'obligation incombe à l'assuré qui doit être compris ici comme l'**ayant droit à des prestations** d'assurances sociales, à savoir, en premier lieu, la personne assurée, mais aussi toutes les personnes, telles que le conjoint ou le partenaire enregistré et/ou les enfants, etc. qui ont droit à des prestations (N 13). Il faut toutefois exclure les personnes ou organismes mentionnés à l'art. 26 al. 4 LPGA qui n'ont pas droit à des intérêts moratoires (N 51 ss). Lorsque d'autres personnes, par exemple un médecin autorisé à communiquer des renseignements, sont responsables de retards dans la procédure, cette violation de l'obligation de collaborer n'est pas déterminante dans le cadre de l'art. 26 al. 2 LPGA.
- 43 Une violation de l'obligation de collaborer **interrompt le cours du délai** de 24 mois, mais elle n'éteint ni ne restreint en principe l'obligation de payer des intérêts moratoires³⁹.

3. Les exceptions (al. 1, 3 et 4)

- 44 Trois types d'exceptions qui excluent le paiement d'intérêts moratoires doivent être distingués: celles liées à la créance, à savoir son montant et son échéance (art. 26 al. 1 N 45), celles relatives à l'assureur (art. 26 al. 3 N 49) et, enfin, celles concernant les ayants droit aux prestations (art. 26 al. 4 N 51).

a) Les exceptions liées à la créance (al. 1)

- 45 Selon la deuxième phrase de l'alinéa 1 de l'art. 26 LPGA, le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions pour les créances modestes ou échues depuis peu. Il n'a pas fait usage de cette délégation de compétence dans l'OPGA; il faut consulter les dispositions adoptées éventuellement à ce sujet dans les ordonnances des régimes spéciaux. L'art. 41^{bis} RAVS dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2000 réglait de tels cas d'exceptions (N 48). Force est de constater que **depuis le 1^{er} janvier 2001** et jusqu'à ce jour, **aucun régime spécial** ne prévoit plus d'exceptions au versement d'intérêts moratoires dans le cas de créances modestes ou échues depuis peu.
- 46 Aux termes de la LPGA, de telles exceptions peuvent être prévues pour les intérêts moratoires, mais également pour les intérêts rémunératoires (N 14). Il s'agit d'exclure les cas donnant lieu à de faibles montants d'intérêts, par souci de simplification administrative⁴⁰.
- 47 Les **«créances modestes»** correspondent à de faibles montants (*«geringe Beträge»*). Le législateur considère comme telles des montants inférieurs à CHF 3000.–⁴¹.
- 48 La notion de **«créances échues depuis peu»** se rapporte à des délais inférieurs à deux mois, également en référence à la réglementation prévue par l'AVS avant l'adoption de la LPGA⁴². Ces situations justifiant des exceptions ont effectivement été reprises de l'art. 41^{bis} al. 1 aRAVS pour les intérêts moratoires (N 65), une disposition qui était en vigueur avant le 1^{er} janvier 2001 et selon laquelle des intérêts moratoires étaient dus lorsque le débiteur des cotisations était mis en poursuite ou tombait en faillite et, dans les autres

39 TAF, 19.11.2007, C-2534/2006, SVR 2008 IV n° 33 106; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 26 N 57; LOCHER/GÄCHTER, § 44 N 8.

40 ATF 110 V 252, c. 4d.

41 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4225.

42 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4225.

cas, si les cotisations selon le droit fédéral atteignaient CHF 3000.– au moins et n'étaient pas versées dans les deux mois à compter de la date où les intérêts commençaient à courir.

b) Les exceptions relatives à l'assureur (al. 3)

Dans son message du 22 juin 2005 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité dans le cadre de la cinquième révision de l'assurance-invalidité, le Conseil fédéral avait constaté qu'en pratique, l'art. 26 al. 2 LPGA pouvait entraîner des conséquences fâcheuses⁴³. En effet, les assurés résidant dans des pays avec lesquels la Suisse avait conclu une convention de sécurité sociale devaient déposer une demande de prestation dans leur pays de résidence. Lorsque cette demande n'était pas immédiatement transmise à l'assurance-invalidité suisse, le retard correspondant engendré dans l'octroi de la rente pouvait, dans certains cas, donner droit à des intérêts moratoires. Comme la Suisse n'exerçait aucune influence sur ces retards dus à des organismes de liaison étrangers, le Conseil fédéral avait considéré qu'un tel retard ne devait plus donner droit à des intérêts moratoires. Afin de pallier cette situation, un troisième alinéa a donc été inséré à l'art. 26 LPGA suite à la cinquième révision de l'assurance-invalidité et il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008 (N 2). Depuis lors, aucun intérêt n'est donc dû dans les cas où des assureurs étrangers sont à l'origine des retards. C'est ainsi que, pendant toute la durée du retard imputable à l'assureur étranger, **le cours du délai est interrompu**, sans que l'obligation de payer des intérêts moratoires ne s'éteigne ou ne soit restreinte.

49

L'application de cette disposition suppose qu'il y ait un **retard** et que celui-ci ait été causé par un **assureur étranger**. Un retard injustifié peut être imputé à cet assureur, en appliquant par analogie les critères développés à cet effet par la jurisprudence suisse⁴⁴ (N 33). Il doit s'agir d'un organisme d'assurances sociales étranger chargé de l'exécution d'un régime d'assurance sociale au même titre qu'un organisme d'assurance sociale suisse. Ne peuvent pas être considérés comme tel des autorités suisses à l'étranger, des fournisseurs de prestations étrangers, etc.

50

c) Les exceptions concernant les ayants droit aux prestations ou des tiers ayant consenti des avances ou pris en charge des prestations (al. 4)

A l'instar de l'alinéa 3, l'alinéa 4 a été ajouté à l'art. 26 LPGA par la 5^e révision de l'assurance-invalidité et il est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008 (N 2). Dans son message du 22 juin 2005 à propos de cette révision de l'assurance-invalidité, le Conseil fédéral avait par ailleurs observé que l'obligation de verser des intérêts moratoires sur les prestations était limitée par l'art. 6 OPGA, selon lequel les intérêts moratoires n'étaient pas dus lorsque le bénéficiaire n'avait pas été lésé. C'était en particulier le cas des personnes qui avaient déjà reçu des prestations de tiers sous forme d'avances (par exemple d'une assurance collective, d'un employeur ou de l'aide sociale) ou de la part d'autres assurances sociales (notamment de l'assurance-chômage ou de l'assurance-accidents). Lorsqu'une

51

43 FF 2005 4215, 4298.

44 ATF 125 V 373, c. 2b/bb. Les juges fédéraux ont considéré dans cet arrêt qu'il y avait un retard injustifié. La cause était pendante depuis 33 mois et en état d'être jugée depuis 27 mois. Depuis le 1^{er} janvier 2007, on peut se référer à l'art. 46a PA. Selon UELI KIESER, il faut une inaction de l'assureur étranger depuis plusieurs mois et procéder le cas échéant à une mise en demeure (KIESER, ATSG-Kommentar, art. 26 N 61).

prestation était **octroyée ultérieurement**, telle qu'une rente de l'assurance-invalidité, le remboursement des prestations fournies par des tiers pouvait être réclamé et ces prestations pouvaient être compensées avec le versement d'arriérés. Le Conseil fédéral avait donc décidé d'ancrer cette règle dans la loi, à l'art. 26 al. 4 LPGA, et d'**abroger l'art. 6 OPGA** au 1^{er} janvier 2008.

- 52 Cet alinéa prévoit que l'**ayant droit** à des prestations, voire ses héritiers, (let. a) et des **tiers** (let. b et c) n'ont pas droit à des intérêts moratoires en cas de versement rétroactif de prestations. Les situations visées sont celles de l'art. 22 al. 2 LPGA traitant de la cession de prestations accordées rétroactivement par l'assureur social, à l'employeur ou à une institution d'aide sociale ayant consenti des avances ou à l'assureur ayant pris provisoirement à sa charge des prestations (art. 22 N 25) et celles de l'art. 70 LPGA relatif à la prise en charge provisoire des prestations (art. 70 N 1).
- 53 Seuls sont concernés les intérêts moratoires qui correspondent à la **période durant laquelle un paiement en main d'un tiers** peut être effectué.

D. Les intérêts rémunérateurs

1. Les créances en restitution de cotisations indûment versées (al. 1)

- 54 Conformément à l'art. 26 al. 1 LPGA, les créances échues en restitution de cotisations indûment versées sont soumises au versement d'intérêts rémunérateurs sauf exceptions (N 57). Cette obligation de verser des intérêts rémunérateurs constitue le **pendant de l'obligation de payer des intérêts moratoires** pour les cotisations (N 21).
- 55 Une **restitution** de cotisations indûment versées intervient lorsqu'il n'y a plus d'obligation de payer des cotisations (le fondement légal n'existait pas ou n'existe plus) ou que des cotisations plus basses sont finalement dues, notamment en cas de révision ou de reconsidération au sens de l'art. 53 LPGA (art. 53 N 14).
- 56 De telles créances doivent être **échues** pour générer des intérêts. La date de l'échéance en cas de restitution de cotisations indûment versées correspond au moment où le droit de restitution existe, c'est-à-dire lorsque le fondement légal de l'obligation de verser des cotisations disparaît, peu importe que le créancier connaisse ou non son droit de restitution⁴⁵. A ce moment-là naît ainsi, conformément à l'art. 26 al. 1 LPGA, l'obligation de verser des intérêts rémunérateurs.

2. Les exceptions (al. 1)

- 57 Selon la deuxième phrase de l'alinéa 1 de l'art. 26 LPGA, le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions pour les créances modestes ou échues depuis peu. Ces exceptions valent pour les intérêts moratoires et rémunérateurs (N 46). Elles tendent à exclure les cas donnant lieu à de faibles montants d'intérêts, par souci de simplification administrative⁴⁶. Sur la base de cette délégation de compétence, des dispositions correspondantes peuvent être adoptées au niveau des ordonnances dans le cadre des régimes spéciaux. A ce jour, seule l'assurance-maladie prévoit, à l'**art. 90a OAMal**, des exceptions au versement d'intérêts rémunérateurs (N 86).

45 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 26 N 33.

46 ATF 110 V 252, c. 4d.

Les **créances modestes** correspondent à de faibles montants (« *geringe Beträge* »). Le législateur considère comme telles des montants inférieurs à CHF 3000.–⁴⁷. Ce cas d'exception a été repris pour les intérêts rémunérateurs de l'art. 41^{ter} al. 1 aRAVS qui était en vigueur avant le 1^{er} janvier 2001 et qui prévoyait un intérêt rémunérateur de 0,5 % par mois civil écoulé lorsque des cotisations versées en trop atteignant au moins CHF 3000.– devaient être restituées par la caisse de compensation. 58

La notion de **créances échues depuis peu** se réfère à des délais inférieurs à deux mois, également en référence à la réglementation prévue par l'AVS avant l'adoption de la LPGA⁴⁸. Cette exception pourrait paraître dénuée de pertinence en cas de restitution de cotisations indûment versées, où l'échéance est en principe déjà survenue au moment de la naissance du droit à la restitution. A l'art. 90a OAMal, le législateur envisage toutefois la situation où l'assureur restitue ou compense des primes versées en trop et lui impose de verser des intérêts rémunérateurs si la créance dépasse CHF 3000.– et qu'elle n'est pas acquittée dans les six mois (N 86). 59

E. Les modalités de versement des intérêts

Lorsque les conditions légales sont remplies, un intérêt doit être versé. Les modalités de son versement ne sont pas réglées à l'art. 26 LPGA, mais pour ce qui concerne l'intérêt moratoire dans l'OPGA : 60

- le taux d'intérêt moratoire est fixé à **5 % par année** à l'art. 7 al. 1 OPGA. Ce taux correspond ainsi à celui prévu à l'art. 104 al. 1 CO, lequel trouvait application par le passé à défaut de disposition légale spéciale. Dans l'assurance-vieillesse et survivants, l'art. 42 al. 2 RAVS prévoit un taux de cinq pour cent par an pour les intérêts moratoires et rémunérateurs. Compte tenu de la baisse des taux d'intérêts depuis quelques années, on peut se demander si ces taux, dont le but est de compenser le dommage subi (N 14), ne sont pas trop élevés actuellement et, partant, si l'art. 7 al. 1 OPGA ne devrait pas être adapté en conséquence. Dans un arrêt du 22 mars 2016⁴⁹, le Tribunal fédéral a toutefois considéré que les intérêts de retard au sens de l'AVS n'étaient pas à mettre en relation avec les taux d'intérêts du marché et qu'il s'agissait plutôt d'un taux d'intérêt technique. Dans la mesure où le taux de 5 % prévu par l'art. 42 al. 2 RAVS avait été considéré à plusieurs reprises comme étant conforme au droit, il n'y avait donc pas lieu de s'en écarter, ce d'autant moins que l'art. 104 al. 1 CO prévoyait également le même taux et s'appliquait par analogie en droit administratif comme principe juridique général en l'absence de règle particulière ;
- le calcul de l'intérêt moratoire se fait, selon l'art. 7 al. 2 OPGA, **par mois** sur les prestations dont le droit est échu jusqu'à la fin du mois précédent ;
- lorsque l'intérêt moratoire est **dû sur une partie seulement de la prestation**, il est calculé, au moment du paiement, sur la prestation entière et versé en proportion de la part de prestation sur laquelle les intérêts sont dus par rapport à l'intégralité de la prestation, conformément à l'art. 7 al. 3 OPGA ;
- le **début** de l'obligation de verser l'intérêt moratoire est fixé au premier jour du mois durant lequel le droit à l'intérêt moratoire a pris naissance (art. 7 al. 2 OPGA). Depuis le 1^{er} janvier 2003, l'art. 105 al. 1 CO ne peut donc plus être appliqué par analogie ;

47 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4225.

48 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4225.

49 TF, 22.3.2016, 9C_531/2015, c. 4, SVR 2016 AHV n° 9 25.

- la **fin** de cette obligation est arrêtée à la fin du mois durant lequel l'ordre de paiement est donné (art. 7 al. 2 OPGA);
- les règles de calcul ci-dessus s'appliquent à **moins que d'autres règles ne soient prévues dans un régime spécial**, comme par exemple à l'art. 41^{bis} RAVS relatif à l'intérêt moratoire (N 65). L'art. 41^{ter} RAVS règle les modalités de versement de l'intérêt rémunérateur (N 68).

61 La **péremption des intérêts** dépend du sort de la créance sur laquelle ils portent. C'est ainsi que des intérêts moratoires ne peuvent, par exemple, pas être réclamés sur des créances prescrites. Dans un arrêt du 23 mai 2000, le Tribunal fédéral des assurances a précisé que la durée du délai de péremption des intérêts moratoires sur des cotisations AVS/AI/APG échues se réglait d'après celle applicable à la dette principale et qu'elle s'élevait ainsi à cinq ans⁵⁰.

F. Les liens avec d'autres dispositions

1. Les lois spéciales sur les assurances sociales soumises à la LPGA

- 62** Le but de l'introduction de l'art. 26 LPGA était de poser en droit des assurances sociales le principe général de l'obligation de verser des intérêts moratoires et rémunérateurs (N 3). Dès lors que seuls les régimes de l'assurance-vieillesse et survivants, de l'assurance-maladie, de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire connaissaient une obligation de payer des intérêts, l'introduction de cette disposition n'a entraîné que **peu d'adaptations de lois**:
- 63** – dans l'**assurance-vieillesse et survivants**: l'art. 14 al. 4 let. c aLAVS relatif aux cotisations prévoyait une compétence du Conseil fédéral en matière d'intérêts. Il a été abrogé avec effet au 1^{er} janvier 2003 suite à l'entrée en vigueur de la LPGA.
- 64** En revanche, les art. 41^{bis} et 41^{ter} aRAVS, qui contenaient une réglementation des intérêts moratoires et rémunérateurs dans le domaine des cotisations, ont subsisté.
- 65** L'art. 41^{bis} RAVS relatif aux **intérêts moratoires** contient un premier alinéa qui prescrit quelles personnes doivent les payer, sur quelles cotisations et à partir de quelles dates:
- let. a: les personnes tenues de payer des cotisations, sur les cotisations qu'elles ne versent pas dans les trente jours à compter du terme de la période de paiement, dès le terme de la période de paiement;
 - let. b: les personnes tenues de payer des cotisations, sur les cotisations arriérées réclamées pour des années antérieures, dès le premier janvier qui suit la fin de l'année civile pour laquelle les cotisations sont dues;
 - let. c: les employeurs, sur les cotisations à payer sur la base du décompte et les cotisations à payer dans le cadre de la procédure simplifiée prévue aux art. 2 et 3 LTN qu'ils ne versent pas dans les trente jours à compter de la facturation, dès la facturation par la caisse de compensation (nouvelle teneur selon l'Ordonnance du 6 septembre 2006 sur le travail au noir en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008⁵¹);
 - let. d: les employeurs, sur les cotisations à payer sur la base du décompte et les cotisations à verser dans le cadre de la procédure simplifiée prévue aux art. 2 et 3 LTN, si la caisse de compensation ne reçoit pas le décompte établi en bonne et due

⁵⁰ ATF 129 V 345, c. 4.2.

⁵¹ RO 2007 313.

- forme dans les trente jours à compter du terme de la période de décompte, dès le premier janvier qui suit la période de décompte (nouvelle teneur selon l'Ordonnance du 6 septembre 2006 sur le travail au noir en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008⁵²);
- let. f: les personnes exerçant une activité lucrative indépendante, les personnes sans activité lucrative et les salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations, sur les cotisations personnelles à payer sur la base du décompte qu'ils n'ont pas versées dans les trente jours à compter de la facturation, dès la facturation par la caisse de compensation;
 - let. g: les personnes exerçant une activité lucrative indépendante, les personnes sans activité lucrative et les salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations, sur les cotisations à payer sur la base du décompte, lorsque les acomptes versés étaient inférieurs d'au moins vingt-cinq pour cent aux cotisations effectivement dues et que les cotisations n'ont pas été versées jusqu'au premier janvier après la fin de l'année civile qui suit l'année de cotisation, dès le premier janvier après la fin de l'année civile qui suit l'année de cotisation.

L'alinéa 2 de l'art. 41^{bis} RAVS règle la fin de l'obligation de payer les intérêts moratoires. Ces intérêts cessent ainsi de courir lorsque les cotisations sont intégralement payées, lorsque le décompte établi en bonne et due forme parvient à la caisse de compensation ou, à défaut, à la date de la facturation. En cas de réclamation de cotisations arriérées, les intérêts moratoires cessent de courir à la date de la facturation, pour autant qu'elles soient payées dans le délai. 66

La réglementation de l'art. 41^{bis} RAVS doit être lue avec l'art. 42 RAVS, qui se réfère à l'usage allemande, mais correspond aux conditions existantes en matière commerciale en Suisse, de sorte qu'il est compatible avec la Constitution et la loi selon le Tribunal fédéral des assurances⁵³. Dans un arrêt du 9 avril 2008, le Tribunal fédéral a confirmé que l'art. 41^{bis} al. 1 RAVS était également conforme à la loi et demeurerait applicable après l'entrée en vigueur de l'art. 26 al. 1 LPG⁵⁴. 67

Conformément à l'art. 41^{ter} RAVS concernant les **intérêts rémunérateurs**, ceux-ci sont accordés lorsque la caisse de compensation restitue ou compense des cotisations versées en trop (al. 1). Ils commencent à courir, en règle générale, le premier janvier qui suit la fin de l'année durant laquelle les cotisations ont été versées en trop (al. 2) et ils courent jusqu'à la restitution intégrale des cotisations (al. 4). Pour les cotisations paritaires qui doivent être restituées sur la base du décompte, de tels intérêts sont accordés dès réception par la caisse de compensation du décompte établi en bonne et due forme, si les cotisations ne sont pas restituées dans les trente jours (al. 3). 68

En cas de **réclamation de rentes non touchées**, c'est-à-dire lorsqu'un ayant droit n'a pas touché la rente à laquelle il avait droit ou a reçu une rente inférieure à celle à laquelle il pouvait prétendre, l'art. 77 RAVS lui permet de réclamer le paiement de son dû à la caisse de compensation. Si une caisse de compensation l'apprend, elle doit payer le montant arriéré. Cette disposition réserve pour le surplus la prescription prévue à l'art. 46 LAVS. Dans cette situation, les intérêts moratoires sont dus à l'échéance d'un délai de vingt-quatre mois à compter de la naissance du droit, le délai de douze mois n'étant pas déterminant puisqu'aucune demande n'a été, par définition, déposée. 69

52 RO 2007 313.

53 TFA, 10.11.2003, H 148/03, c. 3.3, SVR 2004 AHV n° 13 41.

54 ATF 134 V 202, c. 3.1 qui confirme TFA, 19.8.2004, H 20/04.

- 70 – Dans l'**assurance-invalidité**: l'art. 3 al. 2 aLAI relatif aux cotisations, qui a été modifié avec effet au 1^{er} janvier 2003 compte tenu de l'entrée en vigueur de la LPGGA, prévoit l'application par analogie des règles de l'AVS.
- 71 Dans le domaine des prestations de l'assurance-invalidité, les effets de l'art. 26 LPGGA étaient très attendus et l'alinéa 2 a été aménagé pour les anticiper. C'est ainsi que, d'une part, un délai de vingt-quatre mois a été prévu pour le paiement des intérêts sur les prestations, afin de tenir compte de la durée de la procédure qui nécessite parfois des éclaircissements d'une grande complexité, et que, d'autre part, l'assuré doit se conformer entièrement à l'obligation de collaborer, ce qui suppose qu'il n'ait pas lui-même causé des retards de procédure.
- 72 Le Conseil des Etats escomptait par ailleurs une accélération des procédures et du paiement grâce à la possibilité de verser des avances sur la base de l'art. 19 al. 4 LPGGA (art. 19 N 51). De telles avances sont toutefois subordonnées à la condition que le droit à des prestations semble avéré. Or, le fait que ce droit ne soit pas avéré est précisément une cause de prolongation de la procédure d'instruction. Cet argument porte donc à faux.
- 73 Par la suite, la 5^e révision de l'assurance-invalidité a entraîné l'introduction des alinéas 3 et 4 avec effet au 1^{er} janvier 2008 (N 2 et 51). Depuis lors, l'art. 29 al. 1 LAI prévoit que le droit à la rente prend naissance au plus tôt à l'échéance d'une période de six mois à compter de la date à laquelle l'assuré a fait valoir son droit aux prestations conformément à l'art. 29 al. 1 LPGGA (art. 29 N 10) et cela a en principe eu pour effet de réduire le nombre de cas de versement d'intérêts moratoires selon l'art. 26 LPGGA⁵⁵.
- 74 Lors d'**annonces tardives**, l'art. 48 al. 2 LAI règle comme suit le paiement des arriérés de prestations (à l'exception des rentes): si un assuré ayant droit à une allocation pour impotent, à des mesures médicales ou à des moyens auxiliaires présente sa demande plus de 12 mois après la naissance de ce droit, la prestation, en dérogation à l'art. 24 al. 1 LPGGA, n'est allouée que pour les 12 mois précédant le dépôt de la demande (al. 1). Les prestations arriérées sont allouées à l'assuré pour des périodes plus longues à deux conditions (il ne pouvait pas connaître les faits ayant établi son droit aux prestations [let. a] et il a fait valoir son droit dans un délai de 12 mois à compter de la date à laquelle il a eu connaissance de ces faits [let. b]). Dans ces cas, l'obligation de verser des intérêts est différée de 12 mois, dès lors que les prestations sont versées rétroactivement pour cette durée, et il reste encore 12 mois à l'assurance-invalidité pour examiner la demande avant que des intérêts moratoires ne soient dus.
- 75 – Dans les **prestations complémentaires à l'AVS/AI**: aucune adaptation n'a dû être apportée à la LPC suite à l'entrée en vigueur de l'art. 26 LPGGA. L'art. 22 OPC-AVS/AI règle le paiement d'arriérés de prestations complémentaires et entraîne, dans certains cas, l'application de l'art. 26 al. 2 LPGGA.
- 76 – Dans les **allocations pour perte de gain**: l'art. 27 al. 3 aLAPG concernant les cotisations a été adapté suite à l'entrée en vigueur de la LPGGA et il prévoit l'application par analogie des règles de l'AVS.
- 77 – Dans l'**assurance-chômage**: l'art. 6 LACI prévoit l'application par analogie de la législation sur l'AVS au domaine des cotisations. L'art. 26 al. 2 LPGGA ne s'applique que rarement dans le cas des indemnités de chômage puisque celles-ci ne sont en principe pas versées rétroactivement eu égard aux exigences de l'art. 8 al. 1 LACI.

⁵⁵ Auparavant, l'art. 48 al. 2 aLAI réglait différemment la naissance du droit à une rente.

- Dans l'**assurance-accidents**: l'art. 93 LAA relatif à la perception des primes n'a pas été modifié avec l'entrée en vigueur de la LPGA. 78
- Adopté sur la base de l'art. 93 al. 5 LAA et non modifié par l'entrée en vigueur de la LPGA, l'art. 117 OLAA prescrit une majoration pour le paiement échelonné des primes (1,250% de la prime annuelle pour le paiement par semestre, 1,875% par trimestre, possibilité d'une majoration minimale de 10 francs par tranche), ainsi qu'un délai pour le paiement des primes d'un mois à compter de l'échéance. A l'expiration de ce délai, l'assureur prélève un **intérêt moratoire** de 0,5% par mois selon l'art. 117 al. 2 OLAA. L'al. 3 de cette disposition impose de ne pas imputer ces majorations et intérêts moratoires sur le salaire des travailleurs. 79
- L'art. 26 LPGA a conduit à l'introduction d'un nouvel art. 117a OLAA au sujet des **intérêts rémunérateurs** pour les primes, selon lequel les intérêts rémunérateurs au sens de l'art. 26 al. 1 LPGA sont accordés lorsque l'assurance restitue ou compense des primes versées en trop (al. 1). Ils commencent à courir, en règle générale, le premier janvier qui suit la fin de l'année pour laquelle les primes ont été versées en trop (al. 2) et jusqu'à la restitution intégrale des primes (al. 5). Le taux appliqué est de 5% par année (al. 6). Les alinéas 3, 4 et 7 règlent les modalités de calcul des intérêts moratoires: ceux-ci sont calculés par jour, les mois entiers étant comptés comme trente jours, et ils sont accordés sur la différence de primes, entre le montant estimé et le montant définitif dès la réception par l'assureur de la déclaration de salaire établie en bonne et due forme, si les primes ne soient pas restituées dans les trente jours. De tels intérêts sont versés sur les montants de primes qui doivent être restitués sur la base de l'examen des relevés de salaire, dès la constatation d'une différence dans la somme des salaires, pour autant que les primes ne soient pas restituées dans les trente jours. 80
- De plus, l'art. 121 aOLAA modifié par la LPGA prévoit désormais qu'un intérêt moratoire selon l'art. 117 al. 2 OLAA est perçu dans le cas où le montant des primes spéciales dues, lorsque l'employeur s'est dérobé à son obligation de payer les primes au sens de l'art. 95 LAA, s'élève au montant simple des primes dues. 81
- L'assureur-accidents paie une indemnité journalière à partir du troisième jour qui suit celui de l'accident en vertu de l'art. 16 al. 1 LAA et il arrive par conséquent rarement que des intérêts moratoires soient dus en matière de prestations. 82
- Dans l'**assurance militaire**: ce régime est financé essentiellement par la Confédération et il ne connaît donc pas de cotisations. L'art. 9 al. 1 LAM prévoit que les prestations d'assurance sont dues dès le jour où l'affection a été médicalement constatée, le cas échéant où le préjudice pécuniaire s'est produit, même si l'annonce n'a été faite que tardivement. L'alinéa 2 de l'art. 9 LAM prévoit expressément qu'en **dérogation à l'art. 26 al. 2 LPGA**, un intérêt n'est dû **qu'en cas de comportement dilatoire ou illicite de l'assurance militaire**. Seule l'administration (et non les assurés) est donc susceptible d'être tenue de s'acquitter d'un intérêt moratoire. En cela, la législation sur l'assurance militaire reprend la réglementation sur les intérêts moratoires qu'elle prévoyait avant l'entrée en vigueur de la LPGA, de sorte que la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancien art. 9 LAM reste pertinente. Cette disposition, et en particulier les arguments qui ont été invoqués à son appui, est critiquable⁵⁶. 83

⁵⁶ Voir KIESER, ATSG-Kommentar, art. 26 N 92. Il estime en effet que cette exception ne peut pas être justifiée par une absence de pendant, c'est-à-dire l'absence de l'obligation de verser des intérêts moratoires pour les cotisations dans l'assurance militaire. LOCHER/GÄCHTER, § 44 N 14.

- 84 – Dans l'**assurance-maladie**: la LAMal ne connaissait pas d'obligation de percevoir des intérêts moratoires sur les primes (voir toutefois à ce propos l'art. 9 al. 2 et 3 aOAMal dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier 1996 au 1^{er} janvier 1998)⁵⁷ et l'art. 26 LPGa a donc apporté une nouveauté à cet égard. Sur cette base, un **intérêt moratoire** est dû désormais en cas de non-paiement de primes échues. En revanche, aucun intérêt moratoire n'est dû sur des arriérés de participations aux coûts au sens de l'art. 64 LAMal, puisque celles-ci ne correspondent pas à la définition des cotisations, ainsi que l'a souligné le Tribunal fédéral des assurances dans un arrêt du 12 janvier 2006⁵⁸.
- 85 Demeuré inchangé avec l'entrée en vigueur de la LPGa, l'art. 10 LAMal prescrit un intérêt moratoire lorsque l'assuré (voire l'employeur ou l'assurance-chômage) n'a pas rempli son obligation d'annoncer à l'assureur la fin d'un emploi ou la cessation d'assurance contre les accidents non professionnels au sens de la LAA.
- 86 En revanche, un nouvel art. 90a OAMal a été introduit avec la LPGa, selon lequel les **intérêts rémunératoires** visés à l'art. 26 al. 1 LPGa sont accordés lorsque l'assureur restitue ou compense des primes versées en trop (ou qu'il doit réparer le dommage à concurrence des différences de primes en vertu de l'art. 7 al. 5 et 6 LAMal) pour autant que la créance dépasse CHF 3000.– et qu'elle ne soit pas acquittée dans les six mois. Selon son alinéa 2, le taux des intérêts rémunératoires est fixé à 5% par année et l'OPGA s'applique par analogie.
- 87 L'art. 5 al. 2 LAMal règle le **supplément de prime en cas d'affiliation tardive**. Selon le Tribunal fédéral dans un arrêt du 25 février 2003, cette disposition ne permet pas la perception de primes arriérées, mais impose, à l'assuré qui s'est affilié tardivement, la fixation par l'assureur d'une prime supérieure à celle des autres assurés⁵⁹. Aussi la sanction n'est pas conçue sous la forme d'une prime unique exigible à l'affiliation, mais comme un supplément aux primes mensuelles, dont la durée de perception correspond au double de la durée du retard d'affiliation mais à un taux n'excédant pas cinquante pour cent. Il ne s'agit donc pas d'un intérêt moratoire.
- 88 En matière de prestations, l'assureur-maladie verse généralement les prestations dans un délai inférieur à douze mois, de sorte qu'en pratique, le versement d'intérêts moratoires devrait rester l'exception.
- 89 – Dans les **allocations familiales**: Aucune adaptation n'a dû être apportée au régime de la LFA en relation avec l'introduction de l'art. 26 LPGa. En outre, l'entrée en vigueur de la LAFam trois ans plus tard n'a pas engendré de difficultés d'application particulières.

2. La prévoyance professionnelle

- 90 En principe, la LPGa n'est pas applicable à la prévoyance professionnelle. Avant l'entrée en vigueur de la LPP, des intérêts moratoires étaient versés sur la base des art. 102 ss CO compte tenu de la nature du contrat liant les assurés à leur institution de prévoyance. Cette réglementation est demeurée inchangée avec l'entrée en vigueur de la LPP en

Ces auteurs considèrent que cette dérogation à l'art. 26 LPGa n'est matériellement pas soutenable, dans la mesure où il existe aussi une composante de droit de la responsabilité civile dans l'assurance militaire.

57 SVR 2001 KV n° 31 91.

58 TFA, 12. I. 2006, K 40/05, c. 4, SVR 2006 KV n° 23 75.

59 ATF 129 V 267, c. 3.3.

1985. Dans ce domaine, la question des intérêts moratoires et rémunérateurs est réglée comme suit:

- selon l’art. 66 LPP entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005 avec la première révision LPP⁶⁰, l’institution de prévoyance fixe dans ses dispositions réglementaires le montant des cotisations de l’employeur et des salariés, celles des salariés étant déduites de leurs salaires (al. 1 et 2). L’employeur est débiteur de la totalité des cotisations envers l’institution de prévoyance, qu’il doit lui transférer au plus tard à la fin du premier mois suivant l’année civile ou l’année d’assurance pour laquelle les cotisations sont dues, et **l’institution de prévoyance peut majorer d’un intérêt moratoire les cotisations payées tardivement** (al. 3). L’art. 331 al. 3 CO prévoit la même règle pour les cotisations subobligatoires. Le taux des intérêts moratoires n’étant pas fixé par la LPP, il faut appliquer par analogie l’art. 104 al. 1 CO qui prescrit un taux de 5%. D’autres règles peuvent être prévues dans le règlement de prévoyance et le contrat d’affiliation, pour autant qu’elles respectent le cadre légal. Lorsque des contributions réglementaires n’ont pas été versées par l’employeur, l’institution de prévoyance ne doit pas le mettre en demeure: elle peut procéder au recouvrement des cotisations arriérées par voie de poursuite et réclamer les intérêts moratoires⁶¹. Il lui incombe en outre d’informer son autorité de surveillance dans un délai de trois mois à partir de la date d’échéance contractuelle selon l’art. 58a al. 1 OPP 2;
- l’art. 35a LPP en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2005 (première révision LPP) règle la **restitution des prestations touchées indûment**, sans prévoir d’intérêt rémunérateur. La doctrine considère qu’il convient d’adopter, pour des raisons d’uniformité, la même approche que l’art. 26 LPGa et, partant, de ne pas exiger des intérêts rémunérateurs en cas de restitution de prestations⁶².
- dans le cadre du libre passage, l’art. 2 al. 3 LFLP prévoit que la prestation de sortie est exigible lorsque l’assuré quitte l’institution de prévoyance. **Si l’institution de prévoyance ne transfère pas la prestation échue dans les trente jours après avoir reçu toutes les informations nécessaires**, elle est tenue de verser l’intérêt moratoire prévu à l’art. 26 al. 2 LFLP à partir de ce moment-là (al. 4, introduit au 1^{er} janvier 2005 par la première révision LPP). Adopté sur cette base, l’art. 7 OLP prévoit que le taux de l’intérêt moratoire correspond au taux d’intérêt minimal fixé dans la LPP (voir art. 12 let. j OPP 2) augmenté d’un pour cent. Cet intérêt ne peut pas être abaissé, même en cas de découvert (art. 65d LPP *a contrario*). Ainsi, en 2018, il s’élève à 2%. Il faut souligner que cet intérêt moratoire porte sur la prestation de sortie, y compris l’intérêt réglementaire ou statutaire (voir art. 15 LPP) jusqu’au moment où naît le droit à l’intérêt moratoire. Selon la jurisprudence⁶³, il convient d’appliquer par analogie les règles de l’art. 11 OPP 2 et de rémunérer *pro rata temporis* les avoirs jusqu’à la fin de l’année civile. A la fin de l’année civile, il faut additionner le capital et les intérêts, ce montant représente la base de calcul de l’intérêt pour l’année suivante. Le Tribunal fédéral a également précisé que la part de fonds libres, à laquelle il existe un droit en cas de liquidation partielle et totale selon l’art. 23a LFLP (voir l’art. 18a LFLP actuellement), ne doit pas être considérée comme une partie de la prestation de sortie, tant que ce droit n’est ni individualisable, ni exigible par voie de justice. Il n’y a donc pas d’obligation de servir un intérêt sur cette part de fonds libres selon l’art. 2 al. 3 LFLP⁶⁴.

60 RO 2004 1677; FF 2000 2495.

61 BRECHBÜHL, in Schneider/Geiser/Gächter (éd.), art. 66 N 34.

62 KAHIL-WOLFF, in Schneider/Geiser/Gächter (éd.), art. 35a N 13.

63 ATF 132 V 127, c. 8.2.2.

64 TF, 30.6.2009, 9C_98/2009, SVR 2009 BVG n° 33 124.

Best

Chapitre 4: Dispositions générales de procédure

Section 1: Information, assistance administrative, obligation de garder le secret

Art. 27

Renseignements
et conseils

¹ Dans les limites de leur domaine de compétence, les assureurs et les organes d'exécution des diverses assurances sociales sont tenus de renseigner les personnes intéressées sur leurs droits et obligations.

² Chacun a le droit d'être conseillé, en principe gratuitement, sur ses droits et obligations. Sont compétents pour cela les assureurs à l'égard desquels les intéressés doivent faire valoir leurs droits ou remplir leurs obligations. Le Conseil fédéral peut prévoir la perception d'émoluments et en fixer le tarif pour les consultations qui nécessitent des recherches coûteuses.

³ Si un assureur constate qu'un assuré ou ses proches ont droit à des prestations d'autres assurances sociales, il les en informe sans retard.

Aufklärung
und Beratung

¹ Die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen sind verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären.

² Jede Person hat Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind. Für Beratungen, die aufwendige Nachforschungen erfordern, kann der Bundesrat die Erhebung von Gebühren vorsehen und den Gebührentarif festlegen.

³ Stellt ein Versicherungsträger fest, dass eine versicherte Person oder ihre Angehörigen Leistungen anderer Sozialversicherungen beanspruchen können, so gibt er ihnen unverzüglich davon Kenntnis.

Informazione
e consulenza

¹ Gli assicuratori e gli organi esecutivi delle singole assicurazioni sociali, nei limiti delle loro competenze, sono tenuti ad informare le persone interessate sui loro diritti e obblighi.

² Ognuno ha diritto, di regola gratuitamente, alla consulenza in merito ai propri diritti e obblighi. Sono competenti in materia gli assicuratori nei confronti dei quali gli interessati devono far valere i loro diritti o adempiere i loro obblighi. Per le consulenze che richiedono ricerche onerose, il Consiglio federale può prevedere la riscossione di emolumenti e stabilirne la tariffa.

³ Se un assicuratore constata che un assicurato o i suoi congiunti possono rivendicare prestazioni di altre assicurazioni sociali, li informa immediatamente.

Plan

	N
I. Généralités	1
II. Développement	4
A. Obligation générale de renseigner (al. 1)	4
B. Obligation de fournir des conseils particuliers (al. 2)	17
C. Devoir d'information en cas de droit à des prestations des assurances sociales (al. 3)	53

Bibliographie

BOVAY BENOÎT Procédure administrative, 2^e éd., Berne 2015; EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, 385 ss (cité: Krankenversicherung); FLÜCKIGER THOMAS, Verwaltungsverfahren, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 97 ss; MEYER ULRICH, Grundlagen, Begriff und Grenzen der Beratungspflicht der Sozialversicherungsträger nach Art. 27 Abs. 2 ATSG, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2006, St-Gall 2006, 9 ss (cité: Grundlagen); NUSSBAUMER THOMAS, Arbeitslosenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, 2227 ss (cité: Arbeitslosenversicherung).

I. Généralités

A. Processus législatif

- 1 L'art. 27 LPGA correspond, dans les grandes lignes, au projet de la Société suisse du droit des assurances (art. 35 du projet)¹. La Commission du Conseil des Etats précisait ce qui suit: «les différentes lois d'assurances sociales ne prévoient pas de dispositions selon lesquelles les assureurs et les autres organes d'exécution seraient tenus de renseigner les personnes intéressées sur leurs droits et leurs obligations. Néanmoins, comme il s'agit d'un principe en relation avec la bonne foi, une telle disposition doit avoir sa place dans la partie générale. Sa teneur se fonde sur les paragraphes 13 et 14 du Code allemand de droit social I»².
- 2 Le fait de permettre au Conseil fédéral de prévoir la perception d'émoluments et d'en fixer le tarif pour les consultations qui nécessitent des recherches coûteuses a été introduite par la Commission du Conseil national de la sécurité sociale et de la santé. Cet article n'a pas donné lieu à d'autres modifications³. Si, au cours des débats parlementaires, il a pu être précisé que l'art. 27 al. 2 LPGA correspondait à la pratique actuelle⁴, la doctrine et la jurisprudence en ont conclu, bien au contraire, que la nouvelle réglementation étendait les devoirs de renseignement et de conseil des assureurs⁵.

1 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 191.
 2 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 254.
 3 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4229.
 4 BO 1999 CN 1243 ss.
 5 ATF 131 V 472, c. 4.2 et 4.3. Voir aussi SPIRA, Du droit d'être renseigné, 531.

B. Systématique

L'art. 27 LPGA est intitulé «renseignements et conseils». Par renseignement, il faut comprendre l'obligation de fournir des informations générales selon l'art. 27 al. 1 LPGA. Par conseil, il faut entendre l'obligation de renseigner dans un cas particulier, l'art. 27 al. 3 LPGA prévoyant encore un aspect spécifique de cette obligation⁶. 3

II. Développement

A. Obligation générale de renseigner (al. 1)

1. Assureurs et organes d'exécution des diverses assurances sociales

L'art. 27 al. 1 LPGA prévoit que les assureurs et les organes d'exécution des diverses assurances sociales sont tenus de renseigner les personnes intéressées. 4

Par «assureurs et organes d'exécution de diverses assurances sociales», il faut comprendre **tous les organes** de la branche des assurances sociales, quel que soit leur niveau. Ces notions doivent être comprises de manière large. 5

En principe, **un prestataire ou un fournisseur de prestations** admis à pratiquer à la charge d'un assureur social n'est pas soumis à l'art. 27 al. 1 LPGA⁷. En revanche, une disposition particulière peut lui imposer un certain devoir de renseigner, comme **par exemple** l'art. 44 al. 2 LAMal ou l'art. 72 al. 2 OLAA. 6

Un assureur peut confier certaines tâches à un **tiers indépendant**, comme un médecin-conseil. Celui-ci est un organe d'application de l'assurance-maladie et son rôle est notamment d'éviter aux assureurs la prise en charge de mesures inutiles. Le médecin-conseil est aussi à même d'offrir à l'assuré une certaine protection contre un éventuel refus injustifié de l'assureur de verser des prestations⁸. Dans ce cadre, le médecin doit respecter l'art. 27 LPGA. 7

De manière générale, il faut **distinguer** l'obligation de renseigner et de conseiller selon l'art. 27 LPGA **des différentes obligations, d'ordre contractuel**, liant les fournisseurs de prestations à leurs patients. En tout état de cause, le fait de confier, pour un assureur, certaines tâches à un autre assureur ou à un organe distinct ne le dispense pas de son obligation de renseigner et de conseiller selon l'art. 27 LPGA. 8

L'employeur n'est pas soumis à l'obligation de renseigner et de conseiller de l'art. 27 LPGA. Une telle obligation peut toutefois ressortir d'une disposition spéciale, à l'instar de l'art. 72 al. 2 OLAA⁹. Dans le cadre de cette disposition, l'employeur est considéré comme un organe d'exécution de l'assurance-accidents¹⁰. L'obligation de renseigner et de conseiller peut également s'étendre à des organismes privés, du type de ceux qui sont prévus à l'art. 74 LAI et dont le but est, entre autres, de conseiller les invalides et leurs proches¹¹. 9

6 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 254.

7 TFA, 3.8.2005, H 217/04, c.4.2, auquel renvoie le TF dans un arrêt récent: TF, 16.8.2016, 9C_265/2016, c.3.1.

8 ATF 127 V 43, c. 2d.

9 ATF 121 V 28, c. 2a.

10 TF, 11.9.2009, 8C_784/2008, c. 2.

11 VALTERIO, Commentaire AVS/AI, N 2699 ss.

2. Contenu de l'obligation de renseigner

- 10** Le droit des assurances sociales est un domaine difficile à appréhender pour le justiciable, en plus de se développer régulièrement. De plus, l'examen du droit aux prestations s'effectue dans des situations parfois difficiles, à la suite d'un cas d'assurance. Une information efficace joue un rôle important. En pratique, les assurés ont souvent de la difficulté à connaître leurs devoirs et leurs droits.
- 11** Le contenu de ce devoir d'information en général joue un rôle non négligeable. Les assurés doivent pouvoir comprendre leurs droits et obligations, en particulier les conséquences d'un acte ou d'une omission. Le devoir de renseignement doit également être considéré dans la durée et s'apparente, en quelque sorte, à une obligation d'accompagner la personne intéressée¹². L'art. 27 al. 1 LPGA pose donc une « obligation générale et permanente de renseigner indépendante de la formulation d'une demande par les personnes intéressées »¹³. Dans le cadre de cette obligation générale de renseigner, le principe du parallélisme des formes doit être respecté¹⁴.
- 12** L'art. 27 al. 1 LPGA concerne les droits et obligations des personnes intéressées. Le devoir de renseignement doit être **interprété de manière large**. Quant à son contenu, la personne intéressée doit avoir reçu les informations pour lui permettre, dans un cas particulier, d'effectuer les démarches nécessaires. Cela signifie en particulier que l'information doit porter sur les conditions d'un assujettissement à une assurance sociale, sur les modes de calcul et de fixation des contributions, sur les prestations envisageables et les conditions pour pouvoir bénéficier de telles prestations, de même que sur les règles générales de la procédure à emprunter.
- 13** Selon la jurisprudence, l'obligation prévue par l'art. 27 al. 1 LPGA peut être respectée par la mise à disposition de brochures, fiches, instructions et autres notices¹⁵.

3. Personnes intéressées

- 14** L'art. 27 al. 1 LPGA traite du devoir de renseignement en faveur des « personnes intéressées ». Le cercle des personnes est donc **plus large que les seules personnes assurées**, ce qui paraît logique, dès lors que ce devoir d'information peut concerner des personnes potentiellement assujetties et, cas échéant, leurs proches, voire même des tiers.
- 15** Les termes « personnes intéressées » ne signifient pas que ceux qui désirent obtenir des renseignements doivent d'abord faire preuve de leur intérêt¹⁶. La jurisprudence sur les conséquences de la violation du devoir d'informations et du fardeau de la preuve leur est également applicable¹⁷.
- 16** Un **fournisseur de prestations** ne peut pas invoquer l'art. 27 LPGA en sa faveur. De même, une **institution de prévoyance** n'est pas soumise aux obligations découlant de cette disposition, la LPGA n'étant pas applicable dans le domaine de la prévoyance professionnelle¹⁸.

¹² KIESER, ATSG-Kommentar, art. 27 N 16.

¹³ Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4229.

¹⁴ ATF 126 V 183, c. 5b.

¹⁵ Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4229. Voir aussi TFA, 13.11.2006, U 187/06, c. 2.2; TFA, 29.3.2004, U 255/03, c. 2.2.

¹⁶ Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4229.

¹⁷ ATF 121 V 28; TFA, 29.3.2004, U 255/03, c. 2.1.

¹⁸ TF, 7.11.2007, B 160/06, c. 4.3.1.

B. Obligation de fournir des conseils particuliers (al. 2)*1. Principe*

L'art. 27 al. 2 LPGA prévoit un droit individuel d'être conseillé par les assureurs compétents. Cette disposition est le pendant nécessaire de l'obligation générale de renseigner prévue à l'art. 27 al. 1 LPGA. **17**

Le devoir de conseiller ne poursuit pas un but en soi. Il a été prévu par le législateur afin de permettre à la personne concernée de faire valoir ses droits conformément aux dispositions légales et de se conformer à ses obligations¹⁹. **18**

2. Assureur tenu de prodiguer des conseils

L'art. 27 al. 2 LPGA fait référence aux « assureurs à l'égard desquels les intéressés doivent faire valoir leur droit ou remplir leurs obligations ». Par « assureur », il faut également comprendre les « organes d'exécution des diverses assurances sociales » prévus à l'art. 27 al. 1 LPGA. **19**

Les assureurs doivent fournir des conseils, dans un cas particulier, « dans les limites de leur compétence »²⁰. Cette question de compétence doit être examinée lors de la demande de renseignements de l'assuré. **Si l'assureur se déclare incompetent**, il a l'obligation de transmettre la question à l'organe compétent, conformément à l'art. 30 LPGA. **20**

La personne concernée doit pouvoir s'adresser à l'assureur, sans avoir à se préoccuper de savoir si, concernant l'organisation interne dudit assureur, il y aurait lieu de s'enquérir auprès du siège plutôt qu'auprès d'une des agences, par exemple. En d'autres termes, l'organisation interne des assureurs ne saurait être opposée à la personne demandant un conseil. Ce principe ne vaut toutefois que pour autant qu'il n'existe pas une disposition spéciale qui précise les domaines de compétence au sein de l'assureur et qui peut être opposée à l'intéressé²¹. **21**

3. Contenu du conseil

Le conseil fourni par l'assureur à l'intéressé a trait **aux droits et obligations dans un cas particulier**. Le but du conseil est de permettre à la personne intéressée de se comporter de telle sorte que les conséquences juridiques de la disposition légale en question se réalisent²². **22**

Les aspects juridiques et factuels doivent être rappelés à la personne intéressée afin de lui permettre de respecter ses droits et obligations dans le cas d'espèce. Cela peut conduire un assureur à devoir conseiller, voire suggérer, à l'intéressé d'entreprendre telle ou telle démarche, comme en particulier le fait d'exiger la notification d'une décision formelle au sens de l'art. 51 al. 2 LPGA²³. Le devoir de conseil s'étend non seulement aux circons- **23**

19 MEYER, Grundlagen, 14.

20 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 254.

21 Art. 19a OACI. Lorsque l'inscription au chômage a lieu à la commune, le devoir de renseigner et de conseiller ne naît pas avant l'inscription à l'ORP car la commune n'est pas un organe d'exécution au sens de l'art. 19a al. 1 OACI: RUBIN, Commentaire, art. 17 N 54. Lorsqu'un médecin-conseil transmet des renseignements à une assurance-maladie obligatoire, il agit en qualité d'organe de cette assurance: EUGSTER, Krankenversicherung, art. 57 N 1; voir aussi MEYER, Grundlagen, 24.

22 ATF 131 V 472; TF, 22.2.2010, 8C_475/2009, c. 2.1 et les références citées.

23 TF, 12.1.2007, K 7/06, c. 3.3. Voir également TF, 14.10.2009, 9C_97/2009, c. 2.2.

tances de fait déterminantes mais également aux circonstances de nature juridique. Son contenu dépend entièrement de la situation concrète dans laquelle se trouve l'assuré, telle qu'elle est reconnaissable pour l'administration. Afin de déterminer quelle devrait être la réaction des employés de l'assureur en cause, il faut se référer au comportement hypothétique d'une personne qui voue aux choses une attention usuelle²⁴.

- 24 L'obligation de conseiller implique nécessairement qu'il y ait une **demande préalable de la personne intéressée** ou, à tout le moins, que l'assureur ait constaté ou eût dû constater qu'il y avait un besoin de conseiller. Ce devoir de conseiller entraîne également l'obligation pour l'assureur de contrôler et d'informer la personne intéressée lorsque, par exemple, en présence de prestations en cours, elle doit s'attendre à une réduction, voire même à une suppression de son droit aux prestations. En ce sens, le devoir de conseiller dépend étroitement de la qualité de la gestion documentaire du dossier, selon l'art. 46 LPGa. En présence d'un intérêt juridiquement protégé, la personne demandant conseil peut exiger un renseignement par écrit ou une confirmation écrite du conseil donné oralement, et ce tout particulièrement en cas de demande d'octroi de prestations.
- 25 Le devoir de conseiller n'emporte pas la possibilité pour la personne conseillée d'exiger un traducteur ou une traduction d'un document²⁵.
- 26 Avec l'art. 27 al. 2 LPGa, l'ancienne jurisprudence selon laquelle la personne assurée ne pouvait ignorer qu'elle devait se conformer aux dispositions légales tombe. L'art. 27 LPGa renverse la présomption selon laquelle nul n'est censé ignorer la loi²⁶. L'obligation de conseiller inclut le devoir de contrôler les prestations en cours afin que la personne puisse se prémunir contre une réduction ou une cessation des prestations. Cela vaut en particulier dans le domaine de l'assurance-chômage²⁷.
- 27 Le contenu du devoir de conseiller englobe :
- la possibilité pour une personne intéressée d'exiger une décision formelle selon l'art. 51 al. 2 LPGa ;
 - le fait d'attirer l'attention sur le droit de former opposition contre une décision²⁸ ;
 - l'obligation d'informer la personne intéressée de ce qu'elle peut prétendre à d'autres prestations ;
 - la possibilité de demander des prestations préalables selon l'art. 19 al. 4 LPGa ;
 - la possibilité de demander une prolongation de délai (art. 40 al. 3 LPGa) ;
 - la possibilité de demander, en particulier dans le domaine de la procédure d'opposition, l'assistance judiciaire²⁹ ;

24 ATF 133 V 249. Voir TF, 22.8.2017, 9C_287/2017, c. 5.1.

25 EUGSTER, *Krankenversicherung*, N 1530.

26 ATF 124 V 220, c. 2b/aa, c. 4. Pour l'ancienne jurisprudence, voir également SPIRA, *Du droit d'être renseigné*, 531.

27 RUBIN, *Commentaire*, art. 17 N 50 ss.

28 SPIRA, *Du droit d'être renseigné*, 531 ; voir aussi art. 49 al. 3 LPGa.

29 Selon la jurisprudence, les assureurs sont tenus, en vertu de l'art. 27 al. 2 LPGa, d'indiquer l'existence de ce droit lorsqu'à la relative difficulté du cas s'ajoute la complexité de l'état de fait ou des questions de droit, à laquelle l'intéressé n'est pas apte à faire face seul, en raison de circonstances qui tiennent à sa personne : TF, 5.2.2017, P 44/06, c. 5.3.2. Selon la jurisprudence encore, il n'existe pas de prétentions générales à ce que les tribunaux des assurances sociales attirent l'attention sur la possibilité de se faire représenter par un avocat et d'obtenir l'assistance judiciaire gratuite. Toutefois, s'il ressort du mémoire du recours qu'une partie exprime la volonté d'être représentée par un conseil juridique, mais qu'elle y renonce pour des motifs financiers, le tribunal est tenu, en application du principe de la bonne foi, de rendre l'intéressée attentive à la

- le fait de rendre la personne intéressée attentive à sa situation juridique³⁰;
- en cas d'exportation des prestations, l'obligation pour l'assureur d'informer le chômeur sur le fait qu'en cas de séjour de trois mois dans un ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange son droit aux prestations s'éteint³¹;
- dans certains cas, l'assureur-accidents doit informer l'entreprise lorsqu'il a connaissance d'un emploi pour une durée déterminée à l'étranger de certains travailleurs³²;
- l'obligation, dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire, pour un assureur-maladie d'informer la personne intéressée qu'elle peut se faire représenter devant le tribunal arbitral par l'assurance-maladie³³. Dans le domaine de l'assurance-maladie toujours, avant l'introduction d'une procédure de poursuite, l'assureur doit informer la personne assurée que le droit de compenser n'est pas valable³⁴.

L'obligation de conseiller n'est toutefois pas illimitée. On ne peut pas exiger de l'assureur qu'il fasse preuve d'une attention plus importante que celle qu'on peut exiger de manière générale. Selon la jurisprudence, aucun devoir de renseignement ou de conseil au sens de l'art. 27 LPGa n'incombe à l'institution d'assurance tant qu'elle ne peut pas, en prêtant l'attention usuelle, reconnaître que la personne assurée se trouve dans une situation dans laquelle elle risque de perdre son droit aux prestations³⁵. Il n'y a pas non plus d'obligation de conseiller lorsque l'attitude de l'assuré paraît contraire à la loi ou n'est pas protégée comme telle par celle-ci³⁶. Les personnes intéressées ne peuvent pas non plus prétendre devoir être renseignées sur toute hypothèse théorique qui leur permettrait éventuellement de pouvoir bénéficier de prestations³⁷. L'art. 27 LPGa n'exige donc pas de l'assureur qu'il donne des réponses à toutes les questions théoriques possibles, et ce afin de ne pas submerger les assurés d'informations inutiles³⁸. Le Tribunal fédéral a également jugé que les assurés doivent solliciter les renseignements nécessaires lorsqu'ils peuvent raisonnablement penser qu'ils s'apprentent à mettre leurs droits en péril³⁹. L'assureur a certes un devoir d'anticiper les situations, mais ce devoir est limité⁴⁰. Enfin, les assurés sont censés se souvenir des renseignements déjà obtenus⁴¹.

28

possibilité de requérir l'assistance judiciaire gratuite. En présence d'indications suffisamment claires, il faut même considérer qu'il existe une demande dans ce sens: TF, 14.7.2009, 9C_246/2009, c. 4.1. Dans le domaine de l'assurance-invalidité, le TF a toutefois récemment rappelé que l'assistance d'un avocat doit demeurer l'exception, au stade de la procédure de l'opposition, en l'absence de complexité particulière de la cause sur les plans du fait et du droit: TF, 21.2.2018, 9C_786/2017, c. 4.2.

30 TF, 12.1.2007, K 7/06, c. 3.3. Voir également TF, 14.10.2009, 9C_97/2009, c. 2.2; ATF 133 V 249; TF, 22.8.2017, 9C_287/2017, c. 5.1.

31 RUBIN, Commentaire, art. 17 N. 69; NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, N 889 et 1026.

32 TF, 22.2.2010, 8C_475/2009, c. 5.2.

33 TF, 30.12.2010, 9C_687/2010, c. 4 et 5. Voir aussi EUGSTER, Krankenversicherung, N 1530 et 1566.

34 TF, 12.1.2007, K 7/06, c. 5.3; FLÜCKIGER, 116.

35 ATF 133 V 249, c. 7.2.

36 TF, 20.4.2007, I 714/06, c. 4.1.

37 TF, 6.5.2013, 9C_336/2012, c. 3.3 (non publié in ATF 139 V 289).

38 TF, 22.4.2010, 8C_899/2009, c. 4.2.

39 TF, 14.8.2012, 8C_66/2012.

40 TF, 7.3.2011, 9C_557/2010, c. 4.4.

41 TF, 8.6.2011, 9C_865/2010, c. 5.3. Voir aussi TF, 22.4.2010, 8C_899/2009, c. 4.2.

- 29 Pour l'assureur, le fait de donner un renseignement suffit. Il ne lui appartient donc pas de convaincre les sceptiques ou les personnes qui partent de conceptions erronées⁴².
- 30 Le devoir de conseiller s'adresse en principe uniquement aux **assureurs sociaux en Suisse**, à l'égard des situations relevant du droit national. De manière générale, l'obligation de conseiller ne devrait dès lors pas s'étendre aux aspects qui dépassent les frontières helvétiques. Dans un cas particulier, le Tribunal fédéral a cependant admis que la caisse de chômage qui omet d'informer l'assuré au sujet de l'opportunité de s'annoncer à l'assurance-chômage à l'étranger viole son obligation de conseil⁴³.
- 31 L'obligation de renseigner n'a pas été retenue dans le cas d'une assurée qui aurait pu demander une allocation pour impotent, alors qu'elle présentait des difficultés d'audition et de vision⁴⁴. Il n'existe pas non plus d'obligation de conseiller un assuré lorsqu'il y a lieu de déterminer si et dans quelle mesure il présente une capacité de gain résiduelle⁴⁵. De manière générale, les limites à l'obligation de renseigner se confondent avec le respect par la personne intéressée du principe de la bonne foi⁴⁶. Le devoir de conseiller de l'assureur social au sens de l'art. 27 al. 2 LPGA n'implique pas que celui-ci donne à titre préventif des informations dont on peut admettre qu'elles sont connues de manière générale⁴⁷.

4. Obligation de renseigner prévue expressément dans la LPGA

- 32 La LPGA prévoit, dans différentes dispositions, un **devoir exprès de conseiller**. On peut mentionner :
- l'obligation faite à l'assureur d'attirer l'attention de l'assuré sur les conséquences juridiques d'une absence de collaboration selon l'art. 21 al. 4 LPGA, s'agissant de mesures de réinsertion professionnelle raisonnablement exigibles⁴⁸;
 - l'obligation de l'assureur de confirmer par écrit à l'ayant-droit l'objet, l'étendue et les suites de la renonciation et de la révocation (art. 23 al. 1 LPGA);
 - l'obligation faite à l'assureur d'avertir au préalable l'assuré ou d'autres requérants sur les conséquences juridiques d'un refus de renseigner ou de collaborer lors de l'instruction de la demande (art. 43 al. 3 LPGA);
 - l'obligation faite à l'assureur d'attirer l'attention de l'assuré sur une éventuelle *reformatio in peius* (art. 61 let. d LPGA; art. 12 al. 2 OPGA)⁴⁹.
- 33 Une obligation de conseiller dans un cas spécifique figure encore dans différentes dispositions particulières.
- 34 Dans le domaine de l'assurance-invalidité, l'art. 3c al. 6 LAI impose à l'office AI d'informer l'assuré que les prestations peuvent être réduites ou refusées si l'assuré ne s'annonce pas ou tarde à le faire.

42 TF, 14.5.2009, 8C_988/2008, c. 4.2.2.

43 TF, 31.5.2011, 8C_26/2011. Comme le relève la doctrine, cette situation était particulière et ne saurait être généralisée: FLÜCKIGER, 117, n. 161. Voir également KIESER, ATSG- Kommentar, art. 27 N 33.

44 TF, 6.5.2013, 9C_336/2012, c. 3.3 (non publié in ATF 139 V 289).

45 TF, 7.8.2009, 8C_485/2009, c. 2.2.2; FLÜCKIGER, 117.

46 TF, 10.1.2017, 8C_437/2016, c. 3.5; ATF 131 V 472, c. 5.

47 TF, 16.7.2015, 8C_433/2014, c. 5.3.

48 ATF 133 V 511, c. 4.2.

49 ATF 138 V 339, c. 2.3.2.2.

Dans le domaine de l'assurance-maladie, on peut évoquer les art. 7 al. 2 LAMal⁵⁰, 35 concernant le changement d'assureur, et 9 LAMal concernant la possibilité de demander la suspension de la couverture du risque accident. Par ailleurs, l'art. 70 al. 3 LAMal prévoit une obligation d'informer sur la possibilité de changer d'assureur (droit au libre-passage). L'art. 71 al. 2 LAMal traite, pour sa part, du passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle.

L'art. 3 LAA, en lien avec l'art. 72 OLAA, concerne la possibilité pour un assuré de prolonger l'assurance par convention spéciale, qui doit être rappelée par l'assureur-accidents. 36

Enfin, l'art. 19 al. 1 OACI prévoit que les organes d'exécution de l'assurance-chômage doivent renseigner les assurés sur leurs droits et obligations, notamment sur la procédure d'inscription et sur leur obligation de prévenir et d'abrèger le chômage⁵¹. 37

5. Conséquences d'un conseil insuffisant

Lorsque l'assureur n'a pas respecté son obligation de conseiller, la jurisprudence considère que cela revient à avoir transmis une information de manière erronée au justiciable. 38

Le défaut de renseignement dans une situation où une obligation de renseigner est prévue par la loi ou lorsque les circonstances concrètes du cas particulier auraient commandé une information de l'assureur est assimilé à une déclaration erronée de la part de l'assureur qui peut, à certaines conditions, obliger l'autorité à consentir à un administré un avantage auquel il n'aurait pas pu prétendre, en vertu du principe de la **protection de la bonne foi** découlant de l'art. 9 Cst.⁵². Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronée de l'administration peut obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que (a) l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées (b) qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et (c) que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement («*ohne weiteres*») de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore que l'assuré se soit fondé sur les assurances ou les comportements dont il se prévaut pour (d) prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice et (e) que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance⁵³ a été donnée. Ces principes s'appliquent par analogie au défaut de renseignement, la condition sous (c) devant toutefois être formulée de la façon suivante: que l'administré n'ait pas eu connaissance du contenu du renseignement omis ou que ce contenu fût tellement évident qu'il n'avait pas à s'attendre à une autre information⁵⁴. Si toutes les conditions sont réunies, la personne mal renseignée doit pouvoir être replacée dans la situation financière dans laquelle elle aurait été si elle avait été mise en situation de réagir par rapport à des renseignements corrects et complets⁵⁵. En revanche, lorsque les circonstances tendent à démontrer que même s'il avait été renseigné correctement, un assuré n'aurait pas adopté un comportement raisonnable lui permettant de tou-

50 TF, 29.6.2007, K 13/06, c. 5.2.1.

51 RUBIN, Commentaire, art. 17 N 52.

52 ATF 131 V 472, c. 5.

53 ATF 131 II 627, c. 6.1. Pour un exemple concret en droit des assurances sociales: TF, 3.4.2017, 9C_753/2016, c. 6.

54 TF, 22.8.2017, 9C_287/2017, c. 5.1; TF, 14.10.2009, 9C_97/2009, c. 3.3. Voir aussi ATF 131 V 472, c. 5.

55 TF, 18.2.2008, 9C_582/2007, c. 3.3.

cher des indemnités, l'assuré en question ne pourra pas se prévaloir de la violation de l'obligation de renseigner⁵⁶.

- 40 Une violation de l'obligation de conseiller peut, le cas échéant, **engager la responsabilité de l'assureur**, selon l'art. 78 LPGA⁵⁷.

6. Personne intéressée

- 41 L'art. 27 al. 2 LPGA n'est pas limité à la personne assurée.
- 42 Il n'en demeure pas moins que la personne intéressée qui veut se prévaloir de cette disposition doit démontrer qu'elle est titulaire de droits à l'égard de l'assureur ou qu'elle se voit imposer par lui des obligations, à tout le moins potentiellement.
- 43 Pour le reste, la question de savoir si des tiers, à l'instar des fournisseurs de prestations ou des organes sous-délégués, sont concernés par l'art. 27 LPGA, est disputée en doctrine⁵⁸.

7. Obligation de conseiller

- 44 L'obligation de conseiller suppose une **demande de la personne intéressée** ou, à tout le moins, une situation qui impose que l'assureur attire l'attention de la personne intéressée sur le fait que son comportement pourrait mettre en péril la réalisation de l'une des conditions du droit aux prestations ou pourrait lui causer un préjudice de nature procédurale. Ce dernier aspect est important, au vu de la complexité particulière du système des assurances sociales en Suisse⁵⁹.
- 45 En principe, le conseil doit être donné **dans la langue officielle** du lieu de domicile de la personne intéressée. Il n'y a toutefois pas de droit à bénéficier d'un traducteur ou d'une traduction⁶⁰.
- 46 Le conseil peut être donné **oralement ou par écrit**. L'existence des demandes et des réponses éventuelles ainsi que le moment précis où elles sont intervenues doivent être rendus hautement vraisemblables par les personnes intéressées, respectivement par les organes d'exécution.
- 47 Il en va de même de la communication des demandes et des réponses.
- 48 Les protagonistes ont donc tout intérêt à conserver leurs écrits, notes, procès-verbaux, afin, le cas échéant, de pouvoir les produire.

8. Gratuité des conseils

- 49 L'art. 27 al. 2 LPGA prévoit que le conseil doit intervenir, en principe gratuitement. Il devrait en aller autrement si des recherches coûteuses devaient s'ensuivre (2^{ème} phrase).

56 TF, 9.10.2008, 8C_191/2008; RUBIN, Commentaire, art. 17 N 67 et les références. Voir aussi MEYER, Grundlagen, 17.

57 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 4 ss.

58 Pour une obligation étendue de l'art. 27 LPGA: SPIRA, Du droit d'être renseigné, 531; voir également EUGSTER, Krankenversicherung, N 1529. Pour cet auteur, par « personnes intéressées », il faudrait également comprendre les fournisseurs de prestations. *Contra* KIESER, ATSG-Kommentar, art. 27 N 7.

59 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 27 N 41.

60 ATF 104 V 9.

La possibilité de prévoir des émoluments doit reposer sur une base légale formelle. Aucune disposition y relative n'a été édictée par le Conseil fédéral dans l'OPGA. Différentes lois spéciales prévoient des émoluments pour différentes recherches particulières, notamment pour le calcul anticipé d'une rente de vieillesse, aux conditions de l'art. 58 al. 3 RAVS. 50

L'assistance administrative et la transmission de données doivent intervenir de manière gratuite (cf. art. 32 LPGA et art. 82 let. a LAMal). 51

L'art. 18 OPGA prévoit toutefois la possibilité d'une indemnisation lorsque le volume de travail particulier requis dans le cadre de l'assistance administrative est important⁶¹. 52

C. Devoir d'information en cas de droit à des prestations des assurances sociales (al. 3)

L'art. 27 al. 3 LPGA concrétise le devoir de conseiller fixé à l'alinéa 2 de la disposition et l'étend lorsqu'un droit à des prestations concerne d'autres assureurs sociaux. La personne assurée et ses proches doivent être informés lorsque l'assureur constate, ou aurait dû constater, que des prestations d'autres assurances sociales pourraient être demandées. 53

Le devoir d'informer naît lorsqu'un assureur «constate» qu'un assuré ou ses proches auraient droit à des prestations d'assurance sociale. Cette formulation laisse entendre que l'assureur n'a pas à entreprendre des démarches particulières. Le constat doit apparaître dans le cadre de l'instruction d'une demande qui lui a été faite. Cela peut en particulier concerner une question de contribution. 54

On peut imaginer le cas où un assureur-maladie constate que la personne assurée pourrait demander des prestations de l'assureur AI, par exemple une allocation pour impotent. On peut également imaginer qu'un office AI apprenne que l'atteinte à la santé à l'origine de l'incapacité de travail de longue durée découle d'un accident. On peut encore citer le cas d'un office AI qui informe l'assuré que les prestations de l'assurance-invalidité en cas d'infirmités congénitales vont prendre fin une fois atteint l'âge de 20 ans mais que des prestations de l'assurance-maladie obligatoire des soins prendront le relais. 55

Pour déterminer si l'assureur devait informer l'assuré ou ses proches, il y a eu lieu de se référer au **comportement hypothétique d'une personne qui voue aux choses une attention usuelle**⁶². Selon la jurisprudence, le devoir de renseigner au sens de l'art. 27 al. 3 LPGA ne concerne que les prestations d'autres assurances sociales auxquelles les assurés ont droit, c'est-à-dire celles qui entrent actuellement en ligne de compte, et non pas celles qui pourraient également entrer en ligne de compte à l'avenir. On ne saurait raisonnablement attendre – et encore moins exiger – d'un assureur saisi d'une demande concrète de prestations qu'il procède à une analyse détaillée de la situation assécurologique de la personne et qu'il lui expose en quoi la situation actuelle pourrait avoir des effets sur des éventuelles prestations d'assurance dues dans le futur et pouvant relever d'autres branches d'assurance⁶³. L'assureur devant fournir des conseils au sens de l'art. 27 al. 3 LPGA ne doit pas forcément verser effectivement des prestations. Il suffit que, dans le cadre de l'examen de l'assujettissement par exemple, l'assureur constate que l'assuré ou ses proches seraient également concernés par une autre branche d'assurance sociale. 56

61 Sur ce point voir KIESER, ATSG-Kommentar, art. 27 N 46.

62 ATF 133 V 249, c. 7.2.

63 TF, 15.10.2015, 9C_512/2015, c. 4.3.

- 57** L'art. 27 al. 3 LPGA se distingue de l'obligation faite aux assureurs d'indiquer les voies de droit ou d'adresser aux assureurs concernés une décision. Dans le cadre de l'art. 49 al. 4 LPGA, la communication peut présupposer différentes recherches propres de l'assureur, ce qui est exclu dans le cadre de l'art. 27 al. 3 LPGA.
- 58** L'art. 27 al. 3 LPGA doit également être distingué de la prise en charge à titre provisoire de prestations selon l'art. 70 al. 2 LPGA. L'ayant-droit qui a fait la demande d'une prestation provisoire doit être informé des éventuelles institutions d'assurance sociale pouvant entrer en ligne de compte (art. 70 al. 3 LPGA)⁶⁴.

Art. 28**Collaboration lors de la mise en œuvre**

¹ Les assurés et les employeurs doivent collaborer gratuitement à l'exécution des différentes lois sur les assurances sociales.

² Celui qui fait valoir son droit à des prestations doit fournir gratuitement tous les renseignements nécessaires pour établir ce droit et fixer les prestations dues.

³ Le requérant est tenu d'autoriser dans des cas particuliers toutes les personnes et institutions, notamment les employeurs, les médecins, les assurances et les organes officiels à fournir des renseignements, pour autant que ceux-ci soient nécessaires pour établir le droit aux prestations. Ces personnes et institutions sont tenues de donner les renseignements requis.

Mitwirkung beim Vollzug

¹ Die Versicherten und ihre Arbeitgeber haben beim Vollzug der Sozialversicherungsgesetze unentgeltlich mitzuwirken.

² Wer Versicherungsleistungen beansprucht, muss unentgeltlich alle Auskünfte erteilen, die zur Abklärung des Anspruchs und zur Festsetzung der Versicherungsleistungen erforderlich sind.

³ Personen, die Versicherungsleistungen beanspruchen, haben alle Personen und Stellen, namentlich Arbeitgeber, Ärztinnen und Ärzte, Versicherungen sowie Amtsstellen im Einzelfall zu ermächtigen, die Auskünfte zu erteilen, die für die Abklärung von Leistungsansprüchen erforderlich sind. Diese Personen und Stellen sind zur Auskunft verpflichtet.

Collaborazione nell'esecuzione

¹ Gli assicurati e il loro datore di lavoro devono collaborare gratuitamente all'esecuzione delle varie leggi d'assicurazione sociale.

² Colui che rivendica prestazioni assicurative deve fornire gratuitamente tutte le informazioni necessarie per accertare i suoi diritti e per stabilire le prestazioni assicurative.

³ Chi pretende prestazioni assicurative deve autorizzare tutte le persone e i servizi, segnatamente il datore di lavoro, i medici, le assicurazioni e gli organi ufficiali a fornire nel singolo caso tutte le informazioni, sempre che siano necessarie per accertare il diritto a prestazioni. Queste persone e questi servizi sono tenuti a dare le informazioni.

⁶⁴ KIESER, ATSG-Kommentar, art. 27 N 51.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	5
II. Développement	9
A. Principe de l'obligation de collaborer des assurés et des employeurs (al. 1)	9
B. Obligation de collaborer de celui qui fait valoir son droit à des prestations (al. 2)	20
C. Obligation d'autoriser des tiers à fournir des renseignements (al. 3)	29
D. Autorisation pour chaque cas particulier	36
E. Renseignements et documents	39
F. Obligation de transmettre des renseignements (al. 3)	42
G. Violation de l'obligation de collaborer	46

Bibliographie

FLÜCKIGER THOMAS, *Verwaltungsverfahren*, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), *Recht der Sozialen Sicherheit* 97 ss; KRAUSKOPF PATRICK/EMMENEGGER KATRIN/BABEY FABIO, art. 13 PA, in Waldmann/Weissenberger (éd.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2^e éd., Zurich 2016, 293 ss.

I. Introduction**A. Généralités**

La Société suisse sur le droit des assurances avait proposé l'introduction d'un article qui correspond, dans les grandes lignes, à la disposition actuelle. La Commission du Conseil des Etats y a apporté quelques adjonctions¹. Le processus législatif qui s'en est suivi n'a pas apporté de modifications importantes à l'art. 28 LPGA actuel². **1**

Dans le cadre de la révision de la LPGA actuellement en cours (Introduction générale, N 35 ss), il est proposé d'apporter quelques modifications à l'art. 28 al. 2 et 3 LPGA. L'art. 28 al. 2 LPGA serait modifié comme suit: «Celui qui fait valoir son droit à des prestations doit fournir gratuitement tous les renseignements nécessaires pour instruire ce droit, fixer les prestations dues et faire valoir les prétentions récursoires». Par ailleurs, la première phrase de l'art. 28 al. 3 LPGA serait modifiée comme suit: «Le requérant est tenu d'autoriser dans le cas d'espèce les personnes et institutions concernées, notamment les employeurs, les médecins, les assurances et les organes officiels, à fournir les renseignements nécessaires pour instruire le droit aux prestations et faire valoir les prétentions récursoires [...]»³. **2**

Selon le rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation du 22 février 2017, la modification de l'art. 28 al. 2 LPGA a essentiellement pour but de permettre à l'assureur de prendre connaissance des informations suffisantes sur le déroulement de l'événement litigieux, sur les tiers responsables, sur les témoins et sur les **3**

1 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 254.

2 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 28 N 1-3.

3 P-LPGA 2018, FF 2018 1655, 1656.

assurances responsabilité civile. Le but est de permettre à l'assureur social de pouvoir **exercer les prétentions récursoires**, les assurés n'étant souvent pas en mesure de fournir les renseignements nécessaires. L'un des objectifs de cette révision est d'obliger l'assuré à collaborer, non seulement à l'examen du droit aux prestations, mais aussi à l'établissement des prétentions récursoires. Si l'assuré refuse de collaborer, la procédure de mise en demeure assortie d'un délai de réflexion prévue à l'art. 43 al. 3 LPGA s'appliquera⁴.

- 4 Concernant l'art. 28 al. 3, 1^{re} phrase, LPGA, le fait de faire signer le formulaire de demande à l'assuré permettra aux acteurs impliqués de prendre connaissance des renseignements nécessaires pour établir le droit aux prestations et faire valoir les prétentions récursoires à l'égard de tiers. L'ajout à l'art. 28 al. 3, 1^{re} phrase, LPGA concerne précisément la procédure de recours⁵.

B. Systématique

- 5 L'art. 28 LPGA traite de l'obligation de collaborer. Cette obligation s'inscrit dans les règles de la procédure du droit des assurances sociales et, à ce titre, figure dans le chapitre consacré aux dispositions générales de procédure. La disposition est le **pendant de l'obligation d'instruire la demande** prévue à l'art. 43 LPGA. Sous l'angle de la systématique légale, il eût été préférable que l'art. 43 LPGA précède l'art. 28 LPGA: en effet, l'instruction de la demande précède l'obligation de collaborer dans la mise en œuvre de l'exécution des différentes lois sur les assurances sociales⁶.
- 6 Les litiges ont trait régulièrement, dans ce cadre, à **l'existence et l'étendue du devoir de collaborer** des personnes demandant des prestations⁷. L'obligation de collaborer gratuitement à l'exécution des différentes lois sur les assurances sociales ne comprend pas uniquement des devoirs. Il y a également un droit à pouvoir participer à l'instruction de la cause. Ces droits sont en particulier prévus aux art. 42 LPGA (droit d'être entendu), 47 LPGA (consultation du dossier), 37 LPGA (droit d'être représenté et assisté) et 44 LPGA (participation à la mise en œuvre d'une expertise). L'art. 28 LPGA, qui ne traite que de l'obligation de collaborer, doit donc être lu parallèlement aux articles précités.
- 7 L'art. 28 LPGA est applicable dans tout le domaine des assurances sociales. Son alinéa premier vaut pour toutes les questions d'assurances sociales, alors que les alinéas 2 et 3 ne sont applicables que pour la question du droit aux prestations. La révision prévue de l'art. 28 LPGA étendra, aux alinéas 2 et 3, l'obligation de collaborer aux prétentions récursoires (N 2 s.).
- 8 L'obligation de collaborer s'entend exclusivement sous l'angle des droits procéduraux. Le refus de collaborer n'est pas réglé par l'art. 28 LPGA, mais par l'art. 43 al. 2 LPGA⁸.

4 Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1623.

5 Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1623.

6 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 28 N 7.

7 ATF 137 V 210, c. 1.2.1.

8 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 28 N 11-14. TF, 17.11.2016, 9C_553/2016, c. 2.1.

II. Développement

A. Principe de l'obligation de collaborer des assurés et des employeurs (al. 1)

1. Champ d'application

L'art. 28 al. 1 LPGA s'applique de manière générale dans le domaine de la procédure de droit des assurances sociales. Ce premier alinéa est donc applicable en ce qui concerne **l'assujettissement, les cotisations et les prestations.** 9

Dans le domaine de la procédure de fixation des contributions, l'art. 28 al. 1 LPGA a une importance particulière. Les assureurs sont en effet dépendants des informations qui sont transmises par l'employeur (cf. art. 51 LAVS; art. 93 al. 1 LAA). S'il s'agit de cotisations qui ne sont pas liées à un rapport de travail, l'obligation de collaborer incombe alors à l'assuré. 10

L'art. 28 al. 1 LPGA s'applique également aux **actions récursoires** selon les art. 72 ss LPGA, dès lors que ces procédures font partie des tâches liées à l'exécution des différentes lois sur les assurances sociales. Le législateur, à juste titre, souhaite explicitement étendre les alinéas 2 et 3 de l'art. 28 LPGA aux actions récursoires. 11

2. Devoir de collaboration des particuliers

L'art. 28 al. 1 LPGA fixe le principe de l'obligation de collaborer gratuitement, sans toutefois détailler les tâches qui incomberaient aux assurés et aux employeurs. **Le principe de la proportionnalité doit être, en tous les cas, respecté**, de sorte que le devoir de collaborer ne saurait être compris de manière illimitée et doit se restreindre à ce qui est nécessaire. Ainsi, il n'est pas possible d'exiger d'une personne qui ne maîtrise pas la langue française de rédiger des déterminations écrites⁹. L'obligation de collaborer selon l'art. 28 al. 1 comprend en particulier le devoir de transmettre les documents déterminants. Elle comprend aussi le fait de tolérer la mise en œuvre d'une inspection locale¹⁰. Les témoignages ne sont admissibles que si les conditions prévues à l'art. 14 PA sont remplies ou si une disposition expresse le prévoit, à l'instar de l'art. 88 LAM. 12

3. Personnes concernées

L'art. 28 al. 1 LPGA traite de l'obligation de collaborer gratuitement **des assurés et des employeurs**. Cette obligation ne s'étend pas à des tiers. L'obligation faite aux assurés et aux employeurs de collaborer ne vaut que pour ce qui a trait à l'obligation de le faire gratuitement. 13

Lorsqu'elles collaborent à l'exécution des lois sur les assurances sociales, les personnes concernées doivent répondre conformément à la vérité. Quand bien même ce principe n'est pas inscrit expressément à l'art. 28 LPGA, il demeure valable en tant que partie intégrante de l'interdiction du comportement contraire à la bonne foi¹¹. 14

9 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 28 N 32 et les références citées.

10 Le devoir de collaborer comprend donc à la fois une obligation de faire et de tolérer: FLÜCKIGER, 120.

11 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 28 N 40. Voir aussi: KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, art. 13 N 35 ss.

4. Gratuité

- 15 L'obligation faite aux assurés et employeurs de collaborer gratuitement découle d'une volonté de la Commission du Conseil des Etats¹². Par gratuité, il faut comprendre le fait que les personnes concernées ne se verront rembourser aucun frais (photocopies, débours, frais de transport) et signifie également qu'aucune indemnisation ne peut être demandée, par exemple pour une perte de gain.
- 16 Toutefois, l'art. 45 al. 2 LPGA prévoit que l'assureur indemnise les parties ainsi que les personnes tenues de fournir des renseignements **si elles subissent une perte de gain ou encourent des frais**. Le principe de la gratuité est donc fortement limité.
- 17 Une disposition spéciale est nécessaire pour que des tâches puissent être confiées gratuitement à l'employeur, lorsqu'il effectue des tâches d'exécution de prestations qui vont au-delà de l'art. 28 al. 1 LPGA. Cela vaut en particulier dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants¹³. L'employeur doit également, dans le domaine des allocations familiales, exécuter gratuitement le versement des prestations aux salariés ayants droit, conformément à l'art. 15 al. 2 LAFam.
- 18 Une exception à l'art. 28 al. 1 LPGA figure à l'art. 63 al. 1 LAMal, qui prévoit que si une association d'employeurs, une association de travailleurs ou une autorité d'assistance se charge de **tâches d'exécution de l'assurance-maladie**, l'assureur les indemnise de façon appropriée¹⁴.
- 19 La rémunération est soumise à la TVA¹⁵.

B. Obligation de collaborer de celui qui fait valoir son droit à des prestations (al. 2)

1. Principe

- 20 L'art. 28 al. 2 LPGA prévoit une obligation de collaborer de celui qui demande des prestations. Cela semble aller de soi. Cette disposition correspond, dans les grandes lignes, à l'art. 13 al. 1 PA, sous réserve de quelques particularités.
- 21 Tout d'abord, l'art. 28 al. 2 LPGA ne concerne que la procédure concernant le droit aux prestations. Son champ d'application est donc limité.
- 22 L'art. 28 al. 2 LPGA prévoit ensuite une obligation de collaboration, sans toutefois détailler quelles obligations doivent être respectées à ce titre, que ce soit en produisant des documents ou en tolérant certains examens. Cas échéant, l'art. 13 PA devra être appliqué à titre supplétif.
- 23 Contrairement à l'art. 13 PA, l'art. 28 al. 2 LPGA n'est applicable **qu'à la personne qui fait valoir un droit à des prestations**, et non à toutes les «parties». Dans l'hypothèse où une obligation d'un tiers est en jeu, seul l'art. 13 PA est applicable.
- 24 L'art. 28 al. 2 LPGA traite exclusivement de l'obligation de collaborer. Cette disposition ne prévoit pas les conséquences d'un éventuel refus de transmettre des informations, par

¹² Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 254.

¹³ Art. 51 al. 4 LAVS.

¹⁴ EUGSTER, KVG, art. 63 N.2.

¹⁵ TAF, 25.5.2007, A-1440/2006.

exemple. **Les conséquences d'un tel refus sont réglées à l'art. 43 al. 3 LPGA.** L'art. 13 al. 2 PA n'est pas applicable dans ce cadre.

2. Notion de renseignements

L'art. 28 al. 2 LPGA traite de la fourniture gratuite de «tous les renseignements nécessaires». Le renseignement doit être compris au sens strict et ne comporte pas d'autres mesures d'instruction. Celles-ci figurent expressément à l'art. 43 al. 1 LPGA¹⁶. 25

Dans le cadre des renseignements à donner, celui qui fait valoir son droit à des prestations doit transmettre les documents qui étayent les renseignements fournis. Cela concerne en particulier l'attestation de domicile, les certificats de l'employeur concernant les salaires versés ou le rapport médical du médecin traitant. 26

A réitérées reprises, le Tribunal fédéral a confirmé que la **surveillance** constituait une atteinte à la sphère privée de l'assuré¹⁷. Si la surveillance doit être considérée comme une atteinte à la sphère privée garantie par l'art. 13 al. 1 Cst., elle touche aussi aux domaines de la protection de la liberté personnelle au sens de l'art. 10 al. 2 Cst. et de la protection contre l'emploi abusif de données personnelles au sens de l'art. 13 al. 2 Cst. 27

Toutefois, la jurisprudence considérait que l'observation par un détective privé, dans un domaine privé librement visible sans autre par chacun, lorsqu'elle était objectivement commandée par les circonstances, respectait, en particulier, l'art. 28 al. 2 LPGA en lien avec l'art. 43 LPGA¹⁸. Pour être admissible, la surveillance devait réaliser les quatre conditions posées par l'art. 36 Cst. à la restriction d'un droit fondamental par l'Etat¹⁹. A la suite d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 octobre 2016, le Tribunal fédéral a revu sa position et a jugé que, dans le domaine de l'assurance-invalidité, comme dans celui de l'assurance-accidents obligatoire, il n'existait pas de base légale suffisante qui réglait de manière suffisante et complète l'observation par un détective privé d'un assuré soupçonné de bénéficier de prestations de manière induite²⁰. Le Tribunal fédéral a toutefois considéré qu'à certaines conditions, le résultat du moyen de preuve illicite peut être utilisé. 28

C. Obligation d'autoriser des tiers à fournir des renseignements (al. 3)

Dans le cadre des différentes procédures en droit des assurances sociales, les renseignements fournis par des tiers ont un poids important. Cela concerne les rapports médicaux des médecins traitants, les attestations des employeurs concernant les salaires ou les déclarations d'accident par exemple. Les communes sont également tenues de fournir des renseignements sur les requérants au sens de l'art. 28 al. 3 LPGA, en particulier quant à la durée de leur établissement en Suisse ou à la date de leur prise de domicile. 29

L'art. 28 al. 3 LPGA prévoit dès lors que le requérant est tenu d'autoriser toutes les personnes et institutions, notamment les employeurs, les médecins, les assurances et les organes officiels à fournir des renseignements. 30

16 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 28 N 48.

17 ATF 137 I 327, c. 4.4; 135 I 169, c. 4.4.

18 ATF 137 I 327, c. 5.1; 135 I 169, c. 5.4.2.

19 MOSER-SZELESS, 139 ss.

20 CourEDH, 18.10.2016, *Vukota-Bojić c. la Suisse*, requête n° 61838/10; TF, 14.7.2017, 9C_806/2016, c. 4.

- 31 Le but recherché par l'art. 28 al. 3 LPGA est de **préciser le devoir de collaborer de tiers**. Seuls sont concernés par cette obligation les renseignements, à l'exclusion de tout autre type de collaboration (témoignage, examen corporel, inspection locale, etc.). Dès lors que la collaboration d'un tiers dépasse ce devoir de renseigner, l'art. 28 al. 3 LPGA n'est pas applicable. Les règles de la PA sont alors applicables par analogie, en particulier les art. 12 ss PA (art. 55 al. 1 LPGA).
- 32 L'art. 28 al. 3 LPGA traite du «requérant». Si le requérant n'est pas la personne assurée, mais une tierce personne ou un organe officiel, ceux-ci ne sont pas autorisés à délivrer l'autorisation prévue à l'art. 28 al. 3 LPGA²¹. Une déclaration déliant des tiers du secret médical, par exemple, ne peut dès lors être établie que par la personne capable de discernement, à l'exclusion de tiers. Ne peuvent partant être considérés comme des «requérants» **que les personnes assurées, leurs survivants ou tout ayant droit pouvant prétendre à des prestations en leur nom propre**. De manière générale, il y a lieu de considérer d'office comme preuves illicites des rapports médicaux concernant un assuré capable de discernement, produits au dossier de l'assurance-invalidité, sans que l'assuré ait consenti à délier les médecins du secret professionnel. Il n'est pas admissible de déduire des circonstances d'un cas d'espèce l'existence d'une libération tacite de l'obligation de garder le secret, dont l'administration seule peut se prévaloir. L'exclusion des preuves illicites l'emporte sur la protection de la personnalité par une limitation du droit des tiers, qui ont qualité pour présenter une demande de prestations et pour recourir, de consulter le dossier lors du procès administratif²².
- 33 Des liens étroits existent entre l'art. 28 al. 3 LPGA et l'art. 32 LPGA. Dans les deux cas, des informations doivent être transmises. Leur champ d'application est toutefois distinct: l'art. 28 al. 3 LPGA traite de l'autorisation délivrée à un tiers pour fournir des renseignements; l'art. 32 LPGA, de son côté, règle l'assistance administrative entre les autorités. Dans l'hypothèse d'un concours entre les deux dispositions, il appartiendrait à l'autorité administrative de porter son choix sur l'une ou l'autre des dispositions. L'autorisation de transmettre des renseignements n'a aucune valeur propre là où l'assistance administrative prévue à l'art. 32 LPGA est applicable²³.
- 34 Dans le domaine de l'**assurance-invalidité**, l'assuré doit autoriser les personnes et les instances mentionnées dans la demande à fournir aux organes de l'assurance-invalidité tous les renseignements et les documents nécessaires pour établir ce droit et le bien-fondé de prétentions récursoires (art. 66 al. 1^{bis} RAI). Si l'assuré est incapable de discernement, son représentant légal accorde l'autorisation visée à l'art. 6a al. 1 LAI en signant la demande (art. 66 al. 2 RAI). L'art. 6a al. 1 LAI est une dérogation à l'art. 28 al. 3 LPGA.
- 35 Ces dispositions complètent et précisent la réglementation prévue à l'art. 28 LPGA. Dans le domaine de l'**assurance-chômage**, l'employeur doit informer et renseigner, sans avoir besoin de demander l'autorisation de la personne qui fait valoir son droit à des prestations de l'assurance, et ce en dérogation à l'art. 28 al. 3 LPGA (art. 88 al. 1 let. d LACI). Dans le cadre des renseignements touchant l'instruction relative aux questions de gain assuré, de début du chômage, d'existence d'un éventuel chômage fautif, etc., l'employeur n'est pas tenu de requérir le consentement de ses ex-employés. Il n'agit alors plus en qualité d'ex-employeur soumis à l'interdiction de divulguer des données relatives à ses ex-

21 Et ce contrairement à l'ancienne jurisprudence: ATF 120 V 435, c. 3a.

22 ATF 120 V 435.

23 ATF 136 V 2; FLÜCKIGER, 121.

employés (art. 328d CO), mais en qualité d'organe d'exécution de l'assurance-chômage amené à fournir des renseignements déterminants concernant le droit aux prestations²⁴.

D. Autorisation pour chaque cas particulier

L'autorisation prévue à l'art. 28 al. 3 LPGA ne vaut que pour chaque situation particulière. **Une autorisation générale n'est pas valable.** En effet, l'art. 28 al. 3 LPGA prévoit que l'autorisation de fournir des renseignements vaut «pour autant que ceux-ci soient nécessaires pour établir le droit aux prestations».

En d'autres termes, l'autorisation de fournir des renseignements est limitée par l'étendue de la demande de prestations formée selon l'art. 28 al. 2 LPGA²⁵.

Une procuration générale («Blankovollmacht») n'est toutefois pas interdite. En revanche, une personne ne saurait être contrainte d'établir un tel document.

E. Renseignements et documents

L'art. 28 al. 3 LPGA ne vaut que pour des renseignements, à l'exclusion de toute autre mesure d'instruction. **Seuls les documents comprenant les informations nécessaires doivent être délivrés par des tiers.**

Une fois l'autorisation délivrée, les tiers ne peuvent invoquer le secret professionnel ou médical pour refuser de fournir des renseignements²⁶. L'autorisation de l'assuré porte sur la fourniture de renseignements et inclut la production des documents propres à les justifier. L'octroi de l'autorisation ne permet en principe plus à l'assuré de se plaindre d'une violation du secret de fonction ou du secret professionnel pour faire écarter des pièces jointes au dossier²⁷.

En tant qu'il renferme des indications relatives aux circonstances qui sont à l'origine de l'incapacité de travail, le dossier de l'assuré perte de gain en cas de maladie présente, à l'instar de celui de l'assuré-accidents, un intérêt non négligeable dans le cadre du traitement d'une demande de prestations par l'assurance-invalidité. L'assuré perte de gain, en cas de maladie, fait partie des tiers concernés par l'autorisation contenue dans le formulaire standard de demande de prestations de l'assurance-invalidité²⁸.

F. Obligation de transmettre des renseignements (al. 3)

L'art. 28 al. 3 LPGA prévoit que des personnes dûment autorisées par le requérant sont tenues de transmettre les renseignements. Il constitue la base légale formelle nécessaire à cet effet. Une telle base légale se trouve également à l'art. 19 PA.

L'art. 28 al. 3 LPGA ne prévoit pas une obligation de renseigner illimitée: si le tiers ne peut se réfugier derrière le secret de fonction ou le secret professionnel, dès lors qu'une

24 RUBIN, Commentaire, art. 88 N 11.

25 Le fait que l'autorisation n'est valable que pour le cas particulier correspond également à l'étendue de l'assistance administrative nécessaire au sens de l'art. 32 al. 1 LPGA qui n'est envisageable que pour «les données nécessaires».

26 FLÜCKIGER, 121.

27 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, N 54, 509; TF, 29.9.2009, 9C_250/2009, c. 3.3.

28 TF, 29.9.2009, 9C_250/2009, c. 3.4.

déclaration l'autorisant à transmettre des renseignements figure au dossier, les renseignements ne sauraient être exigés lorsqu'un motif de refuser de témoigner existe, par exemple²⁹. Le devoir de renseigner, prévu à l'art. 28 al. 3 LPGA, n'est pas plus large que celui qui ressort du deuxième alinéa de la disposition.

- 44 Le devoir de renseigner des tiers n'est pas forcément gratuit. La gratuité n'est prévue que dans le cadre de l'art. 32 LPGA. En revanche, des renseignements transmis par un médecin doivent, en particulier, être obtenus contre rémunération.
- 45 La déclaration autorisant un tiers à transmettre des informations doit en général être effectuée par écrit³⁰.

G. Violation de l'obligation de collaborer

- 46 Si l'assuré ou d'autres requérants refusent de manière inexcusable de se conformer à leur obligation de renseigner ou de collaborer à l'instruction, la loi prévoit deux sanctions. L'assureur peut rendre une décision sur la base des documents en sa possession. Il peut aussi clore l'instruction et rendre une décision de non-entrée en matière (art. 43 al. 3 LPGA)³¹. **L'assureur doit prendre la sanction la moins sévère**³². Les conséquences du refus de collaborer ne sont dès lors pas réglées à l'art. 28 LPGA, mais bien à l'art. 43 LPGA.

Art. 29

Exercice du droit aux prestations

¹ Celui qui fait valoir son droit à des prestations doit s'annoncer à l'assureur compétent, dans la forme prescrite pour l'assurance sociale concernée.

² Les assureurs sociaux remettent gratuitement les formules destinées à faire valoir et à établir le droit aux prestations; ces formules doivent être transmises à l'assureur compétent, remplies de façon complète et exacte par le requérant ou son employeur et, le cas échéant, par le médecin traitant.

³ Si une demande ne respecte pas les exigences de forme ou si elle est remise à un organe incompétent, la date à laquelle elle a été remise à la poste ou déposée auprès de cet organe est déterminante quant à l'observation des délais et aux effets juridiques de la demande.

Geltendmachung des Leistungsanspruchs

¹ Wer eine Versicherungsleistung beansprucht, hat sich beim zuständigen Versicherungsträger in der für die jeweilige Sozialversicherung gültigen Form anzumelden.

² Für die Anmeldung und zur Abklärung des Anspruches auf Leistungen geben die Versicherungsträger unentgeltlich Formulare ab, die vom Ansprecher oder seinem Arbeitgeber und allenfalls vom behandelnden Arzt vollständig und wahrheitsgetreu auszufüllen und dem zuständigen Versicherungsträger zuzustellen sind.

29 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 28 N 70; FLÜCKIGER, 121.

30 TFA, 14.10.2004, I 438/02, c. 2.2.

31 ATF 133 V 89, c. 6.2.3.

32 Conformément au principe de la proportionnalité: ATF 139 V 585, c. 6.3.7.5.

³ Wird eine Anmeldung nicht formgerecht oder bei einer unzuständigen Stelle eingereicht, so ist für die Einhaltung der Fristen und für die an die Anmeldung geknüpften Rechtswirkungen trotzdem der Zeitpunkt massgebend, in dem sie der Post übergeben oder bei der unzuständigen Stelle eingereicht wird.

Rivendicazione del diritto alle prestazioni

¹ Colui che rivendica una prestazione deve annunciarsi all'assicuratore competente nella forma prescritta per l'assicurazione sociale interessata.

² Gli assicuratori sociali consegnano gratuitamente i formulari per la domanda e per l'accertamento del diritto a prestazioni; questi formulari devono essere trasmessi al competente assicuratore dopo essere stati compilati interamente e in modo veritiero dal richiedente o dal suo datore di lavoro ed eventualmente dal medico curante.

³ Se una domanda non rispetta le esigenze di forma o se è trasmessa a un servizio incompetente, per quanto riguarda l'osservanza dei termini e gli effetti giuridici collegati alla domanda è determinante la data in cui essa è stata consegnata alla posta o inoltrata a tale servizio.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	2
C. Lien avec les autres dispositions de la LPGA	5
II. Développement	10
A. Notion de l'annonce (al. 1)	10
B. Renonciation aux prestations?	16
C. Objet de l'annonce	18
D. Annonce auprès de l'assureur compétent	22
E. Effets de l'annonce	24
F. Formes prescrites (al. 2 et 3)	30

Bibliographie

FRÉSARD JEAN-MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, L'assurance-accidents obligatoire, in Meyer (éd.), SBVR, 885 ss (cité: Assurance-accidents obligatoire); MEYER-BLASER ULRICH, Das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) und das Schicksal der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Sozialversicherungsrechts, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2002, St-Gall 2002, 119 ss (cité: Schicksal); SANSONNENS BENOÎT, L'interprétation jurisprudentielle de la notion de péremption de l'art. 24 al. 1 LPGA, Revue de l'avocat 2012, 411 ss.

I. Introduction

A. Généralités

La Société de droit suisse des assurances avait prévu l'introduction d'une disposition qui correspond, dans les grandes lignes, à l'art. 29 LPGA. Les travaux parlementaires n'ont pas apporté de changements majeurs au texte proposé initialement¹.

¹ Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 254 s.

B. Systématique

- 2 L'art. 29 LPGA porte le titre marginal «exercice du droit aux prestations». Son champ d'application est dès lors clairement défini: en principe, est seul régi par l'art. 29 le droit aux prestations.
- 3 Il s'ensuit que, de manière générale, l'assujettissement à une assurance sociale n'est pas réglé par cette disposition. Toutefois, cette question est précisément l'un des aspects à prendre en considération lors de l'examen du droit aux prestations, en particulier dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire (art. 3 al. 1 LAMal) ou dans l'AVS (art. 1a al. 4 LAVS; art. 2 LAVS). Si l'art. 29 LPGA n'est pas directement applicable à ces problématiques, une application par analogie n'est pas exclue, dès lors que les principes de procédure fixés à l'art. 29 LPGA doivent pouvoir s'appliquer dans le domaine de l'assujettissement aux assurances sociales.
- 4 Une annonce à l'assurance compétente n'est pas nécessaire pour l'obligation de payer des primes ou des contributions, qui sont en principe fixées d'office. L'art. 29 LPGA ne devrait dès lors pas être applicable pour ce qui est de cette obligation.

C. Lien avec les autres dispositions de la LPGA

- 5 L'art. 29 al. 1 LPGA traite de la nécessité de déposer une annonce pour faire valoir son droit aux prestations.
- 6 **L'art. 70 al. 3 LPGA** prévoit également une annonce, mais dans le cadre particulier d'une prise en charge provisoire des prestations. Les demandes effectuées selon cette disposition ne concernent dès lors pas le droit aux prestations en soi, mais bien au paiement provisoire, jusqu'à droit connu tant qu'il existe un doute sur le débiteur des prestations. Lorsqu'il a payé des frais de traitement conformément à son obligation de prendre en charge le cas provisoirement (art. 70 al. 2 let. a LPGA) au titre de l'assurance obligatoire des soins et que, contrairement à l'art. 70 al. 3 LPGA, l'assuré n'a pas fait valoir son droit aux prestations correspondantes auprès de l'assurance-invalidité, l'assureur-maladie a qualité pour annoncer le cas à cette assurance².
- 7 **L'art. 24 al. 1 LPGA**, de son côté, traite de l'extinction du droit aux prestations. Le délai de péremption prévu à l'art. 24 al. 1 LPGA est préservé, si une annonce au sens de l'art. 29 LPGA intervient avant son échéance³. L'art. 26 al. 2 LPGA fait également dépendre d'une annonce par l'assuré le *dies a quo* des intérêts moratoires.
- 8 **L'art. 29 al. 3 LPGA** prévoit une définition large de «l'organe incompetent». Cette disposition découle à la fois de l'obligation de transmettre prévue à l'art. 30 LPGA, d'une part, et de la règle figurant à l'art. 29 al. 2 LPGA, d'autre part, selon laquelle lorsqu'une partie s'adresse en temps utile à l'assureur incompetent, le délai est réputé observé.
- 9 Cette dernière disposition devrait dès lors être seule applicable, lorsqu'il y a lieu d'examiner si un délai a été préservé⁴.

2 ATF 135 V 106, c. 6.

3 TF, 20.2.2013, 8C_888/2012, c. 3.3. Pour un examen critique de l'interprétation du TF de la notion de péremption de l'art. 24 al. 1 LPGA: voir SANSONNENS, 413.

4 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 29 N 10.

II. Développement

A. Notion de l'annonce (al. 1)

Le fait que le droit à des prestations suppose une annonce est un **principe général** qui vaut dans le domaine du droit des assurances sociales. Il s'agit d'une expression du devoir de collaborer de l'assuré, dans le cadre de la procédure. Par l'annonce, l'assuré porte à la connaissance de l'assureur les circonstances dont il entend déduire un droit à des prestations. Le versement de prestations, sans annonce de l'assuré et qui serait effectué d'office, pourrait entrer en collision avec une renonciation par l'assuré du droit à des prestations, selon l'art. 23 LPGA. **10**

Il y a «annonce» lorsqu'il est **reconnaisable pour l'assureur** que la personne demande des prestations, soit lorsqu'elle exprime sa volonté dans ce sens⁵. **11**

Le principe selon lequel chaque ayant droit qui prétend à une prestation doit s'annoncer à l'assureur a été inscrit dans la LPGA, alors qu'il figurait déjà dans la plupart des lois d'assurances sociales⁶. **12**

Dans certains cas, par exemple dans le domaine de l'assurance facultative perte de gain maladie (art. 67 ss LAMal), la loi laisse aux assureurs le pouvoir de régler dans leurs conditions générales d'assurance certaines questions qui relèvent essentiellement des prescriptions d'ordre, dont font partie l'obligation de s'annoncer, même à un tiers assureur⁷. L'art. 3c al. 6 LAI prévoit qu'au besoin, l'office AI ordonne à l'assuré de s'annoncer à l'assurance-invalidité. Il l'informe du fait que les prestations peuvent être réduites ou refusées s'il ne s'annonce pas dans les meilleurs délais. **13**

Il existe des **exceptions à l'obligation d'annonce**. Un assureur est, sur la base de l'art. 43 LPGA, autorisé à entreprendre des démarches visant à instruire une affaire, alors même qu'il n'est pas encore en possession d'une annonce formelle de l'ayant droit, à tout le moins, lorsque tout laisse à penser qu'une annonce interviendra à plus ou moins brève échéance. De telles mesures d'instruction sont toutefois exclues lorsqu'il y a renonciation du droit aux prestations au sens de l'art. 23 LPGA. **14**

Une autre exception réside dans le fait que des prestations peuvent être versées par un assureur social, sans qu'une annonce ait été faite. Cela vaut notamment dans le cadre des art. 77 RAVS et 66 OLAA. Selon cette dernière disposition, il est prévu que lorsque l'assureur-accidents apprend qu'un assuré n'a pas reçu des prestations ou n'a reçu que des prestations insuffisantes, il doit verser l'arriéré correspondant, même si l'ayant droit ne le réclame pas (art. 66, 2^e phrase, OLAA). Dans les deux réglementations, l'assureur doit avoir appris «qu'un assuré n'avait pas reçu la totalité des prestations prévues par la loi». Une telle information peut être le fait, par exemple, d'un autre assureur. Dans le domaine de l'assurance-invalidité, un paiement rétroactif de la rente est également possible⁸. **15**

5 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 254 s.

6 MEYER-BLASER, Schicksal, 211; Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 254.

7 TFA, 21.12.2005, K73/05, c. 5.1.

8 OFAS, Directives concernant les rentes (DR) de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité fédérale (état au 1.1.2018), [ch._A 10304](#), qui renvoie aux [ch._A 10204](#) ss.

B. Renonciation aux prestations ?

- 16 Lorsqu'un droit aux prestations n'est pas invoqué, la question se pose de savoir si on peut en déduire que l'assuré renonce à son droit. La possibilité de renoncer à des prestations est réglée à l'art. 23 LPGA. Cette disposition ne prévoit toutefois que le cas où l'assuré se prononce par écrit et expressément⁹. La question demeure ouverte de savoir si une renonciation à des prestations peut exister en l'absence de forme, par exemple lorsque l'ayant droit ne s'annonce pas.
- 17 L'art. 29 LPGA prévoit que **l'annonce doit être faite de manière expresse**, ou à tout le moins de manière reconnaissable pour l'assureur. Implicitement, le fait qu'un ayant droit ne s'annonce pas revient à considérer qu'il renonce à son droit à des prestations. Dès lors que la renonciation peut être en tout temps révoquée pour l'avenir, selon l'art. 23 al. 1, 2^e phrase, LPGA, il devrait également en aller de même en cas de renonciation « tacite », sous réserve d'une péremption du droit, selon l'art. 24 al. 1 LPGA ou d'une autre limitation prévue par une disposition spéciale, à l'instar de l'art. 46 LAA.

C. Objet de l'annonce

- 18 Selon l'art. 29 al. 1 LPGA, celui qui fait valoir son droit à des prestations doit s'annoncer. A dessein, le législateur a choisi une formulation large.
- 19 La formulation, en français, diffère quelque peu de celle retenue en allemand, où il est fait référence à la personne qui fait valoir « un » droit à des prestations, alors qu'en français l'art. 29 LPGA mentionne celui qui fait valoir « son » droit à des prestations. Cette formulation pourrait laisser entendre que la personne qui s'annonce ne pourrait faire valoir que son droit à des prestations, sous-entendu à l'exclusion du droit à des prestations pour une autre personne. Toutefois, il faut retenir que **l'application de l'art. 29 LPGA ne présuppose pas que celui qui fait valoir un droit à des prestations agisse forcément pour lui**. Une annonce selon l'art. 29 LPGA, conformément au texte allemand, peut concerner un autre ayant droit. Ce principe valait déjà sous l'ancien droit, selon la jurisprudence, selon laquelle toute personne ou autorité qui est touchée par la non-allocation de prestations d'assurances sociales et dispose d'un intérêt digne de protection à l'octroi de ces prestations dispose du droit propre d'annoncer la prétention¹⁰. En particulier, l'art. 29 LPGA ne prévoit pas un droit général d'annonce de l'autorité d'assistance qui aide l'assuré¹¹.
- 20 La forme que doit revêtir l'annonce et l'identité de la personne qui doit donner les indications nécessaires **relèvent des lois spéciales** d'assurances sociales et de leurs règlements d'exécution (cf. p.ex. art. 67 al. 1 RAVS)¹².
- 21 De manière générale, la personne qui exerce son droit aux prestations peut se faire représenter, selon l'art. 37 al. 1 LPGA.

⁹ ATF 135 V 106, c. 6.2.3.

¹⁰ ATF 98 V 54; cf. aussi ATF 135 V 106, c. 6.2.2.

¹¹ TFA, 14.10.2004, C 12/04, c. 3.2.

¹² VALTERIO, Commentaire AVS/AI, N 2812 ss.

D. Annonce auprès de l'assureur compétent

L'art. 29 al. 1 LPGA prévoit que l'annonce doit être faite «à l'assureur compétent». La compétence est déterminée en fonction des lois d'assurances sociales particulières. Ainsi, le remboursement pour des prestations de soins en cas de maladie doit être demandé à l'assurance obligatoire des soins, selon les art. 3 et 24 LAMal. En cas d'accident professionnel, il y aura lieu de déclarer le cas à l'assureur-accidents (art. 45 et 47 LAA). 22

Si un doute existe quant à la compétence, l'art. 35 LPGA, qui prévoit que l'assureur examine d'office s'il est compétent, est applicable. 23

E. Effets de l'annonce

L'annonce **vaut pour toutes les prestations** que l'ayant droit peut faire valoir auprès de l'assureur compétent. Il n'est pas nécessaire de préciser, dans l'annonce, la nature ou l'étendue des prestations requises¹³. 24

L'assureur saisi de la demande doit, cas échéant, déterminer quel type de prestations est requis par l'ayant droit. Dans ce cadre, l'assureur doit respecter le principe de la bonne foi et prendre en considération tous les éléments déterminants¹⁴. L'annonce a une validité illimitée, de sorte que, par la suite, un droit à des arriérés peut être constaté, par exemple lors d'une nouvelle demande de prestations sur la base de la première annonce¹⁵. 25

L'annonce peut dès lors comprendre des prestations qui naissent même postérieurement à l'exercice du droit aux prestations. Cela vaut par exemple pour une rente pour enfant d'invalidité lorsque l'enfant naît après l'octroi de la rente principale d'invalidité. 26

Une loi spéciale peut prévoir un début du droit aux prestations simultanément à l'annonce selon l'art. 29 LPGA ou, comme cela vaut en particulier dans le domaine de l'assurance-invalidité (art. 29 LAI), après un délai de six mois après l'annonce¹⁶. 27

Est déterminante la date à laquelle la demande a été remise à un office de la poste ou déposée auprès de l'assureur ou de l'organe compétent ou incompétent, et non la date à laquelle l'ayant droit a signé l'annonce. 28

Par l'annonce, l'assuré sauvegarde le délai de péremption de cinq ans prévu par l'art. 24 al. 1 LPGA¹⁷. 29

F. Formes prescrites (al. 2 et 3)

1. En général

L'annonce doit respecter les prescriptions formelles. Celles-ci découlent des lois d'assurances sociales spéciales. Dans le domaine de l'**assurance-accidents**, le travailleur doit aviser sans retard son employeur ou l'assureur de tout accident. Cette déclaration se fait 30

13 ATF 132 V 286, c. 4.3: un assuré sauvegarde tous ses droits à des prestations d'assurance, même s'il n'en précise pas la nature exacte. TF, 7.5.2012, 9C_532/2011, c. 4.2.

14 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 29 N 33.

15 TF, 10.3.2017, 8C_38/2017, c. 2.2 et les références citées.

16 TF, 16.2.2018, 8C_633/2017, c. 3.1; ATF 142 V 547. Voir aussi MEYER/REICHMUTH, art. 29 N 1-4.

17 TF, 20.2.2013, 8C_888/2012, c. 3.3. Voir aussi ATF 139 V 244, c. 3.1.

généralement sur une formule ad hoc – remise (gratuitement) par l'assureur-accidents – remplie par l'employeur et qui relate succinctement les circonstances de l'accident¹⁸.

- 31 En cas de non-respect de la forme prescrite, l'assureur impartira un délai convenable à l'ayant droit pour réparer le vice, avec l'avertissement qu'à défaut, l'annonce ne sera pas recevable, en appliquant par analogie l'art. 10 al. 5 OPGA¹⁹. A défaut de respecter la forme prescrite, il ne sera pas entré en matière sur la demande de prestations.
- 32 En principe, lorsqu'une demande de prestations lui est adressée, l'assureur en accusera réception. La demande devra être enregistrée de manière systématique, conformément à l'art. 46 LPGA. De son côté, l'ayant droit fera bien de conserver également une trace de sa demande de prestations, notamment en lien avec une éventuelle extinction de son droit.

2. *Obligation de remettre un formulaire*

- 33 L'art. 29 al. 2 LPGA prévoit que les assureurs sociaux remettent **gratuitement** «les formules destinées à faire valoir et à établir le droit aux prestations».
- 34 Cette réglementation peut être précisée pour chaque branche d'assurance sociale dans les lois spéciales.
- 35 La remise du formulaire doit être effectuée de manière gratuite. Le législateur a tenu à ce que ce principe de gratuité soit expressément précisé.
- 36 Les formules doivent être transmises à l'assureur compétent, remplies de façon complète et exacte. Cette exigence est une simple précision du principe de l'obligation de se conformer à la bonne foi. Un comportement abusif n'est pas protégé. Lors de l'instruction de la demande de prestations, les conséquences de la remise d'une formule incomplète ou contenant des informations erronées sont réglées par l'art. 43 al. 3 LPGA.
- 37 La formule doit être remplie par le requérant ou par son employeur dans le domaine de l'assurance-accidents et, le cas échéant, par le médecin traitant, lors d'une demande de prestations de l'assurance-invalidité (art. 3b al. 3 let. d LAI). En pratique, les formules varient fortement d'un assureur social à l'autre. Si l'employeur doit effectivement collaborer de manière importante dans le cadre de l'assurance-chômage, le médecin traitant doit, de son côté, compléter de manière détaillée, dans le domaine de l'assurance-invalidité, les formulaires remis par les offices AI et concernant l'état de santé de la personne assurée lors d'une demande des prestations²⁰.

3. *Non-respect de forme ou organe incompétent*

- 38 L'art. 29 al. 3 LPGA traite de deux objets distincts: d'une part, cette disposition règle la question de la remise d'une demande qui ne respecte pas les exigences de forme et, d'autre part, le cas où celle-ci n'est pas remise à un organe compétent. Dans les deux cas, le respect des délais est préservé²¹.

18 Cf. FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 589 s.

19 Pour un examen de la bonne foi et du devoir de renseignement de l'assureur, en lien avec l'art. 10 al. 5 OPGA: TF, 10.11.2016, 8C_386/2016, RSAS 2017 287.

20 Art. 65 ss RAI. Selon l'art. 67 al. 3 RAI, la demande peut être remise à des services sociaux de l'aide publique ou privée aux invalides, aux fins de transmission à l'office AI compétent. La jurisprudence admet largement le respect de l'obligation d'annonce: TF, 16.8.2016, 9C_265/2016, c. 4.2; ATF 121 V 195, c. 2.

21 ATF 133 V 579, c. 4.3.1.

Pour que l'art. 29 al. 3 LPGA soit applicable, il faut qu'il y ait, en tous les cas, une annonce: soit une déclaration expresse, soit une demande dont l'assureur devait comprendre qu'il s'agissait en définitive d'une demande de prestations. Par exemple, en déclarant un accident, la personne concernée fait valoir son droit aux prestations, ce qui entraîne la mise en œuvre de mesures d'instruction de la part de l'assureur. L'obligation générale prévue à l'art. 29 al. 1 LPGA, par exemple, est précisée aux art. 45 à 47 LAA, complétés par les art. 53 à 60 OLAA. 39

La date de réception de l'annonce joue un rôle en relation avec le respect de l'observation du délai. C'est pourquoi l'assureur et tout autre organe de mise en œuvre de l'assurance sociale – même si l'assuré s'est adressé à lui par erreur – doit enregistrer la date de réception de la demande de prestations et, cas échéant, transmettre celle-ci à l'assureur compétent (art. 29 al. 3 LPGA; art. 30 LPGA)²². De manière générale, selon la jurisprudence relative à l'art. 29 al. 3 LPGA, la date déterminante quant à l'observation des délais et aux effets juridiques d'une demande est celle à laquelle la requête a été remise à la poste ou déposée auprès de l'organe (compétent ou incompétent)²³. Si une demande ne respecte pas les exigences de forme, l'assureur compétent pourra demander, dans un certain délai, de compléter l'annonce. 40

L'envoi d'une demande de prestations à un organe incompétent, que ce soit par la poste ou en mains propres, préserve le délai de péremption prévu à l'art. 24 LPGA. Par «organe» incompétent, il faut comprendre non seulement un assureur social, mais également une commune ou une autorité d'aide sociale²⁴. 41

4. Effets de la demande formellement incomplète

L'art. 29 al. 3 LPGA prévoit que la date à laquelle la demande de prestations qui ne respecte pas les exigences de forme ou est remise à un organe incompétent est déterminante quant à l'observation des délais. Cette réglementation reprend l'ancienne jurisprudence en lien avec l'assurance-invalidité²⁵. 42

Dans le premier cas, la date de réception sera prise en compte, quand bien même la demande devra être complétée par la suite. 43

S'agissant de la transmission à un organe incompétent, la date de réception de ladite demande par cet organe sera seule prise en considération. Les effets juridiques de la demande seront également pris en compte à compter de la date de la remise à l'organe incompétent, à un office de la poste ou en mains propres. Cette règle vaut en particulier pour la date du début des intérêts moratoires ou pour déterminer à partir de quand des prestations sont dues²⁶. 44

Le fait que l'assureur compétent doit tenir compte de la date à laquelle une demande formellement incomplète est adressée ou remise à la poste ou encore déposée auprès d'un organe incompétent suppose que le défaut soit corrigé dans un délai raisonnable. Un assuré qui ne respecte pas le délai imparti pour corriger l'acte ou la demande viciée ne pourra plus invoquer l'art. 29 al. 3 LPGA. 45

22 Cf. FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 855.

23 TF, 23. I. 2018, 9C_573/2017, c. 5.

24 Voir en particulier l'art. 67 al. 3 RAI.

25 ATF 103 V 69.

26 ATF 129 V 51, c. 2.2 et 3.2.

- 46 Les statuts et règlements d'une assurance-maladie, dans le domaine de l'assurance indemnité journalière facultative, peuvent limiter le versement d'indemnités journalières à la demi-année précédant le jour de la communication lorsque cette dernière est intervenue tardivement pour des motifs excusables²⁷.
- 47 Selon la jurisprudence, lorsqu'un assuré fait valoir son droit par un acte écrit qui ne répond pas à la forme prévue pour l'assurance sociale concernée, l'assureur social envoie une formule adéquate à l'assuré en l'invitant à la remplir dans un délai donné; le principe de la bonne foi veut en effet que l'administration ne reste pas passive devant une demande qui ne satisfait pas aux réquisits formels. Cela suppose toutefois que l'assuré exprime, d'une manière ou d'une autre, sa volonté de présenter une «nouvelle» demande de prestations de l'assurance sociale. A défaut, la demande n'est pas «régularisée» ou «réparée»²⁸.

Art. 30

Transmission obligatoire **Tous les organes de mise en œuvre des assurances sociales ont l'obligation d'accepter les demandes, requêtes ou autres documents qui leur parviennent par erreur. Ils en enregistrent la date de réception et les transmettent à l'organe compétent.**

Weiterleitungspflicht Alle Stellen, die mit der Durchführung der Sozialversicherung betraut sind, haben versehentlich an sie gelangte Anmeldungen, Gesuche und Eingaben entgegenzunehmen. Sie halten das Datum der Einreichung fest und leiten die entsprechenden Unterlagen an die zuständige Stelle weiter.

Trasmissione obbligatoria Tutti gli organi esecutivi delle assicurazioni sociali hanno l'obbligo di accettare le domande, le richieste e le memorie che pervengono loro per errore. Essi registrano la data d'inoltro e trasmettono i relativi documenti al competente servizio.

Plan

		N
I.	Introduction	1
	A. Généralités	1
	B. Systématique	2
II.	Transmission obligatoire	6
	A. Demandes, requêtes ou autres documents	6
	B. Demandes, requêtes ou autres documents adressés «par erreur»	10
	C. Organe incompétent	12
	D. Organe soumis à l'obligation de transmission	13
	E. Procédure	17

Bibliographie

EGLI PATRICIA, art. 21, *in* Waldmann/Weissenberger (éd.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2^e éd., Zurich 2016, 451 ss; FLÜCKIGER THOMAS, art. 8, *in* Waldmann/Weissenberger (éd.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2^e éd., Zurich 2016, 153 ss; MEYER-BLASER

²⁷ ATF 129 V 51.

²⁸ TF, 24. 11. 2014, 9C_549/2014, c. 4.3.

ULRICH, Das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) und das Schicksal der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Sozialversicherungsrechts, *in* Schaffhauser/Schlauri (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2002, St-Gall 2002, 119 ss (cité: Schicksal).

I. Introduction

A. Généralités

Sous le titre marginal «transmission obligatoire», la Société suisse du droit des assurances avait prévu l'introduction d'une disposition sur le sort des demandes ou des documents parvenus par erreur à un organe d'assurances sociales non compétent. Dans son rapport, la Commission du Conseil des Etats indiquait qu'il était dans l'intérêt des assurés, peu au courant des questions relatives aux assurances sociales, de prévoir une transmission obligatoire à l'organisme compétent des requêtes et mémoires qui leur seraient parvenus par erreur¹. Toutefois, cela ne signifiait pas qu'un assuré pouvait faire valoir le droit à une certaine prestation des assurances sociales auprès de n'importe quel organe d'exécution². Dans les débats parlementaires qui s'en sont suivis, la disposition a été reprise telle quelle, sous réserve d'une modification rédactionnelle.

B. Systématique

Une autorité qui se considère incompétente doit transmettre le dossier à la bonne autorité. Ce principe, qui vaut de manière générale en droit administratif, est inscrit à l'art. 8 al. 1 PA³.

En règle générale, un des problèmes liés à la remise d'une demande à une autorité incompétente réside dans le respect des délais. L'art. 21 al. 2 PA prévoit ainsi que lorsque la partie s'adresse en temps utile à une autorité incompétente, le délai est réputé observé⁴. Le respect du délai peut concerner un délai de recours ou un délai pour demander des prestations.

L'art. 30 LPGA va toutefois plus loin que la réglementation prévue en procédure administrative. Cette disposition a trait en effet à toute «demande, requête ou autre document», et non seulement aux écrits concernant une procédure, selon l'art. 21 al. 1 PA. L'art. 30 LPGA a donc une portée large et propre, indépendante de la procédure administrative⁵. L'art. 30 LPGA est applicable aux assureurs et aux autres organes de mise en œuvre des assurances sociales. Il n'est pas applicable aux tribunaux des assurances, cantonaux ou fédéral (art. 58 al. 3 LPGA; art. 48 al. 3 LTF).

L'art. 30 LPGA doit être lu en parallèle avec les art. 29 al. 3, 30 al. 2 et 60 al. 2 LPGA. Il y a également lieu de tenir compte de l'art. 35 al. 3 LPGA qui prévoit que l'assureur qui se tient pour incompétent rend une décision d'irrecevabilité si une partie prétend qu'il est compétent.

1 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 255.

2 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 255.

3 FLÜCKIGER, art. 8 N 3 ss.

4 EGLI PATRICIA, art. 21 N 18 ss. Par «écrits» au sens de l'art. 21 al. 1 PA, il faut entendre tous les actes écrits en lien avec une procédure: «*alle verfahrensbezogenen Akten in Schriftform*».

5 MEYER-BLASER, Schicksal, 211.

II. Transmission obligatoire

A. Demandes, requêtes ou autres documents

- 6 L'art. 30 LPGa traite de la transmission obligatoire des «demandes, requêtes ou autres documents». Cette transmission, au vu de la formulation large, s'impose, **quel que soit le type de document reçu** par les organes de mise en œuvre des assurances sociales.
- 7 Le devoir de transmission est en particulier important en lien avec la demande de prestations au sens de l'art. 29 LPGa et l'éventuelle péremption du droit aux prestations, selon l'art. 24 LPGa.
- 8 L'annonce ou la demande sont réputées valablement effectuées lorsqu'elles sont dirigées vers un assureur social incompétent. Il en va également ainsi, s'agissant du respect du délai de péremption du droit aux prestations⁶.
- 9 L'art. 30 LPGa n'est applicable qu'aux demandes, requêtes ou autres documents concernant des assurances sociales, à l'exclusion de l'assurance privée.

B. Demandes, requêtes ou autres documents adressés «par erreur»

- 10 L'art. 30 LPGa concerne les demandes, requêtes ou autres documents qui parviennent à un organe «par erreur» («*versehentlich*»)⁷.
- 11 En revanche, l'art. 8 al. 1 PA traite de la transmission du dossier à l'autorité compétente, quel que soit le motif, sous réserve de l'abus de droit⁸. Il faut en déduire que, dans le domaine des assurances sociales, l'art. 30 LPGa précise l'art. 8 PA, en ce sens que le principe de la transmission obligatoire est exclu lorsque l'assuré a volontairement adressé un document à un assureur qu'il savait incompétent.

C. Organe incompétent

- 12 L'art. 30 LPGa n'est applicable **que pour autant que l'organe de mise en œuvre des assurances sociales saisi soit incompétent**. Quand bien même cette exigence ne ressort pas expressément du texte, elle se déduit de la 2^e phrase de la disposition, dans laquelle il est expressément précisé que l'organe incompétent doit enregistrer la date de réception des documents et les transmettre à l'organe compétent. Le but de la transmission obligatoire n'est évidemment pas d'imposer à un organe incompétent de traiter la demande de prestations, mais de la transmettre à l'autorité compétente. Ce devoir de transmission obligatoire ne doit pas être confondu avec l'obligation de verser des prestations à titre provisoire, selon l'art. 70 LPGa⁹. Si l'organe doute de sa compétence, il devra, conformément aux art. 35 al. 1 et 43 al. 1 LPGa, entreprendre les démarches nécessaires pour pouvoir clarifier la situation. Dans ce cadre, un échange de vues pourra être envisagé, selon l'art. 32 al. 2 LPGa¹⁰.

6 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 30 N 15; voir aussi l'art. 39 al. 2 LPGa.

7 ATF 141 V 162, c. 4.5.1.

8 FLÜCKIGER, art. 8 N 9.

9 ATF 135 V 106, c. 6.2.1.

10 Voir aussi l'art. 12 al. 2 PA, applicable par analogie.

D. Organe soumis à l'obligation de transmission

L'art. 30 LPGA impose à « tous les organes de mise en œuvre des assurances sociales » de transmettre les demandes, requêtes ou autres documents qui leur parviennent par erreur. Par « organes de mise en œuvre des assurances sociales », il faut comprendre **tous les organes soumis à la LPGA**. 13

Ne sont pas concernés par l'art. 30 LPGA les organes cantonaux de réduction de primes selon l'art. 1 al. 2 let. c LAMal. N'entrent pas non plus dans le champ d'application de l'art. 30 LPGA les organes exclusivement cantonaux octroyant des prestations d'assurance. Ne sont pas non plus concernés par l'art. 30 LPGA les institutions de prévoyance¹¹ ou les tribunaux cantonaux des assurances¹². 14

L'obligation de transmettre un document remis par erreur s'applique à tous les organes de mise en œuvre des assurances sociales, quel que soit le destinataire final compétent, indépendamment du fait que celui-ci soit soumis à la LPGA ou non. Il devra toutefois s'agir d'un organe œuvrant dans le domaine des assurances sociales. 15

Les organes d'assurances sociales étrangers ne sont pas soumis à l'art. 30 LPGA. En revanche, il est possible qu'une convention de sécurité sociale prévoie une obligation de transmission. 16

E. Procédure

Selon l'art. 30 LPGA, l'organe incompétent « enregistre la date de réception » et transmet les documents à l'organe compétent. L'obligation d'enregistrer la date de réception est importante pour la question du respect des délais (cf. art. 29 al. 3 LPGA; art. 39 al. 2 LPGA). 17

Les documents doivent en outre être transmis à l'organe compétent. L'organe incompétent devra, dans le cadre de son devoir d'instruction selon l'art. 43 LPGA, effectuer les recherches pour déterminer à qui les documents reçus par erreur devront être transmis. Les parties devront collaborer selon l'art. 28 LPGA. Les organes des assurances sociales devront également se prêter mutuellement assistance. 18

La procédure de l'art. 30 LPGA ne s'applique pas lorsqu'une partie prétend que l'assureur social est compétent. Selon l'art. 35 al. 3 LPGA, l'assureur qui se tient pour incompétent doit alors rendre une décision d'irrecevabilité. 19

Art. 31**Avis obligatoire en cas de modification des circonstances**

¹ L'ayant droit, ses proches ou les tiers auxquels une prestation est versée sont tenus de communiquer à l'assureur ou, selon le cas, à l'organe compétent toute modification importante des circonstances déterminantes pour l'octroi d'une prestation.

² Toute personne ou institution participant à la mise en œuvre des assurances sociales a l'obligation d'informer l'assureur si elle apprend que les circonstances déterminantes pour l'octroi de prestations se sont modifiées.

¹¹ ATF 141 V 162, c. 4.5.1.

¹² KIESER, ATSG-Kommentar, art. 30 N 24.

Meldung bei veränderten Verhältnissen

¹ Jede wesentliche Änderung in den für eine Leistung massgebenden Verhältnissen ist von den Bezügerinnen und Bezüger, ihren Angehörigen oder Dritten, denen die Leistung zukommt, dem Versicherungsträger oder dem jeweils zuständigen Durchführungsorgan zu melden.

² Erhält eine an der Durchführung der Sozialversicherung beteiligte Person oder Stelle Kenntnis davon, dass sich die für die Leistung massgebenden Verhältnisse geändert haben, so ist dies dem Versicherungsträger zu melden.

Notificazione nel caso di cambiamento delle condizioni

¹ L'avente diritto, i suoi congiunti o i terzi ai quali è versata la prestazione sono tenuti a notificare all'assicuratore o, secondo i casi, al competente organo esecutivo qualsiasi cambiamento importante sopraggiunto nelle condizioni determinanti per l'erogazione di una prestazione.

² Qualsiasi persona o servizio che partecipa all'esecuzione delle assicurazioni sociali ha l'obbligo di informare l'assicuratore se apprende che le condizioni determinanti per l'erogazione di prestazioni hanno subito modifiche.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	4
II. Développement	8
A. Modifications importantes des circonstances déterminantes	8
B. Obligation d'aviser	12
C. Conséquence d'une violation de l'obligation d'aviser	20
D. Personnes tenues de communiquer (al. 1 et 2)	24
E. Les tiers auxquels une prestation est versée	27
F. Toute personne ou institution participant à la mise en œuvre des assurances sociales	29
G. Relation entre les différentes personnes soumises à l'art. 31 LPGA	35

Bibliographie

DUNAND JEAN-PHILIPPE/MAHON PASCAL (éd.), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013; FRÉSARD JEAN-MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, L'assurance-accidents obligatoire, in Meyer (éd.), SBVR, 885 ss (cité: Assurance-accidents obligatoire); FUCHS MARKUS, Aktuelle datenschutzrechtliche Fragen im UVG, RSAS 2012 414 ss; MURER ERWIN, Die Befragung Dritter über die Aktenlage hinaus, RSAS 2012 314 ss (cité: Befragung); WEIBEL ROSEMARIE, Grenzen des Datenaustauschs bei den Sozialversicherungen, plädoyer 4 (2011) 34 ss.

I. Introduction

A. Généralités

- 1 L'obligation, pour un bénéficiaire de prestations, d'annoncer à l'assureur social les changements importants survenus dans sa situation personnelle relève d'un **principe général du droit des assurances sociales**. Son ancrage dans la loi a été proposé par la Société suisse du droit des assurances.
- 2 La Commission du Conseil des Etats a pour sa part indiqué ce qui suit: «La règle selon laquelle tout changement important survenu dans les circonstances déterminantes pour

l'octroi d'une prestation doit être communiqué à l'assureur ou l'organe d'exécution concerné (commission AI, office de travail) se retrouve également dans toutes les lois spéciales d'assurances sociales; cette règle peut donc figurer dans la partie générale. Une telle obligation incombe non seulement au bénéficiaire d'une prestation et à ses proches (1^{er} alinéa), mais également à toutes les personnes et toutes les institutions participant à la mise en œuvre de l'assurance sociale et qui ont connaissance de modifications de ce genre (2^e alinéa)»¹.

Lors des débats parlementaires, la disposition proposée du droit des assurances n'a pas été modifiée. 3

B. Systématique

L'art. 31 LPGA concerne l'**obligation de communiquer toute modification importante des circonstances déterminantes pour l'octroi des prestations**. Cet article doit être lu en relation avec l'art. 17 LPGA. Selon cette dernière disposition, toute prestation durable doit être adaptée en cas de modification notable des circonstances². La modification des circonstances importantes, comme la reprise d'une activité lucrative, l'aggravation de l'état de santé, le remariage, la fin de la formation de l'orphelin, ne peuvent être connues sans autre indice par l'assureur, qui n'a pas forcément accès à ces données. Il incombe bien plus à la personne concernée et aux institutions participant à la mise en œuvre des assurances sociales d'en informer l'assureur compétent. 4

L'avis obligatoire prévu à l'art. 31 LPGA doit également être examiné en lien avec l'art. 25 LPGA, qui traite de la restitution des prestations indûment versées. La **violation de l'obligation d'aviser** peut avoir pour conséquence que des prestations sont payées de manière indue. Ce constat peut conduire l'assureur compétent à exiger la restitution des prestations versées³. 5

Différentes **lois spéciales** prévoient des sanctions particulières en cas de violation de cet avis obligatoire. L'art. 7b al. 2 let. b LAI traite par exemple des sanctions envisageables lorsque l'assuré a manqué à son obligation de communiquer au sens de l'art. 31 al. 1 LPGA. 6

L'art. 31 LPGA doit finalement être lu en lien avec l'art. 33 LPGA. L'obligation de garder le secret prévue par cette disposition est relativisée par l'art. 31 al. 2 LPGA, en ce sens que **toute personne ou institution participant à la mise en œuvre des assurances sociales a l'obligation d'informer l'assureur** si elle apprend que les éléments déterminants pour l'octroi des prestations se sont modifiés. En d'autres termes, un assureur qui apprend que des circonstances déterminantes pour l'octroi de prestations se sont modifiées doit en faire état à un autre assureur. Il s'agit d'un cas particulier de l'assistance administrative que doivent se prêter les organes des assurances sociales, dès lors qu'aucune demande n'est nécessaire, contrairement à ce qui est prévu à l'art. 32 LPGA. 7

1 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 255.

2 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 17 N 1 ss.

3 ATF 143 V 241.

II. Développement

A. Modifications importantes des circonstances déterminantes

- 8 L'art. 31 al. 1 LPGA prévoit que la communication doit intervenir en présence «de toute modification importante des circonstances déterminantes». Le fait que l'art. 31 al. 2 LPGA n'emploie pas les termes «de manière importante» ne permet pas de déduire que toutes les circonstances déterminantes devraient être communiquées. L'art. 31 al. 2 LPGA a pour but d'étendre à toute personne ou institution participant à la mise en œuvre des assurances sociales l'obligation d'informer, de sorte que **seules des modifications importantes doivent être communiquées**⁴.
- 9 Il y a «changement important» des circonstances lorsque celui-ci n'est pas minime. Il n'existe pas de définition générale dans la LPGA de cette notion. Il faut examiner, dans chaque situation, le degré d'importance des modifications, **en fonction de la branche d'assurance sociale concernée et des conditions de la prestation en cause**. Par exemple, l'art. 25 al. 1 let. d OPC-AVS/AI prévoit que la prestation complémentaire annuelle doit être augmentée, réduite ou supprimée en cas de changement des circonstances; toutefois, il pourra y être renoncé lorsque la modification est inférieure à CHF 120.– par an. De même, dans le domaine de l'assurance-accidents, la modification du degré d'invalidité doit être d'au moins 5% pour qu'une modification au sens de l'art. 17 LPGA (cf. art. 17 N 25) puisse être apportée aux prestations⁵.
- 10 L'art. 31 LPGA ne prévoit pas plus précisément ce qu'il faut entendre par «déterminant». En font en tous les cas partie les données sur l'état civil, la situation personnelle, l'état de santé et les ressources financières⁶. L'obligation d'annoncer les modifications importantes ne concerne **que celles qui influencent le droit aux prestations**.
- 11 Doivent être signalées les modifications importantes qui sont survenues ou sur le point d'intervenir et qui produisent des effets sur les prestations en cours. Si la modification a été annoncée avant l'octroi du droit aux prestations, il ne saurait y avoir violation du devoir d'aviser selon l'art. 31 LPGA. L'assureur pourra toutefois revenir sur sa décision, conformément à l'art. 53 LPGA⁷.

B. Obligation d'aviser

- 12 L'art. 31 LPGA prévoit une obligation d'aviser l'assureur ou l'organe compétent. Il ne s'agit pas seulement d'une possibilité.
- 13 Le fait de savoir si et dans quelle mesure l'obligation d'aviser a été respectée ou non pourra être jugé en fonction du cas particulier. **Est déterminante l'attention qu'on est en droit d'attendre de la personne concernée**. Il s'agira de prendre en considération les capacités, le niveau de formation et la capacité de discernement de la personne⁸. Pour

4 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 31 N 7.

5 Certains auteurs préconisent de considérer comme déterminante une variation du taux de l'invalidité de 10% au minimum: FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 293 et les références citées.

6 Cf. art. 77 RAI.

7 ATF 122 V 19, c. 3d. Voir toutefois ATF 138 V 298, qui revient sur la jurisprudence précitée, en ce sens que le paiement rétroactif de prestations complémentaires est admissible dans le cadre d'une demande de restitution.

8 ATF 138 V 218, c. 4 et 5. Au sujet de la capacité de discernement, cf. art. 19 al. 3 CC et ATF 108 V 126.

qu'il y ait violation de l'obligation de renseigner, il faut qu'il y ait un comportement fautif; d'après une jurisprudence constante, une négligence légère suffit⁹. Selon la jurisprudence, l'omission de mentionner un fait important n'est pas constitutive d'une escroquerie au sens de l'art. 146 CP¹⁰.

Il y aura lieu d'examiner si la personne a été informée au préalable de son obligation d'informer, en particulier sur tout changement lié à son état civil, sur la reprise d'une activité lucrative ou sur la modification de son état de santé. De manière générale, les assureurs sociaux rappellent aux ayants droit leur obligation d'informer, en cas de modification des circonstances. **14**

Le fait pour une personne veuve de ne pas annoncer son mariage est une violation de l'obligation d'informer selon l'art. 31 LPGA¹¹. **15**

Les **exigences quant à la manière de transmettre la modification** de circonstances ne doivent pas être trop élevées. Il suffit que la modification soit signifiée à l'organe compétent, quelle que soit la forme employée (même oralement), quitte à ce que celui-ci formule des demandes complémentaires¹². **16**

L'avis de la modification doit intervenir **dès la connaissance des faits**, sous la forme d'une seule annonce à l'assureur compétent¹³. La personne concernée doit remplir son obligation personnellement. L'annonce doit intervenir spontanément, et non sur demande de l'assureur¹⁴. **17**

L'élargissement du cercle des personnes tenues de fournir des informations en cas de modification concrète n'est pas illimité. On ne saurait par exemple considérer qu'un employeur devrait forcément déclarer à l'assurance qu'une personne qui perçoit une rente d'invalidité a repris une activité lucrative. Une telle obligation devrait toutefois être admise si l'employeur savait, dans le cas concret, que la prise d'emploi de la personne devait être considérée comme une modification importante des circonstances ayant conduit à l'octroi d'une rente d'invalidité. Dans le cadre de rapports de travail, la question de l'obligation de garder le secret et de protéger les données personnelles de l'employé (art. 328b CO) se trouve en porte-à-faux avec l'obligation d'aviser selon l'art. 31 LPGA. La protection de l'art. 328b CO s'exerce non seulement pendant les rapports de travail, mais également après la fin de ceux-ci, sans limitation de temps¹⁵. Il faudra donc en tous les cas procéder à une balance des intérêts en présence. **18**

Il y aura également lieu de procéder à une **pesée des intérêts** lorsque l'obligation d'aviser se trouve en conflit avec une obligation de garder le secret¹⁶. **19**

⁹ TF, 8.10.2014, 9C_261/2014, c. 2.2.

¹⁰ ATF 140 IV 11; ATF 140 IV 206, c. 2.4.

¹¹ ATF 138 V 218, c. 9.

¹² TA AI, 7.2.2006, SVR 2007 IV n° 24 84 ss, c. 5; TA BE, 30.8.1994, SVR 1995 EL n° 17 45. Voir aussi KIESER, ATSG-Kommentar, art. 31 N 16-17.

¹³ ATF 118 V 214, c. 2a.

¹⁴ KIESER, ATSG-Kommentar, art. 31 N 18.

¹⁵ ATF 131 V 298, c. 6.1. Voir aussi DUNAND, in Dunand/Mahon (éd.), art. 328b N 61.

¹⁶ Sur cette question: WEIBEL, 39.

C. Conséquence d'une violation de l'obligation d'aviser

- 20** L'art. 31 LPGA ne règle pas les conséquences d'une violation de l'obligation d'aviser. Ces questions doivent être traitées, en principe, dans les lois d'assurances sociales spéciales.
- 21** Le Tribunal fédéral a rappelé qu'il faut en tous les cas, pour qu'il puisse être procédé à une révision des prestations, qu'il existe un **lien de causalité** entre le comportement à sanctionner (la violation de l'obligation d'annoncer) et le dommage causé (la perception de prestations indues)¹⁷. Celle-ci a pour conséquence une demande de restitution des prestations indûment versées, aux conditions de l'art. 25 LPGA.
- 22** La restitution des prestations indûment versées peut difficilement être contestée si elle résulte d'une violation de l'obligation d'informer, le critère de la bonne foi prévu à l'art. 25 al. 1, 2^e phrase, LPGA en relation avec la remise de l'obligation de restitution n'étant de toute évidence pas rempli.
- 23** L'**art. 7b al. 2 let. b LAI** prévoit une sanction particulière qui déroge aux dispositions générales de la LPGA. Ainsi, les prestations de l'assurance-invalidité peuvent être réduites ou refusées sans mise en demeure et sans délai de réflexion si l'assuré a manqué à son obligation de communiquer au sens de l'art. 31 al. 1 LPGA. La décision de réduire ou de refuser des prestations doit tenir compte de toutes les circonstances, en particulier de la gravité de la faute de l'assuré (art. 7b al. 3 LAI). Cette disposition ne fait que détailler le principe de la proportionnalité qui doit systématiquement être respecté. Selon la jurisprudence, l'application de l'art. 7b al. 2 LAI doit être limitée au cas de violation qualifiée de l'obligation de communiquer, par exemple en présence d'éléments relevant du droit pénal. Dans toutes les autres situations, même en présence d'une violation inexcusable de l'obligation de communiquer, la procédure prévue à l'art. 21 al. 4 LPGA d'avertissement et de fixation d'un délai convenable de réflexion devrait être respectée¹⁸.

D. Personnes tenues de communiquer (al. 1 et 2)

- 24** L'art. 31 al. 1 LPGA prévoit que l'**ayant droit** est tenu de communiquer la modification déterminante à l'assureur. Il s'agit donc par exemple du rentier AI, de la personne qui perçoit des allocations pour impotent ou des indemnités de chômage. Ainsi, un assuré doit restituer les rentes indûment perçues, même si un assureur a violé son obligation d'informer selon l'art. 31 LPGA lorsque, de toute évidence, la personne ne pouvait ignorer que la fin du droit à une rente de l'assurance-invalidité influait sur le droit à une rente d'invalidité de l'assurance-accidents¹⁹. Si la personne est sous curatelle, l'obligation incombe au curateur²⁰. En cas de représentation légale, il devrait en aller de même²¹.
- 25** L'art. 31 al. 1 LPGA traite également de l'obligation de communiquer des **proches**. Par «proches», il faut entendre les membres de la famille et les personnes qui font ménage commun avec l'assuré, selon les art. 69 al. 2 et 75 al. 1 LPGA. On peut donc imaginer que le concubin soit compris dans les notions de proches ou de personne faisant ménage

17 TF, 15.3.2017, 8C_266/2016, c. 5.1.3.

18 TF, 29.8.2017, 8C_400/2017, c. 4.2; TF, 30.11.2011, 9C_744/2011, c. 5.2. Voir aussi MEYER/REICHMUTH, art. 7-7b N 30.

19 TF, 3.1.2018, 8C_448/2017, c. 5.3.

20 ATF 112 V 97, c. 2a.

21 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 31 N 25.

commun avec l'assuré, qui doivent être interprétées de manière plus large que celle de «membres de la famille» au sens de l'art. 75 al. 2 LPGA. Le concubin (hétérosexuel ou homosexuel) ne peut certes pas faire valoir des prétentions dans le cadre des assurances sociales soumises à la LPGA; il peut en revanche bénéficier d'un capital ou d'une rente de survivant, en fonction du règlement de prévoyance d'une institution de prévoyance, conformément à l'art. 20a LPP.

En pratique, il devrait être plutôt rare qu'un proche selon l'art. 31 al. 1 LPGA soit au courant d'une modification importante des circonstances déterminantes pour obtenir des prestations et que l'ayant droit ne le soit pas. Dans un tel cas, même en l'absence d'une communication du proche, le droit à la prestation devrait être revu et, cas échéant, la restitution des prestations indûment versées exigée, dès lors que l'ayant droit n'a pas, de son côté, respecté son obligation d'annoncer²². 26

E. Les tiers auxquels une prestation est versée

L'art. 31 al. 1 LPGA mentionne également **les tiers** «auxquels une prestation est versée» parmi les personnes tenues de communiquer à l'assureur les modifications des circonstances. Par «tiers», il faut entendre par exemple un organe destiné à garantir l'utilisation conforme au but de la prestation en espèces, selon l'art. 20 LPGA. On peut citer un établissement médico-social, une autorité d'aide sociale, éventuellement une communauté monastique. N'est pas considéré comme un tiers au sens de l'art. 31 al. 1 LPGA un office de paiement. Celui-ci n'a aucun droit propre ni obligation en lien avec la prestation²³. 27

L'employeur qui verse le salaire à la personne assurée pendant les rapports de travail ne fait pas office de simple organisme de paiement. Il peut ainsi être tenu à la restitution d'allocations pour perte de gain payées en trop. Cette situation diffère essentiellement du cas où des allocations familiales sont versées et dans lequel l'employeur a un simple rôle d'organisme de paiement²⁴. 28

F. Toute personne ou institution participant à la mise en œuvre des assurances sociales

L'art. 31 al. 2 LPGA prévoit également que toute personne ou institution participant à la mise en œuvre des assurances sociales a l'obligation d'informer l'assureur si elle apprend que les circonstances déterminantes pour l'octroi des prestations se sont modifiées. 29

Pour qu'une telle personne ou institution transmette l'information, il suffit qu'elle «apprenne» que les circonstances se sont modifiées. Cela signifie, en particulier, que l'office AI doit communiquer à l'assureur-accidents qu'une modification de l'état de santé de l'assuré s'est produite, entraînant une modification du degré d'invalidité²⁵, sans que ce dernier assureur en ait fait la demande. 30

22 L'art. 3b al. 2 let. b LAI prévoit que sont habilités à communiquer à l'office AI en vue d'une détection précoce les membres de la famille faisant ménage commun avec l'assuré. A notre avis, le concubin doit être considéré comme habilité à faire une telle communication en cas de détection précoce.

23 ATF 118 V 214, c. 4a.

24 ATF 142 V 43, c. 3.1; ATF 140 V 233, c. 3.1 et 4.2.

25 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 31 N 32.

- 31** En principe, il convient d'imputer à une caisse de compensation AVS la connaissance d'un changement d'état civil ayant une influence sur le droit aux prestations dont une agence communale d'assurances sociales a appris l'existence, mais qu'elle n'a pas transmise à son siège. Ce principe ne vaut pas lorsque le collaborateur de l'agence prend connaissance du remariage d'un bénéficiaire d'une rente de veuf, non pas dans le cadre de son activité professionnelle, mais dans un cadre privé. Ni l'art. 31 al. 2 LPGA, ni le devoir général de fidélité qui résulte du contrat de travail n'entraîne l'obligation pour les collaborateurs d'un assureur social de rapporter dans le cadre de leur activité officielle ce qu'ils ont appris dans un cadre privé²⁶.
- 32** L'art. 31 al. 2 LPGA ne rentre pas dans la notion d'assistance administrative au sens de l'art. 32 al. 2 LPGA, dès lors que celle-ci ne vaut qu'en présence d'une demande écrite et motivée.
- 33** La notion de personne ou institution participant à la mise en œuvre des assurances sociales n'est pas définie. Le législateur a, semble-t-il, voulu **élargir le cercle des personnes concernées** dès lors qu'il ne se réfère pas, contrairement à l'art. 31 al. 1 LPGA, aux seuls assureurs ou à un organe compétent. L'art. 33 LPGA utilise les mêmes termes qu'à l'art. 31 al. 2 LPGA. Sont soumis à l'obligation de garder le secret les collaborateurs des assureurs et les personnes tierces qui participent au contrôle de la surveillance de l'assurance sociale²⁷. Doivent dès lors être compris dans le champ d'application de l'art. 31 al. 2 LPGA le personnel médical, les établissements de réadaptation, les centres de compétence et les centres d'expertise²⁸.
- 34** L'art. 31 al. 2 LPGA ne mentionne pas expressément l'employeur. Celui-ci ne saurait toutefois être exclu de manière systématique. Par exemple, l'employeur est une «personne participant à la mise en œuvre de l'assurance sociale», lorsqu'il communique les salaires permettant de calculer les cotisations effectivement dues.

G. Relation entre les différentes personnes soumises à l'art. 31 LPGA

- 35** Au vu du large cercle des personnes tenues de communiquer les modifications des circonstances importantes, il n'existe pas un ordre prédéterminé du devoir d'annoncer. **La violation par une des personnes tenues de communiquer ne dédouane pas l'autre en cas de manquement à son obligation.** D'un autre côté, l'ayant droit doit communiquer la modification importante des circonstances déterminantes, quand bien même un autre assureur social qui a connaissance de cette modification ne transmet pas l'information²⁹.

²⁶ ATF 140 V 521, c. 7.1.2.

²⁷ Cf. FUCHS, 431.

²⁸ Voir, p.ex., pour le domaine de l'assurance-invalidité: MURER, Befragung, 318.

²⁹ TF, 22.8.2006, P 7/06, c. 4.2. Il faut réserver une éventuelle responsabilité selon l'art. 78 LPGA. Enfin, certaines sanctions ne sont imaginables que si la violation de l'obligation de communiquer est le fait de l'ayant droit: art. 7b al. 2 let. b LAI; art. 83 al. 4 LAM.

Art. 32**Assistance administrative**

¹ Les autorités administratives et judiciaires de la Confédération, des cantons, des districts, des circonscriptions et des communes fournissent gratuitement aux organes des assurances sociales, dans des cas particuliers et sur demande écrite et motivée, les données qui leur sont nécessaires pour:

- a. fixer ou modifier des prestations, ou encore en réclamer la restitution;
- b. prévenir des versements indus;
- c. fixer et percevoir les cotisations;
- d. faire valoir une prétention récursoire contre le tiers responsable.

² Les organes des assurances sociales se prêtent mutuellement assistance aux mêmes conditions.

Amts- und Verwaltungshilfe

¹ Die Verwaltungs- und Rechtspflegebehörden des Bundes, der Kantone, Bezirke, Kreise und Gemeinden geben den Organen der einzelnen Sozialversicherungen auf schriftliche und begründete Anfrage im Einzelfall kostenlos diejenigen Daten bekannt, die erforderlich sind für:

- a. die Festsetzung, Änderung oder Rückforderung von Leistungen;
- b. die Verhinderung ungerechtfertigter Bezüge;
- c. die Festsetzung und den Bezug der Beiträge;
- d. den Rückgriff auf haftpflichtige Dritte.

² Unter den gleichen Bedingungen leisten die Organe der einzelnen Sozialversicherungen einander Verwaltungshilfe.

Assistenza giudiziaria e amministrativa

¹ Le autorità amministrative e giudiziarie della Confederazione, dei Cantoni, distretti, circoli e Comuni comunicano gratuitamente agli organi delle singole assicurazioni sociali, su richiesta scritta e motivata nei singoli casi, i dati necessari per:

- a. determinare, modificare o restituire prestazioni;
- b. prevenire versamenti indebiti;
- c. fissare e riscuotere i contributi;
- d. intraprendere azioni di regresso contro terzi responsabili.

² Alle stesse condizioni gli organi delle singole assicurazioni sociali si prestano reciprocamente assistenza.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Objet, but et nature	4
C. Champ d'application	11
II. Développement	15
A. Collaboration des autorités administratives et judiciaires (al. 1)	15
B. Assistance mutuelle des organes des assurances sociales (al. 2)	33

I. Introduction**A. Généralités**

L'introduction d'une disposition concernant l'assistance administrative avait été proposée par la Société suisse du droit des assurances. La Commission du Conseil des Etats a repris dans les grandes lignes cette proposition; il a rappelé que la plupart des lois spé-

ciales contenaient des dispositions consacrées à ce sujet, que la formulation de la règle générale contenue dans la LPGA correspondrait à l'ancien art. 93 LAVS, disposition la plus récente en la matière¹. La Commission du Conseil national a adapté quelque peu cette disposition².

- 2 Dans le cadre de la première révision de la LPGA (cf. Introduction générale N 35 ss), il est prévu d'introduire un nouvel art. 32 al. 3 LPGA, qui aurait la teneur suivante: «Les services visés à l'art. 75a al. 1 se communiquent les données nécessaires pour accomplir les tâches qui leur sont assignées en vertu de l'annexe II de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (accord sur la libre circulation des personnes) et d'autres traités internationaux en matière de sécurité sociale»³. Selon le Message du Conseil fédéral, «les organes et institutions suisses d'assurances sociales ont besoin d'échanger des informations entre eux pour l'exécution des tâches découlant des engagements internationaux de la Suisse. Ces informations sont nécessaires pour la fourniture des prestations, le paiement des cotisations, l'identification des services et des personnes compétents, la détermination de la carrière d'assurance et l'examen de la validité juridique des prétentions. En plus de déterminer les dispositions légales suisses applicables, les caisses de compensation AVS doivent par exemple indiquer aux assureurs de toutes les branches si des personnes sont soumises aux dispositions légales suisses en matière de sécurité sociale [...] Les assurances sociales sont soumises à l'obligation de garder le secret. La communication de données n'est possible que si une base légale correspondante prévoit une dérogation. La levée de l'obligation de garder le secret est prévue dans le cadre de l'entraide administrative (art. 32), ainsi que dans chaque loi spéciale, dans une disposition intitulée «Communication de données» [...] L'obligation de garder le secret n'empêche pas l'échange de données lorsque celui-ci est indispensable à l'application des lois concernées, mais une réglementation relative à l'échange de données requis pour l'accomplissement des tâches prévues dans le cadre de conventions internationales fait défaut. Sur le plan international, l'échange d'informations se fera désormais systématiquement de manière électronique. Cela nécessite aussi certaines adaptations sur le plan national»⁴.
- 3 L'art. 32 al. 3 LPGA projeté prévoit donc, en dérogation à l'obligation de garder le secret, «la communication des données dont les services compétents ont besoin pour l'accomplissement des tâches prévues dans le cadre des conventions internationales, et cela non exclusivement par écrit ou sur demande spécifique, contrairement aux dispositions générales relatives à l'entraide administrative»⁵.

1 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 255.

2 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 926: le Conseil fédéral avait prévu que l'assistance administrative devait également s'étendre à la fixation et la perception des cotisations et des primes. La Commission du Conseil national indique qu'elle a «rejeté la proposition du Conseil fédéral de compléter la disposition en la faisant s'appliquer également aux primes. En effet, il n'est question de primes nulle part ailleurs dans la LPGA. Il faut donc recommander de renoncer ici aussi à l'emploi de la notion de primes dans la LPGA. Il faut toutefois constater que la disposition s'applique bel et bien aux primes» (Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4237).

3 P-LPGA 2018, FF 2018 1655, 1656.

4 Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1623 s.

5 Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1624.

B. Objet, but et nature

En droit des assurances sociales, les différents assureurs sociaux doivent souvent traiter, chacun dans leur domaine respectif, une situation de fait identique. L'exemple type est le cas de la rente d'invalidité, qui est réglée à la fois dans la LAI, la LAA et la LPP, lorsque l'invalidité a pour origine un accident. Un décès peut également entraîner des conséquences dans différentes branches d'assurances sociales. L'assistance administrative joue dès lors un rôle important **pour garantir une égalité de traitement**. 4

L'assistance administrative joue également un rôle dans un domaine plus large que l'assurance sociale. Ainsi, l'employeur a accès à des données importantes sous l'angle fiscal, tout comme la caisse AVS. Les communes ont également accès à des données essentielles, notamment concernant l'état civil des personnes assurées. Dans tous ces cas, l'assistance administrative est essentielle pour garantir le bon fonctionnement des assurances sociales. 5

L'art. 32 LPGA reprend les principes fixés sous l'ancien droit. Le législateur s'est largement inspiré de l'ancien art. 93 LAVS (N 1)⁶. 6

Les dispositions des art. 32 LPGA sur l'assistance administrative et 33 LPGA sur l'obligation de garder le secret sont parfois difficiles à concilier. L'art. 32 LPGA doit être interprété comme une exception au principe de l'obligation de garder le secret⁷. L'art. 32 LPGA doit également être lu en parallèle avec l'art. 80 al. 2 LPGA, selon lequel les documents employés dans la mise en œuvre des assurances sociales pour correspondre avec les assurés, des tiers ou d'autres organisations sont exempts de taxes et d'émoluments publics, et qui doit être compris comme une composante de l'assistance administrative⁸. 7

L'art. 32 LPGA est une disposition générale, alors que l'art. 47 LPGA concernant la consultation du dossier doit être interprété comme un aspect particulier de l'assistance administrative. **Le fait de garantir une assistance administrative implique la possibilité pour les autres assureurs de consulter le dossier**. Lorsque des informations sont demandées dans le cadre de l'assistance administrative, l'accès à différents documents doit être possible et un refus systématique ne saurait être signifié. Le droit de consulter le dossier est toutefois limité, en ce sens que l'assistance administrative entre les différents organes est circonscrite à certains aspects particuliers prévus dans une liste exhaustive à l'al. 1 let. a à d. Dans ce sens, l'art. 47 LPGA n'a pas de portée propre. En revanche, cette dernière disposition s'applique lorsque la demande faite par l'autorité sort du cadre de l'art. 32 al. 1 let. a LPGA. 8

L'art. 32 LPGA joue également un rôle dans le cadre de la **protection des données**. La LPD est également applicable dans le cadre de l'assistance administrative. Il y a toutefois lieu de partir du principe que l'art. 32 LPGA constitue une base légale formelle suffisante pour la transmission de données sensibles. En présence d'intérêts contraires, il y aura lieu de procéder à une pesée des intérêts entre le besoin d'assistance administrative, d'une part, et la protection des données d'autre part⁹. 9

6 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 255.

7 Sur ces questions, voir KIESER, ATSG-Kommentar, art. 33 N 7 ss. Voir également: Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1624.

8 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 80 N 3 ss.

9 Sur ces questions, WEIBEL ROSEMARIE, Grenzen des Datenaustauschs bei den Sozialversicherungen, plädoyer 4 (2011) 34 ss, 37 ss.

- 10 L'art. 32 LPGa ne prévoit pas à quelles conditions les assureurs sociaux doivent apporter une assistance administrative aux autres autorités. Des règles sont parfois prévues expressément dans les lois spéciales, à l'instar de l'art. 82 LAMal, qui prévoit, en dérogation à l'art. 33 LPGa, que les assureurs fournissent gratuitement à la demande des autorités compétentes des renseignements et les documents nécessaires à l'exercice de l'action récursoire prévue à l'art. 41 al. 3 LAMal et à la fixation des réductions de primes (art. 65 LAMal). Il s'agit là d'un exemple d'une autorisation générale, et non particulière, de transmission des données.

C. Champ d'application

- 11 L'art. 32 al. 1 LPGa concerne l'assistance administrative, au sens large. Cette disposition traite du devoir d'assistance de la part des autorités administratives et judiciaires notamment, ce qui se traduit en allemand par « *Amtshilfe* ».
- 12 L'assistance entre les organes des assurances sociales (« *Verwaltungshilfe* ») est régie par l'art. 32 al. 2 LPGa. L'assistance administrative a dû être réglée, dès lors que les organes d'assurances sociales sont tenus de collaborer pour leur bon fonctionnement avec d'autres autorités. Ce principe vaut pour tous les domaines des assurances sociales et joue un rôle important en pratique.
- 13 Cette règle peut toutefois être limitée par une loi spéciale d'assurances sociales, conformément à l'art. 2 LPGa. L'art. 32 LPGa n'a donc pas une portée illimitée.
- 14 Dans les domaines où la LPGa n'est pas applicable, des dispositions particulières d'assistance administrative ont dû être introduites¹⁰. On mentionnera ici :
- subventions pour l'aide à la vieillesse (art. 1 al. 2 et 101^{bis} LAVS);
 - encouragement de l'aide aux invalides (art. 1 al. 2 et 71 à 76 LAI);
 - subventions visant à promouvoir la recherche en matière de marché de l'emploi (art. 1 al. 3 et 73 LACI);
 - réduction des primes de l'assurance maladie (art. 1 al. 2 let. c LAMal)¹¹.

II. Développement

A. Collaboration des autorités administratives et judiciaires (al. 1)

1. Généralités

- 15 Le législateur a choisi une définition large des autorités soumises à l'assistance administrative. Ce caractère s'inspire largement de l'ancienne réglementation prévue à l'art. 93 LAVS. Sont notamment considérés comme autorités administratives les offices des pour-

¹⁰ Pour une liste détaillée, voir KIESER, ATSG-Kommentar, art. 32 N 19.

¹¹ L'art. 82 let. b LAMal prévoit toutefois que les assureurs fournissent gratuitement à la demande des autorités compétentes des renseignements et des documents nécessaires à la fixation de la réduction des primes. L'art. 65 al. 5 LAMal dispose en outre que les assureurs sont tenus à une collaboration qui s'étend au-delà de l'assistance administrative prévue à l'art. 82 LAMal. La question reste ouverte de savoir si cette disposition respecte l'obligation de garder le secret fixé à l'art. 33 LPGa. Dubitatif sur ce point: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 32 N 20. Cet aspect de protection des données n'a pas été examiné lors de la modification de l'art. 65 LAMal, au cours de laquelle l'indemnisation des assureurs-maladie a été abandonnée, au motif que les subventions leur sont versées directement (Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 28 août 2009: FF 2009 5973, 5979).

suites, de sorte qu'il leur appartient de fournir les renseignements demandés gratuitement. Sont également considérés comme tels les offices d'état civil, s'agissant notamment des demandes de confirmation de mariage ou de divorce, ou les administrations communales (par exemple pour une attestation de vie).

Dans tous ces cas, il n'y a toutefois assistance administrative **que si la demande provient d'un assureur social** et non de l'ayant droit. 16

2. *Organes qui peuvent demander l'assistance administrative*

L'art. 32 al. 1 LPGA utilise la notion d'organe des assurances sociales. Par ces termes, il faut comprendre tout assureur et tout organe de mise en œuvre des assurances sociales. Ils ont la possibilité de requérir, dans les cas particuliers et sur demande écrite et motivée, la communication de certaines données. 17

Dans le cadre de l'assurance-maladie obligatoire, le canton de domicile doit pouvoir être considéré comme un organe au sens des art. 32 al. 1 LPGA. En effet, en participant à la prise en charge des prestations hospitalières conformément à l'art. 49a LAMal, ainsi qu'à celles des soins aigus et de transition selon l'art. 25a al. 2 LAMal, il doit pouvoir obtenir les informations prévues à l'art. 32 LPGA¹². 18

3. *Conditions de l'assistance administrative des autorités*

Pour que l'assistance administrative puisse être accordée, les organes des assurances sociales doivent motiver leur demande écrite. 19

Si, par ce biais, l'assistance administrative est rendue plus difficile, le législateur a voulu tenir compte des intérêts des assurés et empêcher que les données sensibles puissent être communiquées sans limitation. Dans certains domaines, les données peuvent toutefois être transmises de manière générale, sans motivation d'un cas particulier (cf. art. 82 LAMal), voire même sans demande (cf. art. 97a LACI). Selon l'art. 9 al. 3 LAVS, le revenu provenant d'une activité indépendante et le capital propre engagé dans l'entreprise sont déterminés par les autorités fiscales cantonales et communiqués aux caisses de compensation, de manière automatique. 20

L'art. 32 al. 1 LPGA ne concerne **que l'assistance administrative des autorités qui ne sont pas des assureurs sociaux** et qui, sur demande expressément motivée, doivent transmettre des informations. Si la personne assurée interpelle directement une autorité afin de pouvoir connaître les données recueillies, l'art. 32 LPGA n'est pas applicable; il n'y a pas non plus, dans ce cas, de transmission gratuite des données (cf. N 31 ss). 21

L'art. 32 al. 1 LPGA prévoit en outre que les données demandées ne peuvent être transmises **que dans un cas particulier**. Par «cas particulier», il faut également comprendre une demande particulière qui concerne plusieurs personnes. En l'état, des données «online» et le transfert d'un nombre indéterminé de données est exclu. 22

Le traitement des données personnelles doit **se limiter à ce qui est nécessaire** à l'accomplissement des tâches prévues dans les différentes lois d'assurances sociales. Le principe de la proportionnalité, qui régit tout le droit administratif, exige en particulier que le nombre et la nature des données personnelles recueillies, le flux de ses données et la durée de leur conser- 23

12 A l'instar de ce qui est prévu à l'art. 82 al. 1 let. a LAMal, s'agissant de l'exercice de l'action récursoire.

vation se limite à ce qui est nécessaire à l'accomplissement des tâches légales. Les éventuelles dispositions spéciales des lois d'assurances sociales qui prévoient un traitement de données ou qui limitent le droit de traiter des données ont le pas sur la disposition générale¹³.

4. Nécessité d'une pesée des intérêts en présence

- 24 L'art. 32 al. 1 LPGA ne prévoit pas de pesée des intérêts en présence à laquelle devrait procéder l'autorité administrative saisie.
- 25 Il faut partir de l'idée que la demande est «nécessaire». Il y a **caractère nécessaire** lorsque l'organe des assurances sociales faisant la demande ne pourrait pas ou très difficilement, sans l'assistance administrative, avoir accès aux données en question. Le devoir de collaboration de la partie au sens large prévaut.
- 26 Dans certains cas, les renseignements demandés, comme par exemple une attestation de vie, peuvent être transmis par la personne assurée directement. Une telle attestation sera remise contre émoluments, alors qu'elle devrait être faite gratuitement si la demande provenait d'un assureur social. **Le critère de la gratuité** n'est toutefois pas déterminant, le devoir de collaboration de la partie prenant de manière générale le pas sur l'assistance administrative¹⁴. Même lorsque le principe de la communication de données, respectivement de l'assistance administrative, est prévu dans la loi, il arrive que les intérêts privés prépondérants des assurés soient expressément réservés¹⁵. Si ces dispositions ne traitent pas directement de l'assistance administrative, elles ont l'avantage de faire ressortir l'importance du respect de la protection des données.

5. Objet de l'assistance administrative

- 27 L'art. 32 al. 1 LPGA détaille les données qui peuvent être comprises dans l'assistance administrative.
- 28 Les données peuvent être recueillies pour:
- fixer ou modifier des prestations, ou encore réclamer la restitution (let. a);
 - prévenir des versements indus (let. b);
 - fixer et percevoir les cotisations (let. c). Selon la jurisprudence rendue sous l'ancien art. 93 LAVS, qui reste valable selon le nouveau droit, dès lors qu'une attestation d'entrée en force est requise pour l'encaissement des cotisations, les tribunaux sont tenus de renseigner gratuitement les caisses de compensation au sujet du caractère définitif et exécutoire d'une décision de mainlevée concernant une créance de cotisations et leur en donner acte¹⁶;
 - faire valoir une prétention récursoire contre le tiers responsable (let. d).
- 29 La liste fixée à l'art. 32 al. 1 let. a à d LPGA est **exhaustive**. Ainsi, lorsqu'un assureur social souhaite connaître la fortune d'un locataire potentiel d'un bien immobilier, il ne peut invoquer valablement l'assistance administrative¹⁷. Il doit être traité comme n'im-

13 FF 2000 219, 227 (Message du Conseil fédéral du 24 novembre 1999 concernant l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement des données personnelles dans les assurances sociales). Cela vaut notamment pour l'art. 42 LAMal qui concerne la communication de données d'ordre médical aux assureurs-maladie.

14 TF, 24.9.2014, 8C_58/2014, c. 6.3.

15 Cf. art. 50a al. 1 LAVS. Voir également l'art. 84a LAMal.

16 ATF 125 V 249.

17 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 32 N 33.

porte quel investisseur ou bailleur privé. Ne sont pas non plus compris dans l'assistance administrative les frais de justice pour une procédure en lien avec l'encaissement des cotisations: une telle procédure n'est pas effectuée dans l'intérêt de l'assureur et ne rentre pas dans les tâches spécifiques qu'il doit accomplir¹⁸. Les jugements et les ordonnances de non-lieu qui doivent être communiqués immédiatement et intégralement à la caisse de compensation qui a dénoncé l'infraction ne rentrent pas non plus dans les «données nécessaires» au sens de l'art. 32 al. 1 LPGA¹⁹.

6. Gratuité

L'assistance administrative, lorsque tous les autres critères sont réunis, doit intervenir **de manière gratuite**. Cela comprend notamment les attestations du caractère définitif des décisions. **30**

Il n'y a pas de gratuité lorsque la demande est effectuée par la personne assurée. **31**

Des dispositions spéciales prévoient des dédommagements pour l'assistance administrative²⁰. Ces dispositions ne sont pas contraires à l'art. 32 al. 1 LPGA, à notre avis à tout le moins lorsqu'il s'agit d'une indemnisation causée par le «volume de travail particulier requis», selon l'art. 18 OPGA. **32**

B. Assistance mutuelle des organes des assurances sociales (al. 2)

L'art. 32 al. 2 LPGA traite de l'assistance mutuelle que doivent se prêter les différents organes des assurances sociales. Selon le Conseil fédéral, l'introduction d'une telle disposition était nécessaire, afin de pallier le manque de cohérence constaté jusqu'alors dans le cadre de communication des données entre assurances sociales²¹. **33**

Le but de l'art. 32 al. 2 LPGA est de permettre un échange d'information rapide entre les assureurs sociaux, et ce sans barrières inutiles²². L'art. 32 al. 2 LPGA règle l'assistance mutuelle entre assureurs sociaux **dans un cas particulier et sur une demande écrite et motivée**. Les lois spéciales d'assurance sociale – ou la LPGA, par exemple l'art. 31 al. 2 LPGA²³ – peuvent régler la question de l'assistance mutuelle entre assureurs sociaux sans demande particulière²⁴. **34**

Les conditions pour que l'assistance mutuelle entre assureurs sociaux soit applicable sont les mêmes que celles qui prévalent selon l'art. 32 al. 1 LPGA. La jurisprudence a dès lors admis qu'un assureur a le droit, également pendant la procédure de recours, de consulter des pièces en possession d'un autre assureur et qui sont indispensables dans le cas particulier²⁵. Parfois, la jurisprudence se réfère à l'art. 32 al. 2 LPGA, dans le cadre de l'assis- **35**

18 ATF 125 V 249, c. 2d: «*Unter den Auskünften und Unterlagen gemäss Art. 93 AHVG sind Informationen oder Dokumente zu verstehen, die bei den genannten Behörden und Sozialversicherungsträgern im Rahmen ihrer spezifischen Tätigkeiten anfallen. Davon zu unterscheiden sind Aktivitäten, welche die genannten Behörden und Sozialversicherungsträger, zwar ebenfalls im Rahmen ihres Aufgabenbereichs, im Interesse der Ausgleichskassen entfalten*».

19 Art. 90 LAVS; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 32 N 33.

20 Art. 27 al. 4 RAVS; art. 54, 2^e phrase, OLAA.

21 FF 2000 219, 226.

22 ATF 136 V 2, c. 2.6. Voir aussi TF, 21.8.2017, 9C_385/2017, c. 3.3.

23 ATF 140 V 521, c. 7.1.2.

24 Voir p.ex. l'art. 50a al. 1 let. b LAVS. Voir également l'art. 82 LAMAL.

25 ATF 136 V 2, c. 2.8.

tance administrative, alors qu’il s’agissait peut-être plutôt de l’obligation faite aux institutions participant à la mise en œuvre de l’assurance sociale d’informer un autre assureur de modifications déterminantes pour l’octroi de prestations²⁶.

Art. 33

Obligation de garder le secret **Les personnes qui participent à l’application des lois sur les assurances sociales ainsi qu’à son contrôle ou à sa surveillance sont tenues de garder le secret à l’égard des tiers.**

Schweigepflicht Personen, die an der Durchführung sowie der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung der Sozialversicherungsgesetze beteiligt sind, haben gegenüber Dritten Verschwiegenheit zu bewahren.

Obbligo del segreto Le persone che partecipano all’esecuzione e al controllo o alla sorveglianza dell’esecuzione delle leggi d’assicurazione sociale devono mantenere il segreto nei confronti di terzi.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	2
C. Objet et but de la norme	4
II. Champ d’application	8
A. Destinataires de l’obligation	9
B. Informations concernées	12
C. Tiers concernés	14
III. Exceptions	20
A. Assistance administrative	22
B. Obligation de délier du secret médical ou professionnel	23
C. Accès au dossier	24
D. Dispositions spécifiques	25
E. Autres exceptions	29

Bibliographie

DUPONT ANNE-SYLVIE, La protection des données médicales confiées aux assureurs, colloque du CERT, La protection des données en droit du travail, Les nouveautés en droit du travail 2016, Neuchâtel 2017, 195 ss (cité: La protection des données); MUND CLAUDIA, art. 19, in Baeriswyl/Pärli (éd.), Datenschutzgesetz (DSG), Berne 2015, 257 ss; PÄRLI KURT, Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung: Problematische Bearbeitung von Arbeitnehmersgesundheitsdaten bei der Begründung der privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses, REAS 2004 32 ss; PRIEUR YVONNE, Datenschutz im Sozialversicherungswesen, in Passadelis/Rosenthal/Thür (éd.), Datenschutzrecht, Bâle 2015, 431 ss.

²⁶ Ce qui tend à démontrer que la frontière n’est pas toujours facile à tracer: Voir TF, 15.2.2012, 8C_650/2011, c. 4.2.1.

I. Introduction

A. Généralités

Lorsque la mission que la loi lui confie lui impose d'accumuler d'imposants volumes de données, dont la grande majorité doit être qualifiée de données sensibles¹, l'administration est en principe tenue de garder le secret sur les informations qu'elle récolte². En bonne logique, la confidentialité imposée aux personnes qui participent à la mise en œuvre des assurances sociales a **valeur de principe général**³. Lors des discussions en vue de l'élaboration de la LPGA au début des années 90, la loi sur la protection des données n'était pas encore entrée en vigueur⁴. Il était donc logique, pour le législateur, de concrétiser ce principe dans le texte spécifique aux assurances sociales. La disposition légale a été conservée, malgré l'entrée en vigueur, dans l'intervalle, de la loi générale sur la protection des données.

B. Systématique

L'art. 33 LPGA consacre une «disposition générale de procédure», conformément à l'intitulé du chapitre 4 de la LPGA. Si l'on observe la construction de ce chapitre, on remarque que le législateur suit le schéma des contacts qu'un assuré peut être amené à avoir avec l'assureur social: il est question d'abord de renseignements et de conseils (art. 27 LPGA), puis de collaboration à la mise en œuvre, en particulier en cas de demande de prestations (art. 28 LPGA) et de l'exercice du droit aux prestations (art. 29 LPGA). Bien que l'art. 33 LPGA ne vienne qu'au terme de ce chapitre, il ne faut pas en déduire que seules les données récoltées par les assureurs sociaux dans le cadre d'une demande de prestations seraient couvertes par l'obligation de garder le secret. Il convient de se rappeler ici le principe général incarné, pour se convaincre que l'obligation de garder le secret couvre **toutes les informations que l'assureur social peut se procurer** dans l'exécution de sa tâche (par exemple les salaires communiqués en vue de la fixation des cotisations).

Curieusement, le principe général exprimé par l'art. 33 LPGA n'est pas associé, dans la structure de la loi, aux trois exceptions prévues par celle-ci: la première (l'assistance administrative, cf. art. 32 LPGA) précède le principe, la deuxième (l'obligation de délier du secret médical ou professionnel) se situe encore en amont (art. 28 al. 3 LPGA), et la troisième (l'accès au dossier, cf. art. 47 LPGA) se trouve dans une autre section, plus spécifiquement consacrée à la procédure en matière d'assurances sociales. D'autres exceptions à ce principe se trouvent également dans les différentes lois spéciales (N 20 ss).

C. Objet et but de la norme

L'art. 33 LPGA a pour objet une obligation imposée à toutes les personnes qui participent à la mise en œuvre des assurances sociales⁵.

1 La mise en œuvre des assurances sociales, en particulier dans le cadre d'une demande de prestations, suppose très souvent que l'on récolte de nombreuses données concernant l'état de santé de l'assuré. Il s'agit de données sensibles selon l'art. 19 let. c ch. 2 LPD.

2 Cf. art. 4 al. 1, art. 19 al. 1 LPD.

3 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 255.

4 Loi du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1993.

5 Sur l'identité de ces personnes, cf. N 9 ss.

- 5 Elle a pour but premier de **garantir la protection de la personnalité des personnes assurées** ainsi que d'autres personnes amenées à communiquer des informations personnelles à l'assureur social (par exemple les employeurs). Dans ce sens, l'art. 33 LPGa sert à la concrétisation du cadre général de la protection de la personnalité posé par l'art. 28 CC, dans le contexte spécifique des assurances sociales⁶.
- 6 Il est important de rappeler que les assurés ont l'obligation de collaborer à la mise en œuvre des assurances sociales, en particulier lorsqu'ils ont demandé des prestations (cf. art. 28 N 20 ss)⁷. Seule l'interdiction faite aux personnes recevant ces informations de les transmettre plus loin est de nature à **protéger la confiance de l'assuré**. Par ricochet, c'est donc le bon fonctionnement de l'administration que l'art. 33 LPGa a pour vocation de protéger⁸.
- 7 L'art. 33 LPGa tend ainsi autant à protéger des intérêts individuels que l'intérêt public.

II. Champ d'application

- 8 Il convient de circonscrire les personnes qui sont tenues au secret (A), les informations qui sont protégées (B) et, finalement, le cercle des personnes à l'égard desquelles l'obligation de confidentialité doit être observée (C).

A. Destinataires de l'obligation

- 9 L'art. 33 LPGa s'adresse aux personnes qui participent à l'application des lois sur les assurances sociales, à son contrôle ou à sa surveillance. Le **contrôle** vise les mesures prises à l'interne pour s'assurer de la bonne gestion de l'assurance, alors que la **surveillance** désigne le contrôle hiérarchique par le Conseil fédéral, conformément à l'art. 76 LPGa ou aux lois spéciales (p.ex. la LSAMa)⁹.
- 10 La formulation très large de l'art. 33 LPGa inclut dans le cercle des destinataires non seulement **les collaborateurs** des différentes assurances sociales, mais aussi **toutes les personnes extérieures à l'organisation de l'assurance qui collaborent à sa mise en œuvre ou à qui celle-ci est déléguée**. On pense en premier lieu aux médecins, en particulier à ceux qui travaillent dans des centres d'expertises, ou encore aux personnes travaillant au sein d'organismes aidant à la réinsertion professionnelle¹⁰.
- 11 A noter que l'obligation de garder le secret consacrée à l'art. 33 LPGa s'applique dans la mesure où la LPGa elle-même est applicable. La prévoyance professionnelle a intégré dans sa législation une disposition à la teneur identique¹¹. Par ailleurs, certaines lois spéciales étendent l'obligation de garder le secret à certaines institutions, comme les institutions privées bénéficiaires de subventions pour l'aide à la vieillesse ou aux invalides¹².

6 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 33 N 4.

7 Cf. art. 28 al. 1 et 2 LPGa.

8 Cf. ég. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 33 N 5.

9 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 33 N 17.

10 Cf. PRIEUR, N 13.51.

11 Art. 86 LPP.

12 Art. 1 al. 2, art. 101^{bis} LAVS; art. 1 al. 2, art. 71^{bis}, art. 76 LAI; pour plus de détails à ce sujet, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 33 N 36 s.

B. Informations concernées

La formulation de l'art. 33 LPGA est tout aussi large s'agissant des informations qu'il convient de garder secrètes. Il s'agit ainsi de toutes les informations dont les destinataires de l'obligation peuvent avoir connaissance dans l'exécution de leur mission¹³, et non seulement des données sensibles relatives à l'état de santé de l'assuré. Il faut ainsi comprendre que les données couvertes par l'obligation de garder le secret sont toutes les données (personnelles) au sens de l'art. 3 let. a LPD. Selon cette disposition, sont des **données personnelles** (données) «toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable». Il n'appartient pas non plus à l'assureur de juger de l'importance des données en dehors de toute circonstance l'autorisant à les transmettre à des tiers¹⁴.

La source de l'information importe peu: elle peut avoir été transmise à l'assureur par l'assuré lui-même, par un tiers chargé d'élucider certains faits, ou encore par un autre assureur social dans le cadre de l'entraide administrative¹⁵.

C. Tiers concernés

La formulation large de l'art. 33 LPGA laisse entendre que **toute personne extérieure à l'organisation de l'assureur social** concerné doit être considérée comme un tiers.

La large formulation de l'art. 33 LPGA avait pour objectif premier de garantir l'**impermeabilité des informations entre l'assurance sociale et l'assurance privée**, en particulier dans l'hypothèse d'un lien commercial étroit entre un assureur social et un assureur privé (par exemple au sein d'une même compagnie d'assurance)¹⁶. Ainsi, il était exclu, dans l'esprit du législateur, que des informations transitent de l'assureur social à l'assureur privé, même – ou surtout – lorsque les liens organisationnels et économiques entre les deux sont très étroits.

Compte tenu de la facilité avec laquelle l'assureur social amasse des données au sujet d'un assuré¹⁷ et de la nature de ces données (cf. N 1), la volonté du législateur doit, à notre sens, être respectée¹⁸. En pratique, l'impermeabilité est loin d'être garantie lorsque l'assureur social et l'assureur privé adoptent une organisation commune, ce qui, parfois, peut jouer en faveur de l'assuré. Ainsi, un assureur privé s'est vu dénier le droit de se prévaloir d'une réticence soi-disant commise par l'assuré au moment de la conclusion d'une assurance complémentaire, au motif qu'il devait nécessairement avoir connaissance d'informations livrées à l'assureur-maladie (LAMal)¹⁹.

13 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 33 N 19.

14 A ce sujet, cf. N 26 ss.

15 Cf. art. 32 LPGA.

16 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 33 N 20 et les références citées.

17 En raison de l'obligation de collaborer de ce dernier (cf. art. 28 al. 2 LPGA).

18 Du même avis, KIESER, ATSG-Kommentar, art. 33 N 21.

19 L'accès à l'information était déduit du fait que les deux assureurs recevaient leur correspondance à la même adresse, partageaient les mêmes numéros de téléphone, usaient d'un papier à en-tête commun et employaient les mêmes collaborateurs. On peut en tirer le constat qu'il s'agit d'une organisation et d'une administration communes, «avec cet effet que les documents que des tiers adressent à l'une d'elles, tels les factures des fournisseurs de prestations, sont accessibles aussi à l'autre» (TF, 30.10.2014, 4A_294/2014, c. 4).

- 17 Quel que soit son degré d'implication dans la mise en œuvre de l'assurance sociale²⁰, l'**employeur** fait également partie des tiers auxquels aucune information ne doit être communiquée²¹.
- 18 Il n'est pas rare que des **membres de la famille** tentent d'accéder au dossier constitué par l'assureur social, par exemple dans le cadre de procédures de divorce. Les assureurs ne sont pas autorisés à leur communiquer des informations directement²². Après le décès de l'assuré, ses héritiers restent des tiers au sens de l'art. 33 LPGA, à tout le moins lorsque les informations contenues dans le dossier sont utiles pour régler une question successorale²³. En revanche, lorsque l'accès au dossier a pour but de permettre au membre de la famille de faire valoir ses propres droits, par exemple à des prestations de survivant, il devrait à notre sens lui être garanti sur la base de l'art. 47 al. 1 let. b LPGA²⁴.
- 19 L'organisation d'un assureur social implique l'intervention de nombreux collaborateurs. Se pose ainsi la question de savoir si, **à l'intérieur de cette organisation**, il convient également de s'en tenir au principe de la confidentialité des données traitées. Nous sommes d'avis que oui. Du fait de l'obligation de collaborer de l'assuré qui demande des prestations²⁵ et de la nature des données récoltées par l'assureur, la personnalité de ce dernier est particulièrement exposée. Il est donc important de restreindre autant que possible le nombre de personnes susceptibles d'avoir accès aux informations détenues par l'assureur, y compris à l'intérieur de l'organisation de ce dernier²⁶. Ainsi, une organisation informatique permettant à tous les collaborateurs d'accéder à l'intégralité des dossiers gérés par l'assureur, par exemple en faisant une recherche aléatoire par nom de famille, n'est selon nous pas conforme à l'art. 33 LPGA²⁷.

III. Exceptions

- 20 Si le principe de l'art. 33 LPGA semble dresser un mur rigide entre les données personnelles détenues par un assureur social et le reste du monde, les nombreuses exceptions à ce principe, mentionnées comme telles ou découlant de l'organisation du système, sont autant de brèches qui relativisent la sécurité de la personnalité de l'assuré.
- 21 L'assistance administrative (A) crée un pont entre les assureurs sociaux, qui peuvent ainsi se livrer l'un à l'autre les informations recueillies, d'autant plus que l'assuré qui demande des prestations est contraint de consentir à libérer ces informations (B). Certaines per-

20 Dans le domaine de l'assurance-accidents (LAA), par exemple, le lien entre assureur social et employeur est notoirement plus étroit que dans d'autres branches d'assurance.

21 Du même avis, PÄRLI, 35 ss. Sur la possibilité pour l'employeur de recourir à l'art. 19 al. 1 let. b LPD pour obtenir des informations que l'assureur lui refuserait, cf. DUPONT, La protection des données, 225.

22 En revanche, par le biais d'une réquisition de production dans la procédure civile, il leur sera possible d'avoir connaissance, indirectement à tout le moins (cf. N27), de certains éléments du dossier (par exemple l'existence d'une capacité de travail résiduelle). Dans un arrêt que nous jugeons très discutable, le TF a reconnu la qualité de partie et, partant, l'accès au dossier constitué par l'assureur-accidents au sujet de son époux, à une femme séparée et titulaire d'une créance d'aliments qui demandait le paiement de la rente d'invalidité LAA directement en ses mains (TF, 8.4.2009, 8C_192/2008, plus particulièrement c. 4).

23 ATF 140 V 464, c. 4.1.

24 TC VD, 15.2.2016, 2016/150.

25 Cf. art. 28 LPGA.

26 Dans le même sens, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 33 N 23 ss.

27 Dans le même sens, cf. PRIEUR, N 13.52.

sonnes, autres que l'assuré, se voient aménager un droit d'accès au dossier constitué à son sujet (C), quand la communication d'informations n'est pas toute simplement autorisée dans une loi spéciale (D). D'autres exceptions existent encore dans d'autres textes du droit fédéral (E).

A. Assistance administrative

Pour assurer le bon fonctionnement des assurances sociales dans leur globalité, la LPGA 22 prévoit l'obligation pour les assureurs sociaux de se communiquer entre eux les informations nécessaires pour fixer ou modifier des prestations, ou encore en réclamer la restitution, pour prévenir des versements indus, pour fixer et percevoir les cotisations et pour faire valoir une prétention récursoire contre le tiers responsable (cf. art. 32 N 1 ss)²⁸. L'obligation d'informer existe également lorsqu'un assureur apprend que des circonstances déterminantes pour l'octroi de prestations se sont modifiées (cf. art. 31 N 29 ss)²⁹.

B. Obligation de délier du secret médical ou professionnel

Conformément à l'art. 28 al. 3 LPGA, l'assuré est tenu d'autoriser, dans des cas particuliers, toutes les personnes et institutions, notamment les autres assureurs sociaux («les assurances»), à fournir des renseignements, pour autant que ceux-ci soient nécessaires 23 pour établir le droit aux prestations. Une fois l'autorisation obtenue, l'assureur social sollicité est tenu de donner les renseignements requis (cf. art. 28 N 42 ss).

C. Accès au dossier

L'art. 47 LPGA permet à certaines personnes, autres que l'assuré, de consulter le dossier 24 constitué par un assureur social au sujet d'un assuré. Il s'agit des parties à une procédure en matière d'assurances sociales, des autorités amenées à connaître de ces procédures, ainsi que du tiers responsable de la réalisation du risque social, respectivement de son assureur (cf. ég. N 18). Dans toutes les hypothèses, l'art. 47 LPGA encadre la consultation du dossier de conditions bien précises (cf. art. 47 N 28 ss).

D. Dispositions spécifiques

En matière de protection des données, l'activité des assureurs sociaux est non seulement 25 soumise à l'art. 33 LPGA, mais aussi aux dispositions de la LPD concernant le traitement de données personnelles par des organes fédéraux³⁰. Conformément à l'art. 19 al. 1 LPD, la communication de données personnelles n'est possible que dans deux constellations: soit il existe une base légale dans une loi au sens formel permettant cette communication (1), soit, en l'absence de base légale, l'une des hypothèses de l'art. 19 al. 1 LPD est réalisée (2).

28 Art. 32 LPGA.

29 Art. 31 al. 2 LPGA.

30 Art. 16 ss LPD; à cela peuvent s'ajouter les lois cantonales sur la protection des données, dans la mesure où les assureurs sociaux sont parfois des établissements cantonaux (par exemple les offices AI; cf. TF, 17.7.2015, 1C_125/2015, c. 2.2 et 2.3); il faut toutefois que le droit cantonal garantisse un niveau de protection adéquat (cf. art. 37 al. 1 LPD).

1. Autorisation expresse par une loi spéciale

- 26 Les différentes lois spéciales en matière d'assurances sociales prévoient toutes des dispositions autorisant la communication des données qu'elles gèrent à des tiers, à des conditions qui diffèrent selon le destinataire des informations³¹. Il s'agit le plus souvent de faciliter l'échange d'informations entre assureurs sociaux ou entre un assureur social et d'autres autorités. Par ailleurs, il s'agit dans une certaine mesure de protéger l'intérêt public. Ainsi, à moins de l'existence d'un intérêt privé prépondérant, **aucune condition particulière** n'est posée pour la transmission de données aux organes d'exécution de l'assurance sociale concernée, aux autres assureurs sociaux, aux autorités fiscales ou pénales³², au Service de renseignement de la Confédération ou aux organes de sûretés des cantons.
- 27 Dans d'autres cas, **une demande écrite et motivée** est nécessaire pour obtenir la communication des informations. Il en va notamment ainsi :
- en matière d'aide sociale, lorsqu'elles leur sont nécessaires pour fixer ou modifier des prestations, en exiger la restitution ou prévenir des versements indus;
 - aux tribunaux civils, lorsqu'elles leur sont nécessaires pour régler un litige relevant du droit de la famille ou des successions;
 - aux tribunaux pénaux et aux organes d'instruction pénale, lorsqu'elles leur sont nécessaires pour établir les faits en cas de crime ou de délit;
 - des offices de poursuites et faillites dans le cadre de l'exécution d'une saisie ou d'une faillite;
 - des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte.

2. Autorisation selon l'art. 19 al. 1 LPD

- 28 En l'absence de base légale, la transmission des informations reste selon nous possible aux conditions de l'art. 19 al. 1 LPD³³. Cette disposition rend la communication de données licite dans quatre hypothèses, dont une retient tout particulièrement notre attention³⁴: selon la lettre d de cette disposition, une personne qui demande la communication de données refusée par l'assuré pourrait s'en prévaloir lorsque celui-ci refuse son accord ou s'oppose à la communication dans le seul but d'empêcher celui qui souhaite obtenir les données de se prévaloir de prétentions juridiques ou de faire valoir d'autres intérêts légitimes. On pourrait ainsi imaginer qu'un employeur, informé de l'existence d'un rapport d'enquête effectué par un détective privé et soupçonnant que ce qu'il renferme puisse justifier le licenciement avec effet immédiat de son employé, tente d'obtenir par ce biais ledit rapport. A notre sens, une telle démarche suppose une pondération rigoureuse des intérêts de l'assuré-employé et de l'employeur. Dans tous les cas, il faut imposer

31 Cf. art. 50a LAVS (auquel renvoient les art. 66a LAI, art. 29a LAPG et art. 25 let. b LAFam); art. 97 LAA; art. 95a LAM; art. 97a LACI; art. 84a LAMal; cf. ég. l'art. 86a LPP; pour un exposé systématique très complet de ces dispositions, cf. PRIEUR, N 13.73 ss.

32 Pour ces dernières, il faut néanmoins que la communication ait pour objectif de dénoncer ou de prévenir un crime.

33 A titre subsidiaire, cf. TF, 8.4.2009, 8C_192/2008, c. 3.2.

34 Les hypothèses visées par les lettres a (le destinataire a, en l'espèce, absolument besoin de ces données pour accomplir sa tâche légale) et b (la personne concernée y a, en l'espèce, consenti) sont à notre sens suffisamment circonscrites dans les textes propres aux assurances sociales (LPGA et lois spéciales) pour qu'il ne soit pas nécessaire de recourir à l'art. 19 al. 1 LPD dans ce contexte. L'hypothèse visée par la lettre c concerne les données rendues publiques par l'assuré (par exemple sur les réseaux sociaux).

ser à l'auteur de la demande de désigner avec précision les données qu'il entend obtenir³⁵.

E. Autres exceptions

En dehors du corpus de textes relatifs aux assurances sociales, d'autres dispositions du droit fédéral prévoient la communication de données par les assureurs sociaux à d'autres autorités. Par exemple, l'art. 12 LTN oblige les autorités cantonales ou fédérales chargées de la mise en œuvre des assurances sociales, en particulier de l'assurance-chômage, de dénoncer aux autorités compétentes en matière d'asile et de droit des étrangers, les situations dans lesquelles des rémunérations ont été versées sans que des charges sociales ne soient payées, et qu'«il n'apparaît pas d'emblée que la situation de séjour de la personne concernée est conforme aux dispositions en vigueur».

29

³⁵ Sur cette question, cf. DUPONT, La protection des données, 225. Egalement pour une application restrictive de cette disposition, cf. MUND, art. 19 N 20.

Best

Section 2: Procédure en matière d'assurances sociales

Art. 34

Parties **Ont qualité de parties les personnes dont les droits ou obligations résultent des assurances sociales, ainsi que les personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre la décision d'un assureur ou d'un organe d'exécution de même niveau.**

Parteien Als Parteien gelten Personen, die aus der Sozialversicherung Rechte oder Pflichten ableiten, sowie Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung eines Versicherungsträgers oder eines ihm gleichgestellten Durchführungsorgans zusteht.

Parti Sono considerate parti le persone i cui diritti o obblighi derivano dall'assicurazione sociale nonché le persone, le organizzazioni o le autorità che dispongono di un rimedio giuridico contro la decisione di un assicuratore o di un organo esecutivo dello stesso livello.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	4
C. Objet et but de la norme	6
II. Les parties au sens de l'art. 34 LPGa	9
A. Des droits ou obligations résultant des assurances sociales	10
B. Le bénéfice d'un moyen de droit	15

Bibliographie

DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Bâle 2014; FRÉSARD-FEL-LAY GHISLAINE, *Le droit de recours de l'assureur-accidents selon la LPGa*, in Kahil-Wolff/Wyler (éd.), *Assurance sociale, responsabilité de l'employeur, assurance privée*, Berne 2005, 61 ss (cité: *Droit de recours*); KIESER UELI, *Dritte als Partei im Sozialversicherungsverfahren*, Arbeitgeber, Sozialhilfebehörden und andere Sozialversicherungsträger als interessierte Dritte im Leistungsstreit der Sozialversicherungen, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), *Sozialversicherungsrechtstagung 2006*, Saint-Gall 2006, 79 ss (cité: *Dritte als Partei*); TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2011.

I. Introduction

A. Généralités

D'une manière générale, la procédure administrative reconnaît à certaines personnes «une place à part, dans la mesure où la décision en vue de laquelle la procédure a été ouverte et avec laquelle la procédure va s'achever les concerne»¹. Appelées «parties», elles peuvent être définies différemment selon le domaine du droit concerné, en particulier selon la loi de procédure applicable². La reconnaissance de la qualité de partie suppose en

1 DUBEY/ZUFFEREY, N 1947.

2 Cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 1951.

principe un lien plus étroit avec l'objet de la décision par rapport à l'ensemble des administrés³.

- 2 Pensé, à l'origine, pour être le pendant, dans la procédure en matière d'assurances sociales, de l'art. 6 PA⁴, l'art. 34 LPGA s'en distingue en ne définissant pas la notion de partie par rapport aux effets d'une décision à intervenir, mais par rapport à l'existence de droits ou d'obligations prenant leur source dans le corpus législatif régissant les assurances sociales, ou au bénéfice d'un moyen de droit contre la décision d'un assureur social.
- 3 En amont de ces conditions spécifiques, la qualité de partie ne peut naturellement être reconnue qu'à l'acteur juridique qui jouit de la **capacité civile active**⁵. Pour les personnes physiques, cela suppose qu'elles soient capables de discernement et aient atteint l'âge de la majorité⁶. Si l'une ou l'autre de ces conditions fait défaut, cas échéant si aucune des deux n'est réalisée, l'assuré procédera par le biais de son représentant légal. Les personnes morales de droit privé bénéficient de la capacité civile active «dès qu'elles possèdent les organes que la loi et les statuts exigent à cet effet»⁷. Les personnes morales de droit public se voient conférer (ou non) la capacité civile active par la loi spéciale en vertu de laquelle elles existent⁸.

B. Systématique

- 4 Introduisant la deuxième section du chapitre consacré aux dispositions générales de procédure, l'art. 34 LPGA s'applique directement à l'intégralité de la «procédure en matière d'assurances sociales»⁹, ce par quoi il faut comprendre la **procédure administrative interne**. La qualité de partie à la procédure administrative doit être distinguée de la qualité pour recourir dans le cadre de la procédure contentieuse devant les tribunaux cantonaux des assurances ou devant le Tribunal administratif fédéral, question qui fait l'objet de dispositions légales distinctes¹⁰. Il en va de même pour la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral, qui est exclusivement régie par la LTF¹¹. En revanche, les deux notions sont parfois interdépendantes, dans la mesure où, d'une part, le fait de bénéficier d'une voie de droit contre la décision d'un assureur suffit pour conférer la qualité de partie au sens de l'art. 34 LPGA (cf. N 2), et où, d'autre part, la qualité pour recourir dépend, devant le Tribunal administratif fédéral et devant le Tribunal fédéral, de ce que le recourant a été partie à la procédure administrative, respectivement judiciaire, ou a été privé de la possibilité de le faire¹². En revanche, la participation à la procédure administrative n'est pas déterminante pour se voir reconnaître la qualité pour recourir devant le tribunal cantonal des assurances¹³.

3 Cf. TANQUEREL, N 1484.

4 A ce sujet, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 34 N 2 ss.

5 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 495 N 22; DUBEY/ZUFFEREY, N 1950.

6 Cf. art. 12 et 13 CC.

7 Cf. art. 54 CC.

8 Sur toute cette question, cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 1950.

9 Cf. l'intitulé de la section 2 du chapitre 4.

10 Respectivement les art. 59 LPGA et 48 PA.

11 Cf. art. 62 al. 1 LPGA et art. 89 LTF.

12 Cf. art. 48 al. 1 let. a PA et art. 89 al. 1 let. a LTF.

13 Cf. art. 59 LPGA. TF, 4.1.2016, 9C_595/2015, c. 3.

Il n'existe pas de disposition dérogatoire dans les lois spéciales, de sorte que la notion de partie définie par la LPGa vaut pour l'ensemble des assurances sociales¹⁴. 5

C. Objet et but de la norme

L'objet et le but de l'art. 34 LPGa sont de délimiter le cercle des personnes qui présentent un lien suffisamment étroit avec une décision en matière d'assurances sociales pour, d'une part, pouvoir s'opposer à cette décision, respectivement l'attaquer devant les tribunaux, et d'autre part, en amont, pour faire valoir un certain nombre de droits garantis et d'obligations imposées aux parties, par la LPGa mais aussi par les lois spéciales en matière d'assurances sociales. 6

Ainsi, l'art. 34 LPGa poursuit le double objectif de **délimiter les personnes habilitées à participer à la procédure** en matière d'assurances sociales, et de **signifier à ces dernières leur position et les droits et obligations qui en découlent**. 7

La qualité de partie au sens de l'art. 34 LPGa implique en effet par exemple de pouvoir contester la compétence de l'assureur¹⁵, de revendiquer le droit de se faire représenter et d'obtenir, lorsque les circonstances l'exigent, l'assistance gratuite¹⁶, de bénéficier du droit d'être entendu¹⁷, de bénéficier des droits de participation reconnus aux parties dans le cadre d'expertises médicales¹⁸, d'être indemnisée en cas de perte de gain ou de frais encourus du fait des renseignements qu'elle est obligée de fournir¹⁹, de pouvoir accéder au dossier²⁰ ou encore de pouvoir exiger la notification d'une décision²¹. 8

II. Les parties au sens de l'art. 34 LPGa

L'art. 34 LPGa reconnaît le statut de partie aux personnes dont les droits ou obligations résultent des assurances sociales (A) ainsi qu'aux personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre la décision d'un assureur ou d'un organe d'exécution de même niveau (B). 9

A. Des droits ou obligations résultant des assurances sociales

Savoir si une personne a ou peut avoir des droits ou des obligations à l'égard des assurances sociales se confond, en procédure administrative, avec la question de savoir si la décision à intervenir est susceptible d'avoir un impact sur sa situation²². La nature de cet impact – économique, idéal, matériel ou autre – importe peu²³. 10

14 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 34 N 19.

15 Art. 35 al. 3 LPGa.

16 Art. 37 LPGa.

17 Art. 42 LPGa.

18 Art. 44 LPGa et ATF 137 V 210.

19 Art. 45 LPGa.

20 Art. 47 LPGa.

21 Art. 49 LPGa.

22 Cf. art. 6 PA. Cf. ég. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 34 N 13.

23 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 34 N 14. Cf. ég. l'arrêt que mentionne cet auteur (ATF 123 V 113, c. 5a et b) comme exemple de l'intérêt économique d'une collectivité publique, en l'occurrence à ne pas s'acquitter de la cotisation minimale à l'AVS/AI/APG pour l'un de ses habitants qui en est dispensé.

- 11 C'est en premier lieu le cas pour **la personne assurée qui demande des prestations**²⁴, indépendamment de savoir si son droit sera reconnu à l'issue de la procédure²⁵. C'est également le cas de **la personne qui doit s'acquitter de cotisations ou de primes**, soit en qualité d'assuré, soit en qualité d'employeur²⁶, ou de **celle qui est visée par une demande de restitution** au sens de l'art. 25 LPGA.
- 12 Le Tribunal fédéral a reconnu la qualité de partie à l'épouse séparée d'un bénéficiaire d'une rente d'invalidé LAA qui en demandait le versement en ses mains, en application des art. 20 et 22 al. 2 LPGA²⁷, ou au conjoint dont le montant de la rente AVS peut, immédiatement ou à l'avenir, être touché par une décision fondée sur la LAVS dont son époux est le bénéficiaire²⁸. Il en va de même pour le parent qui reçoit directement les rentes pour enfant d'invalidé liées à la rente de l'autre parent²⁹.
- 13 La loi reconnaît expressément la qualité de partie à **l'assureur social dont l'obligation de prester est influencée par la décision d'un autre assureur**³⁰.
- 14 Dans tous les cas, la reconnaissance de la qualité de partie à un tiers, c'est-à-dire à une personne qui n'est pas partie au rapport d'assurance, suppose que celle-ci soit touchée personnellement et directement par la décision à intervenir. Un simple intérêt virtuel, ou général, par exemple d'ordre militant, à l'issue de la procédure administrative, n'est pas suffisant³¹.

B. Le bénéfice d'un moyen de droit

- 15 La qualité de partie est encore reconnue aux « personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre la décision d'un assureur ou d'un organe d'exécution de même niveau ». La référence à l'existence d'un moyen de droit confère à la notion de partie, en matière d'assurances sociales, une **dimension à géométrie variable**. Tout d'abord, l'aptitude à soulever un moyen de droit contre la décision d'un assureur social peut varier selon les étapes de la procédure, les règles déterminant le droit de faire opposition³², de recourir devant le tribunal cantonal des assurances³³ ou encore devant le Tribunal fédéral³⁴ n'étant pas les mêmes. Ensuite, le fait de se voir reconnaître la qualité de partie pour une étape de la procédure ne signifie pas encore que l'on acquière tous les droits des parties pour l'ensemble de la procédure³⁵.

24 Cf. art. 29 al. 1 LPGA.

25 De manière prêtant à confusion, FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD mentionnent « les personnes qui ont droit à des prestations » en se référant à l'art. 29 al. 1 LPGA (496 N 24). KIESER, à juste titre selon nous, mentionne « *diejenige Person, die Leistungen beansprucht* » (ATSG-Kommentar, art. 34 N 15). Selon le Tribunal fédéral, le fait de ne pas faire valoir ses droits ne fait pas perdre la qualité de partie (TF, 9.5.2016, 9C_923/2015, c. 4.3.1).

26 Cf. KIESER, Dritte als Partei, N 9 ss.

27 TF, 8.4.2009, 8C_192/2008, c. 4.3.1.

28 ATF 126 V 455.

29 TAF, 7.3.2018, C-5112/2015.

30 Art. 49 al. 4 LPGA. Cf. ég. FRÉSARD-FELLAY, Droit de recours, 7 ss sur le cas particulier de l'assureur-accident et les relations entre assureurs; KIESER, Dritte als Partei, N 17 ss.

31 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 34 N 14.

32 Cf. art. 52 LPGA.

33 Cf. art. 59 LPGA.

34 Cf. art. 89 LTF.

35 Sur cette question, cf. FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 496 s. N 26 et KIESER ATSG-Kommentar, art. 34 N 9.

L'examen de la qualité de partie au sens de l'art. 34 LPGA devra donc faire l'objet d'une analyse dans chaque cas concret, sans qu'il soit possible de dire une fois pour toutes si telle ou telle personne ou organisation en bénéficie. Les critères déterminants sont ceux que retiennent les art. 59 LPGA et 89 LTF, à savoir le fait d'**être touché par la décision ou la décision sur opposition**, et celui d'avoir un **intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée**. 16

A titre d'exemple, en matière d'assurance-accidents, le Tribunal fédéral reconnaît à l'employeur de l'assuré la qualité pour faire opposition à une décision déniait la qualité d'assuré au travailleur, ou niant la réalisation des conditions d'un accident au sens de l'art. 4 LPGA³⁶, mais lui dénie cette qualité dans le cas d'une décision portant sur le droit à une rente d'invalidité LAA³⁷. Avant la modification de la procédure en matière d'assurance-invalidité³⁸, le Tribunal fédéral avait également dénié à l'employeur la qualité pour former opposition à une décision de l'assurance-invalidité³⁹. 17

Parfois, les **lois spéciales** reconnaissent à certaines autorités le droit de recourir contre différentes décisions⁴⁰. Dans cette mesure également, la qualité de partie leur est conférée. 18

L'assureur social, dans les procédures qui concernent ses propres décisions, n'est pas une partie, mais un organe de l'Etat chargé d'appliquer la loi. Dans le cas d'une procédure judiciaire consécutive à une décision qu'il a rendue, l'assureur social y est partie au sens procédural du terme, sans toutefois acquérir matériellement cette qualité. Il reste donc tenu de se montrer objectif⁴¹. 19

Art. 35

Compétence

¹ L'assureur examine d'office s'il est compétent.

² L'assureur qui se tient pour compétent le constate dans une décision si une partie conteste sa compétence.

³ L'assureur qui se tient pour incompétent rend une décision d'irrecevabilité si une partie prétend qu'il est compétent.

Zuständigkeit

¹ Der Versicherungsträger prüft seine Zuständigkeit von Amtes wegen.

² Der Versicherungsträger, der sich als zuständig erachtet, stellt dies durch Verfügung fest, wenn eine Partei die Zuständigkeit bestreitet.

³ Der Versicherungsträger, der sich als unzuständig erachtet, tritt durch Verfügung auf die Sache nicht ein, wenn eine Partei die Zuständigkeit behauptet.

36 ATF 106 V 219, c. 1.

37 ATF 131 V 298, c. 6.2.

38 La procédure d'opposition a été supprimée et remplacée par une procédure d'audition dans le cadre d'un préavis (cf. art. 57a LAI) depuis le 1^{er} juillet 2006 (cf. RO 2006 2003; FF 2005 2899 ss).

39 ATF 130 V 560.

40 Cf. p.ex. l'art. 102 LACI, qui reconnaît au SECO la qualité pour recourir devant les tribunaux cantonaux des assurances contre les décisions des autorités cantonales, des offices régionaux de placement et des caisses (al. 1), et au SECO, aux autorités cantonales et aux caisses pour recourir devant le TFA – *recte* Tribunal fédéral – contre les décisions des tribunaux cantonaux des assurances (al. 2).

41 ATF 136 V 376, c. 4.1.2.

- Competenza
- ¹ L'assicuratore esamina d'ufficio la propria competenza.
 - ² L'assicuratore che si reputa competente lo dichiara in una decisione formale qualora una parte ne contesti la competenza.
 - ³ L'assicuratore che si reputa incompetente prende una decisione di non entrata nel merito qualora una parte ne affermi la competenza.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	2
C. Objet et but de la norme	3
II. L'examen de la compétence (al. 1)	4
A. Les règles déterminant la compétence	5
B. Les conflits de compétences	16
III. L'assureur admettant sa compétence (al. 2)	21
IV. L'assureur se tenant pour incompétent (al. 3)	23

Bibliographie

SPRECHER FRANZISKA, *Transparenz – Ein Grundprinzip des Rechtsstaats und seine Bedeutung im Gesundheitsrecht, insbesondere im Heilmittel- und Humanforschungsrecht*, RDS2016 II 139 ss;
 TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2011.

I. Introduction

A. Généralités

- 1 Le contenu de l'art. 35 LPGA est directement inspiré des art. 7 et 9 PA, ce qui permet de douter de l'utilité concrète de cette disposition¹. Elle a néanmoins le mérite d'ancrer dans le contexte particulier des assurances sociales un principe général de la procédure administrative² et de rappeler les obligations de l'assureur à ce sujet.

B. Systématique

- 2 Deuxième disposition de la section consacrée à la «procédure en matière d'assurances sociales», l'art. 35 LPGA a vocation à s'appliquer dans le cadre de la procédure administrative interne exclusivement³. Les questions de compétence au stade du recours devant le tribunal cantonal des assurances sont réglées par l'art. 58 LPGA (cf. art. 58 N 1 ss), éventuellement par les lois spéciales⁴.

1 Cette objection avait été soulevée dans le cadre des débats parlementaires (cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 35 N 1).
 2 Cf. TANQUEREL, N 1512.
 3 Cela se déduit du fait que cette disposition s'adresse exclusivement à l'assureur.
 4 Cf. par exemple art. 52 al. 5 LAVS.

C. Objet et but de la norme

L'art. 35 LPGA s'adresse à l'assureur et lui dicte la procédure à suivre pour examiner sa compétence. Il n'a en revanche pas pour objet de définir les règles matérielles qui déterminent la compétence des assureurs sociaux. Celles-ci se trouvent dans les lois spéciales qui régissent les différentes assurances sociales. 3

II. L'examen de la compétence (al. 1)

Comme le dit déjà l'art. 7 al. 1 PA, et le rappelle l'art. 35 al. 1 LPGA, l'autorité administrative saisie d'une requête ou d'un moyen de droit doit **examiner d'office** sa compétence⁵. Le fait que l'administré – l'assuré dans le contexte qui nous occupe – soulève expressément la question n'est pas déterminant. Cas échéant, il appartient à l'assureur social d'instruire le dossier pour recueillir les éléments de fait lui permettant de se déterminer sur sa compétence en toute connaissance de cause⁶ (A). En cas de conflit de compétences, il lui appartient de faire les démarches nécessaires pour clarifier la situation (B). 4

A. Les règles déterminant la compétence

L'assureur doit examiner sa compétence sous les trois angles de la territorialité (1), de la matérialité (2) et de la fonctionnalité (3). 5

A noter qu'il n'existe pas, en procédure administrative, de possibilité d'élection de compétence par voie conventionnelle⁷. Certaines pratiques, non formalisées, ont néanmoins vu le jour dans le but notamment de permettre aux collaborateurs des assureurs sociaux de ne pas voir leur demande de prestations instruite par leurs collègues⁸. 6

1. La compétence à raison du lieu

La compétence à raison du lieu est sans doute la dimension la plus importante dans la pratique des assurances sociales, en particulier lorsque celles-ci sont gérées de manière décentralisée, ce qui est le cas de la majorité d'entre elles. 7

Le **domicile de l'assuré** peut être l'élément de fait déterminant pour fixer la compétence de l'assureur social. Ainsi, l'office AI compétent pour recevoir une demande de prestations et pour statuer sur cette demande est celui du canton dans lequel l'assuré est domicilié au moment où il exerce son droit aux prestations⁹, le canton de domicile du bénéficiaire est compétent pour fixer et verser les prestations complémentaires¹⁰, la personne qui entend obtenir des prestations de l'assurance-chômage doit s'annoncer à l'office du travail de son lieu de domicile¹¹ et les caisses de compensation AVS du canton de domi- 8

5 TF, 11.5.2017, 8C_705/2016, c. 7.1.

6 TF, 11.3.2014, 9C_877/2013, c. 5.2. Il s'agissait en l'espèce de déterminer le domicile de l'assurée, qui avait déménagé plusieurs fois et faisait état d'un établissement provisoire à l'étranger.

7 Cf. art. 7 al. 2 PA.

8 Ces pratiques, en matière d'assurance-invalidité, sont rapportées par KIESER, ATSG-Kommentar, art. 35 N 11. Cf. ég. CPAI, N 4029. Un arrêt cantonal les juge non conformes avec le droit fédéral, sans toutefois se prononcer sur la légalité de la CPAI (cf. TC FR, 27.6.2017, 608 2017 87, c. 3a).

9 Art. 55 al. 1 LAI

10 Art. 21 al. 1 LPC.

11 Art. 10 al. 3 LAI. L'organe compétent est en principe désigné par le droit cantonal d'exécution de la loi fédérale sur l'assurance-chômage (cf. RUBIN, Commentaire, art. 10 N 38).

cile sont compétentes pour percevoir les cotisations des personnes sans activité lucrative ou des indépendants¹². Le domicile est en principe défini selon les règles du Code civil¹³, avec certaines exceptions, comme en matière de prestations complémentaires (le séjour dans un home ne fonde pas de domicile¹⁴).

- 9 Le **lieu de l'activité professionnelle** ou le **siège de l'employeur** peut également servir à déterminer l'assureur social compétent, par exemple pour prélever les cotisations à l'AVS et aux assurances associées¹⁵, ou encore le **lieu dans lequel on effectue des études**¹⁶.
- 10 Dans certaines branches d'assurance, la compétence à raison du lieu est secondaire parce que les mécanismes d'affiliation ne se fondent pas sur le rattachement de l'assuré à un endroit donné. C'est le cas dans l'assurance-maladie¹⁷, l'assurance-accidents ou encore l'assurance militaire.
- 11 Un défaut de compétence territoriale ne conduit pas à la nullité de la décision. Par économie de procédure, si ce défaut n'est pas soulevé par les parties et si l'affaire est en état d'être jugée sur la base du dossier, la décision est maintenue¹⁸.

2. La compétence matérielle

- 12 La compétence matérielle pose rarement de difficultés en droit des assurances sociales, dès lors que chaque branche d'assurance est administrée par ses propres organes, déterminés par la législation spéciale à laquelle elle est soumise¹⁹. Dans certaines branches d'assurance, l'assuré, respectivement l'employeur, peut choisir lui-même l'assureur auquel il souhaite s'adresser²⁰.
- 13 Le défaut de compétence matérielle est un motif de nullité. Une pondération entre l'intérêt à la sécurité du droit et l'intérêt à la correcte application de la loi n'est cependant pas exclue²¹.

12 Cf. art. 117 al. 2 et 118 al. 1 RAVS.

13 Cf. art. 13 LPGA (art. 13 N 6 ss), qui renvoie aux art. 23 à 26 CC.

14 ATF 138 V 23.

15 Cf. art. 117 al. 2 RAVS.

16 Cf. art. 118 al. 3 RAVS.

17 Dans cette branche d'assurance, le rattachement à raison du lieu est sans pertinence sur la compétence de l'assureur. En revanche, il s'avérera très important dans la mise en œuvre de l'assurance, par exemple pour déterminer l'autorité compétente pour verser les subsides en application de l'art. 65 LAMal, pour procéder à l'affiliation d'office d'un assuré récalcitrant (art. 6 LAMal) ou encore pour déterminer l'étendue de la prise en charge des soins, notamment en cas de traitement médical en dehors du canton de domicile (cf. art. 41a al. 2 LAMal).

18 TFA, 22.1.2004, I 232/03, c. 4.2.1.

19 Parfois, la compétence pour l'accomplissement de certaines tâches est déléguée aux organes d'une autre branche d'assurance sociale. Par exemple la fonction d'encaisser les cotisations à l'assurance-chômage est déléguée aux caisses de compensation AVS (cf. art. 5 al. 1 LACI); la gestion des caisses cantonales d'allocations familiales est transférée aux caisses cantonales de compensation AVS (art. 17 al. 1 LAFam).

20 C'est le cas dans l'assurance-maladie (art. 4 LAMal), dans l'assurance-accidents, dans la mesure où le domaine d'activité n'est pas attribué obligatoirement à la SUVA en application de l'art. 66 LAA, ou encore dans l'assurance-chômage (cf. art. 20 al. 1 LACI).

21 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 35 N 22.

3. La compétence fonctionnelle

La compétence fonctionnelle ne doit que rarement être examinée dans le cadre de la procédure en matière d'assurances sociales²². Parfois, les lois spéciales posent certaines exigences à ce sujet, par exemple le traitement de la décision sur opposition par une autre instance que celle qui a pris la décision initiale²³. 14

Le défaut de compétence fonctionnelle est un motif de nullité. 15

B. Les conflits de compétences

D'après la doctrine et la jurisprudence²⁴, la question des conflits de compétences serait exhaustivement réglée par l'art. 35 LPGGA, qui prévoirait la procédure à suivre dans les situations de ce genre, ou à tout le moins donnerait des indices à ce sujet. Selon Kieser²⁵, il appartiendrait à l'assureur qui examine d'office sa compétence, cas échéant, de prendre contact avec l'autre assureur, en lui donnant la possibilité de se déterminer²⁶ dès lors que la décision de compétence ou d'incompétence rendue par le premier assureur pourrait affecter ses droits et obligations²⁷. Certaines dispositions légales prévoyant un arbitrage par l'autorité de surveillance mentionnent le caractère dérogatoire que cette procédure présenterait par rapport à l'art. 35 LPGGA²⁸. 16

Selon nous, cette solution est insatisfaisante, d'une part parce que les «contacts informels» entre assureurs ne sont pas compatibles avec l'exigence de transparence de l'activité étatique²⁹, d'autre part, plus pragmatiquement, parce qu'elle ne donne pas de solution à la situation dans laquelle, même après des contacts informels, les assureurs sociaux statueraient – chacun de leur côté – de la même manière, **laissant subsister un conflit de compétences et créant un retard dans l'instruction du dossier** dommageables pour l'assuré. 17

A notre sens, la lecture de l'art. 35 LPGGA, à la lumière des art. 7 et 9 PA, révèle que la question du conflit de compétences n'est pas réglée par la première disposition, et doit donc trouver sa solution dans les deux autres, conformément au renvoi de l'art. 55 al. 1 PA. En l'occurrence, l'art. 9 al. 3 PA traite spécifiquement de cette question³⁰ et prévoit que **les conflits de compétences entre autorités sont tranchés par l'autorité de surveillance commune** ou, si celle-ci fait défaut, par le Conseil fédéral. 18

Dans cet esprit, certaines lois spéciales prévoient des règles destinées à fixer la compétence pour arbitrer de tels conflits entre assureurs. Ainsi, l'art. 64 al. 6 LAVS prévoit que les conflits relatifs à l'affiliation aux caisses sont tranchés par l'OFAS, et l'art. 40 al. 4 RAI qu'en cas de conflit de compétences, l'OFAS désigne l'office compétent. A notre 19

22 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 35 N 5.

23 C'est par exemple le cas en matière d'assurance-chômage (cf. art. 100 al. 2 LACI).

24 Cf. par exemple TAF, 27.6.2014, C-1784/2013, c. 2.2.

25 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 35 N 12 ss. Cet auteur reconnaît toutefois que la situation est insatisfaisante; il propose un contrôle judiciaire (art. 35 N 23).

26 Cf. art. 42 LPGGA.

27 Ce qui lui confère la qualité de partie au sens de l'art. 34 LPGGA (cf. art. 34 N 9 ss).

28 Cf. art. 64 al. 6 LAVS; art. 55 al. 2 LAI.

29 A ce sujet, cf. SPRECHER, 157 ss.

30 L'art. 9 al. 3 PA traite de la question du conflit de compétences après deux alinéas prévoyant, comme l'art. 35 LPGGA, que les autorités administratives statuent elles-mêmes dans un premier temps.

sens, il ne s'agit pas ici, contrairement à ce qui est mentionné dans la loi³¹, de dérogations à l'art. 35 LPGA, dont le fonctionnement décrit ci-dessous (N 21 ss) n'est pas remis en cause, mais de l'ultime étape de la procédure à suivre en cas de conflit subsistant après l'échange de vue et les décisions prises individuellement par les assureurs.

- 20 A noter que si la compétence est contestée conjointement à la décision matérielle, le juge est compétent pour trancher l'ensemble du litige³².

III. L'assureur admettant sa compétence (al. 2)

- 21 En principe, l'assureur qui admet sa compétence n'a pas, formellement, à rendre de décision à ce sujet. Il doit le faire en revanche si une partie au sens de l'art. 34 LPGA (cf. art. 34 N 9 ss) conteste qu'il soit compétent pour traiter de son cas. Il n'est pas nécessaire que la contestation soit étayée. **Il suffit que l'assureur puisse reconnaître la contestation de l'assuré** et sa volonté de voir un autre assureur, respectivement un autre organe de l'assurance, traiter son dossier³³.
- 22 La décision par laquelle l'assureur social admet sa compétence est une **décision incidente**³⁴ et doit, cas échéant, être contestée par la voie d'un recours devant le tribunal cantonal des assurances³⁵ puis, cas échéant, au Tribunal fédéral³⁶.

IV. L'assureur se tenant pour incompétent (al. 3)

- 23 De la même manière que lorsqu'il s'estime compétent, l'assureur qui s'estime incompétent n'a pas l'obligation de constater son incompétence dans une décision formelle. En revanche, il doit le faire si une partie (au sens de l'art. 34 LPGA) prétend qu'il est compétent.
- 24 Si, manifestement, l'acte est parvenu à l'assureur par erreur, ce dernier n'a pas besoin de rendre une décision d'incompétence, mais doit en revanche transmettre le dossier à l'organe compétent³⁷. Si, en revanche, l'assuré s'est volontairement adressé à lui, en toute conscience, l'assureur doit statuer conformément à l'art. 35 al. 3 LPGA. Il rend alors, comme dans l'hypothèse de l'al. 2, une décision incidente (cf. N 22). Durant la procédure de l'art. 35 LPGA, l'assureur doit surseoir à transmettre le dossier à l'organe qu'il estime, lui, compétent³⁸.

Art. 36

Récusation

¹ Les personnes appelées à rendre ou à préparer des décisions sur des droits ou des obligations doivent se récuser si elles ont un intérêt personnel dans l'affaire ou si, pour d'autres raisons, elles semblent prévenues.

² Si la récusation est contestée, la décision est rendue par l'autorité de surveillance. S'il s'agit de la récusation d'un membre d'un collège, la décision est rendue par le collège en l'absence de ce membre.

31 Cf. art. 64 al. 6 LAVS et 40 al. 4 RAI en lien avec 55 al. 2 LAI.

32 TF, 26.9.2016, 9C_331/2016, c. 2.2.

33 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 35 N 15.

34 Cf. art. 45 al. 1 PA.

35 Cf. art. 52 al. 1 et 56 al. 1 LPGA.

36 Art. 92 LTF.

37 Art. 30 LPGA.

38 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 30 N 20 et art. 35 N 19.

Ausstand	<p>¹ Personen, die Entscheidungen über Rechte und Pflichten zu treffen oder vorzubereiten haben, treten in Ausstand, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten.</p> <p>² Ist der Ausstand streitig, so entscheidet die Aufsichtsbehörde. Handelt es sich um den Ausstand eines Mitgliedes eines Kollegiums, so entscheidet das Kollegium unter Ausschluss des betreffenden Mitgliedes.</p>
Ricusazione	<p>¹ Le persone che devono prendere o preparare decisioni su diritti o obblighi devono ricusarsi se hanno un interesse personale nella questione o se, per altri motivi, potrebbero avere una prevenzione.</p> <p>² Se la ricusazione è contestata, decide l'autorità di vigilanza. Se si tratta della ricusazione del membro di un collegio, decide il collegio in assenza dell'interessato.</p>

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	2
C. Objet et but de la norme	4
II. L'obligation de se récuser (al. 1)	6
A. Champ d'application personnel	7
B. Motifs de récusation	10
C. Impression de prévention	14
III. Procédure en cas de récusation (al. 2)	17
A. Invocation d'un motif de récusation	20
B. Décision incidente sur la récusation	23

Bibliographie

DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014; TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Genève/Zurich/Bâle 2011.

I. Introduction

A. Généralités

L'art. 36 LPGA intègre dans la procédure en matière d'assurances sociales une règle générale essentielle à la mise en œuvre des garanties constitutionnelles de procédure (cf. N 4). Il s'inspire ainsi logiquement de l'art. 10 PA qui circonscrit, dans le cadre de la loi générale de procédure administrative, les états de fait devant conduire à la récusation des organes de l'administration chargés de préparer et/ou de rendre une décision. Il n'en reprend cependant pas les termes exacts. Même si les libellés des deux dispositions diffèrent, l'art. 36 LPGA ne reprenant pas l'énumération détaillée des motifs de récusation, les regroupant sous la désignation de l'«intérêt personnel» ou d'«autres raisons», il est entendu que le législateur ne comptait pas adopter une solution matériellement différente dans le cadre de la procédure applicable aux assurances sociales¹.

¹ Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 256. Cf. ég. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 36 N 6.

B. Systématique

- 2 L'art. 36 LPGA figurant dans la section 2, consacrée à la «procédure en matière d'assurances sociales», n'a vocation à s'appliquer **qu'en procédure administrative interne**. La procédure contentieuse connaît, formellement, ses propres règles sur la récusation des magistrats². D'un point de vue matériel, la jurisprudence tend à se montrer plus sévère dans l'application des motifs de récusation aux autorités judiciaires qu'à l'égard des autorités administratives³.
- 3 La récusation de l'expert externe mandaté en application de l'art. 44 LPGA est régie par cette disposition qui permet, au titre de *lex specialis*, d'invoquer d'autres motifs que ceux de l'art. 36 LPGA (cf. art. 44 N 30 ss)⁴.

C. Objet et but de la norme

- 4 D'une manière générale en procédure administrative, les règles sur la récusation des membres des autorités ont pour but de mettre en œuvre les garanties constitutionnelles d'un jugement équitable par un tribunal impartial⁵. L'art. 36 LPGA s'inscrit dans ce même cadre: seule une administration impartiale mérite la confiance des administrés et garantit le bon fonctionnement de l'Etat de droit.
- 5 L'art. 36 al. 1 LPGA définit en premier lieu les raisons qui doivent conduire les destinataires de la norme (cf. N 10 ss) à se récuser. Bien que la disposition légale ne le mentionne pas expressément, la récusation peut également être requise par l'assuré si elle n'intervient pas spontanément. Dans l'hypothèse où le devoir de récusation serait contesté, l'art. 36 al. 2 LPGA prévoit dans un deuxième temps la procédure applicable. A noter toutefois que cette procédure ne s'applique que dans la mesure où la question de la récusation est soulevée avant que ne soit rendue une décision susceptible d'être attaquée par la voie judiciaire (cf. N 22).

II. L'obligation de se récuser (al. 1)

- 6 L'obligation de se récuser découlant de l'art. 36 LPGA s'adresse à un large cercle de personnes (A) et peut découler de plusieurs types de situations (B). Elle est déjà donnée lorsque l'impression de la prévention est suscitée (C).

2 Selon le droit cantonal de procédure pour les procédures devant le tribunal cantonal des assurances (cf. art. 61 LPGA), selon l'art. 34 LTF pour les procédures devant le Tribunal fédéral.

3 Cf. TF, 20.2.2014, 9C_499/2013, c. 5.2; TFA, 5.12.2006, I 478/04, c. 2.2.3; ATF 123 V 331, c. 1b. Pour une critique, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 36 N 4 s.

4 Cf. ég. à ce sujet KIESER, ATSG-Kommentar, art. 44 N 38 s.

5 Art. 29 al. 1 Cst. Cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 2022. Cf. toutefois TF, 20.2.2014, 9C_499/2013, c. 5.2 («Contrairement à l'art. 30 al. 1 Cst., l'art. 29 al. 1 Cst. n'impose pas l'indépendance et l'impartialité comme maxime d'organisation. En règle générale, les prises de positions qui s'inscrivent dans l'exercice normal des fonctions gouvernementales, administratives ou de gestion, ou dans les attributions normales de l'autorité partie à la procédure, ne permettent pas, dès lors que l'autorité s'exprime avec la réserve nécessaire, de conclure à l'apparence de la partialité et ne sauraient justifier une récusation, au risque sinon de vider de son sens la procédure administrative»).

A. Champ d'application personnel

De manière très large, l'art. 36 LPGA s'adresse aux « personnes appelées à rendre ou à préparer des décisions sur des droits ou des obligations ». Il vise ainsi toutes les personnes impliquées dans l'instruction du dossier qui **peuvent avoir une influence sur la décision à intervenir**. Il n'est en revanche pas déterminant qu'elles établissent concrètement la décision. Sont ainsi concernés au premier chef les gestionnaires de dossiers auprès des différents assureurs sociaux ainsi que leurs collaborateurs spécialisés (juristes, etc.), mais également les médecins et autres spécialistes, qu'ils appartiennent à l'organisation de l'assureur⁶ ou qu'ils fonctionnent dans un service externe⁷. En revanche, les personnes chargées de tâches auxiliaires (par exemple de secrétariat) ne sont pas concernées⁸.

L'art. 36 LPGA s'adresse aux **personnes physiques** travaillant pour le compte des assureurs sociaux. La question de savoir si un assureur social peut devoir se récuser *in corpore* pour cause de partialité a été tranchée par la négative par le Tribunal fédéral, principalement au motif que la compétence des assureurs sociaux découle de la loi, et que les règles sur la récusation ne peuvent avoir pour objectif de contourner celle-là. Tout au plus pourrait-on envisager que des motifs de récusation soient donnés à l'égard de tous les collaborateurs de l'assureur⁹.

Notre Haute Cour n'a toutefois pas totalement fermé la porte à une telle hypothèse, admettant que dans des **cas tout à fait extraordinaires** (« *ganz ausserordentliche Fälle* »)¹⁰, il était possible de considérer qu'une autorité en tant qu'entité soit prévenue et doive se récuser. Elle n'a toutefois pas, à ce jour, donné d'exemple de « cas tout à fait extraordinaire » justifiant la récusation d'un assureur social en tant qu'entité. A notre sens, cela devrait être le cas lorsque l'on doit admettre que l'ensemble des collaborateurs de l'assureur a une opinion préconçue (favorable ou défavorable) au sujet de l'assuré, en raison d'un événement ou d'un processus de nature à fausser l'analyse objective de son dossier, ou d'exposer cette dernière à l'influence de personnes qui n'en sont pas concrètement en charge. On peut envisager, à titre d'exemple, une demande de rente AI déposée par un ancien employé d'un office AI, licencié au terme d'une situation de *mobbing* impliquant pendant une longue durée un grand nombre de personnes dans l'office, ou connu d'un très grand nombre d'entre elles; on doit aussi envisager la prévention « en faveur » d'un assuré, par exemple dans l'hypothèse d'une demande de rente AI déposée par une collaboratrice de l'office unanimement appréciée, jeune mère de famille, atteinte dans sa santé psychique après le décès brutal de son conjoint.

B. Motifs de récusation

L'art. 36 al. 1 LPGA mentionne comme premier motif de récusation **l'intérêt personnel** 10 que la personne peut avoir à l'issue de la cause. La nature de cet intérêt (juridique ou de pur fait) est sans importance. L'existence d'un tel intérêt peut être facile à démontrer, par

6 Par exemple les médecins des services médicaux régionaux (SMR) dans l'assurance-invalidité (cf. art. 59 LAI; TAF, 9.9.2015, C-3926/2014, c. 6.3; ATF 135 V 254, c. 3.4.1).

7 Par exemple le médecin-conseil d'un assureur-maladie (cf. art. 57 LAMal).

8 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 36 N 9 et les références citées.

9 TFA, 30.8.2006, U 302/05, c. 4.2 et 4.6. Dans cette affaire, l'assuré était employé par une compagnie d'assurance qui était en même temps son assureur-accidents LAA. Le TF a jugé que le cumul des rôles n'était pas un motif suffisant de récusation (cf. aussi c. 4.4).

10 TF, 18.2.2013, 8C_994/2012, c. 4.2, qui se réfère à l'arrêt cité à la note précédente.

exemple dans l'hypothèse du collaborateur travaillant sur son propre dossier, ou au contraire très difficile à établir, par exemple quand il tient aux objectifs fixés au collaborateur par son employeur¹¹. Le Tribunal fédéral a jugé que le fait qu'un collaborateur soit à nouveau saisi d'un dossier après un jugement renvoyant l'affaire à l'assureur social au terme d'une procédure durant laquelle ce dernier, en tant que partie, avait critiqué la position de l'assuré, n'était pas un motif de prévention et ne justifiait pas sa récusation¹².

- 11 De manière moins détaillée que l'art. 10 PA, l'art. 36 al. 1 LPGa mentionne ensuite comme motifs de récusation les «**autres raisons**» qui donneraient l'impression d'une prévention. Ces «autres raisons» sont en premier lieu celles qui sont énumérées à l'art. 10 al. 1 PA, qui cite d'abord les liens familiaux¹³ ou un rapport de représentation¹⁴, puis, lui aussi, les autres raisons qui laissent penser que le collaborateur pourrait avoir une opinion préconçue dans l'affaire¹⁵. Le Tribunal fédéral mentionne par exemple la commission par la personne concernée d'erreurs grossières ou répétées constituant une grave violation des devoirs de sa charge. Par contre, une faute de procédure – voire une fausse application du droit matériel – ne suffit pas à elle seule pour donner une apparence de prévention¹⁶. La mauvaise volonté semble elle aussi insuffisante¹⁷.
- 12 Les **motifs tenant à l'organisation interne de l'assureur**, par exemple le fait qu'un collaborateur intervienne à plusieurs reprises dans le même dossier, ne sont pas une raison de douter de son impartialité, même si ses avis précédents ont pu être défavorables à l'assuré¹⁸. Le rapport de salariat existant entre un médecin interne à l'organisation de l'assureur social et ce dernier n'est pas non plus, à lui seul, un motif de récusation¹⁹ (sur la question de la dépendance économique de l'expert externe comme motif de récusation, cf. art. 44 N 38 s.).
- 13 Les motifs de récusation énoncés à l'art. 36 LPGa, comme ceux de l'art. 10 PA, sont des **objections** («*Einwendungen*») **au sens formel**. Ils doivent être distingués des objections au sens matériel, qui sont également dirigées contre un membre de l'autorité, mais qui ne mettent pas en cause son impartialité²⁰. Elles concernent le plus souvent ses aptitudes professionnelles. Par exemple, l'assuré peut contester la compétence d'un médecin-conseil, ou d'un médecin du SMR, pour juger de son cas compte tenu d'une spécialisation FMH qui n'est pas en rapport avec la pathologie dont il est atteint. Les objections matérielles doivent en principe être soulevées dans le cadre du recours contre la décision au fond²¹.

11 Des mesures d'instruction pourraient ainsi être refusées pour qu'une décision soit rendue rapidement pour améliorer les statistiques du collaborateur, ou le collaborateur pourrait être tenu par des quotas pour l'acceptation, respectivement le refus des prestations (cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 36 N 14).

12 TFA, 5.12.2006, I 478/2004, c. 2.2.4.1.

13 L'art. 10 al. 1 let. b PA mentionne «le conjoint ou le partenaire enregistré d'une partie ou [les personnes qui] mènent de fait une vie de couple avec elle»; la let. b^{bis} mentionne quant à elle les parents ou alliés d'une partie en ligne directe, ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale.

14 Art. 10 al. 1 let. c PA.

15 Art. 10 al. 1 let. d PA.

16 TF, 20.2.2014, 9C_499/2013, c. 5.3.

17 TFA, 5.12.2006, I 478/2004.

18 Cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 2024 s. Cf. ég. TF, 20.9.2017, 9C_447/2017, c. 4.1; ATF 132 V 93, c. 7.2.1 et 7.2.2.

19 TFA, 26.7.2002, I 19/2002, c. 3a; ATF 122 V 157, c. 1c.

20 TF, 15.1.2013, 9C_505/2012, c. 3.2; ATF 132 V 93, c. 6.5.

21 ATF 132 V 93, c. 6.5.

C. Impression de prévention

La nécessité d'une récusation pour l'un des motifs exposés précédemment (N 10 ss) est incontournable si l'on entend préserver la confiance des administrés dans la bonne marche de l'administration. En conséquence, **l'apparence de prévention suffit** pour rendre la récusation inévitable. 14

L'assuré qui se prévaut d'un motif de récusation doit démontrer que les conditions en sont remplies. Il n'a en revanche pas à établir la prévention du collaborateur de l'administration, qui est réputé prévenu du moment que les conditions d'un motif de récusation au sens de l'art. 36 al. 1 sont réalisées²². La présomption n'est pas réfragable, dans ce sens que l'administration ne peut tenter d'échapper à la récusation de son collaborateur en alléguant que les circonstances invoquées n'ont pas concrètement influencé la décision. 15

Il faut cependant souligner que **seules des circonstances constatées objectivement** doivent être prises en considération; les impressions purement individuelles d'une des personnes impliquées ne sont pas décisives²³. 16

III. Procédure en cas de récusation (al. 2)

Les motifs de récusation doivent être relevés **d'office** par l'assureur social. Si ce dernier constate que l'apparence de prévention est réalisée, il doit faire le nécessaire pour que le dossier de l'assuré soit attribué à d'autres collaborateurs. Il n'a pas l'obligation, selon nous, de rendre une décision formelle à ce sujet, mais il doit en informer l'assuré. Si ce dernier accepte la démarche de l'assureur social, la procédure au fond peut suivre son cours. 17

De son côté, l'assuré peut également invoquer un motif de récusation (A). Si l'assureur social donne suite à sa requête, l'instruction du dossier peut à notre sens également reprendre sans autres formalités²⁴. 18

Si l'assuré conteste la récusation décidée par l'assureur ou si l'assureur social refuse de donner suite à la requête de récusation formulée par l'assuré, autrement dit **en cas de désaccord entre l'assuré et l'assureur social au sujet de l'existence de motifs de récusation**, l'art. 36 al. 2 LPGA définit – ou à tout le moins laisse entrevoir – la procédure applicable lorsque ce désaccord est connu avant la notification de la décision mettant un terme à l'instruction du dossier (B). 19

A. Invocation d'un motif de récusation

Conformément au principe de la bonne foi²⁵, l'assuré qui estime qu'il existe un motif de récusation au sens de l'art. 36 al. 1 LPGA et qui entend s'en prévaloir doit le faire le plus rapidement possible, soit **dès qu'il en a eu connaissance**²⁶. Cela suppose que l'identité 20

22 TAF, 9.9.2015, C-3926/2014, c. 6.6.

23 TF, 17.9.2014, 9C_605/2014, c. 2.3 (le collaborateur de l'office AI qui ne transmet pas un rapport médical à l'expert, tout en sachant que le mandataire de l'assuré l'a fait de son côté, ne donne pas objectivement l'apparence d'être prévenu). Cf. ég. TF, 20.2.2014, 9C_499/2013, c. 5.1.

24 Cf. art. 49 al. 1 et 51 al. 1 LPGA.

25 ATF 126 I 203, c. 1b.

26 ATF 132 V 93, c. 6.2; cf. ég. TF, 22.11.2017, 9C_555/2017, c. 3.4.

des personnes qui interviennent dans son dossier lui soit connue. En principe, l'identité de la personne qui gère son dossier auprès de l'assureur social lui sera communiquée très rapidement, soit expressément, soit par la mention de son nom sur les correspondances qui lui sont adressées. Au plus tard, elle doit lui être communiquée au moment de la décision. L'identité de certains intervenants lui sera parfois communiquée au fur et à mesure du dossier, notamment si l'assuré doit se soumettre à un examen médical; il connaîtra alors l'identité du médecin auprès duquel il doit se rendre.

- 21 Dans les dossiers plus complexes, l'identité de certains intervenants n'est pas communiquée à l'assuré, qui n'a parfois même pas connaissance de la démarche effectuée par tel ou tel collaborateur de l'assureur. Ainsi, dans les dossiers en matière d'assurance-invalidité, il n'est pas rare que l'on demande l'avis d'un juriste ou d'un médecin, dont l'identité n'est pas communiquée à l'assuré. Ce n'est qu'en consultant son dossier que l'assuré peut connaître l'identité des intervenants, démarche qu'il serait avisé d'entreprendre au plus tard au moment où la décision lui est notifiée.
- 22 Si l'assureur social, en communiquant à l'assuré l'identité d'un intervenant, lui impartit un **délai** pour faire valoir ses motifs de récusation, il ne peut s'agir que d'un délai d'ordre²⁷. En effet, ni l'art. 36 LPGA, ni l'art. 10 PA ne prévoient de délai pour invoquer un motif de récusation, en dehors du cadre défini par la bonne foi.

B. Décision incidente sur la récusation

- 23 En cas de désaccord entre l'assureur social et l'assuré quant à l'existence d'un motif de récusation, ce dernier, **s'il n'est connu et invoqué qu'au moment de la décision au fond**, doit être soulevé dans le cadre de l'opposition, selon les règles et auprès de l'autorité habituelles²⁸. Dans le cadre d'une procédure en matière d'assurance-invalidité, la décision ne peut faire l'objet d'une opposition et doit être attaquée par la voie du recours au tribunal cantonal des assurances (art. 69 al. 1 let. a LAI). Un préavis doit toutefois être notifié au préalable à l'assuré (art. 57a LAI), pour lui révéler la teneur et les motifs de la décision à intervenir, et lui permettre de s'exprimer à ce sujet. A notre avis, l'assuré doit mentionner les motifs de récusation dont il a connaissance dans le délai dont il dispose à cet effet. Par économie de procédure, l'office AI doit alors pouvoir répondre à ces arguments dans la décision, et ne doit pas initier la procédure de l'art. 36 al. 2 LPGA.
- 24 En revanche, **si le motif de récusation est révélé alors que le dossier est encore en cours d'instruction**, l'art. 36 al. 2 LPGA ouvre la possibilité d'une procédure incidente devant l'autorité de surveillance²⁹, respectivement par le collège siégeant sans celui de ses membres qui est concerné par le motif de récusation³⁰.
- 25 A part désigner l'autorité compétente, l'art. 36 al. 2 LPGA ne donne aucune information sur les règles applicables à la procédure de récusation. A notre sens, les règles de la PA ne sont pas applicables ici, dès lors qu'elles prévoient un «recours» contre la décision incidente³¹.

²⁷ ATF 112 V 206, c. 2a.

²⁸ Art. 52 LPGA.

²⁹ Il faut entendre par là le supérieur hiérarchique de la personne visée par la requête de récusation, et non l'autorité de surveillance au sens de l'art. 76 LPGA (cf. TAF, 9.9.2015, C-3926/2014, c. 6.8; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 36 N 27).

³⁰ En matière d'assurances sociales, il n'existe pratiquement pas d'autorités collégiales (cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 36 N 25).

³¹ Cf. art. 45 PA.

L'art. 36 al. 2 LPGa indique bien que la décision doit être rendue par l'autorité indiquée. Cette autorité peut donc, selon nous, être saisie **sans forme particulière**, soit par l'assureur, soit par l'assuré directement. Ce dernier peut aussi requérir de l'assureur social qu'il transmette le dossier à l'autorité compétente pour qu'elle tranche la question de la récusation.

L'autorité de surveillance, respectivement le collège qui doit se prononcer sur la demande de récusation à l'égard de l'un de ses membres, doit rendre rapidement une décision formelle, et ne peut en aucun cas attendre qu'une décision au fond ne soit rendue³². Sa décision peut ensuite, cas échéant, directement être attaquée devant le tribunal cantonal des assurances³³, puis devant le Tribunal fédéral³⁴.

26

Art. 37

Représentation et assistance

¹ Une partie peut, en tout temps, se faire représenter, à moins qu'elle ne doive agir personnellement, ou se faire assister, pour autant que l'urgence d'une enquête ne l'exclue pas.

² L'assureur peut exiger du mandataire qu'il justifie ses pouvoirs par une procuration écrite.

³ Tant que la partie ne révoque pas la procuration, l'assureur adresse ses communications au mandataire.

⁴ Lorsque les circonstances l'exigent, l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur.

Vertretung und Verbeiständung

¹ Die Partei kann sich, wenn sie nicht persönlich zu handeln hat, jederzeit vertreten oder, soweit die Dringlichkeit einer Untersuchung es nicht ausschliesst, verbeiständen lassen.

² Der Versicherungsträger kann die Vertretung auffordern, sich durch schriftliche Vollmacht auszuweisen.

³ Solange die Partei die Vollmacht nicht widerruft, macht der Versicherungsträger seine Mitteilungen an die Vertretung.

⁴ Wo die Verhältnisse es erfordern, wird der gesuchstellenden Person ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt.

Rappresentanza e patrocinio

¹ La parte può farsi rappresentare, se non deve agire personalmente, o farsi patrocinare nella misura in cui l'urgenza di un'inchiesta non lo escluda.

² L'assicuratore può esigere che il rappresentante giustifichi i suoi poteri con una procura scritta.

³ Finché la parte non revochi la procura l'assicuratore comunica con il rappresentante.

⁴ Se le circostanze lo esigono, il richiedente può beneficiare di patrocinio gratuito.

³² ATF 132 V 93, c. 6.2.

³³ Cf. art. 52 al. 1 LPGa.

³⁴ Cf. art. 92 al. 1 LTF.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	2
C. Objet et but de la norme	4
D. Renvoi à l'ordonnance	7
II. Représentation et assistance	8
A. Notions	9
B. Assistance	11
C. Représentation	16
III. Assistance gratuite d'un conseil juridique	29
A. Conditions matérielles	31
B. Conditions formelles	40
C. Rémunération du conseil d'office	45

Bibliographie

DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Bâle 2014; DUPONT ANNE-SYLVE, *Le droit de réplique en assurances sociales*, in Bohnet (éd.), *Le droit de réplique*, Neuchâtel 2014, 83 ss (cité: Réplique); TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2011.

I. Introduction**A. Généralités**

- 1 Le droit, pour une personne, de se faire représenter et/ou assister dans le cadre d'une procédure administrative la concernant découle directement des garanties constitutionnelles de procédure, plus précisément du droit d'être entendu consacré par l'art. 29 al. 2 Cst.¹. Il en va de même désormais pour le droit de bénéficier de l'assistance judiciaire gratuite², droit qui a longtemps été refusé au stade de la procédure administrative interne, au motif que les autorités administratives appliquent le droit d'office tout en étant tenues à l'objectivité et en n'ayant pas d'intérêt propre à l'issue de l'affaire³. Les lois de procédure administrative consacrent désormais expressément ce droit, à des conditions diverses (cf. N 31 ss). En matière d'assurances sociales, les conditions d'octroi de l'assistance judiciaire sont notablement plus restrictives que pour les autres domaines de la procédure administrative.

B. Systématique

- 2 Figurant dans une section de la loi consacrée à la «procédure en matière d'assurances sociales», l'art. 37 LPGa n'a vocation à s'appliquer qu'à la **procédure administrative interne**. Dans le cadre de la procédure contentieuse, la question de la représentation et de l'assistance des parties, en particulier la question de l'assistance judiciaire gratuite, est

1 Cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 2029.

2 Cf. art. 29 al. 3 Cst. TAF, 7.4.2016, C-5632/2015, c. 3.4.

3 Cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 2031.

réglée, quant au principe, par l'art. 61 let. f LPGA et, quant aux modalités concrètes, par les lois cantonales de procédure (cf. art. 61 N 82 ss).

L'art. 37 LPGA ne connaît **pas de dérogation dans les lois spéciales**; il s'applique donc 3
quelle que soit la branche d'assurance concernée⁴.

C. Objet et but de la norme

L'art. 37 LPGA a pour but de transposer en matière d'assurances sociales les règles générales prévalant en procédure administrative au sujet, d'une part, de la représentation et de l'assistance des parties⁵, et, d'autre part, du droit au bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite⁶. 4

Il a pour objet, dans un premier temps, de rappeler que la représentation et l'assistance 5
sont en principe possibles, sous réserve de conditions particulières (cf. N 8 ss). Il règle ensuite deux points formels en lien avec l'existence d'un cas de représentation ou d'assistance, à savoir la forme de la communication des pouvoirs de représentation à l'assureur (al. 2) et le lieu de la notification des communications de ce dernier (al. 3).

Il a finalement pour objet de prévoir les conditions auxquelles l'assistance judiciaire gratuite 6
peut être accordée à l'assuré pour la procédure administrative interne. Ces conditions sont volontairement⁷ plus restrictives que celles qui s'appliquent en procédure administrative ordinaire⁸ (cf. N 29 ss).

D. Renvoi à l'ordonnance

L'OPGA précise les conditions de la rémunération du conseil à l'assistance judiciaire⁹ 7
(cf. N 45 s.).

II. Représentation et assistance

Si la loi distingue représentation et assistance, il n'en va pas toujours ainsi dans la littérature, 8
les auteurs employant régulièrement ces deux termes comme des synonymes¹⁰. Il convient donc tout d'abord de préciser le sens que le législateur attribue à chacune de ces notions (A), avant d'en définir les contours respectifs (B et C).

A. Notions

La **représentation** («*Vertretung*») vise les états de fait dans lesquels l'assuré n'agit pas 9
par lui-même, mais par l'intermédiaire d'une tierce personne. Il faut comprendre de la formulation de l'art. 37 LPGA («une partie peut [...] se faire représenter») que cette dis-

4 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 50.

5 Cf. art. 11 PA.

6 Cf. art. 65 PA.

7 Cf. BO CE 2000 181.

8 Cf. art. 65 al. 1 PA. En procédure administrative ordinaire, l'octroi de l'assistance judiciaire est subordonné à la double condition de l'indigence de l'administré et à l'existence de chances de succès (cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 2030 ss). Dans le même sens, voir aussi les art. 18 al. 1 LPA-VD (RS-VD 173.36), art. 142 al. 1 et 2 CPJA-FR (RS-FR 150.1), art. 10 LPA-GE (RS-GE E 5 10).

9 Cf. art. 37 al. 4 LPGA.

10 Il en va de même en langue allemande (cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 2).

position ne vise que les cas de représentation volontaire, à l'exclusion des circonstances justifiant de par la loi la représentation de l'assuré (par exemple un enfant par ses parents).

- 10 L'**assistance** («*Verbeiständung*») désigne en revanche des situations dans lesquelles l'assuré accomplit lui-même les actes nécessaires à l'instruction de son dossier, mais en la présence d'un tiers, dont l'intervention n'est pas formalisée. L'assuré peut souhaiter être assisté dans un but de conseil, mais aussi dans un souci de réconfort face à une démarche qu'il ne se sent pas la force d'affronter seul.

B. Assistance

- 11 En matière d'assurances sociales, la question de l'assistance de l'assuré est discutée **lorsqu'une mesure d'instruction porte sur la personne de l'assuré**. La loi prévoit, dans de telles situations, le droit d'être assisté, à moins que l'urgence de la mesure ne l'exclue.
- 12 En pratique, la jurisprudence **nie le droit d'être assisté** lors de ces mesures d'instruction, peu nombreuses en matière d'assurances sociales, et ceci même en dehors de toute situation d'urgence.
- 13 Le Tribunal fédéral a ainsi nié le droit de l'assuré à être assisté de son avocat **lors d'une expertise médicale externe** au sens de l'art. 44 LPG. Il a estimé que le bon déroulement de l'expertise supposait une interaction entre l'assuré et l'expert, dans le but de permettre une évaluation la plus objective possible, sans influences extérieures¹¹. Le Tribunal fédéral a également exclu, dans l'hypothèse d'une expertise médicale, l'assistance par un proche, en l'espèce par le concubin¹². Il a néanmoins admis que l'expert devait avoir la marge de manœuvre nécessaire pour décider lui-même si, compte tenu des circonstances du cas, il était souhaitable, respectivement nécessaire, de s'adjoindre le concours d'un tiers, par exemple un membre de la famille, dans le cadre de l'hétéro-anamnèse¹³.
- 14 Un droit à la présence d'un tiers durant une **enquête ménagère diligentée par l'assurance-invalidité** a également été nié par le Tribunal fédéral, sur la base d'un raisonnement similaire à celui qu'il a adopté en matière d'expertises médicales¹⁴. L'analogie devrait à notre sens permettre au collaborateur qui se rend au domicile de l'assuré de décider si son enquête peut être complétée par les renseignements donnés par des tiers. En pratique, il est fréquent que l'enquête ménagère ait lieu en présence d'un membre de la famille, en particulier lorsque l'assuré ne parle pas bien la langue officielle de son canton de domicile.
- 15 La restriction par la jurisprudence du droit à se faire assister, alliée à la faible occurrence de l'urgence dans les procédures en matière d'assurances sociales, rendent **l'exception de l'«enquête urgente»** pour ainsi dire sans objet. Sa mention à l'art. 37 al. 1 LPG s'inspirant de l'art. 11 al. 1 PA, c'est à la lumière des principes développés au sujet de cette seconde disposition qu'il conviendra cas échéant d'interpréter la première. L'ur-

11 ATF 132 V 443, c. 3.5. Pour une critique, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 15.

12 TFA, 26.6.2007, I 42/06, c. 4.5.

13 TFA, 26.6.2007, I 42/06, c. 4.5. L'anamnèse représente l'ensemble des renseignements recueillis par le médecin sur l'histoire de la maladie du patient. L'auto-anamnèse s'obtient en interrogeant le patient directement, l'hétéro-anamnèse en interrogeant des tiers (famille, proches, etc.).

14 TF, 29.9.2014, 8C_504/2014, c. 5.2.2; TF, 9.7.2013, 9C_48/2013, c. 4.2. Cf. ég. TAF, 12.2.2015, C-4224/2014, c. 4.

gence doit ainsi avoir une dimension temporelle et impliquer que la même mesure d'instruction ne puisse plus être exécutée, ou à tout le moins pas dans les mêmes conditions¹⁵.

C. Représentation

1. Généralités

L'art. 37 al. 1 à 3 LPGA rappelle, dans le cadre de la procédure en matière d'assurances sociales, le principe du droit à la représentation consacré, en procédure administrative générale, par l'art. 11 PA. Comme mentionné plus haut (N 9), il n'est question ici que de **représentation volontaire**, à l'exclusion de représentation légale. Il n'est pas non plus question, à ce stade, de la représentation dans le cadre de l'assistance judiciaire gratuite (N 29 ss). Le rapport de représentation résulte d'un acte juridique liant le représenté et le représentant et relevant du droit privé (le plus souvent, un contrat de mandat¹⁶). 16

L'art. 37 LPGA, pas plus d'ailleurs que l'art. 11 PA, **ne soumet l'assuré à l'obligation d'être représenté**. Le principe de simplicité de la procédure administrative¹⁷ s'oppose d'ailleurs à ce que l'assuré soit contraint de désigner un représentant si lui-même ne le souhaite pas. En théorie, l'autorité administrative – en l'espèce l'assureur social – est habilitée à attribuer un représentant à l'assuré si elle constate que ce dernier n'est pas en mesure de comprendre la portée de la procédure ou de défendre ses intérêts correctement¹⁸. En pratique, compte tenu de la réticence des tribunaux à admettre la nécessité d'une représentation en procédure administrative interne (cf. N 31 ss), cela ne se produit pour ainsi dire jamais. 17

Si l'assuré fait le choix d'être représenté, il n'est **pas obligé de mandater un avocat**¹⁹. En pratique, il est fréquent que la représentation, en tout cas au stade des premières démarches, soit le fait du médecin traitant, d'une fiduciaire, des services sociaux ou encore d'une association d'aide aux personnes handicapées²⁰. Contrairement à ce qui prévaut devant les autorités judiciaires, la représentation devant l'assureur social pour la procédure administrative non contentieuse ne requiert pas de qualifications particulières²¹. 18

La représentation est exclue lorsque par nature, l'acte à effectuer ou la mesure à prendre nécessite le concours immédiat de la personne assurée. On pense, dans le contexte des assurances sociales, en premier lieu aux mesures médicales (examen clinique, expertise externe), aux mesures d'ordre professionnel (reclassement, mesure d'observation, mesure relative au marché du travail). L'interdiction de la représentation doit respecter le principe de proportionnalité, ce qui n'est pas le cas lorsque la représentation est exclue au stade de la demande de prestations²². 19

2. Justification des pouvoirs

L'art. 37 al. 2 LPGA permet à l'assureur social d'exiger du mandataire qu'il justifie ses pouvoirs en produisant une procuration écrite. Cette disposition est le pendant, en ma- 20

15 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 16 s.

16 Cf. art. 394 ss CO.

17 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 7 s.; DUBÉY/ZUFFEREY, N 2029.

18 Par analogie avec l'art. 41 LTF. Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 8.

19 Dans le cadre de l'assistance judiciaire en revanche, cf. N 32.

20 Cf. ég. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 7.

21 DUBÉY/ZUFFEREY, N 1212.

22 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 9.

rière d'assurances sociales, de l'art. 11 al. 2 PA. Il faut déduire de sa formulation potestative que **l'existence d'une procuration écrite n'est pas une condition de validité des actes du représentant**. Le rapport de représentation peut ainsi être le fait de pouvoirs conférés par oral, ou par actes concluants²³.

- 21 En pratique, les assureurs sociaux exigent en principe tous une procuration²⁴, dans tous les cas lorsque le représentant de l'assuré demande à consulter son dossier. Si le dossier contient des informations d'ordre médical, l'assureur social exige en principe la mention expresse, sur la procuration directement ou dans un document séparé, de la **libération du secret médical** à l'égard du représentant.
- 22 Le principe de l'interdiction du formalisme excessif interdit à l'assureur social de considérer comme non avenu l'acte du représentant qui n'est pas couvert par une procuration écrite²⁵. Il doit au contraire lui **fixer un délai** pour compléter son acte en produisant la procuration demandée.

3. Effets de la représentation

- 23 **Sur le plan matériel**, la représentation a pour effet que les actes accomplis par le représentant déploient leurs effets «dans le chef de l'[assuré]-représenté, comme si ce dernier avait agi lui-même»²⁶.
- 24 **Sur le plan formel**, l'art. 37 al. 3 LPGa, tout comme l'art. 11 al. 3 PA, prescrit à l'assureur social d'adresser ses communications aux mandataires. Cette disposition sert ainsi la sécurité du droit, en supprimant les doutes quant à l'identité de la personne à laquelle il convient de notifier les actes²⁷.
- 25 Le terme «communications» doit être interprété de manière large: il faut à notre sens comprendre qu'il inclut **toutes les correspondances intervenant dans le cadre du dossier**, quelle que soit leur portée juridique pour l'assuré. Il s'agit ainsi en tout cas des décisions (art. 49 LPGa) et décisions sur opposition (art. 52 al. 2 LPGa), mais aussi des communications adressées dans le cadre d'une procédure simplifiée (art. 51 LPGa). Il s'agit également des mises en demeure²⁸ ou de tout autre avertissement, ou encore de convocations pour des entretiens ou d'autres mesures d'instruction.
- 26 L'art. 37 al. 3 LPGa n'exclut pas que la personne assurée reçoive également les communications de l'assureur social. En revanche, il ne peut à notre sens s'agir que de **copies**, les originaux devant être destinés au représentant, tant que la révocation de la procuration n'a pas été communiquée.
- 27 **La violation, par l'assureur social, de l'art. 37 al. 3 LPGa** n'a pas pour effet de rendre sa communication nulle et non avenue. En revanche, l'assuré peut de bonne foi admettre que son représentant a également reçu l'envoi de l'assureur, de sorte qu'il ne peut subir aucun préjudice lorsque celui-ci avait pour effet de faire courir un délai. Ainsi, la notification d'une décision à l'assuré directement, et non à son représentant, empêche l'écou-

23 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 18.

24 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 20.

25 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 21; DUBEY/ZUFFEREY, N 2011.

26 Cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 1214.

27 Cf. TF, 8.8.2016, 9C_815/2015, c. 5.

28 Cf. p.ex. art. 21 al. 4 LPGa.

lement du délai de recours, seule la notification au représentant étant déterminante à cet égard²⁹.

Le Tribunal fédéral se montre réticent à admettre la nullité d'une **mesure d'instruction d'ores et déjà prise, malgré la violation de l'art. 37 al. 3 LPGA**. Ainsi, il a confirmé la validité d'une expertise médicale réalisée par un COMAI sans que le nom des experts n'ait été communiqué au préalable au conseil de l'assuré, seul ce dernier en ayant eu connaissance avant l'expertise. Le Tribunal fédéral a jugé que le vice ne préteritait pas l'assuré, qui à aucun moment par la suite n'avait soulevé de motifs de récusation à l'égard des experts, ni fait valoir tout autre préjudice³⁰. 28

III. Assistance gratuite d'un conseil juridique

Le droit à l'assistance judiciaire comprend traditionnellement deux aspects: d'une part, la gratuité de la procédure, d'autre part le droit à l'assistance gratuite d'un mandataire professionnel³¹. En matière d'assurances sociales, la procédure administrative interne est nécessairement gratuite, de sorte que le premier aspect n'est pas déterminant. En revanche, le droit à l'assistance d'un mandataire professionnel fait l'objet d'une abondante jurisprudence (cf. N 33 s.). 29

D'un point de vue matériel, ce droit est subordonné à des conditions restrictives (A). D'un point de vue formel en revanche, le régime de l'art. 37 al. 4 LPGA ne s'écarte pas particulièrement des règles générales applicables à toute procédure administrative (B). La rémunération du conseil d'office fait encore aujourd'hui l'objet de discussions (C). En revanche, il est établi désormais que l'art. 37 al. 4 LPGA a vocation à s'appliquer durant toute la phase interne de la procédure, et non seulement depuis le moment où une décision formelle a été rendue³². 30

A. Conditions matérielles

1. Des circonstances particulières

L'octroi de l'assistance gratuite d'un mandataire professionnel pour la procédure administrative interne est tout d'abord subordonné à la condition que **«les circonstances l'exigent»** (art. 37 al. 4 LPGA). Cette première condition est circonscrite de manière plus restrictive que dans la garantie constitutionnelle³³, reprise par la loi fédérale sur la procédure administrative³⁴, qui reconnaissent toutes deux à l'administré le droit à l'assistance gratuite d'un défenseur³⁵ «si la sauvegarde de ses droits le requiert». En matière d'assurances sociales, l'assistance d'un conseil professionnel est également réglée plus généreusement au stade de la procédure judiciaire. Il suffit alors que «les circonstances le justifient»³⁶, formulation interprétée dans le même sens que la norme constitutionnelle, de sorte que le fait que la procédure judiciaire ne paraisse pas manifestement vouée 31

29 Cf. TF, 7.10.2016, 9C_18/2016, c. 5.3.1; TF, 10.9.2014, 9C_387/2014, c. 3.2.

30 TF, 29.10.2014, 9C_49/2014, c. 2.1.

31 Cf. TANQUEREL, N. 1581; DUBEY/ZUFFEREY, N 2031 s.

32 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 31 s.

33 Art. 29 al. 3 Cst.

34 Cf. art. 65 al. 2 PA.

35 L'art. 65 al. 2 PA parle de l'attribution d'un avocat.

36 Cf. art. 61 let. f LPGA.

à l'échec est suffisant³⁷. Cette restriction trouve son origine dans la jurisprudence rendue par les tribunaux avant l'entrée en vigueur de la LPGA³⁸, volontairement reprise dans la loi³⁹.

- 32 Conservant la même logique, le Tribunal fédéral a concrétisé l'art. 37 al. 4 LPGA de telle sorte que l'octroi de l'assistance gratuite d'un conseil juridique n'est envisagé que lorsque **l'assistance d'un mandataire professionnel est objectivement nécessaire**. L'existence d'une telle nécessité doit à son tour être jugée restrictivement: une représentation professionnelle n'est nécessaire que dans des cas exceptionnels, soulevant des questions de fait et de droit difficiles, pour lesquels une représentation par une association, un curateur ou un autre spécialiste n'entre pas en ligne de compte⁴⁰. Les capacités (notamment linguistiques) de l'assuré à comprendre la procédure doivent également être prises en considération⁴¹. Le seul fait qu'une décision formelle a été rendue, contre laquelle l'assuré a la possibilité de faire opposition, ne suffit pas pour justifier en soi le bénéfice d'un conseil gratuit⁴².
- 33 Le droit à l'assistance gratuite d'un conseil a par exemple été admis sous l'angle des circonstances particulières:
- dans le cas d'un assuré présentant des troubles psychotiques-schizophrènes, sans connaissances particulières lui permettant d'apprécier l'impact de la suppression de son droit à une rente AI, le tout dans le contexte d'une instruction pénale parallèle⁴³;
 - dans le cas d'un assuré dont l'évaluation de l'incapacité de travail faisait l'objet de plusieurs expertises, toutes discordantes les unes par rapport aux autres s'agissant du taux de l'incapacité, l'évaluation de cette dernière posant par ailleurs d'importantes questions juridiques. En l'espèce, l'assuré n'avait pas demandé l'assistance judiciaire pour toute la procédure, mais uniquement au stade du préavis⁴⁴;
 - lorsque la cause est renvoyée à l'office AI pour nouvelle appréciation complète de l'état de santé de l'assuré et pour réexamen de la comparaison des revenus, avec éventuelle mise en parallèle des revenus, en présence d'un assuré ne parlant pas la langue de la procédure, déjà assisté par un avocat pour la procédure ayant abouti au renvoi de la cause⁴⁵;

37 Cf. DUPONT, Réplique, N 89. Cf. ég. art. 61 N 88.

38 Cette jurisprudence est relatée par KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 28 ss. Cf. en particulier ATF 125 V 32, c. 2.

39 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 27. Cf. ég. Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4241 s. et BO CE 2000 181.

40 Cf. TF, 3.3.2017, 8C_760/2016, c. 3.2. Cf. ég. TF, 14.6.2017, 9C_680/2016, c. 4.4: dans cette affaire, un conflit d'intérêts empêchait l'assuré, dans le cadre d'un litige concernant les prestations complémentaires, d'obtenir de l'aide de la part des organes de l'aide sociale, ces dernières étant les mêmes que l'organe PC.

41 Cf. TF, 11.6.2013, 8C_29/2013, c. 5.2.1 et les références citées; cf. ég. DUPONT, Réplique, N 91.

42 TF, 18.5.2009, 9C_991/2008, c. 4.4.1; TFA, 8.11.2006, I 746/06, c. 3.3.1. Critique, KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 39.

43 TAF, 7.4.2016, C-5632/2015, c. 3.5-3.7. Dans cette affaire, le fait que l'assuré avait déjà été représenté dans une première procédure par un avocat ayant une bonne connaissance du dossier et des antécédents de l'assuré a également influencé la décision. Pour un autre exemple de situation compliquée concernant une assurée présentant des difficultés psychologiques et psychosociales, cf. TF, 20.11.2015, 9C_898/2014, c. 4.3-4.4.

44 TAF, 28.9.2015, C-5889/2012, c. 3.3.

45 TF, 28.1.2015, 8C_572/2014, c. 5.2.1 et 5.2.2.

- lorsque la cause est renvoyée à l'office AI pour mise en œuvre d'une expertise psychiatrique dans le cadre de laquelle les droits de participation doivent être garantis, le tout dans un contexte procédural et médical très complexe⁴⁶;
- après l'entrée en vigueur du premier volet de la 6^e révision de l'AI, pour les révisions sous l'angle de la lettre a de la disposition finale, dans la mesure où il n'existait pas encore de jurisprudence établie au sujet de l'application de cette disposition. Le contexte des troubles psychosomatiques, en particulier l'application des critères de Foerster implique en règle générale des complexes de fait qui justifient le recours à l'assistance d'un conseil professionnel⁴⁷;
- pour le recalcul du droit aux prestations complémentaires d'un ressortissant étranger, domicilié en Suisse, rentier AI, dont la fille mineure venait de prendre domicile chez lui. Le cas impliquait également d'autres assurances sociales et des éléments de droit étranger⁴⁸;
- en matière de prestations complémentaires également, lorsqu'il faut vérifier, en présence du refus d'entrer en matière par l'assureur social, que la procédure de mise en demeure conformément à l'art. 21 al. 4 LPGa a été correctement appliquée et qu'il faut juger de la licéité d'un changement de domicile au sein du canton, en lien avec un recalcul du droit aux prestations, ni la loi, ni la jurisprudence n'apportant de réponse claire à cette question⁴⁹;
- en matière d'assurance-chômage, lorsque la caisse de chômage n'a pas instruit le dossier, les pièces produites par l'avocat et les mesures d'instruction requises par lui ayant conduit à la reconnaissance du droit aux prestations de l'assuré⁵⁰;
- dans le cadre d'une demande de restitution de prestations complémentaires versées à tort, l'état de fait étant complexe, ce que démontrait déjà le fait que la commune avait dû s'adjoindre les services d'un expert externe pour traiter le cas, et le dossier étant par ailleurs incomplet, ce qui rendait les conséquences difficiles à évaluer pour l'assuré⁵¹.

Il a en revanche notamment été nié:

- pour la simple appréciation d'éléments médicaux⁵², y compris lorsqu'il s'agit de discuter une expertise médicale⁵³, même dans le cadre de troubles somatoformes douloureux⁵⁴;
- malgré l'absence de maîtrise, par l'assuré, de la langue de la procédure (l'aide pouvant, dans ce cas, être apportée par un assistant social)⁵⁵. Cas échéant, il incombe à l'assuré de mettre en œuvre les efforts nécessaires pour trouver des soutiens efficaces dans son réseau avant de faire appel à un avocat⁵⁶;

34

46 TF, 7.4.2017, 8C_669/2016, c. 3.3.

47 TF, 16.12.2013, 9C_692/2013, c. 4.2.

48 TF, 9.2.2016, 9C_492/2015, c. 8. En revanche, un simple calcul du droit à la prestation complémentaire annuelle ne suffit pas pour fonder le droit à un conseil juridique gratuit (cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 40 et la référence citée).

49 TF, 3.7.2015, 9C_52/2015, c. 4.2.1.

50 TF, 10.4.2015, 8C_48/2015, c. 4.1. Dans cette affaire, le TF a par ailleurs retenu que l'assuré n'avait pas les connaissances nécessaires pour se défendre seul (c. 4.2), et que son comptable n'était pas assimilable à un organisme d'intérêt public, dès lors que l'on ne pouvait attendre de lui qu'il travaille gratuitement (c. 4.3).

51 TF, 14.6.2017, 9C_680/2016, c. 4.4.

52 TF, 3.3.2017, 8C_760/2016, c. 3.3; TF, 13.9.2016, 8C_468/2016, c. 3.1; TF, 23.2.2016, 8C_931/2015, c. 5.2.

53 TF, 14.12.2017, 9C_436/2017, c. 3.5.

54 TF, 7.7.2016, 8C_676/2015, c. 7.2 (non publié à l'ATF 142 V 342).

55 TF, 13.9.2016, 8C_468/2016, c. 3.2.

56 TF, 3.2.2016, 8C_911/2015, c. 4.4.

- lorsque le litige porte sur l'évaluation du revenu d'invalidé, le mode de vie particulier de l'assuré, en l'espèce l'appartenance à la communauté des gens du voyage, n'y changeant rien⁵⁷;
- lorsque le litige porte sur le statut de l'assuré, y compris lorsque celui-ci conduit à l'application de la méthode mixte⁵⁸;
- avant la désignation des experts chargés de l'évaluation médicale, l'assuré invoquant la simple possibilité (théorique) d'un choix défavorable⁵⁹;
- malgré le fait qu'un rapport d'expertise de 57 pages devait être analysé, l'assuré n'ayant pas démontré qu'il avait au préalable tenté d'obtenir un conseil professionnel payé par les services sociaux, ou fourni par une autre institution⁶⁰.

2. Des ressources insuffisantes

- 35 Bien que l'art. 37 al. 4 LPGA ne le mentionne pas expressément, l'octroi de l'assistance judiciaire en procédure administrative interne est ensuite subordonné à l'insuffisance des ressources de l'assuré. Cette condition est analysée de la même manière que pour l'octroi d'un défenseur d'office dans le cadre d'une procédure judiciaire⁶¹ (cf. art. 61 N 84 ss). Il faut ainsi que l'assuré n'ait pas les moyens d'assumer les coûts d'un défenseur et de couvrir ses besoins essentiels, respectivement ceux de sa famille⁶². Pour déterminer si cette condition est remplie, il y a lieu de tenir compte de tous les éléments du revenu, y compris les revenus des membres de la famille⁶³, et de la fortune.

3. Des perspectives de succès

- 36 Selon le Tribunal fédéral⁶⁴ et certains auteurs⁶⁵, l'assistance gratuite d'un mandataire professionnel est également subordonnée à la condition que **la procédure ne paraisse pas manifestement vouée à l'échec**. Le Tribunal fédéral indique ainsi que le point de savoir si la cause présente dans le cas particulier des chances de succès suffisantes se détermine d'après les circonstances prévalant au moment où la requête d'assistance judiciaire est déposée, notamment sur la base des pièces versées jusqu'alors au dossier. Les éléments qui n'apparaissent qu'après le dépôt de la requête, mais qui indiquent que la requête était à l'époque fondée (ou infondée), doivent cependant être pris en considération au moment de statuer sur la requête. La procédure n'est pas manifestement vouée à l'échec lorsque les chances de succès et les risques de perte s'équilibrent. Il convient de se référer à ce que ferait l'assuré s'il devait assumer lui-même les coûts de sa défense⁶⁶.
- 37 Dès lors qu'un tel droit peut être octroyé dès le début de la procédure administrative interne, donc dès le dépôt d'une demande de prestations (cf. N 40), **cette position nous**

57 TF, 23.2.2016, 8C_931/2015, c. 5.2-5.3.

58 TF, 12.2.2016, 8C_633/2015, c. 6.

59 TF, 6.1.2016, 8C_246/2015, c. 3.2.1.

60 TF, 3.2.2017, 8C_835/2016, c. 6.5.

61 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 37 et 41. Cf. ég. TAF, 3.11.2016, C-4032/2014, c. 4.1.1.

62 Cf. TF, 10.7.2017, 9C_423/2017, c. 3.3 (détermination du coût de la vie lorsque l'assuré vit à l'étranger).

63 TF, 17.1.2017, 9C_659/2016, c. 4.2 et 5.3 (prise en compte des revenus d'un enfant majeur sous forme d'une participation aux frais de logement).

64 TF, 16.11.2016, 8C_636/2016, c. 8; ATF 140 V 521, c. 9.1.

65 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 37.

66 ATF 140 V 521, c. 9.1 et 9.2.

paraît discutable. Déterminer, à l'ouverture d'un dossier par un assureur social, s'il existe des chances suffisantes que l'assuré obtienne des prestations pour justifier l'octroi d'un défenseur d'office semble à première vue impossible. C'est d'autant plus vrai lorsque l'instruction du dossier implique des mesures dont le résultat ne peut être apprécié de manière anticipée par un juriste (par exemple une expertise médicale).

En procédure administrative interne, la nécessité d'une représentation professionnelle trouve avant tout sa raison d'être dans l'inégalité des forces en présence, pour garantir une instruction du dossier respectueuse des droits de l'assuré⁶⁷. Si, véritablement, il faut conserver dans l'analyse du droit à la représentation gratuite la condition de perspectives de succès suffisantes, alors elle doit être interprétée, dans ce contexte bien précis, de telle sorte que seules les demandes de prestations manifestement abusives ou fantaisistes sont dépourvues de chances de succès. 38

Un compromis entre la position du Tribunal fédéral et l'opinion défendue ici serait d'analyser la condition des chances raisonnables de succès plus soupagement en début de procédure, et plus restrictivement lorsque l'issue en a déjà été esquissée dans une décision ou un préavis. 39

B. Conditions formelles

L'assistance gratuite d'un mandataire professionnel **peut être requise par une partie, mais peut également être ordonnée d'office par l'assureur social**, en particulier lorsqu'il constate que l'assuré n'est pas en état de participer à l'instruction de manière suffisamment efficace pour qu'une décision soit rendue valablement au terme de celle-ci. En pratique, il est rarissime que l'assureur social pourvoie d'office l'assuré d'un mandataire professionnel au bénéfice de l'assistance judiciaire. A notre sens, en vertu de son devoir de renseignement et de conseil⁶⁸, il incombe à tout le moins à l'assureur social d'informer l'assuré qui demande des prestations de la possibilité offerte par l'art. 37 al. 4 LPGA. Cette information devrait être donnée au moment de l'ouverture du dossier⁶⁹. 40

Si l'assuré se voit reconnaître le droit à l'assistance gratuite d'un conseil professionnel, le représentant désigné doit remplir les conditions personnelles pour être inscrit au registre des avocats, conformément à l'art. 8 al. 1 LLCA⁷⁰. L'assuré n'a **pas le libre choix de son défenseur**. Dans certains cas toutefois, la jurisprudence reconnaît ce droit, par exemple lorsqu'il existe un rapport de confiance particulier entre l'assuré et son mandataire, lorsque ce dernier a déjà agi dans une précédente procédure ou en cas de difficultés linguistiques⁷¹. 41

La question de savoir si un **avocat travaillant pour le compte d'un organisme reconnu d'utilité publique** peut être désigné en qualité de conseil d'office fait débat. Le Tribunal fédéral l'a admis, en précisant que l'organisation doit poursuivre un but d'intérêt public, mettre à disposition un service d'aide juridique à moindre frais et viser la défense d'inté- 42

67 Dans le même sens, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 36.

68 Art. 27 al. 2 LPGA. Cf. ég. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 49.

69 Le TF a rendu des jugements contradictoires sur la question de savoir si l'assureur devait informer l'assuré de la subsidiarité de l'assistance judiciaire par rapport à l'assistance par un service social (nié dans l'arrêt TF, 9.9.2015, 9C_167/2015, c. 3.3.3; admis dans l'arrêt TF, 3.7.2015, 9C_52/2015, c. 4.2.1).

70 ATF 132 V 200, c. 5.1.4. Cf. ég. TAF, 3.11.2016, C-4032/2014, c. 2.12.

71 Cf. TAF, 3.11.2016, C-4032/2014, c. 2.14.

rêts spécifiques au domaine du droit social⁷². Un avocat étranger peut éventuellement être désigné comme conseil d'office⁷³.

- 43 La relation entre l'avocat d'office et l'assuré relève du **droit privé**⁷⁴. La responsabilité du mandataire répond ainsi aux règles usuelles de la responsabilité contractuelle⁷⁵. Le Tribunal fédéral a précisé à cet égard que les cantons ne peuvent prévoir un régime public de responsabilité, l'avocat d'office n'étant pas un agent public au sens de l'art. 61 CO⁷⁶.
- 44 L'assureur social doit statuer sur la requête d'assistance judiciaire formulée par l'assuré dans une décision au sens formel. Il s'agit d'une **décision incidente** contribuant à l'avancement de la procédure, de sorte qu'elle doit, cas échéant, être attaquée directement par la voie d'un **recours devant le tribunal cantonal des assurances**, et non par la voie de l'opposition⁷⁷. Le jugement rendu par cette autorité est également un jugement incident, uniquement susceptible de recours au Tribunal fédéral si les conditions de l'art. 93 LTF sont remplies⁷⁸.

C. Rémunération du conseil d'office

- 45 L'art. 12a OPGA renvoie, s'agissant de la rémunération du conseil d'office, aux art. 8 à 13 du règlement du 11 décembre 2006 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral⁷⁹. Celui-ci fixe les honoraires de l'avocat dans une fourchette comprise, pour une heure de travail, entre CHF 200.– et CHF 400.–, hors TVA⁸⁰. Le Tribunal fédéral a jugé, en application de ce texte, qu'un tarif horaire de CHF 160.– violait le droit fédéral et **qu'un tarif horaire de CHF 200.–, hors TVA, était conforme aux exigences de ce dernier**⁸¹. Le nombre d'heures consacré à la cause peut être revu à la baisse par l'autorité qui statue sur l'indemnité d'office. Si l'avocat est mandaté dans deux procédures connexes, on peut, sans tomber dans l'arbitraire, tenir compte de l'«effet de synergie» pour réduire l'indemnité d'office⁸².
- 46 L'indemnité d'office est **due au représentant d'office directement**, y compris lorsque l'assistance judiciaire a été octroyée avec effet rétroactif et que, dans l'intervalle, l'assuré s'est acquitté des honoraires de son conseil. Il appartiendra à ce dernier de rembourser à son client les montants encaissés pour la période pour laquelle l'assistance judiciaire a été octroyée. En cas de litige portant sur le montant de l'indemnité d'office, la qualité pour recourir n'appartient pas à l'assuré, mais au mandataire, qui doit agir en son propre nom⁸³.

72 ATF 135 I 1, c. 7.4.1. La question avait été laissée ouverte à l'ATF 132 V 200, c. 5.2.3.

73 Cf. TAF, 3.11.2016, C-4032/2014, c. 3.9.

74 Cette question a été clairement tranchée dans l'ATF 143 III 10, c. 3.2.1. La relation entre l'administration et l'avocat relève en revanche du droit public (cf. ég. sur ce point ATF 132 V 200, c. 5.1.4).

75 En l'occurrence la responsabilité du mandataire selon l'art. 398 CO.

76 ATF 143 III 10, c. 3.3.

77 ATF 131 V 153.

78 TF, 21.2.2018, 9C_786/2017, c. 1.

79 FITAF; RS 173.320.2.

80 Art. 10 al. 2 FITAF, applicable à l'avocat d'office en vertu de l'art. 12 FITAF.

81 ATF 131 V 153, c. 6.2 et 7.

82 TF, 15.3.2016, 8C_48/2016, c. 4.2.

83 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 37 N 46 et 48.

En l'état actuel du droit, l'assistance judiciaire accordée à l'assuré pour la procédure administrative interne **n'est pas remboursable**, à défaut de base légale correspondante⁸⁴. Le projet de révision de la LPGA prévoyait d'introduire une deuxième phrase à l'art. 37 al. 4 LPGA, libellée en ces termes: «L'assuré est tenu de rembourser les coûts pris en charge par l'assureur à ce titre dès qu'il est en mesure de le faire». Sur le principe, elle correspondait aux dispositions existant déjà dans la PA (art. 65 al. 4) et dans la LTF (art. 64 al. 4). Le Conseil fédéral a renoncé à cette modification⁸⁵.

Art. 38

Calcul et suspension des délais

¹ Si le délai, compté par jours ou par mois, doit être communiqué aux parties, il commence à courir le lendemain de la communication.

² S'il ne doit pas être communiqué aux parties, il commence à courir le lendemain de l'événement qui le déclenche.

^{2bis} Une communication qui n'est remise que contre la signature du destinataire ou d'un tiers habilité est réputée reçue au plus tard sept jours après la première tentative infructueuse de distribution.

³ Lorsque le délai échoit un samedi, un dimanche ou un jour férié selon le droit fédéral ou cantonal, son terme est reporté au premier jour ouvrable qui suit. Le droit cantonal déterminant est celui du canton où la partie ou son mandataire a son domicile ou son siège.

⁴ Les délais en jours ou en mois fixés par la loi ou par l'autorité ne courent pas:

- a. du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement;
- b. du 15 juillet au 15 août inclusivement;
- c. du 18 décembre au 2 janvier inclusivement.

Berechnung und Stillstand der Fristen

¹ Berechnet sich eine Frist nach Tagen oder Monaten und bedarf sie der Mitteilung an die Parteien, so beginnt sie am Tag nach ihrer Mitteilung zu laufen.

² Bedarf sie nicht der Mitteilung an die Parteien, so beginnt sie am Tag nach ihrer Auslösung zu laufen.

^{2bis} Eine Mitteilung, die nur gegen Unterschrift des Adressaten beziehungsweise der Adressatin oder einer anderen berechtigten Person überbracht wird, gilt spätestens am siebenten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt.

³ Ist der letzte Tag der Frist ein Samstag, ein Sonntag oder ein vom Bundesrecht oder vom kantonalen Recht anerkannter Feiertag, so endet sie am nächstfolgenden Werktag. Massgebend ist das Recht des Kantons, in dem die Partei oder ihr Vertreter beziehungsweise ihre Vertreterin Wohnsitz oder Sitz hat.

⁴ Gesetzliche oder behördliche Fristen, die nach Tagen oder Monaten bestimmt sind, stehen still:

- a. vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern;
- b. vom 15. Juli bis und mit dem 15. August;
- c. vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar.

84 TF, 7.5.2018, 9C_827/2017.

85 Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1617.

Computo e sospensione dei termini

¹ Se il termine è computato in giorni o in mesi e deve essere notificato alle parti, inizia a decorrere il giorno dopo la notificazione.

² Se non deve essere notificato alle parti, esso inizia a decorrere il giorno dopo l'evento che lo ha provocato.

^{2bis} Una comunicazione consegnata soltanto contro firma del destinatario o di un'altra persona autorizzata a ritirarla è considerata avvenuta il più tardi il settimo giorno dopo il primo infruttuoso tentativo di recapito.

³ Se l'ultimo giorno del termine è un sabato, una domenica o un giorno festivo riconosciuto dal diritto federale o cantonale, il termine scade il primo giorno feriale seguente. È determinante il diritto del Cantone in cui ha domicilio o sede la parte o il suo rappresentante.

⁴ I termini stabiliti dalla legge o dall'autorità in giorni o in mesi non decorrono:

- a. dal settimo giorno precedente la Pasqua al settimo giorno successivo alla Pasqua incluso;
- b. dal 15 luglio al 15 agosto incluso;
- c. dal 18 dicembre al 2 gennaio incluso.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	2
II. Développement	4
A. Champ d'application	4
B. Computation des délais	7
C. Report du terme (al. 3)	18
D. Fériés (al. 4)	20

I. Introduction

A. Généralités

1 L'art. 38 LPGA intègre partiellement à la procédure en matière d'assurances sociales le régime des délais prévu par la loi fédérale sur la procédure administrative. Il traite ainsi de la computation (al. 1 à 2^{bis}) des délais¹, y compris du report éventuel du terme (al. 3)², ainsi que des fériés (al. 4)³. Les art. 39 à 41 LPGA traitent respectivement de l'observation⁴, de la prolongation⁵ et de la restitution⁶ des délais. Les questions qui ne seraient pas expressément réglées par la LPGA trouvent leur réponse dans la PA⁷.

1 Cf. art. 20 al. 1 à 2^{bis} PA.
 2 Cf. art. 20 al. 3 PA.
 3 Cf. art. 22a al. 1 PA.
 4 Cf. art. 21 et 21a PA.
 5 Cf. art. 22 PA.
 6 Cf. art. 24 PA.
 7 Cf. art. 55 al. 1 LPGA.

B. Systématique

Les art. 38 à 41 LPGA se trouvent dans la deuxième section du quatrième chapitre de la loi, consacrée à la «procédure en matière d'assurances sociales», et régissent la procédure interne, soit la procédure d'instruction du dossier par l'assureur social, y compris l'éventuelle procédure d'opposition. Ils s'appliquent par analogie en procédure contentieuse, conformément au renvoi prévu par l'art. 60 al. 2 LPGA⁸. 2

Les lois spéciales ne prévoient pas de dérogation aux art. 38 à 41 LPGA, de sorte que les règles qu'ils postulent s'appliquent à l'ensemble de la matière. 3

II. Développement

A. Champ d'application

Les art. 38 à 41 LPGA **s'appliquent aux délais de la procédure administrative interne**. Il s'agit non seulement des délais légaux, qu'ils soient prévus dans la LPGA⁹ ou dans les diverses lois spéciales¹⁰, mais aussi des délais fixés par l'autorité administrative dans le but de faire avancer l'instruction¹¹, de mettre en œuvre le droit d'être entendu de l'assuré¹² ou pour se conformer à une injonction¹³. **Ils ne s'appliquent en revanche pas** aux délais de prescription¹⁴ ou de péremption¹⁵, ni aux délais qui conditionnent la naissance du droit aux prestations d'un assureur social¹⁶. 4

Les dispositions de la LPGA relatives aux délais s'appliquent en tout cas aux délais «comptés par jours ou par mois»¹⁷, soit à la majorité des délais, les autres unités de décompte étant rares¹⁸. On doit néanmoins se demander si elles sont applicables au délai d'une année fixé par la jurisprudence dans le cadre de la procédure simplifiée prévue par l'art. 51 al. 1 LPGA (cf. art. 51 N 4 ss). A notre sens, dans la mesure où il s'agit là aussi d'un délai de procédure, il est logique de le soumettre aux mêmes règles que les autres, en particulier s'agissant du *dies a quo* du délai et de sa suspension en raison des fêtes¹⁹. 5

Les délais doivent être distingués des **termes, ou échéances**, soit de dates déterminées fixées par l'administration²⁰. Les règles des art. 38 à 41 LPGA ne sont alors pas applicables, en particulier l'art. 38 al. 4 LPGA lorsque la date fixée tombe pendant les fêtes. A 6

8 Sur les questions de droit transitoire qui ont pu se poser au moment de l'entrée en vigueur de la LPGA, cf. ATF 133 V 96.

9 Il s'agit principalement du délai applicable à la procédure d'opposition (cf. art. 52 al. 1 LPGA).

10 Cf. par exemple art. 73^{ter} al. 1 RAI en lien avec l'art. 57a al. 1 LAI (procédure de préavis).

11 P.ex. un délai fixé pour produire des documents.

12 P.ex. un délai pour se déterminer sur un rapport médical ou toute autre pièce du dossier.

13 Cf. p.ex. art. 21 al. 4 LPGA.

14 Cf. art. 25 al. 2 LPGA.

15 Cf. art. 107 RAI. ATF 125 V 262.

16 P.ex. l'art. 29 al. 1 LAI, qui subordonne la naissance du droit à la rente à l'observation d'un délai de carence de six mois.

17 Cf. art. 38 al. 1 LPGA.

18 En réalité, depuis la modification des délais d'opposition dans l'assurance-accidents et dans l'assurance militaire, qui étaient de trois mois jusqu'au 31 décembre 2016 (art. 106 aLAA et 104 aLAM; cf. FF 1999 IV 4168, 4244), les délais de la procédure en matière d'assurances sociales sont fixés en jours. Cela n'empêche toutefois pas l'administration d'impartir à l'assuré des délais fixés en mois.

19 Dans le même sens, KIESER, ATSG-Kommentar, art. 38 N 4.

20 P.ex. le 31 décembre 2017.

notre sens, l'art. 38 al. 3 LPGa devrait néanmoins s'appliquer par analogie lorsque, par inadvertance, l'administration a fixé un terme à une date qui se trouve être un samedi, un dimanche ou un jour férié dans le canton dans lequel l'assuré est domicilié, de sorte que le terme serait reporté de plein droit au premier jour ouvrable²¹ (cf. N 19). Cette question n'a cependant, à ce jour, pas été tranchée par la jurisprudence.

B. Computation des délais

- 7 L'art. 38 al. 1 à 2^{bis} LPGa pose trois règles permettant de déterminer le *dies a quo* du délai, soit le jour depuis lequel le délai commence à courir. La première règle concerne les délais dont la communication aux parties est nécessaire (1), la deuxième ceux pour lesquels elle ne l'est pas (2). La troisième règle vise spécialement la notification contre signature (3).

1. Délais dont la communication est nécessaire (al. 1)

- 8 En matière d'assurances sociales, le départ d'un délai suppose en principe toujours sa communication à l'assuré ou à toute autre partie à la procédure²². Il n'est **pas nécessaire que ce dernier ou cette dernière en ait effectivement pris connaissance**, mais il faut néanmoins que la communication de l'assureur soit arrivée dans sa sphère d'influence («*Machtbereich*»). Cette condition est notamment réalisée lorsque la communication a été réceptionnée au nom de son destinataire par un tiers autorisé, ou lorsque l'assuré reçoit son courrier dans une case postale. Dans un tel cas, l'assuré, respectivement son conseil, ne peut se prévaloir de ce que la communication est intervenue un samedi pour faire prolonger le délai²³. Un avocat ne peut se prévaloir de la pratique de l'office de poste consistant à ne pas déposer dans les cases les envois des clients commerciaux reçus à l'office les samedis²⁴. En revanche, un détenu peut se prévaloir de ce qu'à l'intérieur de la prison, le courrier est acheminé avec un certain retard²⁵. En cas d'envoi refusé, il incombe à l'assureur de procéder aux vérifications nécessaires si le motif du refus ne ressort pas du document qui lui a été remis²⁶.
- 9 Lorsque le courrier est gardé à l'office de poste, la communication est réputée intervenue à l'échéance d'un délai de garde de sept jours, par analogie avec la solution prévalant en cas de notification contre signature²⁷ (cf. N 15 ss). Si l'assuré **devait raisonnablement compter avec une communication d'un assureur social**, le délai court depuis le moment où le courrier a été réceptionné par l'office de poste. Tel est le cas du moment qu'une demande de prestations a été déposée et que l'instruction du dossier est en cours²⁸, ou lorsque l'assureur social a annoncé une décision pro-

21 Dans le même sens, KIESER, ATSG-Kommentar, art. 38 N 6.

22 Cf. p.ex. art. 49 al. 4 LPGa. En matière de procédure judiciaire, cf. art. 60 N 1 ss.

23 TF, 30.4.2015, 8C_198/2015, c. 3.2. Sur l'envoi d'une décision en courrier A-Plus, dont il a pu être prouvé grâce au système «Track & Trace» qu'elle avait été délivrée dans la case postale du conseil de l'assuré un samedi, cf. TF, 30.4.2015, 8C_198/2015, c. 3. A noter qu'il n'existe pas, en matière d'assurances sociales, de disposition comparable à l'art. 85 al. 2 CPP, qui ferait obstacle à une notification en courrier A-Plus (cf. TF, 21.2.2018, 6B_773/2017, c. 2.3.1).

24 TF, 9.5.2016, 9C_923/2015, c. 3.3 et 3.4.

25 TF, 29.1.2015, 9C_922/2014, c. 3.2.

26 TAF, 8.6.2016, C-1649/2016, c. 2.2.4.

27 Cf. ATF 141 II 429, c. 3.1.

28 C'est d'autant plus le cas lorsqu'une procédure d'opposition est en cours. Cf. par exemple TF, 2.3.2017, 8C_53/2017, c. 4; TF, 21.3.2016, 9C_102/2016, c. 2.

chaîne²⁹. L'assuré doit dans ce cas faire en sorte que les communications de l'assureur puissent l'atteindre³⁰. S'il omet de le faire, il ne peut se prévaloir de la date de la publication dans l'organe officiel de publication du canton pour faire partir un nouveau délai de recours³¹. La même obligation incombe à son conseil³².

La **preuve** de la communication et de son moment incombe à l'assureur, qui doit établir ces éléments au stade de la vraisemblance prépondérante³³. S'il échoue, l'assuré doit profiter du doute qui subsiste³⁴. A noter que la preuve de l'envoi de la communication en courrier non recommandé ou A-Plus est insuffisante³⁵. De son côté, l'assuré peut être amené à démontrer une erreur de poste, toujours au stade de la vraisemblance prépondérante. Lorsque ses déclarations sont compréhensibles et suffisamment vraisemblables, sa bonne foi doit être présumée³⁶.

Une communication à **l'étranger** doit intervenir dans le respect des règles de droit international public, singulièrement les accords internationaux passés entre la Suisse et l'Etat concerné³⁷. Si ces accords ne permettent pas une communication par voie postale, la partie est tenue d'élire un domicile de notification en Suisse³⁸. Lorsque la communication représente un acte de puissance publique (par exemple la notification d'une décision), elle doit intervenir par la voie diplomatique, à moins qu'une convention internationale ne prévoise autre chose³⁹. Une communication viciée ne fait pas partir le délai.

Le délai fixé en jours ou en mois court depuis «le lendemain de la communication». 12
Cela vaut même si la communication est reçue à la veille d'un samedi, d'un dimanche ou d'un jour férié selon le droit fédéral ou cantonal. En revanche, si la communication est reçue à la veille ou pendant les fêtes (cf. N 22), le délai ne commence à courir qu'à l'échéance de ces dernières.

2. Délais dont la communication n'est pas nécessaire (al. 2)

La procédure en matière d'assurances sociales⁴⁰ contraint l'assureur à signifier à l'assuré tout délai dont dépend la création de devoirs ou l'ouverture de droits. Plus particulière-

29 A cet égard, le fait que l'assureur ait annoncé une décision «au cours des prochains jours» et qu'elle n'intervienne finalement qu'un mois et demi plus tard ne change rien à l'obligation de l'assuré (TF, 4.7.2016, 5A_646/2015, c. 2).

30 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 38 N 13. Si l'assuré a satisfait à son devoir d'information, il ne doit subir aucun désavantage si l'assureur social notifie une décision à une mauvaise adresse (TAF, 4.3.2015, C-5306/2013, c. 5.1).

31 Le TF a précisé à ce sujet que le principe de la protection de la confiance ne s'appliquait pas après l'échéance d'un délai de recours (TF, 21.3.2016, 9C_102/2016, c. 2).

32 TF, 8.8.2016, 9C_815/2015, c. 4.

33 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 38 N 14. La preuve par faisceau d'indices est possible (TAF, 27.5.2016, C-5866/2015, c. 3).

34 Cf. p.ex. TAF, 11.4.2016, C-2284/2015, c. 1.4.

35 Cf. TF, 8.2.2017, 8C_787/2016, c. 3.2; TAF, 18.1.2016, C-4113/2014, c. 1.4. Pour les envois en courrier A et B, cf. art. 60 N 6.

36 ATF 142 III 599, c. 2.

37 ATF 124 V 47, c. 3a (concerne les relations entre la Suisse et la Turquie, dans le contexte de la notification d'une décision par l'assureur-accidents à un assuré domicilié dans ce second Etat).

38 La question de savoir si cette obligation est conforme aux engagements internationaux de la Suisse à l'égard de l'Union européenne n'a pas été tranchée (cf. TFA, 19.11.2004, K 44/03, c. 2).

39 Cf. art. 11b al. 1 PA.

40 Art. 27 ss LPGa.

ment, conformément à l'art. 49 al. 1 LPGA, l'assureur doit rendre par écrit les décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord. Dans la mesure où ces décisions ont un impact sur la situation juridique de tiers, elles doivent également leur être notifiées⁴¹. Dans ce sens, **il n'existe pas de délais de procédure qui seraient amenés à courir sans avoir été notifiés au préalable**, de sorte que l'importance pratique de l'art. 38 al. 2 LPGA est pour ainsi dire nulle⁴².

- 14 La règle postulée par cette disposition est cependant parfois appliquée **par analogie** pour la computation de délais matériels donnant naissance ou mettant un terme à certains droits⁴³.

3. Notification contre signature (al. 2^{bis})

- 15 L'art. 38 al. 2^{bis} LPGA a été introduit dans la loi au 1^{er} janvier 2007, dans le cadre de la réforme de l'organisation judiciaire fédérale⁴⁴. De fait, sa teneur est identique à celle de l'art. 20 al. 2^{bis} PA.
- 16 Cette disposition crée la **fiction** qu'une communication qui n'est remise que contre la signature du destinataire ou d'un tiers habilité est réputée avoir été reçue au plus tard sept jours après la première tentative infructueuse de distribution. Elle s'applique principalement, en Suisse, aux envois recommandés, soit aux envois de lettres avec justificatif de distribution⁴⁵. Lorsque la Poste ne parvient pas à distribuer l'envoi, elle le conserve en principe sept jours (délai de garde). Du fait de la présomption postulée par l'art. 38 al. 2^{bis} LPGA, le délai que la communication doit faire partir commence au plus tard à courir le lendemain de l'échéance du délai de garde⁴⁶.
- 17 Cela vaut même si la Poste a convenu avec l'utilisateur d'un délai plus long, par exemple dans le cadre d'une demande de garde du courrier à l'office de poste⁴⁷. Le délai de garde de sept jours mentionné au paragraphe précédent court alors depuis la réception à l'office de poste. Il faut néanmoins que l'assuré ait dû s'attendre avec une certaine vraisemblance à une telle notification⁴⁸. Il en va notamment ainsi lorsqu'un assuré qui a demandé des prestations de l'assurance-invalidité s'est déjà vu notifier un préavis, et doit dès lors s'attendre à recevoir à brève échéance une décision statuant sur ses droits⁴⁹. Cas échéant, il lui appartient de prévenir l'autorité d'une période d'absence.

C. Report du terme (al. 3)

- 18 Conformément aux règles générales en matière de computation des délais⁵⁰, **le délai fixé en jours se réfère aux jours calendaires; l'échéance d'un délai fixé en mois (un ou plusieurs) est le jour qui, dans le dernier mois du délai, correspond par son quantième**

41 Cf. notamment art. 49 al. 4 LPGA.

42 Dans le même sens, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 38 N 17.

43 Pour un exemple, cf. PERRENOUD, Protection de la maternité, 636 et la référence citée en note 2690.

44 Pour plus de détails, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 38 N 2 et 18.

45 Pour plus d'informations, consulter le site internet de La Poste suisse (<http://www.poste.ch>).

46 ATF 143 V 249, c. 6.5.

47 ATF 141 II 429, c. 3.3.2 et 3.3.3; ATF 127 I 31, c. 2b.

48 TF, 10.7.2015, 9C_396/2015, c. 3.2.

49 Cf. ATF 134 V 49, c. 4.

50 Cf. art. 77 CO.

au jour de la réception de la communication⁵¹; s'il n'y a pas, dans le dernier mois, de jour correspondant, le délai arrive à échéance le dernier jour du mois en question. Le délai court depuis le jour déterminé selon les règles ci-dessus (cf. N 7 ss).

L'art. 38 al. 3 LPGa ne rappelle pas ces règles, mais reprend en revanche textuellement l'art. 20 al. 3 PA, qui précise comment déterminer le dernier jour du délai lorsque son échéance, calculée selon les explications données au paragraphe précédent, tombe sur «un samedi, un dimanche ou un jour férié selon le droit fédéral ou cantonal»: l'art. 38 al. 3 LPGa précise à cet égard que le droit cantonal déterminant est «celui du canton où la partie ou son mandataire a son domicile ou son siège»⁵². Dans une telle hypothèse, l'échéance du délai est reportée **au premier jour ouvrable qui suit**. Il est important de noter que la computation du délai doit d'abord tenir compte d'éventuelles fêtes (cf. N 20 ss) puis, cas échéant, d'un report conformément à l'art. 38 al. 3 LPGa⁵³. 19

D. Fêtes (al. 4)

L'art. 22a al. 1 PA, qui suspend l'écoulement des délais durant certaines périodes déterminées, trouve son pendant dans la procédure en matière d'assurances sociales à l'art. 38 al. 4 LPGa; les deux dispositions ont la même teneur⁵⁴. 20

Tous les délais de la procédure administrative interne⁵⁵ bénéficient de la suspension durant les fêtes, qu'ils soient fixés en jours ou en mois⁵⁶, qu'ils soient prévus par la loi ou impartis par l'assureur social, cas échéant après prolongation ou restitution⁵⁷. En revanche, **ils ne profitent pas aux délais matériels** (cf. également N 4), **ni aux termes fixés pendant les fêtes**⁵⁸. 21

Les fêtes ont pour effet d'**empêcher l'écoulement des délais de procédure**, respectivement de les **prolonger d'une période correspondant à celle de la suspension**. La computation du délai en tenant compte des fêtes obéit à des règles différentes selon que le délai est fixé en jours ou en mois: si le délai est fixé en jours, on arrête le décompte des jours durant la période des fêtes⁵⁹; si le délai est communiqué pendant une telle période, le décompte ne commence qu'une fois qu'elle est écoulée⁶⁰. Si le délai est fixé en mois, 22

51 Et non au lendemain de sa réception. Par exemple, si une communication est reçue le 13 du mois, le délai d'un mois qu'elle fait partir arrive à échéance le 13 du mois suivant (cf. ATF 125 V 37, c. 4a).

52 A notre avis, si ni la partie ni son mandataire n'a son domicile en Suisse, il faut appliquer le droit du canton dans lequel la procédure est instruite (pour une autre proposition, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 38 N 22).

53 ATF 131 V 314, c. 4.6.

54 Sur l'évolution du texte de l'art. 38 al. 4 LPGa au fil du temps, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 38 N 24 s.

55 Et les délais de la procédure judiciaire, à laquelle l'art. 38 al. 4 LPGa s'applique par analogie (cf. art. 60 al. 2 LPGa).

56 Il n'en a pas toujours été ainsi: cf. ATF 131 V 314, c. 4.3-4.5. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 38 N 24.

57 Cf. art. 40 al. 2 et 3 LPGa.

58 TF, 6.6.2016, 9C_122/2016.

59 P.ex., un délai de 30 jours est communiqué le 12 décembre (lundi). Il faut décompter 5 jours, puis l'écoulement du délai est suspendu du 18 décembre au 2 janvier. Il faut donc compter 25 jours depuis le 3 janvier, ce qui porte l'échéance du délai au 27 janvier.

60 P.ex., un délai communiqué le 20 décembre ne commence à courir que le 3 janvier (et non depuis le 4 janvier, la communication étant intervenue pendant les fêtes. Le TF refuse de considérer la fiction d'une communication intervenant le premier jour suivant les fêtes: ATF 131 V 305, c. 4).

on comptabilise d'abord sa durée, que l'on prolonge de la durée des fêtes⁶¹; s'il est communiqué pendant la durée des fêtes, on ajoute le nombre de jours qui restent encore à courir⁶².

- 23 Les périodes des fêtes définies par l'art. 38 al. 4 LPGA, qui sont les mêmes que celles qui prévalent dans tout l'ordre judiciaire fédéral⁶³, ne sont guère sujettes à interprétation, du moins pour les deux périodes fixées par référence à des dates fixes (du 15 juillet au 15 août pour les fêtes d'été et du 18 décembre au 2 janvier pour les fêtes de Noël). La période des fêtes de Pâques («du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques») a dû être précisée par le Tribunal fédéral, dans ce sens que par la mention de Pâques, il faut comprendre le dimanche de Pâques exclusivement, et non le lundi qui le suit (Lundi de Pâques), et encore moins les quatre jours du week-end de Pâques, comprenant aussi, dans la majorité des cantons⁶⁴, Vendredi Saint. Les fêtes de Pâques durent ainsi 15 jours⁶⁵.

Art. 39

Observation des délais

¹ Les écrits doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai à l'assureur ou, à son adresse, à La Poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse.

² Lorsqu'une partie s'adresse en temps utile à un assureur incompétent, le délai est réputé observé.

Einhaltung der Fristen

¹ Schriftliche Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist dem Versicherungsträger eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden.

² Gelangt die Partei rechtzeitig an einen unzuständigen Versicherungsträger, so gilt die Frist als gewahrt.

Osservanza dei termini

¹ Le richieste scritte devono essere consegnate all'assicuratore oppure, a lui indirizzate, a un ufficio postale svizzero o a una rappresentanza diplomatica o consolare svizzera al più tardi l'ultimo giorno del termine.

² Se la parte si rivolge in tempo utile a un assicuratore incompetente, si considera che il termine è stato rispettato.

Plan

		N
I.	Introduction	1
	A. Généralités	1
	B. Systématique	2

61 P.ex., un délai d'un mois communiqué le 12 décembre doit être prolongé au 28 janvier, soit 16 jours après le 12 janvier, les fêtes de Noël comportant 16 jours (art. 38 al. 4 let. c LPGA). Cf. ATF 131 V 314, c. 4.6.

62 P.ex., un délai d'un mois communiqué le 20 décembre arrive à échéance le 2 février, soit 13 jours après le 20 janvier.

63 Cf. art. 44 LTF; art. 22a al. 1 PA.

64 A l'exclusion du Tessin et du Valais.

65 ATF 139 V 490, c. 2.2.

	N
II. Développement	3
A. Champ d'application	3
B. Observation des délais (al. 1)	5
C. Incompétence de l'assureur (al. 2)	12

I. Introduction

A. Généralités

L'art. 39 al. 1 LPGA est le pendant, en matière d'assurances sociales, de l'art. 21 al. 1 PA. **1**
 L'art. 39 al. 2 LPGA exprime quant à lui un principe général consacré dans un premier temps par la jurisprudence¹, et formulé de manière un peu différente à l'art. 21 al. 2 PA, qui postule la fiction de l'observation du délai lorsque la partie s'est adressée en temps utile à une autorité incompétente.

B. Systématique

Cf. art. 38 N 2 s. **2**

II. Développement

A. Champ d'application

L'art. 39 LPGA s'applique à tous les délais entrant dans le champ d'application des art. 38 à 41 LPGA (cf. art. 38 N 4 ss). **3**

Le texte de l'art. 39 al. 1 LPGA ne mentionne que le moment auquel « les écrits » doivent être remis, ainsi que l'identité de leur destinataire. La règle est cependant identique quelle que soit la nature de l'acte que doit accomplir l'assuré ou des informations qu'il doit transmettre à l'assureur dans le délai qui lui a été imparti². **4**

B. Observation des délais (al. 1)

L'observation d'un délai au sens des art. 38 à 41 LPGA suppose que les écrits soient remis à l'assureur ou, à son adresse, à un bureau de la Poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse le dernier jour du délai. L'échéance du délai se détermine conformément aux règles de l'art. 38 LPGA, en tenant compte d'éventuelles fêtes (cf. art. 38 N 18 ss.). **Le «dernier jour du délai» prend fin au changement de jour civil³**, et n'est donc pas limité par l'heure usuelle de la fermeture des bureaux ou des offices de poste. **5**

Lorsque l'assuré choisit de s'adresser directement à l'assureur, la jurisprudence a notamment précisé qu'un appel téléphonique intervenant avant l'échéance du délai pour prendre rendez-vous en vue de la remise des documents écrits (en l'espèce une opposition) n'était pas suffisant pour interrompre le délai si le rendez-vous était fixé après son **6**

¹ Cf. ATF 121 I 93, c. 1c, et les références citées.

² Art. 21 al. 3 PA, applicable par le renvoi de l'art. 55 al. 1 LPGA.

³ Selon un consensus assez général, un jour civil dure jusqu'à 23 heures, 59 minutes, 59 secondes, minuit marquant le changement de date.

échéance⁴. Le Tribunal fédéral a également jugé qu'un courrier électronique (courriel) ne respectait pas les exigences de la forme écrite; l'annonce par courriel de l'envoi postal d'un document écrit ne permet pas de considérer que le délai a été respecté si l'envoi n'est pas lui-même intervenu avant son échéance⁵.

- 7 La remise des écrits «à la Poste suisse»** signifie que l'envoi doit être remis dans un bureau de poste ou déposé dans une boîte aux lettres publique de son réseau de distribution. Dans cette seconde hypothèse, conformément à ce qui a été dit ci-dessus (cf. N 5), le délai est respecté si le dépôt intervient avant minuit le jour de son échéance. Il n'est pas nécessaire que l'envoi soit déposé avant l'heure de la dernière levée.
- 8 La preuve du respect du délai** incombe à celui qui veut en déduire des droits, soit, en principe, à l'assuré⁶. S'il remet des documents en mains propres à l'assureur, il serait avisé de se faire délivrer une quittance, de même que s'il les confie à une représentation diplomatique ou consulaire. S'il confie ses écrits à la Poste suisse, c'est le cachet postal qui, en principe, permettra de prouver le dépôt de l'envoi avant l'échéance du délai⁷. Si l'assuré poste son envoi à l'étranger, celui-ci doit, sous réserve de dispositions contraires contenues dans des conventions bilatérales⁸, être transmis à la Poste suisse avant l'échéance du délai⁹. Dans l'hypothèse où l'assuré dépose son envoi dans une boîte aux lettres publique après l'heure de la dernière levée, l'envoi portera le cachet postal du lendemain, ce qui ne lui permettra pas d'apporter la preuve du respect du délai. Dans ce cas, l'assuré est autorisé à apporter la preuve du respect du délai par le biais de témoignages. En pratique, lorsque l'assuré dépose son envoi dans une boîte aux lettres après l'heure de la dernière levée, ou dans la boîte aux lettres de l'assureur après la fermeture des bureaux de ce dernier, il indiquera sur l'enveloppe l'identité du témoin, qui attestera par écrit, sous seing privé, du moment du dépôt du pli. Il en va de même lorsque, pour des raisons qui n'appartiennent pas à l'assuré, son envoi porte un cachet indiquant un autre jour que celui auquel il a effectivement confié son envoi à un bureau de poste.
- 9 Le Tribunal fédéral a encadré la preuve par témoins de quelques règles.** Il a jugé par exemple que lorsque l'heure du dépôt était attestée par deux témoins ayant, entre eux, un rapport de filiation, l'un d'eux étant dans un rapport de dépendance avéré avec le conseil de l'assuré, la fiabilité de leur témoignage n'était pas établie¹⁰. La recourante elle-même et sa fille ne sont pas non plus des témoins fiables lorsque l'avocat dépose l'envoi dans une boîte aux lettres¹¹.

4 TF, 1.6.2016, 9C_163/2016, c. 3.

5 ATF 142 V 152, c. 3. Sur l'utilisation de la forme électronique pour le dépôt d'un recours devant le Tribunal cantonal des assurances, sans base légale correspondante en droit cantonal, cf. ATF 143 I 187, c. 2.

6 Sur la preuve de la communication du délai, qui incombe en principe à l'assureur, cf. art. 38 N 10. Ainsi, si ce dernier ne peut établir le moment exact de la communication du délai, il conviendra en principe d'admettre que l'acte accompli par l'assuré (en l'espèce, le dépôt d'un recours) l'a été à temps (cf. TAF, 11.2.2015, C-6087/2014).

7 Cf. TF, 24.5.2016, 9C_139/2016, c. 3.

8 Les offices postaux du Liechtenstein sont assimilés à des offices de poste suisses (TF, 7.10.2008, 4A_258/2008, c. 2).

9 TF, 27.5.2008, 9C_339/2008, c. 2.

10 TF, 24.5.2016, 9C_139/2016, c. 3.

11 TF, 19.4.2016, 9C_118/2016, c. 1.2; TF, 13.11.2015, 9C_681/2015, c. 3.

Le moment du dépôt de l'envoi doit être établi au stade de la **vraisemblance prépondérante**¹². Si un témoin atteste sur l'enveloppe le dépôt de l'envoi avant minuit en indiquant ses coordonnées complètes, le tribunal cantonal devant lequel ce moyen de preuve est invoqué ne peut renoncer à son audition s'il a des doutes sur la réalité de la date du dépôt en question¹³. **10**

Une **erreur d'adressage** ne doit en principe pas nuire à l'assuré. Ainsi, conformément à une jurisprudence très ancienne, si la Poste retourne le pli à l'expéditeur pour corriger l'adresse défectueuse, sans pour autant le refuser, l'acte est censé lui avoir été remis à la date de la première expédition¹⁴. Lorsque l'envoi a été ouvert par l'assuré, respectivement par son mandataire, après qu'il lui a été retourné par la Poste, ce dernier doit se voir aménager la possibilité de prouver le contenu du premier envoi par tous les moyens possibles. En l'espèce, la preuve a été considérée comme rapportée par la production du fichier informatique, dont la dernière modification était antérieure au premier envoi et dont le contenu était identique à celui qui avait été transmis au tribunal¹⁵. **11**

C. Incompétence de l'assureur (al. 2)

L'art. 39 al. 2 LPGa rappelle une règle générale en matière de procédure administrative¹⁶, voulant que le délai soit également considéré comme respecté lorsque l'assuré s'adresse à temps à une autorité incompétente¹⁷. Il la limite toutefois, dans ce sens que seul le fait de s'adresser à un **assureur social incompétent** permet de considérer le délai comme respecté, et non pas le fait de s'adresser à n'importe quelle autorité. A notre avis, il faut cependant interpréter la notion d'« assureur social » dans un sens large et entendre par ces termes toutes les entités organisationnelles qui participent à l'administration d'une ou de plusieurs branches d'assurance sociale. Il peut ainsi s'agir, par exemple, d'une caisse de compensation, d'un office AI, d'une caisse de chômage ou d'un assureur-maladie. **12**

Nous sommes d'avis que le fait de s'adresser à tort à une **institution de prévoyance** permet également de considérer le délai comme respecté. En effet, les institutions de prévoyance sont des assureurs sociaux, en tout cas dans la mesure où elles pratiquent la prévoyance conformément à la LPP¹⁸. Le fait que les institutions de prévoyance ne sont pas soumises à la LPGa et qu'elles n'ont pas l'obligation de transmettre les envois qui leur sont parvenus de manière erronée (cf. art. 30 N 14) ne change rien à leur nature, de sorte que l'interprétation littérale de l'art. 39 al. 2 LPGa les intègre également dans le réseau auquel l'envoi de l'assuré peut être adressé sans dommage pour ce dernier. Dans l'idée de conserver un système cohérent, il serait judicieux selon nous d'appliquer la même solution lorsque l'institution de prévoyance pratique la prévoyance surobligatoire, exclusivement ou en plus de la prévoyance minimale prévue par la LPP¹⁹. Il faut toutefois **13**

12 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 39 N 10.

13 TF, 7.3.2016, 8C_904/2015, c. 5.

14 TF, 5.7.2016, 9C_912/2015, c. 2; TAF, 13.1.2015, C-269/2014, c. 1.3; ATF 39 I 54.

15 TF, 5.7.2016, 9C_912/2015, c. 3.1.

16 Cf. art. 21 al. 2 PA; art. 48 al. 3 LTF.

17 La même règle vaut lorsque la demande de prestations est adressée à un « organe incompétent » (cf. art. 29 al. 3 LPGa). Sur cette notion, cf. art. 29 N 41.

18 La prévoyance professionnelle obligatoire est une assurance sociale (SCHNEIDER, *in* Schneider/Geiser/Gächter [éd.], Introduction, N 65 ss).

19 On s'inspire, pour plaider cette cohérence, de la solution procédurale adoptée par le TF pour les recours interjetés auprès de lui. Le recours en matière de droit public est la voie de recours pour tous les litiges découlant de la prévoyance professionnelle, même s'ils concernent exclusivement

souligner que le rôle des institutions de prévoyance dans le cadre de l'art. 39 al. 2 LPGA n'a pas été tranché par la jurisprudence.

- 14** L'assuré qui s'est adressé à un assureur social incompétent ne doit en principe pas se voir retourner son envoi, tous les organes de mise en œuvre des assurances sociales ayant l'obligation légale d'accepter les envois qui leur parviennent par erreur et de les **transmettre à l'organe compétent**²⁰. Il en va de même lorsqu'un assureur reçoit par erreur un recours destiné au tribunal cantonal des assurances²¹.
- 15** Le Règlement 883/2004 prévoit la même règle lorsque des demandes, déclarations ou recours qui auraient dû être introduits, en application de la législation d'un Etat membre, dans un délai déterminé auprès d'un assureur social de cet Etat membre, le sont dans le même délai auprès d'une autorité, d'une institution ou d'une juridiction correspondante d'un autre Etat membre²².
- 16** Parfois, l'application des conventions internationales peut **élargir le cercle des autorités** auxquelles l'assuré peut remettre son envoi de manière à sauvegarder le délai. Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé, dans le cadre de l'application de la convention sur la sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne²³, que le dépôt d'un recours contre une décision rendue par l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger auprès d'une mairie en Allemagne permettait de sauvegarder le délai, quand bien même cette autorité n'aurait en principe pas été compétente. Il s'est fondé sur l'application du § 91 de la loi allemande sur le Tribunal social, qui prévoit que les écrits adressés à des autorités nationales incompétentes ont pour effet de sauvegarder les délais et doivent être transmis d'office à l'autorité compétente²⁴.

Art. 40

Prolongation des délais et retard

¹ Le délai légal ne peut pas être prolongé.

² Si l'assureur fixe un délai pour une action déterminée, il indique en même temps les conséquences d'un retard. Celui-ci ne peut avoir d'autres conséquences que celles mentionnées dans l'avertissement.

³ Le délai fixé par l'assureur peut être prolongé pour des motifs pertinents si la partie en fait la demande avant son expiration.

Fristerstreckung und Säumnisfolgen

¹ Eine gesetzliche Frist kann nicht erstreckt werden.

² Setzt der Versicherungsträger eine Frist für eine bestimmte Handlung an, so droht er gleichzeitig die Folgen eines Versäumnisses an. Andere als die angedrohten Folgen treten nicht ein.

des questions relevant de la prévoyance subrogatoire (MEYER/UTTINGER, *in* Schneider/Geiser/Gächter [éd.] art. 79 N 30).

20 Art. 30 LPGA (cf. art. 30 N 13 ss). L'hypothèse d'un recours mal adressé est également prévue par la loi, le tribunal déclinant sa compétence ayant l'obligation de transmettre sans délai le recours au tribunal compétent (art. 58 al. 3 LPGA. Cf. art. 58 N 18 ss).

21 Art. 39 al. 2 LPGA en lien avec l'art. 60 al. 2 LPGA. Cf. TF, 13.3.2015, 9C_794/2014, c. 3.1. Cf. ég. TF, 21.9.2015, 9C_211/2015, c. 2.1-2.3, ou encore ATF 143 V 363 en cas d'erreur sur le tribunal cantonal compétent. Lorsque le recours est incomplet toutefois, cf. TAF, 20.10.2016, C-2935/2014, c. 4.2.

22 Art. 81 Règlement 883/2004.

23 RS 0.831.109.136.1.

24 ATF 125 V 503, c. 4.

- Proroga dei termini e conseguenze dell'inosservanza
- ³ Eine vom Versicherungsträger angesetzte Frist kann aus zureichenden Gründen erstreckt werden, wenn die Partei vor Ablauf der Frist darum nachsucht.
 - ¹ Il termine legale non può essere prorogato.
 - ² Se l'assicuratore assegna un termine per una determinata azione, combina contemporaneamente le conseguenze in caso d'inosservanza. Sono escluse conseguenze diverse da quelle comminate.
 - ³ Il termine stabilito dall'assicuratore può essere prorogato, purché sussistano motivi sufficienti, se la parte ne fa richiesta prima della scadenza.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	2
II. Développement	3
A. Champ d'application	3
B. Délais légaux (al. 1)	5
C. Délais fixés par l'assureur	9

Bibliographie

BOHNET FRANÇOIS *et al.*, Code de procédure civil commenté, Bâle 2011; DUPONT ANNE-SYLVE, Le droit de réplique en assurances sociales, *in* Bohnet (éd.), Le droit de réplique, Neuchâtel 2014, 83 ss (cité: Réplique); CORBOZ BERNARD art. 47, *in* Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin (éd.), Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014 ■■■■ ss ■■■■ (cité: art. 47) ■■■■ merci d'uniformiser avec la bibliographie de l'art. 42■■■■; MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, Droit administratif, vol. II: les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne 2011.

I. Introduction

A. Généralités

L'art. 40 al. 1 LPGA intègre à la procédure en matière d'assurances sociales les règles posées par les art. 22 et 23 PA, dont il reprend la teneur, de sorte que les principes développés dans le cadre de l'application de ces deux dispositions sont également valables dans ce contexte. 1

B. Systématique

Cf. art. 38 N 2 s. 2

II. Développement

A. Champ d'application

- 3 Cf. art. 38 N 4 ss et art. 39 N 3.
- 4 Au-delà du texte de l'art. 40 LPGA, qui parle de «délais», il est admis que les alinéas 2 et 3 s'appliquent aussi aux termes fixes (échéances)¹ impartis par l'assureur social².

B. Délais légaux (al. 1)

- 5 Les délais légaux sont les délais **dont la durée est fixée par la loi**. Dans le contexte des assurances sociales, ces délais se trouvent aussi bien dans la LPGA que dans les lois spéciales. Parfois, ils sont prévus au niveau des ordonnances ou des règlements³.
- 6 Les délais légaux sont principalement les **délais d'opposition et de recours**⁴, éventuellement les délais prévus pour d'autres démarches procédurales. Par exemple, le délai pour demander une restitution de délai conformément à l'art. 41 LPGA, mais pas, en revanche, les délais accordés par l'assureur social pour corriger une écriture insuffisante («*Nachfristen*»; cf. N 10)⁵.
- 7 Conformément à l'art. 40 al. 1 LPGA, **ces délais ne sont pas prolongeables**⁶, ce qui signifie que l'acte attendu doit nécessairement intervenir au plus tard le dernier jour du délai (cf. art. 39 N 5), cas échéant en tenant compte des fêtes (art. 38 N 19 ss).
- 8 En matière d'assurance-invalidité, le caractère prolongeable du **délai durant lequel l'assuré est autorisé à s'exprimer sur le préavis** émis par l'office AI quant à une décision qu'il entend prendre⁷ a longtemps fait débat. Après avoir à plusieurs reprises laissé la question ouverte⁸, le Tribunal fédéral a jugé que compte tenu de la volonté du législateur, rappelée à l'occasion du deuxième volet de la sixième révision de l'AI, le délai de l'art. 73^{er} al. 1 RAI devait être considéré comme un délai prétorien, par conséquent prolongeable conformément à l'art. 40 al. 3 LPGA⁹.

C. Délais fixés par l'assureur

- 9 L'assureur social a la faculté de fixer des délais à l'assuré aux fins de transmettre des informations dont il peut avoir besoin dans le cadre de l'instruction du dossier, ou de se conformer à un comportement attendu de lui. **La durée du délai relève de son pouvoir d'appréciation** et peut varier en fonction de ce qui est attendu de l'assuré. La pratique des assureurs doit rester conforme aux principes généraux de la propor-

1 Cf. art. 38 N 4 ss.

2 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 40 N 8.

3 P.ex. : art. 40 al. 2 RAVS.

4 P.ex. : art. 52 et 60 LPGA; art. 64 al. 6 LAVS.

5 Pour mémoire, les art. 38 à 41 LPGA ne s'appliquent pas aux délais matériels, comme les délais de prescription ou de péremption, auxquels le même principe de non prolongation s'applique. A noter que les délais de prescription peuvent être interrompus selon les règles usuelles (cf. art. 135 ss CO).

6 Cf. TF, 18.5.2016, 9C_191/2016, c. 4.3.2. LOCHER/GÄCHTER, § 68 N 18.

7 Cf. art. 57a LAI.

8 TF, 27.1.2009, 9C_480/2008, c. 3; TF, 8.9.2008, 9C_50/2008, c. 2. Cf. ég. DUPONT, Réplique, N 52 et note 149.

9 ATF 143 V 71, c. 4.3.

tionnalité¹⁰ et de l'égalité de traitement. Sous cet angle, la durée du délai peut ainsi être différente selon que la personne assurée est assistée par un mandataire professionnel au moment du recours ou si, au contraire, elle consulte après avoir reçu l'injonction de l'assureur.

Les délais légaux comprennent aussi les **délais accordés par l'assureur pour corriger une écriture déficiente** («*Nachfristen*»)¹¹. L'octroi d'un délai supplémentaire dans ce genre de cas découle du principe général de l'interdiction du formalisme excessif¹². Sans fixer de limite intangible, la jurisprudence a précisé, tant en matière de procédure administrative que de procédure civile, que le délai accordé doit en principe être bref, mais peut être plus ou moins long en fonction de l'ampleur des modifications à apporter¹³. En procédure administrative, un délai de trois jours est évoqué par le Tribunal fédéral. Le caractère prolongeable de ce délai ne doit en effet pas permettre au recourant de prolonger à l'envi le délai de recours¹⁴. De par leur nature, les délais accordés en vue de correction peuvent être prolongés aux conditions de l'al. 3 (cf. N 12 ss); si l'assureur n'entend pas permettre la prolongation de ce délai, il doit indiquer, au moment où il le fixe, les conséquences d'un retard, conformément à l'al. 2 (cf. N 20 ss).

1. Prolongation des délais (al. 3)

Conformément à l'art. 40 al. 3 LPGA, le délai fixé par l'autorité peut être prolongé par cette dernière si la personne assurée en fait la demande avant son expiration et invoque à l'appui de sa requête des motifs pertinents¹⁵. 11

La prolongation d'un délai fixé par l'autorité suppose ainsi en premier lieu que l'assuré formule une **requête** correspondante. A notre sens, conformément au principe de simplicité régissant la procédure administrative¹⁶, l'assureur social ne saurait se montrer trop exigeant quant à la formulation de la requête, tout particulièrement lorsque l'assuré n'est pas représenté. Dès lors que ce dernier se manifeste avant l'expiration du délai (cf. N 14) en laissant entendre qu'il souhaite encore apporter des éléments à son dossier ou qu'il n'a pas eu le temps de faire ce qui lui était demandé, il faut admettre que la requête a été présentée. 12

Il est en revanche impératif, à teneur de la loi, que la demande soit présentée **avant l'échéance du délai**¹⁷, cette échéance étant calculée selon les règles exposées dans le cadre de l'art. 38 LPGA (art. 38 N 7 ss), cas échéant en tenant compte des fêtes (art. 38 N 20 ss). La preuve du moment de l'envoi de la requête de prolongation incombe à l'assuré (art. 39 N 8). 13

Il faut également que l'assuré **invoque des «motifs pertinents»** à l'appui de sa requête. D'une manière générale, la pratique des assureurs sociaux, validée par le Tribunal fédéral 14

10 Cf. TF, 6.7.2007, I 629/2006, c. 3.3.

11 Cf. par exemple les art. 10 al. 5 OPGA et 61 let. b LPGA. Peu clair à ce sujet, KIESER, ATSG-Kommentar, art. 40 N 4 et 12. Très clair en revanche, TAF, 17.12.2012, A-2664/2012, c. 2.2, et les références citées au sujet de l'art. 22 al. 2 PA.

12 ATF 120 V 413, c. 5a.

13 En matière de procédure civile, BOHNET *et al.* évoquent un délai de 7 à 30 jours (art. 132 N 26).

14 ATF 121 II 252, c. 4b; ATF 112 Ib 634, c. 2c; TAF, 17.12.2012, A-2664/2012, c. 2.2; TAF, 3.3.2006, A-1471/2006 et A-1472/2006, c. 2.2.

15 Cf. ATF 143 V 249, c. 6.4.

16 Cf. ATF 135 I 6, c. 2.1; TF, 3.5.2016, 9C_761/2015, c. 4. Cf. ég. MOOR/POLTIER, 262.

17 Cf. LOCHER/GÄCHTER, § 68 N 19; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 40 N 13.

ral¹⁸, est très large sur ce point. Ainsi, il suffit en principe d'invoquer une surcharge de travail, une période de vacances à l'étranger ou, encore plus simplement, le fait de ne pas avoir eu le temps de rassembler les documents demandés. Cette souplesse est conforme au devoir d'instruction d'office qui incombe à l'assureur, et participe au bon fonctionnement de l'administration¹⁹.

- 15 Saisi d'une requête de prolongation de délai, l'assureur social jouit d'un **large pouvoir d'appréciation** s'agissant, d'une part, d'accepter ou de refuser la requête et, d'autre part, si la requête est admise, de la durée de la prolongation accordée²⁰. En pratique, il est fréquent que l'assureur accorde un délai supplémentaire de la même durée que le délai initial.
- 16 La manière dont le délai prolongé doit être calculé peut parfois prêter à discussion. Si l'assureur social répond en fixant une échéance, soit une date déterminée, la situation est claire. En revanche, si l'assureur fixe un nouveau délai fixé en jours ou en mois²¹, se pose la question de savoir si la prolongation doit être calculée depuis l'échéance du premier délai²² ou **depuis la réception du courrier de l'assureur accordant cette prolongation**. A notre sens, c'est cette seconde solution qui doit être retenue, principalement parce qu'elle évite, dans l'hypothèse d'un délai court, par exemple dix jours, que l'assuré, respectivement son conseil, soit informé du nouveau délai alors qu'il est déjà échu. En outre, elle correspond à la pratique des administrations et des tribunaux.
- 17 La pratique générale des assureurs sociaux étant d'admettre plutôt largement les requêtes de prolongation de délai, l'assuré, respectivement son conseil, peut à notre sens, sous réserve d'abus de droit, admettre que sa requête sera admise. Si l'assureur social devait néanmoins **refuser** la requête, la protection de la bonne foi²³ commande que l'assuré se voit impartir **un très bref délai** pour s'acquitter de ses obligations²⁴.
- 18 Le nouveau délai fixé par l'assureur social est un délai au sens de l'art. 38 LPGA, de sorte que **toutes les règles précisées dans ce contexte** – notamment lorsque le dernier jour du délai tombe un samedi ou un dimanche (art. 38 N 19) ou lorsqu'intervient une période de fêtes (art. 38 N 20 ss) – **lui sont également applicables**.

2. Conséquences de l'inobservation d'un délai (al. 2)

- 19 **Sous l'angle matériel**, l'art. 40 LPGA ne règle pas les conséquences de l'inobservation d'un délai de procédure. Ces conséquences dépendent de la nature de l'acte à accomplir par l'assuré, ou des informations attendues de lui. Parfois, elles sont prévues par d'autres dispositions de la LPGA²⁵ ou par les lois spéciales²⁶. Dans le cas contraire, c'est à l'assu-

18 Cf. p.ex. TFA, 19.12.2006, I 629/06, c. 3.3. ■■■■Cf. ég. FRÉSARD/WURZBURGER/FERRARI/FRÉSARD/AUBRY GIRARDIN, art. 47 N 11 ss■■■■cité différemment art. 42 nbp 60 et 61■■■■merci d'uniformiser■■■.

19 cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 40 N 14.

20 Il faut tenir compte des règles applicables à la computation des délais, en particulier du délai de garde de sept jours en cas de notification sous pli recommandé (ATF 143 V 249, c. 6.5).

21 L'hypothèse d'un délai fixé en années n'est pas vraisemblable dans ce contexte.

22 Dans ce sens, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 40 N 16.

23 Art. 5 al. 3 Cst.

24 Il s'agit d'un principe général, visant à ne pas décourager le justiciable de faire usage de la possibilité que la loi lui accorde de demander une prolongation de délai, par crainte d'être déchu de ses droits (cf. TC FR, 5.6.2013, 101 2013 49-50, rendu en matière de procédure civile).

25 Cf. art. 21 al. 4 ou 43 al. 3 LPGA.

26 Cf. art. 64a LAMal; art. 26 al. 2^{bis} OACI. ATF 133 V 89, c. 6.2.2 et 6.2.3.

reur de décider quelles suites il entend donner à l'inobservation du délai, dans les limites du principe de la proportionnalité²⁷ qui encadre son pouvoir d'appréciation.

Sous l'angle formel, que la sanction de l'inobservation du délai soit prévue par la loi ou décidée par l'assureur, l'art. 40 al. 2 LPGA commande qu'elle soit communiquée à l'assuré en même temps que ce délai lui est imparti. Il est nécessaire que l'assuré puisse effectivement prendre connaissance de la sanction qu'il encourt et qu'il comprenne la portée de l'avertissement. Ce dernier élément peut notamment poser problème lorsque l'assuré ne maîtrise pas la langue dans laquelle la communication lui a été adressée et/ou qu'il ne possède pas des capacités intellectuelles suffisantes pour en comprendre la portée, et n'est ni représenté ni assisté²⁸. **20**

A notre sens, pour que la communication de l'assureur social soit jugée suffisante à cet égard, il est indispensable que, d'une manière générale, celui-ci adopte une présentation visuelle propre à attirer l'attention de l'assuré sur le fait qu'il ne s'agit pas d'un courrier anodin²⁹. Nous sommes également d'avis que lorsque l'assuré n'est ni représenté ni assisté au moment de l'envoi du courrier, l'assureur devrait l'inviter à soumettre ce courrier à un assistant social, à la permanence juridique d'une association³⁰ ou éventuellement à un conseiller juridique professionnel. Une telle mesure est dans l'intérêt de la saine administration des assurances sociales, puisqu'elle limite le risque de décisions prises sur des bases fausses ou incomplètes, donnant lieu ensuite à des procédures judiciaires. **21**

Art. 41

Restitution du délai

Si le requérant ou son mandataire a été empêché, sans sa faute, d'agir dans le délai fixé, celui-ci est restitué pour autant que, dans les 30 jours à compter de celui où l'empêchement a cessé, le requérant ou son mandataire ait déposé une demande motivée de restitution et ait accompli l'acte omis.

Wiederherstellung der Frist

Ist die gesuchstellende Person oder ihre Vertretung unverschuldeterweise abgehalten worden, binnen Frist zu handeln, so wird diese wieder hergestellt, sofern sie unter Angabe des Grundes innert 30 Tagen nach Wegfall des Hindernisses darum ersucht und die versäumte Rechtshandlung nachholt.

Restituzione in termini

Se il richiedente o il suo rappresentante è stato impedito, senza sua colpa, di agire entro il termine stabilito, lo stesso è restituito, sempre che l'interessato lo domandi adducendone i motivi entro 30 giorni dalla cessazione dell'impedimento e compia l'atto omesso.

²⁷ Art. 5 al. 2 Cst.

²⁸ Sur ces notions, cf. art. 37 N 31 ss.

²⁹ P.ex., l'usage d'une police de taille supérieure, de caractères gras et/ou soulignés, ou encore l'emploi, dans l'intitulé de la communication, de termes comme «sommation» ou du qualificatif «important».

³⁰ L'assureur pourrait facilement annexer à son envoi la liste des adresses des associations offrant de telles permanences.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	2
II. Développement	3
A. Champ d'application	3
B. Conditions de la restitution de délai	4
C. Décision sur la requête de restitution	14

Bibliographie

BOVAY BENOIT, Procédure administrative, 2^e éd., Berne 2015; EGLI PATRICIA, art. 24, *in* Waldmann/Weissenberger (éd.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2^e éd., Zurich 2016 495 ss.

I. Introduction**A. Généralités**

- 1 L'art. 41 LPGA intègre à la procédure en matière d'assurances sociales la règle générale de l'art. 24 PA. Dans une version précédente, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006, l'art. 41 LPGA prévoyait une procédure en deux étapes pour la restitution d'un délai, soit un premier délai de dix jours à compter de la fin de l'empêchement pour demander la restitution du délai manqué, puis la possibilité d'effectuer la démarche requise dans le nouveau délai accordé par l'autorité¹. Depuis le 1^{er} janvier 2007, l'art. 41 LPGA est identique aux autres régimes légaux de restitution des délais.

B. Systématique

- 2 Cf. art. 38 N 2 s.

II. Développement**A. Champ d'application**

- 3 Comme l'art. 40 LPGA et malgré la formulation de la loi, qui se limite aux «délais», l'art. 41 LPGA s'applique également aux échéances fixées par le juge (cf. art. 40 N 3). La possibilité de demander une restitution de délai concerne tant les délais légaux que les délais fixés par l'assureur social (cf. art. 38 N 4)².

B. Conditions de la restitution de délai

- 4 La restitution de délai est subordonnée aux **trois conditions cumulatives**³ d'un empêchement non fautif de procéder (2), de la présentation d'une requête motivée (3) et de

1 Cf. RO 2002 3380. Modification du 1.1.2007: RO 2006 2274.

2 TAF, 6.10.2016, C-5682/2015, c. 2.1. LOCHER/GÄCHTER, § 68 N 21 dernière phrase. Bien que l'ouvrage date de 2014, il y est encore question de l'ancienne version de l'art. 41 LPGA (cf. N 1, et KIESER, ATSG-Kommentar, art. 41 N 2 et 13).

3 Cf. TAF, 9.3.2016, C-8445/2015, c. 10.2.

l'accomplissement de l'acte omis (4). Préalablement, il faut que le délai dans lequel l'assuré devait procéder initialement soit écoulé (1).

1. Ecoulement du délai

Demander la restitution d'un délai n'a de sens que si le délai initial, calculé selon les règles générales en la matière (cf. art. 38 N 18 ss), cas échéant en tenant compte des fêtes (art. 38 N 20 ss) est écoulé. **Si le délai n'est pas encore échu**, il y a lieu de procéder à l'acte ou, éventuellement de demander une prolongation de délai. Il en va de même si le délai ne court pas, par exemple parce qu'il n'a pas été valablement communiqué à l'assuré ou à son mandataire (cf. art. 38 N 8 ss).

2. Empêchement non fautif de procéder

Une restitution de délai n'entre en ligne de compte que si l'assuré ou son représentant s'est retrouvé **sans sa faute** dans l'incapacité de procéder. La faute du représentant et de ses auxiliaires est ainsi en principe imputable à l'assuré⁴. Si le représentant n'est en mesure ni de procéder lui-même, ni de se faire remplacer, ni d'avertir son client des démarches à accomplir pour sauvegarder le délai, le Tribunal fédéral admet l'absence de faute⁵.

La jurisprudence n'admet que restrictivement l'absence de faute. **D'un point de vue objectif**, elle est admise si des circonstances très particulières rendent impossible l'accomplissement de l'acte dans le délai imparti. On peut imaginer, à titre d'exemple, un événement naturel imprévisible, l'incendie des bureaux du représentant du mandataire⁶ ou encore le service militaire⁷. **D'un point de vue subjectif**, l'empêchement non fautif est admis lorsque, pour des motifs indépendants de la volonté de l'assuré ou de son représentant, il leur était impossible d'effectuer l'acte requis dans le délai initial ou d'instruire un tiers en ce sens⁸. Classiquement, il s'agit par exemple d'une hospitalisation urgente ensuite d'un accident ou d'une maladie grave⁹ ou du décès d'un proche¹⁰. La jurisprudence a encore admis l'impossibilité en cas de difficultés linguistiques¹¹ ou de changement législatif dont la mesure n'était pas prévisible¹². L'absence de faute peut également être admise lorsque l'assuré ou son représentant, malgré toute la diligence requise, croyait à tort ne pas devoir agir dans le délai initialement prévu, par exemple parce qu'il s'est fié à de fausses informations données par l'assureur¹³.

4 Cf. art. 24 PA; EGLI PATRICIA, art. 24 N 16 s.; BOVAY, 538.

5 TF, 5.11.2008, 8C_210/2008, c. 3.3.

6 Dans ce sens, cf. TAF, 9.3.2016, C-8445/2015, c. 10.2.

7 TF, 2.2.2017, 9C_821/2016, c. 2.2. Cf. toutefois N 8.

8 En principe, un mandataire professionnel doit faire le nécessaire pour que les délais soient sauvegardés dans l'hypothèse d'un empêchement (TF, 5.11.2008, 8C_210/2008, c. 3.3). Il répond des erreurs et omissions de son personnel (TAF, 12.2.2015, C-299/2015, c. 4.2 et 6.1).

9 Cf. TAF, 9.3.2016, C-8445/2015, c. 10.2; TF, 7.1.2015, 8C_666/2014, c. 4.2 (nié en l'espèce, dans le cas d'une hospitalisation volontaire). A notre sens, il convient d'admettre aussi l'absence de faute en cas de décès d'un proche (dans ce sens, TAF, 6.10.2015, C-5862/2015, c. 4), ou lorsque le représentant lui-même décède subitement.

10 TF, 2.6.2017, 9C_54/2017, c. 2.2 (absence de faute niée en l'espèce); TF, 21.6.2010, 1C_293/2010, c. 2.

11 TA LU, 14.10.1977, LGVE 1977 II n° 52.

12 TFA, 17.7.1997, SVR 1998 UV n° 10 25 ss.

13 Cela découle en effet du principe de la bonne foi (art. 5 al. 2 Cst.). Cf. BOVAY, 539, qui donne l'exemple du droit administratif valaisan, accordant d'office une restitution de délai en cas d'indication erronée donnée par les autorités.

- 8 **L'absence de faute a en revanche été niée** lorsque la maladie n'empêchait pas réellement d'accomplir l'acte demandé¹⁴ ou de désigner un représentant¹⁵, ou encore en cas d'incapacité partielle de travail¹⁶. Il en va de même lorsque l'incapacité de discernement ne peut pas être démontrée¹⁷. Les motifs liés à l'organisation ou à la gestion du travail ne sont en principe pas pris en considération¹⁸, pas plus qu'un simple oubli¹⁹. Le risque d'une mauvaise exécution, par l'institut financier, d'un ordre de virement passé le dernier jour du délai est supporté par la partie qui doit effectuer l'avance de frais à temps²⁰. La seule absence du mandataire n'est pas non plus suffisante²¹, fût-elle commandée par un service militaire²² ou par un deuil²³. L'impossibilité économique ne peut pas non plus être invoquée²⁴.

3. Requête motivée

a) Généralités

- 9 La restitution du délai suppose en principe une requête déposée par l'assuré ou par son représentant. D'un point de vue formel, l'assureur social ne peut, selon nous, se montrer trop exigeant quant au contenu de cette requête, en particulier lorsque l'assuré agit seul (cf. art. 40 N 13). Les tribunaux se montrent en revanche stricts sur le fait que **la cause de l'empêchement doit être explicitée, au moins sommairement, dans la requête**²⁵.
- 10 Même si l'omission d'agir est le fait du représentant, la requête de restitution doit être présentée **au nom de la partie**, sous peine d'irrecevabilité, dès lors que cette dernière a seule qualité pour agir²⁶.

b) Délai de 30 jours dès la fin de l'empêchement

- 11 L'art. 41 LPGA impartit à l'assuré **un délai relatif de 30 jours**, qui court depuis le moment où la circonstance l'empêchant de procéder a disparu. La durée de l'empêchement

14 Cf. TF, 1.6.2015, 8C_95/2015, c. 6.1 (assuré souffrant de plusieurs tumeurs ne l'empêchant toutefois pas d'agir); TAF, 9.3.2016, C-8445/2015, c. 11 (quelques jours de maladie n'empêchent pas de s'acquitter d'une avance de frais, encore moins d'instruire un tiers d'agir à sa place. En outre, la sollicitation d'une prolongation de délai aurait été possible). Cf. ég. TF, 12.1.2009, 8C_767/2008. BOVAY parle de «maladie d'une certaine gravité» et donne l'exemple du droit administratif bernois qui exige un certificat médical indiquant précisément les raisons médicales pour lesquelles la personne requérante n'a pas été en mesure de procéder à l'acte requis dans le délai fixé ou de mandater un tiers à cet effet, ainsi que l'ampleur de l'empêchement en question (538).

15 Cf. TAF, 27.2.2015, C-738/2015, c. 6.6.2 et 6.6.3 (maladie psychique de longue durée n'empêchant l'assuré que pour certains actes et ne l'empêchant pas de désigner un représentant).

16 TF, 20.9.1949, H 415/49, RCC 1949 467 (dans cette affaire, l'assuré souffrait d'une névrite au bras droit à l'origine d'une incapacité de travail à 50%).

17 TF, 30.11.2017, 8C_538/2017, c. 3-4.

18 TF, 30.1.2009, 8C_910/2008 (problème informatique); TF, 2.2.2017, 9C_821/2016, c. 3 (erreur dans l'agenda des délais). Cf. ég. BOVAY, 538.

19 TAF, 14.1.2016, C-79/2016, c. 4.5.2.

20 TF, 2.6.2017, 9C_54/2017, c. 5.

21 Cf. TF, 18.5.2016, 9C_191/2016, c. 4.3.2.

22 Cf. TAF, 6.10.2015, C-5862/2015, c. 4.

23 TF, 2.6.2017, 9C_54/2017, c. 5.

24 Cf. TAF, 6.10.2015, C-5862/2015, c. 5 (en l'espèce, l'assuré invoquait une période de chômage qui l'aurait empêché de s'acquitter d'une avance de frais).

25 Cf. TAF, 30.4.2015, C-2526/2015; TF, 27.1.2009, 9C_581/2008.

26 Cf. TAF, 31.3.2015, C-1840/2015, c. 2.2.

n'est en revanche pas déterminante. Le délai de 30 jours est calculé selon les règles générales en la matière (cf. art. 38 N 18 ss), cas échéant en tenant compte des fêtes (cf. art. 38 N 20 ss). Si une partie du délai initial avait déjà couru avant la survenance de l'empêchement, il est admis qu'il n'y a pas lieu de déduire le laps de temps déjà écoulé du délai de 30 jours prévu par l'art. 41 LPGA²⁷.

La preuve de l'empêchement ainsi que du moment où il a pris fin incombe à l'assuré. On admet que l'empêchement a pris fin lorsque la cause invoquée par l'assuré pour justifier son inaction n'existe plus (par exemple, l'assuré guérit de la maladie qui l'incapacitait²⁸), ou à tout le moins ne l'empêche plus d'agir ou d'instruire un tiers pour agir à sa place²⁹. Le fait de reconnaître que l'on a omis de procéder à temps fait aussi partir le délai de 30 jours pour demander la restitution du délai initial³⁰. 12

4. Accomplissement de l'acte omis

L'assuré qui a omis de donner suite aux demandes de l'assureur social dans le délai initialement fixé ne peut se contenter d'en demander la restitution dans le délai de 30 jours prévu par l'art. 41 LPGA, mais doit, dans ce même délai, accomplir l'acte omis. Il ne peut donc pas se contenter de demander la restitution du délai et, seulement une fois celle-ci accordée, se soucier de procéder. Ce système en deux temps, qui prévalait sous l'empire de l'ancien art. 41 LPGA³¹, ne devrait plus avoir cours, à la rigueur du texte de la loi à tout le moins. **En pratique**, il arrive fréquemment que l'assureur social accorde une restitution de délai sur simple requête, et ce faisant, fixe un nouveau délai pour accomplir l'acte omis, délai dont l'échéance peut excéder les 30 jours prévus par l'art. 41 LPGA. A notre sens, cette pratique est la bienvenue dès lors que l'assureur social a intérêt à constituer un dossier complet et à statuer sur la base d'un état de fait exempt de lacunes. En revanche, en l'absence de circonstances tout à fait particulières³², l'assuré ne doit pas compter avec une telle manière de procéder et il lui incombe d'être en mesure de se conformer au texte clair de l'art. 41 LPGA³³. 13

C. Décision sur la requête de restitution

L'octroi ou le refus de la restitution du délai relève du **pouvoir d'appréciation de l'assureur social**, et ne peut dès lors faire l'objet d'un contrôle par le Tribunal fédéral que sous l'angle de l'arbitraire³⁴. 14

27 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 41 N 14.

28 Dans l'hypothèse d'un assuré durablement incapable de discernement, l'empêchement doit à notre sens être considéré comme levé lorsqu'une mesure de protection a été prononcée et que le représentant légal jouit de tous les pouvoirs nécessaires pour pouvoir procéder vis-à-vis de l'assureur social.

29 Cf. TAF, 14. I. 2016, C-79/2016, c. 4.3.

30 TFA, 17. 7. 1997, c. 3b, SVR 1998 UV n° 10 25 ss.

31 LOCHER/GÄCHTER, § 68 N 21 s.; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 41 N 2 et 13.

32 P.ex. s'il s'est déjà vu, dans la même procédure, restituer un délai selon la pratique du «deux temps», ce qui lui permettrait éventuellement d'invoquer la protection de sa bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.).

33 Dans le cadre de la procédure administrative générale, tribunaux et auteurs rappellent en effet qu'«une stricte application des règles relatives aux délais [est] justifiée par des motifs d'égalité de traitement et par un intérêt public lié à une bonne administration de la justice et à la sécurité du droit» (TAF, 6. 10. 2015, C-5862/2015, c. 3.1 et 3.2 et les références citées).

34 Cf. art. 97 LTF.

- 15** A notre sens, le devoir pour l'assureur social d'instruire d'office les demandes de prestations qui lui sont présentées et de **statuer sur la base d'un état de fait complet** (cf. art. 43 N 9 ss) commande une pratique plutôt souple en matière de restitution des délais. Il est sans doute plus expédient et économique de restituer un délai pour permettre à l'assuré d'amener les éléments qu'il doit produire, que de s'exposer à une procédure de recours dans laquelle l'assuré pourra faire valoir ces éléments, et verra peut-être son recours admis sur cette base, avec ce que cela supposera en termes de dépens.
- 16** Dans tous les cas, dans l'hypothèse où plusieurs parties sont concernées, par exemple une caisse de pension dans le cadre de l'instruction d'un dossier AI, **le consentement de l'autre partie n'est pas requis**³⁵.

Art. 42

Droit d'être entendu Les parties ont le droit d'être entendues. Il n'est pas nécessaire de les entendre avant une décision sujette à opposition.

Rechtliches Gehör Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör. Sie müssen nicht angehört werden vor Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind.

Diritto di audizione Le parti hanno il diritto di essere sentite. Non devono obbligatoriamente essere sentite prima di decisioni impugnabili mediante opposizione.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	2
II. Droit d'être entendu	3
A. Titulaires	3
B. Définition et contenu	4
C. Exercice	10
III. Limites au droit d'être entendu	14
IV. Violation du droit d'être entendu	21

Bibliographie

CORBOZ BERNARD, art. 97 et art. 105, in Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin (éd.), Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014 1110 ss et 1205 ss, (cités: art. 97 ou art. 105); DESPLAND BÉATRICE, L'obligation de diminuer le dommage en cas d'atteinte à la santé: analyse sous l'angle du droit d'être entendu, thèse Neuchâtel, Genève 2012; DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014; DUPONT ANNE-SYLVIE, Le droit de réplique en assurances sociales, in Bohnet (éd.), Le droit de réplique, Neuchâtel 2013, 83 ss (cité: Réplique).

³⁵ Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 41 N 6.

I. Introduction

A. Généralités

L'art. 42 LPGA formalise l'application, dans le cadre de la procédure en matière d'assurances sociales, de la garantie constitutionnelle selon laquelle «les parties ont le droit d'être entendues»¹. Il reprend, s'agissant du principe, les termes de la procédure administrative fédérale², ainsi qu'une exception postulée par cette loi³. Il s'agit d'un choix délibéré du législateur; l'art. 42 LPGA se suffit ainsi à lui-même et il n'y a pas lieu de se référer à l'art. 30 al. 2 PA à titre complémentaire⁴. 1

B. Systématique

L'art. 42 LPGA se trouve dans le chapitre de la loi consacré aux dispositions générales de procédure en matière de procédure administrative (interne). S'agissant toutefois d'une garantie générale de procédure, le droit d'être entendu s'applique naturellement aussi dans le cadre de la procédure contentieuse en première et deuxième instances. Les lois spéciales contiennent parfois également des dispositions concrétisant le droit d'être entendu en lien avec une question spécifique⁵. 2

II. Droit d'être entendu

A. Titulaires

Le droit d'être entendu est reconnu **aux parties**, soit, conformément à l'art. 34 LPGA, «les personnes dont les droits ou obligations résultent des assurances sociales, ainsi que les personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre la décision d'un assureur ou d'un organe d'exécution de même niveau» (art. 34 N 10 ss). 3

B. Définition et contenu

Contrepoids nécessaire au pouvoir unilatéral de l'Etat de modifier la situation juridique de ses administrés, le droit d'être entendu peut être défini comme «le droit reconnu aux parties d'une procédure administrative de faire valoir leur point de vue envers l'autorité, avant que celle-ci ne rende une décision à leur propos»⁶. 4

Les éléments sur lesquels les parties doivent avoir la possibilité de s'exprimer peuvent relever **tant des faits que du droit**. Bien que la procédure administrative interne soit soumise à la maxime inquisitoire, les parties ont le droit de faire valoir leur point de vue sur la situation de fait et sur l'administration des preuves par l'assureur social⁷. Même si ce dernier applique le droit d'office, les parties ont également le droit de présenter leur 5

1 Art. 29 al. 2 Cst.

2 Cf. art. 29 PA.

3 Cf. art. 30 al. 2 let. b PA. Au sujet des réflexions qui ont présidé à l'adoption de l'art. 42 LPGA, cf. ATF 132 V 368, c. 4.2.

4 ATF 132 V 368, c. 4.2.

5 Cf. par exemple art. 84 al. 1 LAA ou art. 93 LAM.

6 DUBEY/ZUFFEREY, N 1971.

7 ATF 125 V 401, c. 3.

analyse juridique sur la base de l'état de fait, en particulier si l'application de normes inusuelles est envisagée⁸.

- 6 Le droit d'être entendu comprend de **nombreux aspects particuliers**⁹, dont certains font, en matière d'assurances sociales, l'objet de dispositions distinctes. Il en va notamment ainsi du droit de consulter le dossier¹⁰, de la possibilité pour l'assureur de se fonder sur des pièces tenues secrètes¹¹, du droit à l'assistance judiciaire gratuite¹² ou encore de l'obligation de motiver les décisions¹³. Le droit d'être entendu, lorsque l'assureur met en œuvre une expertise externe, a été concrétisé par la jurisprudence¹⁴, de même que les droits de participation de l'assuré, par exemple à une inspection locale¹⁵ ou à un entretien avec un tiers¹⁶.
- 7 Le Tribunal fédéral a précisé à plusieurs reprises les **aspects linguistiques du droit d'être entendu**. Sa jurisprudence à ce sujet peut être résumée de la manière suivante: les échanges entre l'assureur social et l'assuré doivent avoir lieu dans la langue officielle¹⁷ que parle ce dernier¹⁸. En application du principe de la territorialité, s'il s'agit d'un organisme cantonal, c'est la langue officielle du canton qui doit être utilisée¹⁹. Un tribunal cantonal des assurances peut ainsi exiger de l'assureur social qu'il fasse traduire un rapport d'expertise dans la langue officielle du canton²⁰. L'assureur social a le droit de rédiger certaines pièces du dossier, en particulier des notes internes, dans une autre langue que celle de la procédure, qui est la langue utilisée dans les rapports avec l'assuré²¹. Ce dernier ne peut alors en exiger la traduction dans la langue de la procédure, pas plus qu'il ne peut, au nom du droit d'être entendu, exiger la traduction du dossier ou de certains éléments du dossier dans sa langue maternelle²².
- 8 Dans le cas particulier d'une **expertise médicale réalisée par un COMAI**, l'assuré a le droit d'être expertisé dans celle des quatre langues officielles qu'il maîtrise, sauf motifs

8 ATF 127 V 431, c. 3. DUBEY/ZUFFEREY, N 1971; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 42 N 21 s.

9 Voir les listes établies par DUBEY/ZUFFEREY, N 1973 et, en matière d'assurances sociales, par KIESER, ATSG-Kommentar, art. 42 N 17 ss.

10 Cf. art. 47 LPGa.

11 Art. 48 LPGa.

12 Art. 37 al. 4 LPGa.

13 Art. 49 al. 3 LPGa. La garantie du droit d'être entendu implique qu'une décision soit effectivement notifiée à la partie concernée (TFA, 29.10.2003, U 217/02, c. 6.3.1).

14 Cf. N 17 et le commentaire de l'art. 43 N 18 ss.

15 ATF 121 V 150, c. 4.

16 Droit admis pour un entretien avec un employeur (TASS-AG, 6.8.1998, c. Id, SVR 1998 UV n° 18 67 ss) et lors de l'interrogatoire d'un témoin (ATF 92 I 259, c. 3a); question laissée ouverte pour un entretien avec l'auteur d'un rapport d'expertise (ATF 119 V 208, c. 4c).

17 Les quatre langues officielles au plan national sont l'allemand, le français, l'italien et le romanche (art. 4 Cst.).

18 ATF 108 V 208, c. 1. La notification par une caisse de compensation d'une décision en français à un assuré parlant l'italien viole le droit d'être entendu (CFR AVS/AI pour les personnes résidant à l'étranger, 5.11.2001, SVR 2002 AHV n° 12 29 ss).

19 ATF 108 V 208, c. 1. Sur l'impact de dispositions correspondantes contenues dans des conventions de sécurité sociale, cf. ATF 109 V 224, c. 3 et 4.

20 ATF 128 V 34, c. 2b/bb.

21 ATF 131 V 35, c. 4. En l'espèce, il s'agissait d'un dossier instruit par l'OAIE, qui contenait des notes internes de nature administrative rédigées en allemand, alors que la langue de la procédure était le français.

22 ATF 131 V 35.

objectifs qui l'empêcheraient. Dans ce cas, il a droit à la présence d'un interprète et à la traduction du rapport d'expertise²³.

Le droit à la **présence d'un interprète** est donné dans la mesure où celle-ci s'avère nécessaire pour la complète et correcte instruction du dossier²⁴. Il en va notamment ainsi en cas d'expertise psychiatrique²⁵, ou, d'une manière générale, lorsque l'assuré ne peut s'exprimer autrement que par oral²⁶. Les personnes sourdes et/ou muettes ont à notre sens droit, sur la base de l'art. 8 al. 2 Cst.²⁷, à un **interprète en langue des signes** pour toutes les étapes de la procédure d'instruction, y compris déjà au stade des premiers renseignements et conseils. Il appartient à l'expert, dans le cadre de l'exécution de son mandat, de déterminer si l'examen médical doit être effectué avec l'aide d'un interprète, cas échéant de choisir ce dernier²⁸.

C. Exercice

Le droit d'être entendu peut être exercé **à tout moment** par les parties, qui peuvent notamment exiger en tout temps la consultation du dossier (cf. art. 47 N 6 ss) et faire valoir leur point de vue, en cours d'instruction déjà (cf. N 18). A notre sens, l'importance des intérêts en présence, la brièveté des délais d'opposition, l'existence d'une seule instance judiciaire ayant un plein pouvoir d'examen²⁹ et l'intérêt public à la saine administration des assurances sociales commandent que, dans ce contexte, le droit d'être entendu soit défini très largement³⁰. Le Tribunal fédéral a rappelé qu'il incombe à l'assureur social d'établir l'état de fait avant de rendre une décision³¹, tâche qui nécessite le plus souvent d'interagir avec l'assuré durant toute l'instruction du dossier³².

Le droit d'être entendu n'entraîne toutefois pas, pour les parties, la garantie de pouvoir être entendues de manière illimitée dans le temps, **ni de pouvoir obtenir l'administration de toutes les preuves qu'elles désirent**³³. L'assureur social est en effet fondé à apprécier de manière anticipée les preuves d'ores et déjà réunies et, sous réserve d'une dé-

23 ATF 127 V 219, c. 2. Il s'agit dans cette affaire d'un assuré francophone domicilié dans le Jura bernois, dont le dossier AI était instruit en français, et qui avait expressément et à plusieurs reprises demandé à pouvoir être expertisé auprès d'un COMAI en Suisse romande, et ce dès qu'il avait eu connaissance de la décision de l'office AI de le soumettre à une expertise. Malgré ses demandes répétées, l'office AI s'était obstiné à mandater un COMAI en Suisse allemande, de manière purement vexatoire du point de vue du TF.

24 TFA, 30.12.2003, I 245/00; TC FR, 14.9.2016, 608 2014 127, c. 2.

25 ATF 140 V 260, c. 3.4.1; TFA, 30.12.2003, I 451/00, c. 2.3.2.

26 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 42 N 17.

27 Il faut aussi prendre aussi en considération la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (LHand; RS 151.3).

28 TF, 18.9.2012, 9C_287/2012, c. 4.1.

29 A l'exception de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire, le TF ayant, dans ces deux domaines-là, la faculté de revoir les faits (art. 97 al. 2 LTF).

30 Cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 1972, sur la question de la délimitation au cas par cas de contenu du droit d'être entendu.

31 ATF 132 V 368, c. 6.2. Cf. ég. N 15.

32 Dans le même sens, cf. ATF 124 V 180, c. 1a et b. Cf. ég. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 42 N 9 ss. Sur l'impact de cette proposition en lien avec la seconde phrase de l'art. 42 LPGA, cf. N 15.

33 TF, 30.10.2017, 9C_203/2017, c. 3.5; TF, 15.9.2016, 9C_14/2016, c. 4.2. Cf. ég. TF, 3.9.2015, 9C_858/2014, c. 3.4 (l'assuré n'a pas un droit à ce qu'un rapport d'expertise privée soit soumis au SMR). Le droit d'offrir des preuves n'est en revanche pas limité (ATF 122 V 157, c. 1d).

cision arbitraire, d'estimer que les nouveaux éléments requis ne sont pas de nature à influencer sa décision³⁴. Il en va de même pour l'autorité judiciaire en procédure de recours (cf. art. 61 N 52 ss).

- 12 En matière d'assurances sociales, la procédure se déroule principalement par écrit. L'art. 42 LPGA **ne garantit pas à l'assuré le droit d'être entendu par oral**³⁵. Il en va différemment en procédure judiciaire, où, conformément à l'art. 6 § 1 CEDH, des débats oraux doivent être organisés si la partie le requiert, à moins que la demande soit abusive (chicanière ou dilatoire), qu'il apparaisse clairement que le recours est infondé, irrecevable ou, au contraire, manifestement bien fondé, ou que l'objet du litige porte sur des questions hautement techniques³⁶.
- 13 L'assureur social est tenu de prendre effectivement connaissance des éléments fournis ou des opinions exprimées par les assurés. Il ne peut se contenter de les passer sous silence, et doit cas échéant expliquer pour quelles raisons il ne suit pas les demandes ou les arguments exprimés³⁷.

III. Limites au droit d'être entendu

- 14 En même temps qu'il rappelle le principe du droit d'être entendu, l'art. 42 LPGA en limite la portée en mentionnant qu'**il n'est pas nécessaire d'entendre l'assuré avant de rendre une décision sujette à opposition**. En pratique, il s'agit ainsi de la majorité des décisions que l'assureur social est susceptible de rendre³⁸. Selon l'art. 49 LPGA en effet, «l'assureur doit rendre par écrit les décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord». L'exception se justifie, selon le législateur, parce que la procédure d'opposition, en tant que modalité de l'exercice du droit d'être entendu³⁹, permet précisément à la partie de faire valoir sa position⁴⁰.
- 15 Le Tribunal fédéral ayant rappelé qu'il appartient à l'assureur social d'établir l'état de fait avant de statuer par voie de décision⁴¹ (cf. N 10), **la seconde phrase de l'art. 42 LPGA ne peut logiquement s'appliquer qu'aux arguments juridiques** sur lesquels la décision se fonde, ainsi qu'à d'éventuels compléments de l'état de fait⁴².
- 16 Malgré la seconde phrase de l'art. 42 LPGA, l'assureur n'a pas l'interdiction d'entendre l'assuré avant de rendre une décision, y compris sur des questions de nature juridique⁴³.

34 Cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 1972.

35 Cf. LOCHER/GÄCHTER, § 70 N 49. Cela vaut de manière générale en procédure administrative (cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 1972). En matière d'assurances sociales, l'oralité est néanmoins prévue dans le cadre de la procédure de préavis de l'assurance-invalidité (cf. art. 73^{ter} al. 3 RAI) ou pour la procédure d'opposition à certains types de décisions (cf. art. 10 al. 3 OPGA).

36 TF, 1.9.2016, 9C_220/2016, c. 2.1. En l'espèce, les motifs invoqués par le tribunal cantonal (l'instruction du dossier était complète et la tenue d'une audience n'était pas de nature à influencer sur le sort du litige) ne permettaient pas de refuser l'organisation de débats publics.

37 TF, 16.6.2015, 8C_589/2014, c. 2; ATF 124 V 180, c. 3.

38 N'en font notamment pas partie les décisions d'ordonnement de la procédure ou encore les décisions relatives à la responsabilité pour les actes illicites des organes (art. 78 al. 4 LPGA).

39 Cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 2120.

40 Cf. DUPONT, Réplique, N 51; LOCHER/GÄCHTER, § 70 N 34; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 42 N 33.

41 ATF 132 V 368, c. 6.2.

42 Dans le même sens, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 42 N 45.

43 Cf. ATF 132 V 368, c. 4.4.

Un dialogue entre l'assureur social et l'assuré durant la phase d'instruction est à notre sens de nature à favoriser l'acceptation de la décision à intervenir, ce qui est dans l'intérêt de toutes les parties.

La jurisprudence a précisé les contours du droit d'être entendu dans l'hypothèse où l'assureur social met en œuvre une **expertise externe au sens de l'art. 44 LPGA**. Dans ce cas, l'assuré doit pouvoir s'exprimer sur la nécessité d'une telle mesure, sur les disciplines médicales concernées, sur le choix de l'expert et sur les questions qui lui sont posées⁴⁴. Il a également le droit de s'exprimer sur les conclusions de l'expert. Ces droits de participation sont garantis à l'assuré même si l'expertise est mise en œuvre avant qu'une décision ne soit rendue. La seconde phrase de l'art. 42 LPGA ne s'applique donc pas dans ce contexte. 17

Dans tous les cas, la garantie constitutionnelle de l'art. 29 al. 2 Cst. **interdit à l'assureur de refuser les pièces ou les explications que l'assuré fournirait spontanément** avant qu'une décision ne soit rendue. Elle interdit aussi à l'assureur de refuser aux parties la consultation du dossier avant la prise d'une décision. L'accès au dossier fait en effet l'objet d'une disposition légale distincte⁴⁵, et la seconde phrase de l'art. 42 LPGA ne lui est pas applicable⁴⁶. 18

Comme Kieser⁴⁷ et Despland⁴⁸, nous pensons que le législateur n'a pas assez tenu compte des particularités de la procédure administrative en matière d'assurances sociales. La majorité des procédures concernent en effet des situations complexes, dans lesquelles l'établissement de l'état de fait prend du temps et nécessite la réunion de nombreuses pièces à caractère technique, en particulier des rapports médicaux. Cela vaut non seulement pour les décisions portant sur un droit aux prestations, mais aussi pour les décisions fixant les cotisations, notamment lorsqu'il s'agit de trancher la question de la nature (dépendante ou indépendante) de l'activité de la personne assujettie. Selon le temps pris par l'assureur pour instruire le cas et selon le volume du dossier, l'assuré n'aura, matériellement, pas suffisamment de temps pour en prendre connaissance, réunir d'éventuels éléments complémentaires et se déterminer dans le délai de 30 jours qui lui est imparti à cet effet⁴⁹. De fait, **l'effectivité de la garantie du droit d'être entendu est ainsi largement compromise par la seconde phrase de l'art. 42 LPGA**⁵⁰, ce qui ne semble pourtant pas correspondre à la volonté initiale du législateur⁵¹. 19

44 ATF 137 V 210, c. 3.4.1 et 3.4.2. Cela vaut aussi si l'expertise mise en œuvre ne porte que sur une seule ou sur deux disciplines médicales (ATF 139 V 349). Cf. art. 44 N 18 ss.

45 Art. 47 LPGA.

46 Dans le même sens, KIESER, ATSG-Kommentar, art. 42 N 41 ss. Il en va de même pour tous les aspects du droit d'être entendu qui font l'objet de dispositions distinctes. Toute autre interprétation de la systématique de la LPGA contreviendrait en effet à l'intérêt (public) à l'établissement correct de l'état de fait.

47 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 42 N 38 ss.

48 DESPLAND, 156 s.

49 Cf. art. 52 al. 1 LPGA.

50 Cf. DUPONT, Réplique, N 51. Cf. é.g. KIESER (ATSG-Kommentar, art. 42 N 39), qui souligne que pour certaines assurances sociales, l'entrée en vigueur de la LPGA a péjoré la situation de l'assuré.

51 Cf. Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4247: le législateur entendait bel et bien garantir aux parties un droit effectif d'être entendues avant qu'une décision ne soit rendue. Dans le même sens, KIESER, ATSG-Kommentar, art. 42 N 50 ss.

- 20 Notons que la seconde phrase de l'art. 42 LPGa **ne peut être invoquée dans le cadre d'une procédure en matière d'assurance-invalidité**⁵². En effet, l'exercice du droit d'être entendu y est formalisé par une procédure de préavis qui rend incontournable l'audition de l'assuré avant qu'une décision formelle ne soit rendue. Le Tribunal fédéral ayant par ailleurs statué sur le caractère prolongeable du délai prévu par l'art. 73^{ter} al. 1 RAI pour se déterminer sur le préavis émis par l'office AI conformément à l'art. 57a LAI⁵³, la situation de l'assuré est considérablement plus favorable dans cette branche des assurances sociales, sous l'angle temporel à tout le moins.

IV. Violation du droit d'être entendu

- 21 Le droit d'être entendu étant une garantie formelle⁵⁴, sa violation doit en principe conduire à l'annulation de la décision viciée, indépendamment de son contenu matériel⁵⁵, et au renvoi de la cause à l'assureur social, respectivement au tribunal cantonal des assurances ou au Tribunal administratif fédéral. Néanmoins, pour des motifs d'économie de procédure⁵⁶, les tribunaux admettent en principe régulièrement la guérison par l'autorité de recours de la violation du droit d'être entendu.
- 22 La guérison de la décision viciée par l'autorité de recours ne peut toutefois être admise qu'aux trois conditions suivantes⁵⁷:
- tout d'abord, il ne doit **pas s'agir de vices importants**, ni de l'accumulation de vices moyens ou de peu de gravité. Le Tribunal fédéral a qualifié de grave la violation des droits de l'assuré qui, durant un séjour à des fins de réhabilitation, avait été soumis à son insu à une expertise réalisée par les médecins qui lui prodiguaient des soins⁵⁸;
- 23 – ensuite, il faut que l'autorité supérieure ait un **pouvoir d'examen identique, sinon plus étendu, que l'autorité qui a rendu la décision viciée**. Dans le contexte des assurances sociales, les tribunaux cantonaux des assurances et le Tribunal administratif fédéral ont un plein pouvoir d'examen, en fait et en droit, des décisions qui leur sont déférées. Ils procèdent en pratique régulièrement à la guérison des violations du droit d'être entendu invoquées devant eux. Le Tribunal fédéral ne jouit d'un plein pouvoir d'examen, en fait et en droit, qu'en matière d'assurance-accidents et d'assurance militaire⁵⁹. Dans les autres branches des assurances sociales, son pouvoir d'examen est limité au droit. Le Tribunal fédéral admet ainsi régulièrement la guérison de jugements viciés lorsque la partie fait valoir que son droit d'être entendue a été violé sur une question de droit. Lorsque la violation invoquée porte sur une question de fait, le Tribunal fédéral rappelle souvent que s'agissant de l'établissement des faits, le grief de la violation du droit d'être entendu se confond avec celui de l'arbitraire⁶⁰. L'admission de ce dernier grief, difficile à démontrer, suppose un devoir accru de motivation de la

52 ATF 134 V 97, c. 2.8.

53 ATF 143 V 71, c. 4.3 (cf. art. 40 N 8).

54 ATF 132 V 387, c. 5.1; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 42 N 13; DUBEY/ZUFFEREY, N 1982.

55 ATF 126 V 130, c. 2b; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 42 N 13; DUBEY/ZUFFEREY, N 1984.

56 ATF 132 V 387, c. 5.1; Cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 1987. Ces auteurs mentionnent également que l'annulation de la décision viciée peut s'avérer contraire aux intérêts de l'administré (N 1986).

57 Cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 1988.

58 ATF 136 V 117, c. 4.2.2. Pour un autre exemple, en matière de fixation des primes LAA, cf. TAF, 22.8.2016, C-7202/2015.

59 Cf. art. 97 al. 2 LTF.

60 FF 2001 4000, 4135. TF, 4.1.2016, 9C_274/2015, c. 4.2.2; CORBOZ, art. 97 N 17 et 27 cf. art. 40 nbp 18.

part du recourant, ce qui permet bien souvent à notre Haute Cour de rejeter le moyen, en raison d'une motivation insuffisante ou de l'absence de démonstration du caractère arbitraire de la décision de première instance. Ce biais rend, de fait, pratiquement impossible pour l'assuré de tirer argument de la violation dont il a été victime⁶¹. Dans plusieurs arrêts récents, le Tribunal fédéral n'a cependant pas hésité à remettre à l'ordre des tribunaux cantonaux qui avaient renoncé à organiser des débats publics⁶², parfois sans motiver leur décision⁶³, annulant leurs jugements et leur renvoyant les causes concernées pour qu'ils procèdent à la mesure demandée;

- finalement, la guérison de la décision viciée ne doit pas entraîner d'autres désavantages pour l'assuré que la perte d'un degré de contrôle. 24

La violation du droit d'être entendu peut justifier l'allocation de dépens à l'assuré, même si celui-ci succombe en procédure de recours après guérison du vice formel⁶⁴. 25

Art. 43

Instruction de la demande

¹ L'assureur examine les demandes, prend d'office les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin. Les renseignements donnés oralement doivent être consignés par écrit.

² L'assuré doit se soumettre à des examens médicaux ou techniques si ceux-ci sont nécessaires à l'appréciation du cas et qu'ils peuvent être raisonnablement exigés.

³ Si l'assuré ou d'autres requérants refusent de manière inexcusable de se conformer à leur obligation de renseigner ou de collaborer à l'instruction, l'assureur peut se prononcer en l'état du dossier ou clore l'instruction et décider de ne pas entrer en matière. Il doit leur avoir adressé une mise en demeure écrite les avertissant des conséquences juridiques et leur impartissant un délai de réflexion convenable.

Abklärung

¹ Der Versicherungsträger prüft die Begehren, nimmt die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vor und holt die erforderlichen Auskünfte ein. Mündlich erteilte Auskünfte sind schriftlich festzuhalten.

² Soweit ärztliche oder fachliche Untersuchungen für die Beurteilung notwendig und zumutbar sind, hat sich die versicherte Person diesen zu unterziehen.

³ Kommen die versicherte Person oder andere Personen, die Leistungen beanspruchen, den Auskunft- oder Mitwirkungspflichten in unentschuldbarer Weise nicht nach, so kann der Versicherungsträger auf Grund der Akten verfügen oder die Erhebungen einstellen und Nichteintreten beschliessen. Er muss diese Personen vorher schriftlich mahnen und auf die Rechtsfolgen hinweisen; ihnen ist eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen.

Accertamento

¹ L'assicuratore esamina le domande, intraprende d'ufficio i necessari accertamenti e raccoglie le informazioni di cui ha bisogno. Le informazioni date oralmente devono essere messe per scritto.

61 La démonstration de l'arbitraire doit répondre à des exigences élevées et n'est que rarement admise (CORBOZ, art. 105 N 58 cf. art. 40 nbp 18).

62 TF, 1.9.2016, 9C_220/2016, c. 2.

63 TF, 21.6.2016, 9C_641/2015, c. 3 et 4.

64 TF, 15.1.2015, 8C_738/2014, c. 7.

² Se sono necessari e ragionevolmente esigibili esami medici o specialistici per la valutazione del caso, l'assicurato deve sottoporvisi.

³ Se l'assicurato o altre persone che pretendono prestazioni, nonostante un'ingiunzione, rifiutano in modo ingiustificato di compiere il loro dovere d'informare o di collaborare, l'assicuratore può, dopo diffida scritta e avvertimento delle conseguenze giuridiche e dopo aver impartito un adeguato termine di riflessione, decidere in base agli atti o chiudere l'inchiesta e decidere di non entrare in materia.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Evolution historique	5
C. Champ d'application	8
II. L'instruction de la demande	9
A. Le principe inquisitoire	9
B. Les moyens de preuve	13
C. Les faits notoires et les règles tirées de l'expérience	19
D. Le degré de la preuve	22
E. Le principe de la libre appréciation des preuves	26
F. L'absence de preuve	43
III. L'obligation de se soumettre à des examens médicaux ou techniques	47
IV. La violation de l'obligation de renseigner ou de collaborer	50
A. Un comportement inexcusable	51
B. Décision en l'état du dossier ou décision d'irrecevabilité	52
C. Procédure	57
V. Demande présentant un caractère d'extranéité	59

Bibliographie

AEBI-MÜLLER REGINA/EICKER ANDREAS/VERDE MICHEL, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation: Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, Jusletter du 3 mai 2010; CARDINAUX BASILE, Beweiserhebung im Ausland, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.) *Recht der Sozialen Sicherheit*, 214 ss; FLÜCKIGER THOMAS, Medizinische, insbesondere hausärztliche Berichte und ihre Beweiskraft: mit einem Seitenblick auf die medizinischen Gutachten, in Kieser/Flückiger (éd.), *Sachverhaltsabklärung in der Sozialversicherung*, St-Gall 2014, 114 ss; GÄCHTER THOMAS, Observationen im Sozialversicherungsrecht: Voraussetzungen und Schranken, in Weber (éd.), *HAVE Personen-Schaden-Forum 2011*, Zurich 2011, 179 ss (cité: Observationen); GEHRER LEO R., Zur Erhebung und Würdigung medizinischer Entscheidungsgrundlagen im Sozialversicherungsrecht, *RSJ* 2000 461 ss; KIESER UELI, Beweislosigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, in Kieser/Flückiger (éd.), *Sachverhaltsabklärung in der Sozialversicherung*, St-Gall 2014, 163 ss; KIESER UELI, Der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Sozialversicherungsrecht, in Riemer-Kafka (éd.), *Beweisfragen*, 71 ss; LENDFERS MIRIAM, Untersuchungsprinzip – Besonderheiten in der Sozialversicherung?, in Kieser/Flückiger (éd.), *Sachverhaltsabklärung in der Sozialversicherung*, St-Gall 2014, 9 ss; LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Beweismittel und Beweiswürdigung, in Riemer-Kafka (éd.), *Beweisfragen*, 31 ss (cité: Beweismittel); MEYER ULRICH, Die Beweisführung im Sozialversicherungsrecht, in Murer/Bär (éd.), *Nicht objektivierbare Gesundheitsbeeinträchtigungen*, Berne 2006, 199 ss; MÜLLER LUCIEN, Der Beizug von Observationsmaterial sowie von Videoaufzeichnungen Dritter im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, in Kieser/Flückiger (éd.), *Sachverhaltsabklärung in der Sozialversicherung*, St-Gall 2014, 59 ss.

I. Introduction

A. Généralités

Selon un principe général du droit des assurances sociales, l'assureur doit, après avoir préalablement défini quels étaient les faits pertinents pour la solution du litige, réunir de son propre chef, en collaboration avec la partie assurée, les pièces déterminantes pour l'établissement de l'état de fait, puis procéder à l'administration et à l'appréciation des preuves. **1**

Sous l'intitulé «Instruction de la demande», l'art. 43 LPGA cherche à traduire partiellement ce point central de la procédure en matière d'assurances sociales. Le premier alinéa inscrit dans la loi le principe inquisitoire, selon lequel il appartient à l'assureur d'établir d'office l'ensemble des faits déterminants pour la solution du litige et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires; il traite par ailleurs de la question – secondaire – des renseignements donnés par oral. Le deuxième alinéa évoque un aspect particulier du devoir de collaborer de la personne assurée, corollaire du principe inquisitoire. Quant au troisième alinéa, il règle les conséquences liées à un refus de collaborer de la personne assurée. **2**

La réglementation relative à la procédure d'instruction de la demande telle qu'elle est prévue dans la LPGA, singulièrement à l'art. 43 LPGA, n'est pas satisfaisante à plusieurs points de vue. Malgré son importance objective, le droit de la preuve ne fait pas l'objet d'une réglementation exhaustive. Mis à part quelques mentions isolées à certains moyens de preuve¹ et une disposition consacrée à l'expertise², la LPGA ne contient pas de catalogue détaillé des moyens de preuve admissibles ou de règles précises quant à leur administration et à leur appréciation. Pour plus de précisions, il y a lieu de se référer à la PA, à la PCF et à la jurisprudence. L'obligation de collaborer de la personne assurée est, quant à elle, réglée à la fois à l'art. 43 al. 2 LPGA – sous l'angle de l'obligation de se soumettre à des examens médicaux ou techniques – et, de manière plus exhaustive, à l'art. 28 LPGA, ce qui ne facilite pas la lecture de la loi. **3**

L'art. 43 LPGA, en tant qu'il entend réglementer la procédure d'instruction de la demande, est une disposition incomplète et imparfaite³. **4**

B. Evolution historique

1. Origine de la règle

Dans le cadre des travaux préparatoires, l'art. 43 LPGA n'a pas donné lieu à de grands débats. Seule la question de la violation du devoir de collaborer a fait l'objet de discussions. Si la Commission du Conseil des Etats avait initialement repris la proposition de la Société suisse du droit des assurances, aux termes de laquelle l'assureur pouvait clore l'instruction, décider de ne pas entrer en matière ou se prononcer en l'état du dossier⁴, le Conseil fédéral a proposé une formulation davantage compatible avec le principe de la **5**

1 Art. 28 al. 2 LPGA (renseignements donnés par la personne assurée); art. 28 al. 3 LPGA (renseignements donnés par des tiers); art. 29 al. 2 LPGA (formules destinées à faire valoir et à établir le droit aux prestations); art. 43 al. 1 LPGA (renseignements oraux); art. 43 al. 2 LPGA (examens médicaux ou techniques).

2 Art. 44 LPGA.

3 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 43 N 4.

4 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 256.

proportionnalité, en inversant l'ordre des priorités: statuer en l'état du dossier ou, si cela n'était pas possible, refuser d'entrer en matière⁵. La Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national a repris cette formulation, en précisant toutefois que les sanctions procédurales ne pouvaient être imposées qu'après une mise en demeure appropriée⁶.

2. *Projet de révision*

- 6 Dans le cadre du projet «Développement continu de l'assurance-invalidité», le Conseil fédéral propose d'ajouter un al. 1^{bis} à l'art. 43 LPGA dont la teneur serait la suivante: «L'assureur détermine la nature et l'étendue des mesures d'instruction nécessaires».
- 7 Selon les explications données à l'appui du Message du Conseil fédéral, il convient par le biais de cette disposition de préciser que la compétence décisionnelle en matière d'instruction revient à l'assureur, afin que celui-ci puisse ordonner aussi rapidement que possible et sans retard les mesures d'instruction nécessaires et déterminantes⁷. Dans la mesure où cette disposition ne fait qu'exprimer en d'autres termes ce qui figure déjà à l'art. 43 al. 1 LPGA, la précision proposée par le Conseil fédéral apparaît superflue.

C. Champ d'application

- 8 Selon la lettre de l'art. 43 LPGA, cette disposition s'applique aux demandes de prestations. Dans la mesure toutefois où le principe inquisitoire est un principe de portée générale dans le domaine des assurances sociales, il y a lieu d'admettre que les considérations en lien avec l'instruction de la demande sont également applicables en matière d'assujettissement ou de cotisations.

II. L'instruction de la demande

A. Le principe inquisitoire

- 9 En matière d'assurances sociales, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel il appartient à l'assureur d'établir d'office l'ensemble des faits déterminants et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires⁸. L'assureur n'est lié ni par les faits allégués, ni par les faits admis, ni par les moyens de preuve invoqués par la personne assurée; il ordonne d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits pertinents⁹. Sous réserve des mesures d'instruction complémentaires induites par la procédure d'opposition, l'assureur doit établir l'état de fait déterminant avant de rendre sa décision ou son préavis et ne peut pas renvoyer cette tâche à la procédure subséquente¹⁰.
- 10 Sont considérés comme **nécessaires** tous les moyens de preuve qui permettent d'établir les faits pertinents pour l'application du droit. Si l'assureur dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix des mesures d'instruction qu'il souhaite mettre en œuvre, il n'est pas habilité à ordonner n'importe quel moyen de preuve. Il doit veiller à

5 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 927.

6 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4248.

7 FF 2017 2363, 2506.

8 Voir également art. 57 al. 3 LAI.

9 ATF 117 V 282, c. 4a.

10 ATF 132 V 368, c. 5.

agir de manière objective et impartiale, en gardant à l'esprit l'intérêt général à une gestion économique et rationnelle de l'assurance¹¹. Ainsi, l'assureur n'est pas autorisé à recueillir un nouvel avis (« *second opinion* ») sur les faits déjà établis par une expertise, lorsque les conclusions de celle-ci ne lui conviennent pas¹².

Lorsque la mise en œuvre d'un moyen de preuve appelle un certain comportement (actif ou passif) de la part de la personne assurée, il convient par ailleurs d'examiner, conformément au principe de proportionnalité, si ce comportement peut être raisonnablement exigé. L'examen du caractère **raisonnablement exigible** d'une mesure d'instruction requiert que soit pris en considération l'ensemble des circonstances objectives et subjectives du cas particulier. Le terme « subjectif » ne signifie toutefois pas que l'appréciation subjective de la personne assurée sur ce qui peut encore être raisonnablement exigé de sa part est déterminante. Il y a lieu, au contraire, d'évaluer si les circonstances subjectives (telles que l'âge de la personne assurée, son état de santé ou ses expériences antérieures) autorisent, sur un plan objectif, la mesure requise¹³. Les examens auxquels la personne assurée est tenue de se soumettre dans le cadre d'une expertise médicale doivent en règle générale être considérés comme exigibles¹⁴, sauf s'ils représentent un risque trop important pour la santé¹⁵. 11

L'assureur n'a pas à épuiser toutes les possibilités d'investigations, s'il estime, par une appréciation anticipée des preuves fournies par les investigations auxquelles il a déjà procédé, que certains faits présentent le degré de preuve requis par les circonstances et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation¹⁶. A l'inverse, l'assureur ne peut renoncer à mettre en œuvre des mesures d'instruction complémentaires, lorsqu'il apparaît, sur la base du dossier ou des allégations de la personne assurée, que les faits pertinents n'ont pas été établis de manière correcte et complète ou qu'il existe des contradictions insurmontables¹⁷. 12

B. Les moyens de preuve

Mis à part quelques mentions isolées à certains moyens de preuve (cf. n. 1) et une disposition consacrée à l'expertise¹⁸, la LPGA ne contient pas de catalogue détaillé des moyens de preuve admissibles dans la procédure en matière d'assurances sociales. Il y a lieu d'appliquer à titre subsidiaire les dispositions de la PA (art. 12 PA en corrélation avec l'art. 55 al. 1 LPGA) ainsi que celles de la PCF (art. 37, 39 à 41 et 43 à 61 PCF en corrélation avec l'art. 19 PA). Les moyens de preuve peuvent être classés en différentes catégories: 13

11 TF, 30.6.2009, 9C_1012/2008, c. 3.2.1.

12 TF, 29.5.2007, U 571/06, c. 4.2.

13 Voir ATF 134 V 64, c. 4.2.1 et c. 4.2.2.

14 TF, 26.11.2012, 9C_732/2012, c. 4.2 (contrôle de la concentration sérique des médicaments administrés); TF, 8.10.2008, 9C_621/2007, c. 5 (établissement d'un profil ADN); voir également TF, 28.3.2007, I 988/06, c. 4.2.

15 TF, 3.11.2009, 8C_528/2009, c. 7.2.

16 ATF 131 I 153, c. 3; ATF 124 V 94, c. 4b.

17 ATF 110 V 48, c. 4a; TF, 28.4.2017, 8C_794/2016, c. 4.2.

18 Art. 44 LPGA.

1. Les renseignements des parties

- 14** Les renseignements sont toutes les indications – orales et écrites – propres à prouver les faits pertinents données par la personne dont les droits ou les obligations découlent du droit des assurances sociales¹⁹. L'art. 43 al. 1 LPGa précise que les renseignements doivent être consignés par écrit lorsqu'ils sont donnés oralement²⁰. Faute de base légale, l'assureur n'a en revanche pas la possibilité de procéder à un interrogatoire formel de la personne assurée²¹.

2. Les renseignements de tiers

- 15** Les renseignements de tiers sont toutes les indications – orales et écrites – données par une personne ou une institution propres à prouver les faits pertinents. Si les renseignements sont donnés oralement, ils doivent être consignés par écrit. Ils peuvent émaner des employeurs, des médecins, des assurances (sociales et privées), des organes officiels ou de toute autre personne dont le témoignage apparaît utile à l'établissement des faits. La personne assurée est tenue d'autoriser lesdites personnes ou institutions à donner les renseignements requis²². En règle générale, la demande de renseignements prendra la forme d'un questionnaire envoyé par l'assureur à la personne ou à l'institution concernée. A l'exception de l'assurance militaire²³, la procédure administrative en matière d'assurances sociales ne permet pas d'entendre un tiers en qualité de témoin²⁴.

3. Les titres

- 16** Par titres, il faut entendre tous les documents – écrits, dessins, plans, photographies, films, enregistrements sonores, fichiers électroniques et données analogues – propres à prouver des faits pertinents.

4. La vision locale

- 17** D'office ou à la demande de la personne assurée, l'assureur peut procéder à une vision locale, aux fins de constater directement des faits – par le biais des sens de la vue, de l'ouïe, du toucher, de l'odorat et du goût – ou d'acquérir une meilleure connaissance des circonstances de la cause²⁵. Dans la procédure en matière d'assurances sociales, la notion de vision locale doit être comprise de façon large. Elle inclut aussi bien la visite de lieux²⁶ au sens strict que des mesures d'inspection que l'assureur met en œuvre lui-même²⁷ ou dont il délègue la réalisation²⁸. Les informations recueillies au cours d'une vision locale doivent être transcrites dans un document (rapport, procès-verbal, etc.). Outre les cas où

19 Cf. art. 28 al. 2 LPGa. Voir également KIESER, ATSG-Kommentar, art. 28 N 47 s.

20 Voir également ATF 117 V 282, c. 4c.

21 L'art. 19 PA ne prévoit pas de renvoi à l'art. 62 PCF.

22 Cf. art. 28 al. 3 LPGa.

23 Art. 88 LAM.

24 Art. 55 al. 1 LPGa en corrélation avec l'art. 14 al. 1 PA *a contrario*.

25 ATF 121 V 150, c. 4b.

26 FRÉSARD JEAN-MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, L'assurance-accidents obligatoire, *in* Meyer (éd.), SBVR, 1132 N 874.

27 P.ex., les examens cliniques réalisés par un médecin du SMR ou les rapports établis à la suite d'une enquête économique sur le ménage, d'une enquête économique pour les indépendants ou d'une enquête relative à l'impotence.

28 P.ex., les préavis de la Fédération suisse de consultation en moyens auxiliaires pour personnes handicapées et âgées (FSCMA).

la personne dont les droits ou les obligations découlent du droit des assurances sociales est l'objet même de la vision locale, celle-ci a le droit de participer à la mesure d'instruction²⁹. Elle ne peut être exclue de la vision locale que si des intérêts dignes de protection de tiers ou de l'Etat ou une situation d'urgence particulière le requièrent ou encore si la mesure ne peut atteindre son but que si elle est effectuée sans avertissement³⁰.

5. L'expertise

L'expertise a pour tâche d'informer l'assureur sur des règles d'expérience ou sur des notions relevant du domaine de spécialisation de l'expert, d'élucider des questions de fait dont la vérification et l'appréciation exigent des connaissances spéciales – scientifiques, techniques ou professionnelles – ou de tirer, sur la base des connaissances de l'expert, des conclusions sur des faits existants³¹. Le rôle de l'expertise ne se limite pas uniquement au domaine médical, mais s'étend à toutes les questions qui nécessitent de recourir à l'aide d'un spécialiste³². L'expertise fait l'objet de développements exhaustifs dans le commentaire consacré à l'art. 44 LPGa.

18

C. Les faits notoires et les règles tirées de l'expérience

Outre les moyens de preuve mentionnés au chapitre précédent, l'assureur peut s'appuyer sur toute une série de faits notoires et de règles tirées de l'expérience qui ne nécessitent pas d'instruction particulière.

19

1. Les faits notoires

Les faits notoires sont ceux dont l'existence est certaine au point d'emporter la conviction de l'assureur, qu'il s'agisse de faits connus de manière générale du public (« *allgemeinkundige Tatsachen* »)³³ ou seulement de l'assureur (« *amtskundige Tatsachen* »)³⁴. Pour être notoire, un renseignement ne doit pas être constamment présent à l'esprit; il suffit qu'il puisse être contrôlé dans des publications accessibles à chacun³⁵.

20

2. Les règles tirées de l'expérience

Les règles tirées de l'expérience (ou présomption naturelle) sont des jugements de probabilité fondés sur des expériences tirées d'autres cas et pouvant, pour cette raison, prétendre à une application générale dans des cas similaires; dans ces situations, les règles d'expérience, à savoir l'expérience générale de la vie et les autres critères d'expérience tirés des domaines du savoir, des sciences ou des techniques, atteignent un tel degré de généralité et d'abstraction qu'elles assument la même fonction normative que des règles juridiques, de

21

29 Art. 56 al. 3 PCF.

30 ATF 121 V 150, c. 4b; S'agissant des mesures de surveillance, cf. N 39 ss.

31 ATF 118 Ia 144, c. 1c.

32 P.ex., les expertises comptables ou les expertises mises en œuvre afin de reconstituer les circonstances d'un accident.

33 P.ex., les faits contenus dans les registres publics (registre du commerce; registre foncier; registre de l'état civil), certains titres authentiques ou les résultats de l'Enquête suisse sur la structure des salaires réalisée par l'Office fédéral de la statistique.

34 P.ex., les descriptions de poste de travail (DPT) établies par la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents ou les statistiques établies sur la base du *pool* des données de santé-suisse.

35 ATF 135 III 88, c. 4.1.

sorte qu'elles relèvent du domaine du droit. Ainsi, la jurisprudence a dégagé de très nombreuses présomptions en lien avec la problématique de la causalité naturelle entre un événement accidentel et une problématique médicale particulière ou en lien avec l'évolution du revenu sans invalidité à la suite de la survenance d'un cas d'assurance³⁶.

D. Le degré de la preuve

- 22 Selon la jurisprudence, l'assureur ne doit considérer un fait comme prouvé que lorsqu'il est convaincu de sa réalité³⁷.
- 23 Dans la procédure en matière d'assurances sociales, l'assureur fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de **vraisemblance prépondérante**. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération³⁸. Cet allègement du fardeau de la preuve trouve son fondement dans l'idée que la mise en œuvre du droit ne doit pas échouer en raison d'exigences probatoires trop élevées. Les impératifs de l'administration de masse rendent difficilement exigible une preuve stricte, au risque sinon de conduire à une surcharge de l'administration et à un allongement des procédures. Par ailleurs, certains faits ne peuvent, par leur nature, pas être établis par preuve stricte, mais uniquement par une preuve indirecte ou par indices³⁹. Le décès de la personne assurée en cours de procédure ne saurait constituer un motif supplémentaire d'allègement de la preuve, dès lors que la règle de la vraisemblance prépondérante constitue déjà une restriction du degré de la preuve requis⁴⁰.
- 24 Dans certaines situations particulières, la loi⁴¹ et la jurisprudence⁴² exigent que la **preuve stricte** soit apportée; s'il n'y a pas lieu d'exiger une certitude absolue, l'assureur ne doit toutefois plus concevoir de doute sérieux quant à l'existence du fait allégué ou, si certains doutes subsistent, ils doivent apparaître comme faibles. A l'inverse, la loi⁴³ et la jurisprudence⁴⁴ se contentent parfois d'une **simple vraisemblance**; un fait est vraisemblable lorsque certains éléments parlent en faveur de son existence, même si l'assureur tient encore pour possible que ce fait ne se soit pas produit.
- 25 Toute tentative de vouloir quantifier – en fonction de pourcentages fixes – les différents degrés de preuve doit être rejetée⁴⁵.

36 Pour des exemples, voir LEUZINGER-NAEF, Beweismittel, 42 et MÜLLER L., 341.

37 ATF 119 V 7, c. 3c/aa.

38 ATF 135 V 39, c. 6.1.

39 P.ex., la causalité hypothétique.

40 TF, 22.1.2007, I 455/06, c. 4.2.

41 P.ex., art. 141 al. 3 RAVS (rectification d'une inscription au compte individuel; ATF 117 V 261), art. 9 al. 2 LAA (existence d'une maladie professionnelle; ATF 126 V 183, c. 2b), art. 5 al. 2 LAM (existence d'une affection préalable).

42 Preuve de l'observation du délai de recours (ATF 119 V 7, c. 3c/bb).

43 P.ex., art. 49 al. 2 LPGA (condition à la remise d'une décision en constatation), art. 87 al. 2 et 3 RAI (condition pour l'entrée en matière sur une demande de révision ou une nouvelle demande).

44 Preuve de la prévention (ATF 120 V 357, c. 3a).

45 Sur la question, MÜLLER L., 295; voir néanmoins ATF 126 V 183, c. 2b et TFA, 19.10.2001, U 50/2001, c. 2b.

E. Le principe de la libre appréciation des preuves

1. Notion

La procédure en matière d'assurances sociales est régie par le principe de la libre appréciation des preuves⁴⁶. L'appréciation des preuves est libre en ce sens qu'elle n'obéit pas à des règles de preuves légales prescrivant à quelles conditions l'autorité devrait admettre que la preuve a abouti et quelle valeur probante elle devrait reconnaître aux différents moyens de preuve les uns par rapport aux autres. L'appréciation doit cependant être complète et rigoureuse: l'assureur doit examiner objectivement tous les documents à sa disposition, quelle que soit leur provenance, avant de décider s'ils permettent de rendre une décision valable sur le droit litigieux. Si l'assureur n'entend pas faire entièrement droit à la demande de l'assuré, il doit alors indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur un point de vue plutôt que sur un autre. 26

Le droit à une procédure équitable, consacré à l'art. 29 al. 1 Cst., interdit en principe l'utilisation d'un moyen de preuve obtenu de manière illicite. Cette interdiction ne vaut cependant pas de manière absolue. La jurisprudence admet qu'une preuve obtenue de manière contraire au droit puisse être prise en considération si elle a pu être recueillie de façon légale. Dans ce cas, la jurisprudence exige de procéder à une pesée d'intérêts entre, d'une part, l'intérêt public à la manifestation de la vérité et au respect du droit et, d'autre part, l'intérêt de la personne concernée à ce que le moyen de preuve ne soit pas exploité⁴⁷. 27

2. L'appréciation des moyens de preuve médicaux

Eu égard à l'importance considérable que joue l'appréciation des moyens de preuve médicaux dans le domaine des assurances sociales, le Tribunal fédéral a développé une vaste jurisprudence en la matière⁴⁸. Celle-ci pose comme principe de base qu'un assureur ne saurait se départir d'un rapport médical lorsqu'il est établi par des spécialistes reconnus sur la base d'observations approfondies et d'investigations complètes, en pleine connaissance du dossier et lorsqu'aucun indice concret ne permet de douter de son bien-fondé. Avant de conférer pleine valeur probante à un rapport médical, l'assureur doit ainsi s'assurer que les points litigieux ont fait l'objet d'une étude circonstanciée, que le rapport se fonde sur des examens complets, qu'il prend également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, qu'il a été établi en pleine connaissance de l'anamnèse, que la description du contexte médical et l'appréciation de la situation médicale sont claires et enfin que les conclusions sont dûment motivées⁴⁹. Autrement dit, pour pouvoir être pris en considération, un rapport médical doit être complet, compréhensible et concluant⁵⁰. 28

Les compétences respectives entre l'autorité chargée d'appliquer le droit et la personne chargée d'examiner la situation d'un point de vue médical doivent toutefois être respectées⁵¹. Il n'appartient pas à l'assureur de remettre en cause le diagnostic retenu par un médecin et de poser de son propre chef des conclusions qui relèvent de la science et des 29

46 Art. 40 PCF en corrélation avec les art. 19 PA et 55 al. 1 LPGA.

47 ATF 143 I 377, c. 5; ATF 139 II 95, c. 3.1; ATF 120 V 435, c. 3b.

48 Pour un compte rendu exhaustif, MÜLLER L., 309 ss.

49 ATF 125 V 351, c. 3a et les références citées.

50 GLANZMANN-TARNUTZER, 79.

51 ATF 140 V 193, c. 3.2.

tâches du corps médical, ce d'autant moins lorsque celles-ci ne sont corroborées par aucune pièce médicale versée au dossier et qu'elles s'opposent à l'appréciation de son service médical. Si un doute subsiste quant au bien-fondé des conclusions matérielles d'un rapport médical, il convient bien plutôt d'interpeller le médecin concerné, afin qu'il apporte les précisions requises, ou de mettre en œuvre une mesure d'instruction complémentaire⁵².

3. Les lignes directrices

30 A côté des principes généraux susmentionnés, la jurisprudence a fixé des lignes directrices concernant la manière d'apprécier certains types d'expertises ou de rapports médicaux :

a) L'expertise confiée à un médecin indépendant

31 Lorsqu'une expertise est établie par un spécialiste reconnu, sur la base d'observations approfondies et d'investigations complètes ainsi qu'en pleine connaissance du dossier et que l'expert aboutit à des résultats convaincants, l'assureur ne saurait écarter ce moyen de preuve aussi longtemps qu'aucun indice concret ne permet de douter de son bien-fondé⁵³. Une expertise réalisée dans un cadre pluridisciplinaire ne doit pas nécessairement être écartée lorsque les circonstances nécessitent de dénier toute valeur probante à un volet de l'expertise et de requérir un nouvel avis médical (expertal ou non) dans la spécialité concernée⁵⁴.

b) Le rapport établi par le service médical d'un assureur

32 Le rapport médical établi à la suite d'un examen clinique effectué par le service médical d'un assureur⁵⁵ a également pleine valeur probante s'il répond aux exigences formelles requises par la jurisprudence. Le simple fait que le médecin consulté est lié à l'assureur par un rapport de travail ne permet pas encore de douter de l'objectivité de son appréciation ou de le soupçonner de prévention. La jurisprudence pose toutefois des exigences sévères à l'appréciation des preuves. Si l'avis d'un médecin traitant ou d'un expert privé auquel on peut également attribuer un caractère probant laisse subsister des doutes même faibles quant à la fiabilité et à la pertinence de l'appréciation du service médical d'un assureur, l'instruction doit être complétée par une expertise réalisée par un médecin indépendant conformément à la procédure prévue à l'art. 44 LPG⁵⁶.

c) L'appréciation effectuée par le service médical d'un assureur sur la base du dossier

33 L'appréciation effectuée sur la base du dossier⁵⁷ a pour fonction d'opérer la synthèse des renseignements médicaux versés au dossier et de prodiguer des recommandations quant à la suite à donner au dossier sur le plan médical. En tant qu'il ne contient aucune observation clinique, le rapport de synthèse se distingue d'une expertise médicale réalisée par un médecin indépendant ou d'un examen clinique effectué par le service médical d'un assureur. On ne saurait toutefois dénier toute valeur probante à un rapport de synthèse, dès

52 TF, 13.4.2007, I 1080/06, c. 4.2.

53 ATF 125 V 351, c. 3b/bb.

54 TF, 21.3.2017, 8C_747/2017, c. 2.2.4; TF, 8.2.2012, 9C_687/2011, c. 3.2.2.

55 Art. 49 al. 2 RAI.

56 ATF 139 V 225, c. 5.2; ATF 135 V 465, c. 4; ATF 125 V 351, c. 3b/ee.

57 Art. 59 al. 2^{bis} LAI en corrélation avec l'art. 49 al. 1 RAI.

lors qu'il contient des informations utiles à la prise de décision de l'assureur sous forme d'un résumé de la situation médicale et d'une appréciation de celle-ci⁵⁸.

d) Le rapport établi par un médecin traitant

L'assureur doit tenir compte du fait que selon l'expérience, le médecin traitant est généralement enclin, en cas de doute, à prendre parti pour son patient en raison de la relation de confiance qui l'unit à ce dernier⁵⁹. Un médecin traitant a naturellement le souci d'éviter tout ce qui pourrait perturber son travail et souhaite notamment éviter de provoquer chez son patient un ressentiment qui rendrait sa mission plus difficile ou même impossible⁶⁰.

34

e) L'expertise privée

Le simple fait qu'une expertise est établie à la demande d'une partie ne justifie pas, en soi, des doutes quant à sa valeur probante⁶¹. Pour autant, elle n'a pas la même valeur qu'une expertise réalisée par un médecin indépendant conformément aux règles de procédure applicables. Le juge est toutefois tenu d'examiner si elle est propre à mettre en doute, sur les points litigieux importants, l'opinion ou les conclusions de l'expert mandaté par l'assureur⁶².

35

4. *Autres principes en matière d'appréciation*

a) Les déclarations de la première heure

Il peut arriver que les déclarations successives de la personne assurée soient contradictoires. En pareilles circonstances, il convient de retenir la première affirmation qui correspond généralement à celle que la personne intéressée a faite alors qu'elle n'était pas consciente de ses conséquences juridiques, les nouvelles explications pouvant être, consciemment ou non, le produit de réflexions ultérieures⁶³.

36

b) Les rapports établis à la suite d'une enquête effectuée à domicile

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une enquête⁶⁴ effectuée au domicile de la personne assurée constitue en règle générale une base appropriée et suffisante pour évaluer les faits qui ont donné lieu à la mise en œuvre de cette mesure. En ce qui concerne la valeur probante d'un tel rapport d'enquête, il est essentiel qu'il ait été élaboré par une personne qualifiée qui a connaissance de la situation locale et spatiale, ainsi que des empêchements et des handicaps résultant des diagnostics médicaux. Il s'agit en outre de tenir compte des indications de la personne assurée et de consigner les opinions divergentes des participants. Enfin, le contenu du rapport doit être plausible, motivé, rédigé de façon suffisamment détaillée en ce qui concerne les diverses limitations et correspondre aux indications relevées sur place. Lorsque le rapport constitue une base fiable de décision, l'assureur ne saurait remettre en cause l'appréciation de l'auteur de l'enquête que si elle

37

58 TF, 26.1.2012, 9C_542/2011, c. 4.1; TF, 14.9.2007, I 143/07, c. 3.3.

59 ATF 125 V 351, c. 3b/cc.

60 ATF 124 I 170, c. 4.

61 ATF 125 V 351, c. 3b/dd.

62 ATF 125 V 351, c. 3c.

63 ATF 121 V 45, c. 2a.

64 P.ex., les rapports établis à la suite d'une enquête économique sur le ménage, d'une enquête économique pour les indépendants ou d'une enquête relative à l'impotence.

repose sur des erreurs manifestes. Le seul fait que la personne désignée pour procéder à l'enquête se trouve dans un rapport de subordination vis-à-vis de l'assureur ne permet pas de conclure à son manque d'objectivité et à son parti pris. Il est nécessaire qu'il existe des circonstances particulières qui permettent de justifier objectivement les doutes émis quant à l'impartialité de l'évaluation⁶⁵.

- 38 Compte tenu de sa nature, l'enquête effectuée à domicile est en premier lieu un moyen approprié pour évaluer l'étendue d'empêchements dus à des limitations physiques; elle garde cependant valeur probante lorsqu'il s'agit d'estimer les empêchements que la personne assurée rencontre en raison de troubles d'ordre psychique. Toutefois, en présence de tels troubles, et en cas de divergences entre les résultats de l'enquête et les constatations d'ordre médical, celles-ci ont, en règle générale, plus de poids que l'enquête à domicile⁶⁶. Une telle priorité de principe est justifiée par le fait qu'il est souvent difficile pour la personne chargée de l'enquête à domicile de reconnaître et d'apprécier l'ampleur de l'atteinte psychique et les empêchements en résultant⁶⁷.

c) Les mesures de surveillance

- 39 Le Tribunal fédéral a jugé admissible la mesure d'instruction consistant à faire surveiller ou observer la personne assurée afin d'obtenir des renseignements sur son comportement ou sur les activités qu'elle exerce⁶⁸. Le résultat de cette observation, sous la forme d'un rapport de surveillance, assorti en règle générale de prises de vue (photo ou vidéo), constitue un moyen de preuve que l'assureur est en droit d'utiliser. L'observation doit être objectivement commandée par les circonstances, ce qui signifie qu'il doit exister des indices concrets qui font douter de la matérialité de certains faits⁶⁹. Constituent par exemple de tels indices le comportement contradictoire de la personne assurée, des doutes sur sa sincérité (éventuellement mis en évidence par les indications ou les observations de tiers) ou des inconsistances résultant d'un examen médical (exagération des symptômes, simulation ou traces d'automutilation)⁷⁰. Conformément au principe de la proportionnalité, la mesure de surveillance doit cependant se limiter aux aspects nécessaires à l'examen du droit aux prestations. Elle ne peut en outre concerner que des faits qui se déroulent dans l'espace public et qui peuvent être perçus par tout un chacun, à l'exclusion de faits qui se déroulent dans la sphère intime de la personne assurée⁷¹. En ce qui concerne l'appréciation d'un rapport de surveillance, le Tribunal fédéral a précisé qu'il ne pouvait constituer à lui seul un fondement sûr pour constater les faits relatifs à l'état de santé ou à la capacité de travail de la personne assurée. Tout au plus pouvait-il fournir des points de repères ou conduire à certaines suppositions; seule l'évaluation par un médecin du matériel d'observation pouvait apporter une connaissance certaine des faits pertinents⁷².

65 ATF 140 V 543, c. 3.2.1; ATF 133 V 450, c. 11.1.1; ATF 130 V 61; ATF 128 V 93.

66 TF, 13.6.2008, 8C_671/2007, c. 3.2.1.

67 TF, 29.10.2009, 9C_108/2009, c. 4.1.

68 ATF 135 I 169, c. 4 et 5.

69 En règle générale, l'observation a pour objet la réalité des troubles de la santé ou de l'incapacité de travail allégués.

70 ATF 137 I 327, c. 5.4.2.1.

71 Ce qui constituerait une violation de l'art. 179^{quater} CP; ATF 135 I 169, c. 4.3; voir néanmoins ATF 137 I 327, c. 6.2.

72 TF, 8.12.2011, 8C_434/2011, c. 4.2.

Saisie d'un recours relatif à cette problématique, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la Suisse ne disposait pas d'une base légale suffisante pour la surveillance ou l'observation de personnes assurées. Selon elle, le droit interne suisse ne précisait pas de manière suffisamment claire l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir conféré aux compagnies d'assurances – agissant en tant qu'autorités publiques – de faire surveiller secrètement des assurés⁷³. Pour autant, à la question de savoir si le matériel recueilli dans le cadre d'une observation illicite pouvait être utilisé en tant que moyen de preuve, le Tribunal fédéral a précisé, postérieurement à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, qu'il était nécessaire de procéder à une pesée des intérêts entre, d'une part, l'intérêt de la personne concernée à ce que le moyen de preuve ne soit pas exploité et, d'autre part, l'intérêt public à empêcher les abus dans l'assurance et, partant, a admis que le rapport d'observation puisse être pris en compte dans le cadre de l'appréciation des preuves (N 27)⁷⁴.

40

Le 16 mars 2018, l'Assemblée fédérale a modifié la LPGa et adopté les bases légales autorisant les assureurs à effectuer des observations sur des personnes dont il est permis de supposer qu'elles perçoivent ou tentent de percevoir indûment des prestations des assurances sociales⁷⁵. Pour l'heure la date de l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions ainsi que le contenu des dispositions d'application ne sont pas connus.

41

73 Cour EDH, 18.10.2016, *Vukota-Bojic c. la Suisse*; voir également MOSER-SZELESS, 142 ss, et GÄCHTER, *Observationen*, 204 s. A noter que dans le cadre des travaux de révision de la LAA initiés en 2008, le Conseil fédéral avait déjà proposé l'introduction d'une base légale pour la surveillance (art. 44a LPGa; FF 2008 4877, 4926).

74 ATF 143 I 377, c. 5.

75 Art. 43a Observation

¹ L'assureur peut observer secrètement un assuré et, à cette fin, effectuer des enregistrements visuels et sonores ou utiliser des instruments techniques visant à le localiser aux conditions suivantes:

- a. il dispose d'indices concrets laissant présumer qu'un assuré perçoit ou tente de percevoir indûment des prestations;
- b. sans mesure d'observation, les mesures d'instruction n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles.

² Une personne assumant une fonction de direction, dans le domaine dont relève le cas à traiter ou dans le domaine des prestations de l'assureur, a la compétence d'ordonner l'observation.

³ Le recours à des instruments techniques visant à localiser un assuré est soumis à autorisation.

⁴ L'assuré ne peut être observé que dans les cas suivants:

- a. il se trouve dans un lieu accessible au public, ou
- b. il se trouve dans un lieu qui est librement visible depuis un lieu accessible au public.

⁵ Une observation peut avoir lieu sur 30 jours au maximum au cours d'une période de six mois à compter du premier jour d'observation. Cette période peut être prolongée de six mois au maximum si des motifs suffisants le justifient.

⁶ L'assureur peut confier l'observation à des spécialistes externes. Ces derniers sont soumis au devoir de garder le secret conformément à l'art. 33 et ont l'interdiction d'utiliser à d'autres fins les informations recueillies dans le cadre de leur mandat. L'assureur peut exploiter le matériel recueilli lors d'une observation réalisée par un autre assureur au sens de la présente loi ou d'un assureur au sens de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances ou réalisées sur mandat de ceux-ci, pour autant que cette observation ait respecté les conditions prévues aux al. 1 à 5.

⁷ L'assureur informe la personne concernée du motif, de la nature et de la durée de l'observation, au plus tard avant de rendre la décision qui porte sur la prestation.

⁸ Si l'observation n'a pas permis de confirmer les indices visés à l'al. 1, let. a, l'assureur: a. rend une décision concernant le motif, la nature et la durée de l'observation effectuée;

5. Portée des lignes directrices et des principes en matière d'appréciation des preuves

- 42 L'existence de lignes directrices et, plus généralement, de principes en matière d'appréciation des preuves ne remet pas en cause la primauté du principe de la libre appréciation de celles-ci. Par le biais des lignes directrices, la jurisprudence n'a jamais entendu créer une hiérarchie rigide entre les différents moyens de preuve disponibles⁷⁶. L'appréciation d'un état de fait déterminé ne saurait par conséquent consister à trancher, sur la base de critères formels, la question de savoir quel est parmi les moyens de preuve versés au dossier celui qui remplit au mieux les critères définis par la jurisprudence en matière de valeur probante. Si la provenance et la qualité formelle sont des facteurs permettant d'apprécier la portée d'un moyen de preuve, seul en définitive le contenu matériel de celui-ci permet de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Un rapport médical ne saurait ainsi être écarté pour la simple et unique raison qu'il a été établi à la demande d'une partie; le fait qu'il émane du médecin traitant, qu'il a été établi par un médecin se trouvant dans un rapport de subordination vis-à-vis d'un assureur ou qu'il s'agit d'une expertise privée ne justifie pas, en soi, des doutes quant à sa valeur probante⁷⁷.

b. détruit le matériel recueilli lors de l'observation après l'entrée en force de la décision si l'assuré n'a pas expressément demandé que celui-ci soit conservé dans le dossier.

⁹ Le Conseil fédéral règle:

- a. la procédure selon laquelle l'assuré peut consulter le matériel complet recueilli lors de l'observation;
- b. la conservation et la destruction du matériel recueilli;
- c. les exigences à l'endroit des spécialistes chargés de l'observation.

Art. 43b Observation: autorisation du recours à des instruments techniques de localisation

¹ Lorsque l'assureur envisage d'ordonner une mesure d'observation avec des instruments techniques visant à localiser l'assuré, il adresse au tribunal compétent une demande contenant les éléments suivants:

- a. l'indication du but spécifique de la mesure d'observation;
- b. les données relatives aux personnes concernées par la mesure d'observation;
- c. les modalités prévues de la mesure d'observation;
- d. la justification de la nécessité du recours aux instruments techniques visant à localiser l'assuré ainsi que les raisons pour lesquelles, sans le recours à ces instruments, les mesures d'instruction sont restées vaines, n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles;
- e. l'indication du début et de la fin de la mesure d'observation et le délai dans lequel elle doit être mise en œuvre;
- f. les pièces essentielles au traitement de la demande.

² Le président de la cour compétente du tribunal compétent statue en tant que juge unique dans les cinq jours ouvrables à compter de la réception de la demande de l'assureur en indiquant brièvement les motifs; il peut confier cette tâche à un autre juge.

³ Il peut autoriser l'observation à titre provisoire, assortir l'autorisation de conditions ou encore demander que le dossier soit complété ou que d'autres éclaircissements soient apportés.

⁴ Le tribunal compétent est:

- a. le tribunal cantonal des assurances du canton de domicile de l'assuré;
- b. le Tribunal administratif fédéral pour les assurés domiciliés à l'étranger.

⁷⁶ MÜLLER L., 303.

⁷⁷ TF, 15.9.2008, 9C_885/2007, c. 3.2; TF, 23.6.2008, 9C_773/2007, c. 5.2; voir également MÜLLER L., 303.

F. L'absence de preuve

Lorsqu'il se révèle impossible, dans le cadre de la maxime inquisitoire et en application du principe de la libre appréciation des preuves, d'établir un état de fait conforme à la réalité au regard du degré de preuve requis, il convient d'appliquer les règles générales relatives au fardeau de la preuve. Il n'existe pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de la personne assurée⁷⁸. 43

Quand bien même le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il ne les libère pas entièrement du fardeau de la preuve; en cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait déduire un droit du fait non prouvé d'en supporter les conséquences, sauf si l'impossibilité de prouver ledit fait peut être imputée à la partie adverse, circonstance qui entraîne un renversement du fardeau de la preuve⁷⁹. 44

Lorsque les faits à prouver sont des faits créateurs de droit, la partie qui supporte les conséquences de l'absence de preuve est celle qui fait valoir le droit; en matière d'assurances sociales, il s'agit en règle générale de la personne assurée. Lorsque les faits à prouver sont des faits de nature à empêcher, respectivement à dénier ou à restreindre le droit, la partie qui supporte les conséquences de l'absence de preuve est celle qui les avance; en matière d'assurances sociales, il s'agit en règle générale de l'assureur⁸⁰. A l'issue d'une procédure de révision au sens de l'art. 17 LPGa, il peut arriver que l'assureur contourne l'absence de preuve en procédant à une reconsidération de la décision initiale, en se prévalant du caractère manifestement erroné de cette décision. 45

Avant de conclure à l'impossibilité d'établir les faits, l'assureur doit, conformément au principe inquisitoire, entreprendre tout ce qui est raisonnablement exigible pour recueillir les moyens de preuve utiles. Lorsqu'il n'est pas possible d'établir les faits autrement, l'assureur ne peut renoncer à la mise en œuvre d'une mesure d'instruction nécessaire, au motif que celle-ci serait coûteuse, difficile à mettre en œuvre ou conduirait à un allongement sensible de la durée de la procédure. 46

III. L'obligation de se soumettre à des examens médicaux ou techniques

Le principe selon lequel il appartient à l'assureur d'établir d'office l'ensemble des faits déterminants pour la solution du litige et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires n'est pas absolu, sa portée étant restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de la cause. 47

Outre l'obligation de fournir tous les renseignements nécessaires pour établir le droit et fixer les prestations dues (art. 28 al. 2 LPGa) et d'autoriser dans des cas particuliers toutes les personnes et institutions concernées à fournir des renseignements, pour autant que ceux-ci soient nécessaires pour établir le droit aux prestations (art. 28 al. 3 LPGa), la loi précise à l'art. 43 al. 2 LPGa que la personne assurée doit se soumettre à des examens médicaux et techniques, si ceux-ci sont nécessaires à l'appréciation du cas (N 10) et qu'ils peuvent être raisonnablement exigés (N 11). 48

78 ATF 126 V 319, c. 5a.

79 ATF 139 V 176, c. 5.2; ATF 138 V 218, c. 6.

80 TF, 28.4.2017, 8C_794/2016, c. 4.3.1.

- 49 Lorsqu'un examen médical ou technique n'est pas exigible, il convient d'y renoncer. Ce fait n'autorise cependant pas l'assureur à se prononcer en l'état du dossier. L'assureur doit, par le biais d'autres mesures d'instruction, tenter d'établir la matérialité des faits, avant d'apprécier librement les preuves sur la base des moyens de preuve disponibles⁸¹.

IV. La violation de l'obligation de renseigner ou de collaborer

- 50 L'art. 43 al. 3 LPGA règle les conséquences procédurales, lorsque la personne assurée ou toute autre personne concernée par une demande de prestations⁸² refuse de manière inexcusable de se conformer à son obligation de renseigner ou de collaborer à l'instruction. Cette disposition a une portée générale et concerne – sous réserve de l'art. 21 al. 4 LPGA relatif au défaut de collaboration en cas de soustraction ou d'opposition à un traitement ou à une mesure de réinsertion professionnelle – l'ensemble des incombances de collaborer prévues dans la LPGA⁸³. Elle ne s'applique en revanche pas aux tierces personnes amenées à fournir des renseignements (médecins, employeurs, assurances ou organes officiels).

A. Un comportement inexcusable

- 51 Les conséquences procédurales prévues en cas de violation de l'obligation de renseigner ou de collaborer n'entrent en considération que si le comportement de la personne assurée peut être qualifié d'inexcusable. Tel est le cas lorsqu'aucun motif légitime n'est perceptible ou lorsque le comportement de la personne assurée apparaît comme totalement incompréhensible⁸⁴. Il en va différemment lorsque la personne assurée n'est pas en mesure, en raison d'une maladie ou pour d'autres motifs, de donner suite aux mesures ordonnées⁸⁵ ou refuse de se soumettre à une nouvelle expertise, parce que le dossier contient déjà une expertise conforme aux exigences de la jurisprudence⁸⁶.

B. Décision en l'état du dossier ou décision d'irrecevabilité

- 52 Selon l'art. 43 al. 3 LPGA, l'assureur qui se heurte à un refus inexcusable de renseigner ou de collaborer peut soit se prononcer en l'état du dossier, soit clore l'instruction et décider de ne pas entrer en matière sur la demande de prestations. Le comportement de la personne assurée ne doit cependant être sanctionné que pour autant que l'assureur a, en parallèle, tout mis en œuvre pour constituer un dossier aussi complet que possible. Il ne saurait se décharger sur la personne assurée de mesures d'instruction auxquelles son devoir d'élucider d'office les faits déterminants lui commande de procéder. Il s'ensuit que

81 TF, 22.1.2007, I 455/06, c. 4.2.

82 TF, 21.4.2009, 8C_770/2008, c. 5.2.

83 Art. 28 al. 2 LPGA (obligation de renseigner); art. 28 al. 3 LPGA (libération du secret de toutes les personnes et institutions susceptibles de fournir des renseignements); art. 29 al. 2 LPGA (obligation de remplir de façon complète et exacte les formules destinées à faire valoir le droit aux prestations); art. 31 LPGA (obligation de communiquer toute modification importante des circonstances déterminantes pour l'octroi d'une prestation); art. 43 al. 2 LPGA (participation à des examens médicaux ou techniques); art. 44 LPGA (participation à une expertise).

84 TF, 30.1.2007, I 166/06, c. 5.

85 TF, 16.10.2012, 8C_396/2012, c. 5; TF, 10.12.2010, 8C_733/2010, c. 5.3; TF, 22.3.2010, 9C_994/2009, c. 5.2.

86 TF, 29.5.2007, U 571/06, c. 4.2.

toute attitude passive, voire tout refus de collaborer, de la personne assurée n'entraîne pas nécessairement un préjudice pour celle-ci, notamment lorsque l'assureur serait en mesure de se fonder sur d'autres données que celles dont il demande la communication ou lorsque, sans démarches excessivement compliquées, il aurait pu ou pourrait obtenir ailleurs les renseignements qui lui font défaut⁸⁷.

La loi ne fixe aucune ligne directrice quant à la manière de sanctionner le comportement de la personne assurée. La jurisprudence a néanmoins précisé que l'assureur ne doit faire usage de la possibilité de ne pas entrer en matière sur la demande qu'avec la plus grande retenue, autrement dit uniquement lorsqu'un examen sur le fond est impossible sur la base du dossier⁸⁸. **53**

Lorsque l'assureur se prononce en l'état du dossier, il ne peut se contenter d'examiner la situation sous l'angle du seul refus de collaboration de la personne assurée, mais doit procéder à une appréciation matérielle du cas à la lumière des pièces au dossier⁸⁹. Dans le contexte particulier de la révision d'une prestation durable (art. 17 LPGA), une telle appréciation peut toutefois conduire à un résultat singulier. Lorsque la personne assurée ne se conforme pas à son devoir de renseigner ou de collaborer et que le dossier ne contient aucun élément permettant d'admettre que les circonstances déterminantes se sont modifiées, l'absence de renseignements aurait pour résultat, compte tenu de la répartition du fardeau de la preuve, que l'assureur ne pourrait réduire ou supprimer la prestation. En d'autres termes, l'absence de collaboration de la personne assurée n'entraînerait, dans le cadre particulier de la révision, aucune conséquence défavorable pour elle. Compte tenu du caractère non admissible d'une telle solution, il convient d'admettre dans un tel cas un renversement du fardeau de la preuve au détriment de la personne assurée. Il appartient alors à la personne assurée d'établir que les circonstances déterminantes n'ont pas subi de modifications susceptibles de modifier le droit à la prestation⁹⁰. **54**

En procédure de recours, le juge ne doit examiner que si la décision, rendue conformément à l'art. 43 al. 3 LPGA sur la base de l'état de fait existant (incomplet), est correcte. Il ne se justifie pas – et cela n'a d'ailleurs aucun sens sous l'angle de l'économie de la procédure – d'examiner uniquement le caractère nécessaire ou non de la mesure requise. Soit les preuves recueillies jusqu'alors sont suffisantes pour trancher directement le litige, faisant apparaître comme inutile toute mesure complémentaire d'instruction, soit le dossier n'est pas suffisamment instruit pour pouvoir statuer en connaissance de cause, justifiant par voie de conséquence le complément d'instruction requis par l'assureur. Dans cette hypothèse, le juge ne peut que confirmer le rejet de la demande de prestations prononcé par l'assureur, puisque le dossier ne permet pas d'établir, au degré de preuve requis par les circonstances, l'existence des conditions du droit à la prestation⁹¹. **55**

Cela étant, si la personne assurée se montre par la suite disposée à collaborer à l'instruction et à se soumettre aux mesures nécessaires à celle-ci, il lui est loisible de saisir l'assureur d'une nouvelle demande de prestations. Si les nouveaux éléments recueillis sont de nature à justifier **56**

87 ATF 108 V 229, c. 2; ATF 97 V 173, c. 3; TF, 9.10.2017, 9C_763/2016, c. 4.2.1.

88 ATF 131 V 42, c. 3.

89 TF, 30.11.2009, 9C_961/2008, c. 6.3; TF, 28.3.2007, I 988/06, c. 7.

90 TF, 30.11.2009, 9C_961/2008, c. 6.3. Voir toutefois l'ATF 139 V 585, lequel admet – de façon peu convaincante – que l'assureur puisse également, conformément au principe de proportionnalité, suspendre le droit à la prestation jusqu'à ce que l'assuré se déclare prêt à collaborer sans réserve.

91 TF, 6.7.2007, U 316/06, c. 3.1.1.

une appréciation différente de la situation, l'assureur devra alors rendre une nouvelle décision avec effet *ex nunc et pro futuro* à compter du dépôt de la nouvelle demande⁹².

C. Procédure

- 57 Pour qu'un manquement à l'obligation de collaborer ou de renseigner entraîne les conséquences juridiques prévues à l'art. 43 al. 3 LPGA, il faut que l'assureur ait préalablement adressé à la personne assurée une mise en demeure écrite l'avertissant des conséquences juridiques d'un tel défaut et lui impartissant un délai de réflexion convenable. Cette règle de procédure ne souffre aucune exception. Un assureur ne saurait en particulier s'y soustraire au motif que la personne assurée a catégoriquement refusé de se soumettre à une mesure d'instruction raisonnablement exigible⁹³.
- 58 Les lois spéciales contiennent toutefois des exceptions:
- en matière d'assurance-invalidité, l'art. 7b al. 2 let. d LAI prévoit que les prestations peuvent être réduites ou refusées sans mise en demeure et sans délai de réflexion, si l'assuré ne communique pas à un office AI les renseignements dont ce dernier a besoin pour remplir les tâches qui lui sont assignées par la loi;
 - en matière d'assurance-chômage, le régime des sanctions est exclusivement régi par les dispositions spécifiques de la LACI⁹⁴.

V. Demande présentant un caractère d'extranéité

- 59 Conformément au principe inquisitoire, il appartient à l'assureur d'établir d'office l'ensemble des faits déterminants et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires. Ce devoir s'applique également à l'instruction de demandes qui présentent des éléments d'extranéité. Dans la mesure du possible et du nécessaire, l'assureur doit alors agir en collaboration avec les autorités étrangères compétentes⁹⁵. Les instruments à disposition des autorités suisses leur permettant de recueillir des moyens de preuve situés à l'étranger étant néanmoins limités⁹⁶, il y a lieu de poser des exigences élevées quant à l'obligation de collaborer de la personne assurée. Pour plus de détails, il convient de se référer au texte des conventions applicables⁹⁷.

Art. 44

Expertise

Si l'assureur doit recourir aux services d'un expert indépendant pour élucider les faits, il donne connaissance du nom de celui-ci aux parties. Celles-ci peuvent récuser l'expert pour des raisons pertinentes et présenter des contre-propositions.

Gutachten

Muss der Versicherungsträger zur Abklärung des Sachverhaltes ein Gutachten einer oder eines unabhängigen Sachverständigen einholen, so gibt er der Partei deren oder dessen Namen bekannt. Diese kann den Gutachter aus triftigen Gründen ablehnen und kann Gegenvorschläge machen.

92 TF, 10.12.2010, 8C_733/2010, c. 5.6; TF, 22.3.2010, 9C_994/2009, c. 5.1.

93 ATF 122 V 218.

94 Art. 1 al. 2 LACI, en corrélation avec les art. 21 et 43 al. 3 LPGA; voir ATF 139 V 164.

95 Voir en particulier l'art. 76 du Règlement 883/2004.

96 Cf. art. 39 PCF.

97 Cf. CARDINAUX, Beweiserhebung.

Perizia Se per chiarire i fatti l'assicuratore deve far ricorso ai servizi di un perito indipendente, ne comunica il nome alla parte. Essa può ricusare il perito per motivi fondati e presentare controproposte.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Champ d'application	3
C. Evolution historique	5
II. La fonction de l'expert	10
III. Les exigences posées à l'expert	11
A. Une personne physique	12
B. Une personne compétente	13
C. Une personne impartiale	14
IV. La mise en œuvre de l'expertise	18
A. L'annonce de l'expertise	19
B. Le droit de poser des questions complémentaires	22
C. Le droit de soulever des objections	23
D. Le droit de présenter des contre-propositions	26
E. La décision sur les objections	27
F. Le cas particulier des expertises pluridisciplinaires dans le domaine de l'assurance-invalidité	28
V. Les motifs de récusation	30
A. L'intérêt personnel dans l'affaire	34
B. Les liens personnels avec une partie ou son mandataire	35
C. Le comportement à l'égard des parties	36
D. La prévention	37
E. Les relations économiques	38
F. L'absence de compétences	40
VI. La procédure de recours contre la mise en œuvre de l'expertise	42
VII. Autres questions	49
A. La langue de l'expertise	49
B. L'assistance d'un interprète	50
C. La représentation au cours de l'expertise	52
VIII. L'expertise réalisée à l'étranger	53
A. Etats membres de l'UE et de l'AELE	55
B. Etats avec lesquels la Suisse a conclu une convention bilatérale de sécurité sociale	56

Bibliographie

BÜHLER ALFRED, Versicherungsinterne Gutachten und Privatgutachten, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung, St-Gall 1997, 179 ss (cité: Gutachten); BÜHLER ALFRED, Erwartungen des Richters an den Sachverständigen, PJA 1999 567 ss (cité: Erwartungen); BÜHLER ALFRED, Die Mitwirkung Dritter bei der medizinischen Begutachtung im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren, Jusletter du 3 septembre 2007 (cité: Mitwirkung); BÜHLER ALFRED, Die Stellung von Expertinnen und Experten in der Gerichtsverfassung: insbesondere das Rechtsverhältnis zwischen Gericht und Gutachter, in Schindler/Sutter (éd.), Akteure der Gerichtsbarkeit, Zurich 2007, 319 ss (cité: Rechtsverhältnis); BÜHLER ALFRED, Die Stellung von Experten in der Gerichtsverfassung: insbesondere im Spannungsfeld zwischen Gericht und Anwaltschaft, RSJ 2009 329 ss; JEGER JÖRG, Gute Frage – Schlechte Frage: Der Einfluss

der Fragestellung auf das Gutachten, *in* Schaffhauser/Schlauri (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2009, St-Gall 2010, 171 ss; JEGER JÖRG, Sicherheit und Unsicherheit in medizinischen Gutachten, *in* Riemer-Kafka/Rumo-Jungo (éd.), 319 ss; KIENER REGINA/KRÜSI MELANIE, Die Unabhängigkeit von Gerichtssachverständigen, RDS 2006 487 ss; KIESER UELI, Verfahrensfragen der Anordnung einer Begutachtung, oder: Vom Nutzen der Wegweiser beim Aufstieg zum Gipfel (Anmerkungen zu BGE 125 V 401), *in* Schaffhauser/Schlauri (éd.), Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis, St-Gall 2001, 139 ss; LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Die Auswahl der medizinischen Sachverständigen im Sozialversicherungsverfahren (Art. 44 ATSG), *in* Riemer-Kafka/Rumo-Jungo (éd.), 411 ss; MEYER-BLASER ULRICH, Rechtliche Vorgaben an die medizinische Begutachtung, *in* Schaffhauser/Schlauri (éd.), Rechtsfragen der medizinischen Begutachtung in der Sozialversicherung, St-Gall 1997, 9 ss; PAYCHÈRE FRANÇOIS, Le juge et l'expert: Plaidoyer pour une meilleure compréhension, *in* Rosatti (éd.), L'expertise médicale: De la décision à propos de quelques diagnostics difficiles, Chêne-Bourg/Genève 2002, 133 ss; PIGUET JACQUES OLIVIER, Le choix de l'expert et sa récusation: le cas particulier des assurances sociales, REAS 2011 127 ss; PIRROTTA JEAN, L'expertise médicale dans l'assurance-invalidité suisse, CGSS 35 (2005) 37 ss; RÜEDI RUDOLF, Das medizinische Gutachten – Erwartungen des Sozialversicherungsrichters an den Arzt, *in* Riemer-Kafka (éd.), Medizinische Gutachten, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, vol. 7, Zurich 2005, 69 ss; WIEDERKEHR RENÉ, Begutachtungsanordnung im Kontext des ATSG, PJA 2004 1139 ss (cité: Begutachtungsanordnung); WIEDERKEHR RENÉ, Mitwirkungsrechte des Versicherten bei der Durchführung einer Begutachtung, insbesondere durch Ärztekollektive, *in* Schaffhauser/Schlauri (éd.), Medizin und Sozialversicherung im Gespräch, Saint-Gall 2006, 31 ss; WIEDERKEHR RENÉ, Beweiserhebung durch Gutachten und Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK: eine kritische Würdigung von BGE 137 V 210 ff., *in* Riemer-Kafka (éd.), Beweisfragen, 1 ss; ZIMMERMANN MARKUS, Die Mitwirkungsrechte des Versicherten bei der Einholung eines Gutachtens, REAS 2004 205 ss.

I. Introduction

A. Généralités

- 1 Afin de compléter l'art. 43 LPGA relatif à l'instruction de la demande, la LPGA consacre une disposition spéciale à un moyen de preuve particulier, l'expertise. En pratique, ce moyen de preuve revêt une importance considérable. En effet, l'évolution de la société conduit à des situations juridiques et de fait toujours plus complexes. L'assureur ne possède pas nécessairement les connaissances nécessaires pour appréhender les faits à la base des situations qui se présentent à lui. Il est de plus en plus souvent contraint de recourir à l'aide d'un spécialiste externe chargé d'établir les faits pertinents à sa place: l'expert.
- 2 Compte tenu du rôle de l'expertise dans la procédure en matière d'assurances sociales, les conditions dans lesquelles elle se déroule ainsi que le choix de la personne amenée à la réaliser revêtent une importance fondamentale. L'expert doit présenter des qualités personnelles et professionnelles exemplaires et être à l'abri de toute pression ou influence extérieure afin d'assurer la confiance des justiciables dans le fonctionnement des institutions et, par voie de conséquence, l'acceptation et le respect des décisions rendues.

B. Champ d'application

- 3 Rangé parmi les dispositions relatives à la procédure administrative en matière d'assurances sociales, l'art. 44 LPGA s'adresse à l'assureur. Les principes qui découlent de cette disposition ainsi que la jurisprudence qui en a été déduite ne sont par conséquent pas applicables aux expertises judiciaires.
- 4 L'expertise revêt une importance considérable dans toutes les branches des assurances sociales où il convient d'élucider des questions de fait qui relèvent du domaine médical,

soit en premier lieu dans l'assurance-invalidité et l'assurance-accidents, mais également dans l'assurance-maladie et l'assurance militaire. L'expertise ne se limite toutefois pas uniquement au domaine médical, puisqu'elle peut également servir à clarifier, par exemple, des faits de nature technique (reconstitution d'un accident) ou financière (expertise comptable). L'art. 44 LPGA n'est cependant pas applicable à toutes les expertises qui relèvent du droit des assurances sociales. Au regard de la systématique de la loi, cette disposition s'applique à l'élucidation de faits – donc principalement en matière de demandes de prestations –, à l'exclusion des procédures de contrôle¹.

C. Evolution historique

1. Origine de la règle

Mis à part quelques renvois isolés à certains moyens de preuve, la LPGA ne contient pas de catalogue exhaustif des moyens de preuve admissibles dans la procédure en matière d'assurances sociales. Il y a lieu d'appliquer à titre subsidiaire les dispositions de la PA (art. 12 PA en corrélation avec l'art. 55 al. 1 LPGA) ainsi que celles de la PCF (art. 37, 39 à 41 et 43 à 61 PCF en corrélation avec l'art. 19 PA). La raison pour laquelle le législateur a jugé nécessaire de consacrer une disposition particulière à l'expertise résulte du fait qu'avant l'entrée en vigueur de la LPGA, le droit de l'expertise n'était pas réglé de manière uniforme dans le droit fédéral des assurances sociales, de sorte qu'un renvoi à une règle de procédure existante, singulièrement à la PA, n'était pas possible². Dans le cadre des travaux préparatoires, l'art. 44 LPGA n'a pas donné lieu à de grands débats. Tout au plus, la Commission de la sécurité sociale du Conseil national a estimé que la personne assurée ne devait pas seulement se voir concéder le droit de récuser l'expert pour des raisons justifiées, mais qu'elle devait aussi pouvoir présenter des contre-propositions³.

2. Evolution jurisprudentielle

Si l'art. 44 LPGA pose un certain nombre de principes relatifs à la mise en œuvre d'une expertise en matière d'assurances sociales, cette disposition ne règle que de manière incomplète le droit de l'expertise. A la suite de l'entrée en vigueur de la LPGA, le Tribunal fédéral a ainsi été amené à préciser la portée de l'art. 44 LPGA sur le plan procédural. Il a notamment constaté que la mise en œuvre d'une expertise par un assureur ne revêtait pas le caractère d'une décision⁴. Seules les objections soulevées à l'égard de l'expert devaient être traitées sous la forme d'une décision incidente susceptible de recours, pour autant que fussent invoqués des motifs formels de récusation; s'il s'agissait de requêtes qui allaient au-delà des motifs de récusation légaux (motifs matériels), il y avait lieu de les prendre en considération dans le cadre de l'appréciation des preuves⁵. Le Tribunal fédéral a également souligné que la LPGA ne conférait pas à l'assuré le droit de s'exprimer préalablement sur les questions posées à l'expert par l'administration⁶.

1 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4250; cf. art. 61 al. 3 OPA; art. 33 al. 2 OPAS.

2 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 256.

3 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4249.

4 ATF 132 V 93, c. 5; ATF 132 V 376, c. 9.

5 ATF 132 V 93, c. 6.

6 ATF 133 V 446.

- 7 En 2011, le Tribunal fédéral a apporté de nombreux correctifs à la procédure probatoire en matière d'assurances sociales. Afin d'assurer une procédure administrative et de recours équitable, l'ATF 137 V 210 a dégagé plusieurs principes et recommandations (droits élargis de participation ; droit à l'obtention d'une décision incidente sujette à recours ; droit de se prévaloir de motifs formels et matériels) ayant pour but de définir un standard uniforme en matière de mise en œuvre d'une expertise médicale pluridisciplinaire auprès d'un Centre d'observation médicale de l'assurance-invalidité. A l'invitation du Tribunal fédéral, l'OFAS a également mis en place à la suite de cet arrêt une plate-forme destinée aux offices AI pour l'attribution des mandats d'expertise médicale pluridisciplinaire sur une base aléatoire (SuisseMED@P). La jurisprudence a précisé par la suite que ces principes et recommandations, à l'exception de l'attribution du mandat sur une base aléatoire, étaient applicables par analogie aux expertises mono- et bidisciplinaires⁷ et s'appliquaient aux autres branches des assurances sociales concernées par cette problématique⁸.

3. *Projet de révision*

- 8 Dans le cadre du projet «Développement continu de l'assurance-invalidité», le Conseil fédéral propose une modification de l'art. 44 LPGA afin d'inscrire dans la loi les derniers développements jurisprudentiels en matière d'expertise⁹. La teneur actuellement proposée de cette nouvelle disposition est la suivante :

Art. 44

Expertise

¹ Si l'assureur juge une expertise nécessaire dans le cadre de mesures d'instruction médicale, il en fixe le type selon les exigences requises ; trois types sont possibles :

- a. expertise monodisciplinaire ;
- b. expertise bidisciplinaire ;
- c. expertise pluridisciplinaire.

² Si l'assureur doit recourir aux services d'un ou de plusieurs experts pour élucider les faits dans le cadre d'une expertise, il communique leur nom aux parties. Les parties peuvent récuser le ou les experts pour les motifs indiqués à l'art. 36, al. 1, et présenter des contre-propositions dans un délai de dix jours.

³ Lorsqu'il communique le nom des experts, l'assureur soumet aussi aux parties les questions qu'il entend poser aux experts et leur signale qu'elles ont la possibilité de remettre par écrit des questions additionnelles dans le même délai. L'assureur décide en dernier ressort des questions qui seront posées à l'expert ou aux experts.

⁴ Si, malgré la demande de récusation, l'assureur maintient son choix du ou des experts pressentis, il en avise les parties par une décision incidente.

⁵ Les disciplines médicales sont déterminées à titre définitif par l'assureur pour les expertises visées à l'al. 1, let. a et b, et par le centre d'expertises pour les expertises visées à l'al. 1, let. c.

⁶ Le Conseil fédéral peut :

- a. régler la nature de l'attribution du mandat à un centre d'expertises, pour les expertises visées à l'al. 1, let. c ;
- b. édicter des critères pour l'admission des experts médicaux visés à l'al. 1 ;
- c. charger un service d'assurance qualité de l'accréditation et du contrôle des centres d'expertises, pour les expertises visées à l'al. 1, let. c, ou créer un tel service à cette fin.

7 ATF 139 V 349, c. 5.4.

8 ATF 138 V 318, c. 6.1.

9 FF 2017 2363, 2452 ss, 2507 s.

En l'état, ce projet de révision est source de nombreuses interrogations. En effet, le texte de cette disposition à la systématique désordonnée ne permet pas de savoir si elle continue à avoir une portée générale ou si elle ne concerne plus que la problématique des expertises médicales. Par ailleurs, elle consacre, à certains égards, un retour en arrière regrettable par rapport aux avancées apportées par la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, dans la mesure où elle exclut toute voie de recours en matière de litige sur les questions additionnelles (N 27) et restreint les possibilités de récusation de l'expert aux seuls motifs formels (N 32)¹⁰.

II. La fonction de l'expert

Selon la formule consacrée par la jurisprudence¹¹, l'expert a pour tâche d'informer le juge ou l'administration sur des règles d'expérience ou sur des notions relevant de son domaine d'expertise, d'élucider pour le tribunal ou les organes administratifs des questions de fait dont la vérification et l'appréciation exigent des connaissances spéciales – scientifiques, techniques ou professionnelles – ou de tirer, sur la base de ses connaissances, des conclusions sur des faits existants; il est l'auxiliaire du juge ou de l'administration, dont il complète les connaissances par son savoir de spécialiste¹². L'expert répond exclusivement aux questions de fait qui relèvent de son domaine de compétence; la résolution des questions juridiques incombe en revanche au juge ou à l'administration¹³.

III. Les exigences posées à l'expert

Dans la procédure en matière d'assurances sociales, l'expertise est un acte procédural effectué en réponse à une sollicitation particulière d'un assureur par un tiers spécialiste, choisi en fonction de ses compétences et de sa réputation d'excellence dans le domaine considéré. La personne appelée à œuvrer en qualité d'expert doit disposer, outre l'indépendance expressément mentionnée à l'art. 44 LPG, d'un certain nombre de qualités personnelles et professionnelles que l'on peut résumer comme suit¹⁴.

A. Une personne physique

Faisant appel aux connaissances particulières d'un tiers spécialiste, la réalisation d'une expertise est une tâche éminemment personnelle¹⁵; le ou les experts désignés ne peuvent être que des personnes physiques. Le transfert de tout ou partie de l'exécution du mandat à un tiers (substitution) ou le recours aux connaissances spécialisées d'une tierce per-

10 Voir également ALIOTTA MASSIMO, Zur geplanten Revision von Art. 44 ATSG, Bemerkungen zu den Bestrebungen des Bundesrates zur umfassenden Revision von Art. 44 ATSG, RSAS 2018 144 ss.

11 ATF 118 Ia 144, c. 1c, JdT 1994 IV 95 et réf. citées.

12 ATF 127 I 73, c. 3f/bb; certains auteurs ne considèrent pas l'expert comme étant seulement un auxiliaire du juge ou de l'administration, mais soutiennent – non sans raison – qu'il est juge des faits (*iudex facti*); voir au sujet de cette problématique KIENER/KRÜSI, 490.

13 PIRROTTA, 44; TF, 17.12.2015, 8C_448/2015, c. 4.2.

14 Le TF ne s'est que rarement prononcé à propos des qualités personnelles et professionnelles qu'un expert devrait posséder; pour un exemple où cette problématique est abordée dans son ensemble, voir TF, 6.6.2006, 1P.787/2005.

15 Art. 398 al. 3 CO; voir également art. 185 al. 1 CPP.

sonne n'est possible qu'avec l'autorisation de celui qui a ordonné l'expertise¹⁶. L'exécution personnelle du mandat n'exclut en revanche pas que l'expert recourt aux services d'un interprète ou d'un traducteur¹⁷ ou qu'il confie de son propre chef, sous sa responsabilité, certaines tâches techniques (analyses) ou des travaux de recherche et de rédaction à un stagiaire ou à un collaborateur, soit à des auxiliaires se trouvant sous son autorité et sa surveillance¹⁸.

B. Une personne compétente

- 13** Le niveau de compétence requis dépend de l'objet de l'expertise et de la complexité des faits à établir. Dans tous les cas, l'expert doit disposer d'une solide formation théorique dans le domaine concerné, pouvoir justifier d'une expérience pratique de plusieurs années et être au courant des derniers développements théoriques et pratiques¹⁹. Il ne doit pas nécessairement être un spécialiste reconnu du domaine en question, mais il se doit de jouir d'une autorité qui confèrera du poids à son appréciation auprès de toutes les parties en présence²⁰. Par ailleurs, l'expert est tenu de posséder les notions juridiques de base qui relèvent de son domaine d'expertise²¹ et les règles méthodologiques qui en assurent l'exactitude formelle et en définissent les standards de qualité objectifs et exploitables par les milieux qui y ont recours²². Par définition, l'expertise ne peut pas être un métier; elle est le prolongement de l'activité professionnelle dont l'expert a acquis la maîtrise.

C. Une personne impartiale

- 14** L'expert doit éviter tout fait ou comportement pouvant susciter un doute quant à son impartialité. L'impartialité revêt trois composantes distinctes :

1. L'indépendance

- 15** L'expert ne doit pas se trouver dans la sphère d'influence des parties. Un rapport de dépendance (morale, économique ou financière) ou des liens particuliers (personnels, matériels ou idéaux) entre l'expert et l'une des parties peuvent, selon leur nature et leur intensité, fonder un soupçon suffisant pour justifier les appréhensions de l'autre partie quant à l'impartialité de l'expert²³.

2. L'objectivité

- 16** L'expert doit procéder à un examen objectif de la situation et rapporter les constatations qu'il a faites de façon neutre et circonstanciée²⁴. L'opinion émise par l'expert doit être

¹⁶ TF, 24.1.2013, 8C_596/2013, c. 6.1.2.1; sur la problématique des expertises réalisées en milieu universitaire, voir MÜLLER U., *Verwaltungsverfahren*, 353 N 1808; BÜHLER, *Mitwirkung*, N 9 ss.

¹⁷ Sur la problématique des traducteurs, voir MÜLLER U., *Verwaltungsverfahren*, 354 N 1810 ss; BÜHLER, *Mitwirkung*, N 30 ss.

¹⁸ TF, 8.8.2007, I 874/06, c. 4.1.1; MÜLLER U., *Verwaltungsverfahren*, 353 N 1809; BÜHLER, *Mitwirkung*, N 27 ss.

¹⁹ PETER R., 29; WIEDERKEHR, *Begutachtungsanordnung*, 1146.

²⁰ PIRROTTA, 44.

²¹ PETER R., 46.

²² TF, 13.9.2011, 8C_290/2011, c. 5.3; BÜHLER, *Erwartungen*, 572 ss.

²³ PIGUET, 129.

²⁴ PIRROTTA, 48.

factuelle et fondée sur des principes scientifiques généralement acceptés et conformes aux données actuelles de la science. S'il existe des divergences au sein de la communauté scientifique, il doit les signaler et préciser quelle est sa position sur la question²⁵.

3. La neutralité

L'expert doit adopter, en toutes circonstances, un comportement neutre et une attitude courtoise et respectueuse à l'égard des parties. Il ne doit pas utiliser des paroles ou des gestes susceptibles d'exprimer de la sympathie ou de la bienveillance à l'égard d'une partie, ou, au contraire, de l'indifférence ou de l'exaspération²⁶.

17

IV. La mise en œuvre de l'expertise

Quand bien même il n'existe aucun droit de la personne assurée à la désignation de l'expert de son choix²⁷, il est souhaitable, selon le Tribunal fédéral, que la mise en œuvre d'une expertise se fasse sur une base consensuelle, aussi bien pour des motifs liés à l'économie de la procédure que pour des raisons tenant à l'acceptation ultérieure par les parties des conclusions de l'expertise²⁸. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral a fait évoluer sa jurisprudence dans le sens d'une meilleure garantie des droits de participation de la personne assurée. En effet, les exigences posées par la jurisprudence quant à la mise en œuvre d'une expertise pluridisciplinaire²⁹, constituent désormais un standard applicable à toutes les expertises établies en vertu de l'art. 44 LPGA³⁰. Ces exigences seront explicitées à la lumière de la mise en œuvre d'une expertise médicale.

18

A. L'annonce de l'expertise

Au cours de l'instruction, s'il apparaît que la mise en œuvre d'une expertise médicale s'avère nécessaire, l'assureur doit, préalablement à la réalisation de celle-ci, en informer l'assuré et lui communiquer le type d'expertise (mono-, bi- ou pluridisciplinaire) qu'il entend mettre en œuvre, le nom et la spécialité médicale de l'expert ou des experts désigné(s), ainsi que le catalogue des questions qu'il entend leur soumettre.

19

L'assuré a notamment le droit de prendre connaissance du **nom de l'expert**. En règle générale, l'assureur communique directement à l'assuré le nom de la personne ou des personnes chargée(s) de l'expertise. La jurisprudence autorise toutefois que le mandat d'expertise soit confié à un institut spécialisé ou à un centre d'expertises, pour autant que le nom du ou des experts appelé(s) à collaborer soit également communiqué préalablement à l'assuré. La remise de la liste de tous les médecins œuvrant pour un centre d'expertises a été jugée suffisante³¹.

20

En plus du nom, il convient également de communiquer la **spécialité médicale** de la personne ou des personnes chargée(s) de l'expertise. L'assuré n'a en revanche pas le droit de se voir remettre des renseignements sur la carrière professionnelle de l'expert, des copies

21

25 BÜHLER, Rechtsverhältnis, 330; PETER R., 44.

26 KIENER/KRÜSI, 504; PIRROTTA, 48.

27 ATF 132 V 109, c. 6.5.

28 Cf. art. 93 LAM.

29 ATF 137 V 210, c. 3.

30 ATF 139 V 349, c. 5.4; 138 V 318, c. 6.1.

31 TF, 28.3.2007, I 988/06, c. 5.2.

de titres obtenus ou d'attestations relatives à la formation continue; l'obtention d'un titre de médecin spécialiste permet d'inférer que l'expert possède les qualités professionnelles nécessaires à l'exécution de son mandat³².

B. Le droit de poser des questions complémentaires

- 22 L'assureur doit donner à l'assuré l'occasion de s'exprimer sur le libellé des questions à poser à l'expert et de proposer des modifications et des adjonctions³³. Cela vaut également pour les questions posées postérieurement à la remise de l'expertise³⁴. Si l'assuré fait usage de la possibilité de poser des questions supplémentaires, l'assureur est tenu de les examiner, dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, aussi bien sur le plan de la qualité que de la quantité. Dans la mesure où les questions ne portent pas sur des aspects juridiques, sont dénuées de composante suggestive et ne sortent pas du contexte de l'expertise, l'assureur doit, en principe, les prendre en considération, puisqu'il a un intérêt légitime à une instruction la plus complète des faits³⁵.

C. Le droit de soulever des objections

- 23 Si l'assuré ne formule aucune objection, le mandat est attribué à l'expert ou aux experts proposé(s).
- 24 L'assuré peut soulever des objections de nature formelle ou matérielle. Sont de nature formelle, les motifs de récusation qui sont énoncés dans la loi³⁶. Sont de nature matérielle tous les motifs dirigés contre l'expertise elle-même, contre son opportunité (par exemple parce qu'il s'agit d'une «*second opinion*»³⁷), contre son type et son étendue (par exemple concernant le choix des disciplines) ou encore contre la personne de l'expert (par exemple concernant ses compétences professionnelles).
- 25 Si une objection admissible de nature formelle ou matérielle est soulevée, la recherche d'un consensus s'avère nécessaire³⁸. Cela présuppose un échange, écrit ou oral, entre l'assureur et la personne assurée, lequel devra être consigné dans les actes.

D. Le droit de présenter des contre-propositions

- 26 Si l'assuré estime disposer de motifs pertinents justifiant la récusation de l'expert désigné par l'assureur, il a le droit, parallèlement à celui de demander la récusation, de présenter des contre-propositions. L'assureur est tenu d'examiner ces contre-propositions sans idée préconçue. L'assureur a alors le choix de s'en tenir à l'expert désigné ou – après avoir le cas échéant accordé un nouveau délai à l'assuré pour faire valoir ses objections – de désigner un nouvel expert. Bien que cette faculté semble, à première vue, renforcer la position de la personne assurée, elle n'est que relative. Le choix de l'expert reste en effet du ressort exclusif de l'assureur, dès lors qu'il n'existe aucun droit de la personne assurée à la désignation de la personne de son choix.

32 TFA, 7.9.2006, I 193/05, c. 5.4; cf. N 41 ss.

33 ATF 137 V 210, c. 3.4.2.9; *a contrario*, ATF 133 V 446.

34 ATF 136 V 113, c. 5.4; TF, 6.10.2014, 8C_386/2014, c. 4.3.

35 ATF 141 V 330, c. 6.2.

36 Art. 36 al. 1 LPGA; art. 10 PA.

37 ATF 137 V 210, c. 3.4.2.7.

38 ATF 139 V 349, c. 5.4; ATF 137 V 210, c. 3.4.2.6; voir également l'art. 93 LAM.

E. La décision sur les objections

Si l'assureur ne donne suite qu'en partie ou pas du tout aux objections de l'assuré, il rend une décision incidente sujette à recours auprès du tribunal cantonal des assurances ou du Tribunal administratif fédéral dans laquelle il indique le type d'expertise qu'il entend mettre en œuvre, la ou les discipline(s) médicale(s) prévue(s), le nom de l'expert ou des experts désigné(s), les questions posées et les raisons pour lesquelles il n'a pas été tenu compte des objections soulevées³⁹.

27

F. Le cas particulier des expertises pluridisciplinaires dans le domaine de l'assurance-invalidité

Dans le domaine de l'assurance-invalidité, la mise en œuvre d'une expertise pluridisciplinaire – impliquant trois disciplines ou plus – obéit à des règles particulières⁴⁰. Dans un premier temps, l'office AI communique le type d'expertise qu'il entend mettre en œuvre, les disciplines médicales prévues ainsi que le catalogue des questions qu'il entend soumettre aux experts. L'assuré peut soulever des objections contre l'expertise et les disciplines médicales prévues et présenter des questions supplémentaires. Si l'office AI n'accepte pas toutes les questions supplémentaires présentées par l'assuré ou si l'assuré conteste l'expertise dans son principe, celui-ci rend une décision incidente sujette à recours auprès du tribunal cantonal des assurances ou du Tribunal administratif fédéral dans laquelle il indique le type d'expertise, les disciplines médicales prévues et les raisons pour lesquelles il n'a pas été tenu compte des questions présentées par l'assuré. Si l'assuré ne soulève pas d'objection, le mandat d'expertise est déposé, dans un second temps, sur la plateforme informatique SuisseMED@P⁴¹, laquelle procède à l'attribution du mandat d'expertise pluridisciplinaire à l'un des centres d'expertises médicales agréés par l'OFAS selon le principe de l'assignation aléatoire⁴². Il n'y a aucune place pour une désignation des experts opérée sur une base consensuelle⁴³. Une fois le mandat attribué par SuisseMED@P, l'office AI communique à l'assuré le nom du centre chargé de l'expertise, le nom et la spécialité médicale des experts ainsi que, le cas échéant, la modification de la liste des disciplines. L'assuré peut à nouveau formuler des objections de nature formelle ou matérielle à l'égard de l'un ou des expert(s) désigné(s). Si la présence d'un motif de récusation liée à la personne de l'expert est admise, l'office AI prend contact avec le centre d'expertises médicales et désigne un nouvel expert ou des nouveaux experts. Si le centre d'expertises médicales ne peut pas remplacer l'expert concerné, le mandat doit à nouveau être déposé sur la plateforme SuisseMED@P. Si l'office AI ne donne suite qu'en partie ou pas du tout aux objections de l'assuré, il rend une décision incidente sujette à recours auprès du tribunal cantonal des assurances ou du Tribunal administratif fédéral dans laquelle il indique les disciplines médicales prévues, le nom des experts désignés et les raisons pour lesquelles il n'a pas été tenu compte des objections soulevées⁴⁴.

28

39 ATF 137 V 210, c. 3.4.2.6; *a contrario*, ATF 132 V 93.

40 Sur les raisons qui ont conduit à cette pratique particulière, voir ATF 137 V 210, c. 2.4.

41 La communication de l'office AI informant l'assuré que le centre d'expertises chargé de l'expertise sera déterminé selon le système d'attribution SuisseMED@P ne constitue pas une décision incidente susceptible de recours; ATF 139 V 339, c. 4.5.

42 Art. 72^{bis} RAI; ATF 139 V 349, c. 5.2.1.

43 ATF 140 V 507, c. 3.2.1.

44 ATF 140 V 507, c. 3.1; ATF 139 V 349, c. 5.2.1.

- 29 L'attribution aléatoire de mandats d'expertise pluridisciplinaires par le biais de la plateforme informatique SuisseMED@P présente actuellement un dysfonctionnement. En effet, dans certains cas complexes, l'attribution du mandat d'expertise peut accuser un retard important (supérieur à dix-huit mois). Le Tribunal fédéral a constaté que la situation dans laquelle se trouvaient certains assurés était insatisfaisante et difficilement compréhensible et a invité l'OFAS à y remédier⁴⁵.

V. Les motifs de récusation

- 30 Si l'art. 30 al. 1 Cst. garantit à toute personne que sa cause soit tranchée par un tribunal compétent, indépendant et impartial, la Constitution fédérale n'offre pas expressément de garantie similaire s'agissant des experts. Selon la doctrine et la jurisprudence, les exigences d'impartialité de l'expert se déduisent toutefois du droit à un procès équitable garanti à l'art. 29 al. 1 Cst., lequel assure au justiciable une protection équivalente à celle de l'art. 30 al. 1 Cst.. La garantie offerte par l'art. 29 al. 1 Cst. permet au plaideur d'exiger la récusation d'un expert dont la situation ou le comportement est de nature à faire naître un doute sur son impartialité; elle tend notamment à éviter que des circonstances extérieures à la cause puissent influencer l'issue de l'expertise en faveur ou au détriment d'une partie. Pour que la récusation s'impose, la prévention de l'expert n'a pas besoin d'être établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle de l'expert. Seules les circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération; les impressions purement subjectives d'une partie ne sont pas décisives⁴⁶.
- 31 La récusation ne touche en principe que les personnes physiques individuelles. Une demande de récusation dirigée contre un centre d'expertises dans son ensemble peut cependant être examinée comme si elle était dirigée contre chacun des membres de cet établissement pris individuellement⁴⁷.
- 32 L'art. 44 LPGa utilise l'expression «raisons pertinentes» pour décrire les motifs qui peuvent conduire à la récusation d'un expert. La formulation volontairement ouverte de cette disposition permet d'englober, au-delà des seuls motifs légaux de récusation mentionnés aux art. 36 al. 1 LPGa et 10 al. 1 PA, toutes les circonstances pouvant susciter un doute légitime quant aux qualités personnelles ou professionnelles de l'expert. Il n'y a pas lieu de faire de distinction entre les motifs de récusation formels et matériels⁴⁸.
- 33 Les circonstances en question peuvent être classées en différents groupes:

A. L'intérêt personnel dans l'affaire

- 34 Constitue un motif de récusation, l'intérêt que l'expert peut personnellement avoir dans l'affaire. Cet intérêt peut être de fait ou de droit, de nature financière ou idéale et concerner l'expert de manière directe ou indirecte⁴⁹. Tel est le cas lorsque l'expert est partie à la procédure ou répond directement de l'issue de celle-ci. Il en va de même si l'expert est membre d'un groupement d'intérêts – association, fondation, société – partie à la procé-

45 TF, 22.4.2016, 9C_547/2015; TF, 26.5.2015, 9C_140/2015.

46 ATF 138 I 1, c. 2.2; ATF 132 V 93, c. 7.1.

47 TF, 24.6.2009, 9C_500/2009, c. 2.1.

48 ATF 137 V 210, c. 3.4.2.7.

49 ATF 124 I 34, c. 3d; ATF 124 I 121, c. 3.

deure ou s'il s'identifie personnellement, par la nature et l'intensité de son engagement, en lien avec le but du groupement d'intérêt concerné.

B. Les liens personnels avec une partie ou son mandataire

Constituent un motif de récusation les liens familiaux créés par la filiation, l'alliance ou la fraternité, unissant l'expert avec une partie ou son mandataire⁵⁰. Il convient de placer au même niveau un rapport d'amitié étroite ou d'inimitié marquée⁵¹. En revanche, de bonnes relations personnelles entre voisins, étudiants, ou résultant d'obligations militaires accomplies en commun, de fréquents contacts professionnels⁵², ou encore de la simple antipathie⁵³ ne suffisent pas à fonder un soupçon de partialité. Il en va de même concernant l'appartenance au même groupement d'intérêts – association⁵⁴, institution publique⁵⁵ ou privée, parti politique⁵⁶ et communauté religieuse – d'une partie ou de son mandataire. Il convient en effet de présumer que l'expert est capable de prendre le recul nécessaire par rapport à de tels liens ou affinités et de se prononcer de manière objective sur le litige qui divise les parties⁵⁷. L'intensité des liens ne doit pas s'apprécier d'après le ressenti subjectif, mais sur la base de critères objectifs tels que la nature et la durée des rapports⁵⁸.

35

C. Le comportement à l'égard des parties

Constitue un motif de récusation le comportement inapproprié de l'expert à l'égard d'une partie ou de son mandataire. L'expert doit adopter, en toutes circonstances, un comportement neutre et une attitude courtoise et respectueuse. Il doit veiller à traiter les parties de manière égale et éviter d'entretenir des contacts unilatéraux avec une partie ou son mandataire⁵⁹. Il ne doit pas user de paroles ou de gestes susceptibles d'exprimer de la sympathie ou de la bienveillance, ou, au contraire, de l'indifférence ou de l'exaspération⁶⁰. Fonde le soupçon de partialité le fait pour l'expert d'émettre des jugements de valeur fondés sur le sexe, l'origine, la race, la religion ou l'orientation sexuelle⁶¹, ainsi que tout autre jugement de valeur porté sur une partie ou son mandataire⁶².

36

50 ATF 117 Ia 170, c. 3b; ATF 92 I 271, c. 5; voir également TF, 18.11.1998, 4P.177/1998, c. 2b/bb.

51 TF, 9.9.2009, 5A_756/2008, c. 2.1.

52 TF, 29.6.2016, 9C_257/2016, c. 4.2.2 (expert ayant exercé auparavant une activité de médecin au sein d'un service médical régional de l'assurance-invalidité).

53 ATF 132 V 93, c. 7.3.

54 TF, 12.1.2006, 1P.4/2006, c. 2 (franc-maçonnerie); TF, 16.2.2005, 1P.708/2004, c. 2 (groupement d'experts FMB); TF, 17.6.2002, 1P.138/2002, c. 3 (confrérie des vignerons).

55 TF, 31.1.2002, 1P.17/2002, c. 3.2 (corps enseignant de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne).

56 TF, 2.6.2008, 1B_52/2008, c. 1.3; TF, 7.11.2006, 1P.739/2006, c. 6; TF, 19.1.2006, 1P.3/2006, c. 3; TF, 13.9.2001, 5P.160/2001, c. 2.

57 ATF 138 I 1, c. 2.4.

58 PIGUET, 132.

59 TF, 23.1.2015, 8C_531/2014, c. 6.1.2; TF, 7.7.2010, 8C_214/2010, c. 2.3; TF, 4.5.2007, I 1051/06, c. 3.3; voir également TF, 6.12.2006, 4P.254/2006, c. 2.

60 TF, 15.3.2011, 8C_781/2010, c. 7.1.

61 ATF 120 V 357, c. 3b.

62 TF, 4.2.2009, 8C_509/2008, c. 7; TFA, 24.1.2000, I 128/98, c. 4a/aa.

D. La prévention

- 37 Constitue un motif de récusation, tout fait dénotant une apparence de prévention de la part de l'expert. Tel est le cas s'il a déjà été impliqué, à quelque titre que ce soit – en tant que conseiller, expert privé, témoin, membre d'une autorité –, dans la procédure et s'il a pris position au sujet de certaines questions, de manière telle qu'il ne semble plus exempt de préjugé⁶³. En effet, il y a lieu de craindre que l'expert ne projette, dans la procédure en cours, les opinions qu'il a déjà acquises, voire émises, à propos de l'affaire, qu'il résolve les questions à trancher selon ses opinions et surtout, qu'il ne discerne pas les questions que se poserait un expert non prévenu⁶⁴. La jurisprudence a cependant précisé que le fait que l'expert soit un tenant déclaré d'une école de pensée ou d'un courant scientifique particulier ne suffit pas à fonder un soupçon de prévention, sauf s'il apparaît dès le départ que l'expert va soutenir une opinion plutôt qu'une autre⁶⁵. Le fait que l'expert a déjà eu à se prononcer au cours d'une procédure dans laquelle une des parties était impliquée n'exclut pas sa nomination⁶⁶. La jurisprudence exige cependant que l'issue de la cause ne soit pas prédéterminée, mais, au contraire, qu'elle demeure indécise quant à la constatation des faits et à la résolution des questions juridiques. Tel est le cas lorsque l'expert doit se prononcer sur d'autres questions ou lorsqu'il est invité à expliciter ou à compléter sa première expertise⁶⁷. Le fait que l'expert ait pris des conclusions défavorables à l'égard d'une partie⁶⁸ ou qu'il ait été l'objet de plusieurs témoignages négatifs d'autres personnes assurées⁶⁹ ne constituent pas non plus des motifs de récusation. Quand bien même la jurisprudence n'exclut pas cette possibilité⁷⁰, il y a lieu d'éviter de confier une expertise médicale à un ancien médecin traitant, eu égard au conflit d'intérêts pouvant résulter de la position de thérapeute et d'expert.

E. Les relations économiques

- 38 Des relations financières ou commerciales entre l'expert et l'une des parties peuvent, selon la nature et l'intensité de celles-ci, constituer un motif de récusation, dès lors que de telles relations reposent sur un rapport de loyauté réciproque susceptible de générer des conflits d'intérêts. Tel est le cas, lorsque l'expert est employé par l'une des parties, car il est tenu, en principe, d'observer les directives et les instructions de son employeur et de sauvegarder les intérêts légitimes de celui-ci⁷¹. Il en va de même lorsque l'expert se trouve en situation de concurrence⁷² ou en relation d'affaires⁷³ avec l'une des parties. L'existence d'obligations contractuelles est également de nature à commander la récusation de l'expert, lorsque sa qualité de créancier, de débiteur ou de garant implique un rapport obligationnel étroit, susceptible de compromettre sa liberté de jugement⁷⁴.

63 ATF 134 I 238, c. 2.1 ; ATF 126 I 68, c. 3c ; TF, 22.12.2009, 9C_893/2009, c. 2.3.

64 ATF 128 V 82, c. 2a ; ATF 125 I 119, c. 3a.

65 TF, 7.1.2010, 8C_474/2009 (appartenance de l'expert au mouvement Vineyard) ; voir également TF, 4.1.2017, 8C_548/2016, c. 4.1 ; TFA, 26.5.2006, U 305/05, c. 5.1.

66 ATF 132 V 93, c. 7.2.

67 TF, 20.6.2013, 8C_978/2012, c. 5.3.

68 TF, 6.11.2001, 1P.431/2002, c. 2.6.2 ; TFA, 31.12.1996, I 106/96, c. 1b/bb.

69 TF, 18.12.2015, 8C_599/2014, c. 6.2 ; TF, 27.08.2015, 9C_465/2015, c. 2.

70 TFA, 3.2.2006, I 832/04, c. 2.3.1 ; TFA, 17.8.2004, I 29/04, c. 2.2.

71 ATF 115 V 257, c. 5c (collaborateur d'une caisse-maladie) ; TF, 21.7.2005, 2P.78/2005, c. 3.2 (professeur d'université).

72 ATF 119 V 456, c. 5c.

73 ATF 116 Ia 135, c. 3c ; ATF 116 Ia 485, c. 3b, JdT 1992 I 116.

74 TF, 9.8.2002, 1P.294/2002, c. 5.2.

En matière d'expertise médicale, la jurisprudence considère le fait qu'un expert, médecin indépendant ou œuvrant au sein d'un centre d'expertises médicales, soit régulièrement mandaté par les organes d'un assureur et tire une grande partie de son revenu de cette activité, comme ne constituant pas à lui seul un motif suffisant pour conclure à sa prévention ou à sa partialité⁷⁵, même si elle reconnaît que ce fait peut être préjudiciable à la bonne acceptation du processus expertal par les personnes concernées⁷⁶. Pour le Tribunal fédéral, est déterminant le fait que l'expert soit fonctionnellement indépendant de l'assureur et qu'il jouisse d'une pleine liberté dans la manière de conduire son expertise⁷⁷.

F. L'absence de compétences

Tout en reconnaissant que la valeur probante d'une expertise dépend en premier lieu des connaissances et compétences professionnelles de son auteur⁷⁸, la jurisprudence ne pose au final que des exigences limitées en la matière. Dans le domaine de l'expertise médicale, le Tribunal fédéral a ainsi jugé qu'un médecin dispose des compétences nécessaires pour opérer en qualité d'expert dès lors qu'il bénéficie d'une formation spécialisée dans le domaine en question⁷⁹; la possession d'un titre de spécialiste FMH⁸⁰ ou l'inscription au registre suisse des professions médicales (MedReg)⁸¹ ne sont pas exigées. Il y a lieu tout au plus de dénier la valeur probante d'une expertise rendue par un médecin qui s'est prévalu d'un titre auquel il ne pouvait prétendre en vertu de la législation fédérale⁸².

Cette jurisprudence est discutable, dans la mesure où l'acquisition d'une formation spécialisée ne permet pas de présumer que la personne concernée dispose, au moment où elle dispense ses services, des connaissances professionnelles qui reflètent l'état actuel des connaissances dans son domaine d'activité et de l'expérience suffisante (N 13). Dans l'absolu, il serait souhaitable que les personnes désirant œuvrer en qualité d'expert soient soumises à un processus préalable de certification⁸³.

VI. La procédure de recours contre la mise en œuvre de l'expertise

Si l'assureur ne donne suite qu'en partie ou pas du tout aux objections de l'assuré, il rend une décision incidente sujette à recours auprès du tribunal cantonal des assurances ou du Tribunal administratif fédéral dans laquelle il indique le type d'expertise qu'il entend mettre en œuvre, la ou les discipline(s) médicale(s) prévue(s), le nom de l'expert ou des

75 ATF 137 V 210, c. 1.3.3; voir également TF, 28.8.2007, 9C_67/2007, c. 2.4 et TF, 12.5.2010, 9C_304/2010, c. 2.2.

76 TF, 19.8.2016, 9C_793/2015, c. 4.2.

77 ATF 123 V 175, c. 4b; voir également TF, 20.6.2007, I 885/06, c. 5.1; à juste titre, cette jurisprudence est critiquée, au motif qu'elle ne tiendrait pas compte du devoir de loyauté implicite engendré par la dépendance financière aux mandats d'expertise confiés par les assureurs: PIGUET, 133; BÜHLER, Gutachten, 220 ss.

78 TF, 29.5.2009, 9C_53/2009, c. 4.2.

79 TF, 10.8.2011, 8C_997/2010, c. 2.4; TF, 26.1.2010, 9C_736/2009, c. 2.1; TF, 29.5.2009, 9C_53/2009, c. 4.2; TF, 20.11.2007, I 142/07, c. 3.2.3.

80 TF, 26.1.2010, 9C_736/2009, c. 2.1; TF, 12.8.2008, 9C_270/2008, c. 3.3.

81 Voir TF, 3.11.2010, 9C_588/2010, c. 3.2 (relatif à la liste des médecins de la FMH).

82 TF, 6.9.2010, 8C_65/2010, c. 3.2; TF, 31.8.2007, I 65/07, c. 3.

83 Sur la question, voir PIGUET, 135.

experts désigné(s), les questions posées et les raisons pour lesquelles il n'a pas été tenu compte des objections soulevées.

- 43 La décision rendue par l'assureur est une décision d'ordonnancement de la procédure qui n'est pas susceptible d'opposition⁸⁴. Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision incidente⁸⁵.
- 44 Dans le cadre de son recours, l'assuré peut formuler tout type d'objection, de nature formelle ou matérielle. Il peut faire valoir un motif de récusation à l'encontre de l'expert, contester le bien-fondé du principe même de l'expertise, le caractère exhaustif des spécialités médicales prévues ou encore le refus de l'assureur de prendre en considération des questions complémentaires.
- 45 En règle générale, un recours contre une décision incidente n'est recevable que si cette décision est susceptible de causer un préjudice irréparable à la personne concernée⁸⁶. Le Tribunal fédéral admet qu'un tel préjudice existe lorsque l'assuré souhaite contester les conditions de la mise en œuvre d'une expertise médicale⁸⁷. En revanche, lorsque les griefs portent spécifiquement sur le droit de poser des questions complémentaires à l'expert, il appartient à l'assuré d'établir qu'il subit un préjudice irréparable en raison du refus de l'assureur de tenir compte des questions qu'il a posées⁸⁸.
- 46 Sous réserve du retrait de l'effet suspensif, le mandat d'expertise n'est pas attribué, respectivement mis en œuvre, tant que la décision incidente n'est pas entrée en force.
- 47 Si un motif de récusation n'est découvert qu'au moment de la réalisation de l'expertise ou après celle-ci, le motif de récusation doit être invoqué dès que possible, soit en principe, dès que le plaideur a connaissance du motif, à défaut de quoi il est réputé avoir tacitement renoncé à s'en prévaloir. D'après une jurisprudence constante, il est en effet contraire au principe de la bonne foi d'attendre l'issue d'une procédure pour tirer ensuite argument à l'occasion d'un recours du motif de récusation qui était connu auparavant⁸⁹.
- 48 Les jugements cantonaux et du Tribunal administratif fédéral relatifs aux recours contre des décisions d'assureur sur la mise en œuvre d'expertises ne sont pas susceptibles d'être déférés au Tribunal fédéral, à moins que des motifs formels de récusation n'aient été tranchés⁹⁰.

VII. Autres questions

A. La langue de l'expertise

- 49 L'assuré possède un droit à l'exécution de mesures d'instruction médicales dans sa langue maternelle, dès lors qu'il s'agit d'une des langues officielles de la Confédération. Il lui appartient donc, en principe, de déposer dans les délais, une demande appropriée auprès de l'assureur⁹¹. Aussi, lorsqu'un assuré qui doit se soumettre à une expertise dans

84 Art. 52 al. 1 LPGA *in fine*; en matière d'assurance-invalidité, il n'y a pas de place non plus pour la procédure de préavis de l'art. 57a al. 1 LAI; ATF 137 V 210, c. 3.4.2.8.

85 Art. 60 al. 1 LPGA.

86 Art. 5 al. 2 et 46 PA.

87 ATF 137 V 210, c. 3.4.2.7.

88 ATF 141 V 330, c. 8.

89 ATF 132 II 485, c. 4.3.

90 ATF 138 V 271.

91 TFA, 30.12.2004, I 245/00, c. 4.1.1.

un centre prévu à cet effet, demande à l'assureur de désigner un centre où l'on s'exprime dans l'une des langues officielles de la Confédération qu'il maîtrise, il y a lieu de donner suite à sa requête, à moins que des raisons objectives justifient de faire une exception. A défaut, l'assuré a le droit d'être assisté par un interprète lors des examens médicaux et d'obtenir gratuitement une traduction du rapport d'expertise⁹². En revanche, lorsque l'assuré donne suite sans réserve à la convocation régulière d'un expert, rien ne s'oppose à ce que cette expertise soit effectuée dans un milieu où l'on ne s'exprime pas nécessairement dans l'une des langues officielles de la Confédération que l'assuré maîtrise⁹³. Dans cette éventualité, la personne assurée ne peut pas obtenir la traduction du rapport d'expertise⁹⁴.

B. L'assistance d'un interprète

En matière d'expertise médicale, il convient d'attacher une grande importance à la meilleure compréhension possible entre l'expert et la personne assurée⁹⁵. Il n'est toutefois pas nécessaire que cette dernière soit totale, il suffit que le praticien puisse recueillir les éléments utiles à une appréciation fidèle et objective de la situation⁹⁶. Il n'existe pas de droit inconditionnel à la réalisation d'un examen médical dans la langue maternelle de l'assuré ou à l'assistance d'un interprète⁹⁷. Si l'expert ne maîtrise pas la langue de son vis-à-vis – ce qu'il conviendrait en principe d'éviter –, il semble toutefois recommandé, tant d'un point de vue médical qu'au regard des exigences d'objectivité, qu'il s'adjoigne les services d'un traducteur disposant des connaissances linguistiques nécessaires⁹⁸. La question de savoir si, dans un cas concret, un examen médical doit se dérouler dans la langue maternelle de l'assuré ou avec l'assistance d'un interprète est en principe laissée à la libre appréciation de l'expert, responsable de la bonne exécution de son mandat⁹⁹. Il en va de même du choix de l'interprète, ainsi que de la question de savoir si, le cas échéant, certaines phases de l'expertise doivent être réalisées sans la présence de celui-ci.

Le droit suisse n'exige pas que le traducteur qui agit dans le cadre d'une procédure administrative ou judiciaire possède un diplôme spécifique¹⁰⁰. La jurisprudence précise néanmoins que le traducteur doit non seulement disposer des compétences linguistiques nécessaires et présenter des garanties d'indépendance et d'impartialité, mais également être en mesure de tenir compte du contexte socioculturel de la personne pour laquelle il intervient (en particulier l'attitude face à la maladie)¹⁰¹. Pour ces motifs, il est en principe exclu de recourir à des proches pour la traduction de l'anamnèse psychiatrique¹⁰².

92 ATF 127 V 219, c. 2b/bb.

93 TFA, 31.3.2004, I 313/03, c. 3.2; TFA, 2.7.2003, c. 2.2.

94 ATF 131 V 35, c. 3.3; 127 V 219, c. 2b/bb; voir également TF, 20.6.2011, 9C_37/2011, c. 4.

95 TF, 26.12.2013, 9C_457/2013, c. 9.2.2; TFA, 25.7.2003, I 642/01, c. 3.1.

96 TF, 4.2.2011, 9C_509/2010, c. 4.1.1; TF, 17.4.2009, 9C_1040/2008, c. 2.

97 TF, 18.4.2011, 8C_913/2010, c. 3.3.1.

98 TF, 4.8.2016, 9C_410/2016, c. 2.2.1; TFA, 25.7.2003, I 642/01, c. 3.1.

99 TF, 4.2.2011, 9C_509/2010, c. 4.1.1; TFA, 3.3.2004, I 748/03, c. 2.1.

100 TF, 4.1.2008, I 77/07, c. 5.2.

101 ATF 140 V 260, c. 3.2.1.

102 ATF 140 V 260, c. 3.2.4.

C. La représentation au cours de l'expertise

- 52 A l'occasion d'une expertise, il n'existe pas de droit à être assisté d'une personne de son choix (avocat, conjoint ou tiers proche)¹⁰³. De plus, vu le risque d'influence des proches, même de façon involontaire, sur le déroulement de l'expertise, ceux-ci ne doivent pas y participer, en principe¹⁰⁴. Lorsque, exceptionnellement, la présence d'un tiers proche apparaît nécessaire au bon déroulement du processus d'expertise, l'expert doit clairement indiquer dans son rapport la nature de l'intervention, singulièrement quels renseignements émanent de l'assuré lui-même et quels renseignements émanent du tiers proche¹⁰⁵. Pour le reste, il est loisible à l'assureur d'inviter l'expert à discuter les conclusions de son expertise avec une personne désignée par l'assuré (par exemple le médecin traitant)¹⁰⁶.

VIII. L'expertise réalisée à l'étranger

- 53 La mise en œuvre d'une expertise dans un Etat tiers – sans le concours d'une institution nationale de sécurité sociale – est en principe possible en tout lieu. L'assuré ne peut toutefois se prévaloir d'un droit à la réalisation d'une expertise à l'étranger, ce d'autant plus que les médecins étrangers ne possèdent pas, en règle générale, les notions de base de la médecine des assurances¹⁰⁷.
- 54 Cela étant, le droit conventionnel prévoit certaines règles particulières.

A. Etats membres de l'UE et de l'AELE

- 55 Lorsque l'assuré réside ou séjourne dans un Etat membre de l'UE ou de l'AELE, l'assureur a la faculté de déléguer la réalisation d'une expertise médicale. L'expertise est mise en œuvre, à la demande de l'assureur, par l'institution compétente du lieu de résidence ou de séjour de l'assuré, conformément aux procédures prévues par la législation que cette institution applique ou aux conditions prévues entre les autorités compétentes de la Suisse et de l'Etat concerné¹⁰⁸. Afin que l'expertise puisse satisfaire aux exigences de la législation suisse, l'assureur doit communiquer à l'institution compétente les exigences particulières à respecter ainsi que les points sur lesquels l'expertise doit porter¹⁰⁹. Lorsque l'expertise est réalisée, l'institution compétente communique le rapport à l'assureur, lequel est lié par les constatations faites¹¹⁰. En tout état de cause, l'assureur conserve la faculté de faire examiner l'assuré par un médecin de son choix. Toutefois, l'assuré ne peut être invité à se rendre en Suisse que s'il est apte à effectuer le déplacement sans que cela ne nuise à sa santé, et si les frais de déplacement et de séjour sont pris en charge par l'institution débitrice¹¹¹. A l'inverse, un assuré qui réside ou séjourne dans un Etat membre de l'UE ou de l'AELE ne peut se prévaloir d'un droit à la réalisation d'une expertise en Suisse¹¹².

103 ATF 140 V 260, c. 3.2.3; ATF 132 V 443.

104 Critique; HOFSTETTER GILLES-ANTOINE, L'expertise médicale en droit des assurances: un état des lieux, plaidoyer 6/13, 34.

105 ATF 140 V 260, c. 3.2.3; TF, 26.6.2007, I 42/06, c. 4.5.

106 ATF 137 V 210, c. 3.1.3.3.

107 TF, 10.9.2013, 9C_235/2013, c. 3.2.

108 Art. 82 du Règlement 883/2004; art. 87 par. 1 al. 1 du Règlement 987/2009.

109 Art. 87 par. 1 al. 2 du Règlement 987/2009.

110 Art. 87 par. 2 al. 1 du Règlement 987/2009.

111 Art. 87 par. 2 al. 2 du Règlement 987/2009.

112 TF, 7.11.2012, 9C_952/2011, c. 2.4.

B. Etats avec lesquels la Suisse a conclu une convention bilatérale de sécurité sociale

La Suisse a conclu avec un certain nombre d'Etats des conventions bilatérales de sécurité sociale qui, pour certaines d'entre elles, permettent à un assureur de demander que des examens médicaux soient effectués sur le territoire de l'autre Etat par le biais de l'institution compétente de cet Etat¹¹³. Pour plus de détails, il convient de se référer au texte de la convention applicable.

56

Art. 45

Frais de l'instruction ¹ Les frais de l'instruction sont pris en charge par l'assureur qui a ordonné les mesures. A défaut, l'assureur rembourse les frais occasionnés par les mesures indispensables à l'appréciation du cas ou comprises dans les prestations accordées ultérieurement.

² L'assureur indemnise les parties ainsi que les personnes tenues de fournir des renseignements si elles subissent une perte de gain ou encourrent des frais.

³ Les frais peuvent être mis à la charge de la partie qui empêche ou entrave l'instruction de manière inexcusable après sommation et indication des conséquences.

Kosten der Abklärung ¹ Der Versicherungsträger übernimmt die Kosten der Abklärung, soweit er die Massnahmen angeordnet hat. Hat er keine Massnahmen angeordnet, so übernimmt er deren Kosten dennoch, wenn die Massnahmen für die Beurteilung des Anspruchs unerlässlich waren oder Bestandteil nachträglich zugesprochener Leistungen bilden.

² Der Versicherungsträger entschädigt die Partei und die Auskunftspersonen für Erwerbsausfall und Spesen.

³ Die Kosten können der Partei auferlegt werden, wenn sie trotz Aufforderung und Androhung der Folgen die Abklärung in unentschuldbarer Weise verhindert oder erschwert hat.

Spese d'accertamento ¹ L'assicuratore assume le spese per l'accertamento, sempre che abbia ordinato i provvedimenti. Se non ha ordinato alcun provvedimento, ne assume ugualmente le spese se i provvedimenti erano indispensabili per la valutazione del caso oppure se fanno parte di prestazioni accordate successivamente.

² L'assicuratore indennizza la parte, nonché le persone chiamate a fornire informazioni per le eventuali perdite di guadagno e spese.

³ Le spese possono essere addossate alla parte che, nonostante un'ingiunzione, ha impedito in modo ingiustificato l'inchiesta oppure l'ha ostacolata.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	2

¹¹³ P.ex., art. 17 al. 3 de la Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République du Chili (RS 0.831.109.245.1).

	N
II. Développement	3
A. Champ d'application	4
B. Mesures à charge de l'assureur	6
C. Mesures à charge de l'assuré	22

Bibliographie

BLANC STÉPHANE, La procédure administrative en assurance-invalidité: la procédure administrative non contentieuse dans l'assurance-invalidité fédérale en matière d'octroi et de refus de prestations individuelles, thèse, Fribourg 1999.

I. Introduction

A. Généralités

- 1 Sous l'intitulé « frais de l'instruction », l'art. 45 LPGA répartit la prise en charge des frais occasionnés par certaines mesures tendant à clarifier l'état de fait sur la base duquel l'assureur social sera amené à rendre une décision. Il s'inscrit dans le cadre du principe général de la gratuité de la procédure administrative, expressément prévu pour la procédure d'opposition¹, nécessaire à la protection effective des droits de l'assuré². Ce principe doit toutefois être relativisé dans la mesure où, d'une part, les coûts liés à l'administration des assurances sociales sont partiellement couverts par les cotisations ou les primes (N 4), et où, d'autre part, la loi prévoit parfois³ la possibilité de faire supporter certains coûts à l'assuré⁴, voire de l'astreindre au paiement de taxes⁵.

B. Systématique

- 2 Il découle de la position de l'art. 45 LPGA⁶ dans la loi, et de son intitulé, que cette disposition a vocation à s'appliquer à la procédure interne, soit à l'instruction du dossier par l'assureur social, jusqu'à sa clôture par une décision sur opposition⁷. Cette disposition est appliquée par analogie en procédure judiciaire, lorsque le tribunal cantonal des assurances doit suppléer à la carence de l'assureur social⁸ (cf. N 13).

1 Cf. art. 52 al. 3 LPGA.

2 Sur cette question, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 45 N 3.

3 Outre l'hypothèse prévue par l'art. 45 al. 3 LPGA (cf. N 22 ss).

4 Par exemple, si la consultation du dossier est en principe gratuite, un émoulement peut être perçu si elle occasionne un volume de travail particulièrement important (art. 27 al. 2 LPGA et art. 9 OPGA). Cf. ég. art. 27 N 49 s.

5 Cf. p.ex. art. 34a al. 2 RAVS. Le prélèvement de taxes peut éventuellement être fondé sur les statuts de l'assureur social (cf. ATF 125 V 276 pour un exemple de frais de sommation prélevés par un assureur-maladie).

6 Deuxième section du quatrième chapitre, consacrée à la procédure en matière d'assurances sociales.

7 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 45 N 42. Dans l'assurance-invalidité, l'instruction se clôt par une décision (cf. art. 69 al. 1 let. a LAI).

8 LOCHER/GÄCHTER, § 76 N 65.

II. Développement

L'art. 45 LPGa s'applique à certains frais bien déterminés (A), qui sont en principe à charge de l'assureur social (B), mais qui, par exception, peuvent être mis à charge de l'assuré dans certaines circonstances bien précises (C). 3

A. Champ d'application

L'art. 45 LPGa s'applique aux «frais de l'instruction» occasionnés par des «mesures». Il faut comprendre par là que l'art. 45 LPGa n'a pas vocation à s'appliquer aux frais de fonctionnement de l'assureur social («*Verwaltungskosten*»)⁹, mais **uniquement aux mesures spécifiques d'instruction**, mises en œuvre dans le but de clarifier l'état de fait permettant à ce dernier de statuer en toute connaissance de cause («*Abklärungskosten*»). 4

Le texte de l'art. 45 LPGa fait a priori plutôt référence aux mesures tendant à clarifier le droit de l'assuré aux prestations de l'une ou l'autre des assurances sociales. Toutefois, pour des raisons systématiques (N 2), le champ d'application de cette disposition ne peut être compris de manière aussi restrictive. L'art. 45 LPGa s'applique par conséquent également aux mesures servant à déterminer, par exemple, si les conditions d'affiliation à un régime d'assurance sont remplies, ou le montant des cotisations dont l'assuré doit s'acquitter¹⁰. 5

B. Mesures à charge de l'assureur

L'art. 45 LPGa prévoit tout d'abord que l'assureur social doit assumer les coûts des mesures d'instruction qu'il a lui-même ordonnées (1). Il se peut aussi que l'assuré (ou un tiers) engage des frais pour procéder à certaines mesures d'instruction, qui s'avèrent a posteriori indispensables pour clarifier l'état de fait. Dans une telle hypothèse, l'assureur social doit rembourser ces frais à celui qui les a engagés (2). Finalement, il incombe encore à l'assureur social d'indemniser les parties ou certains tiers dans la mesure où, du fait de leur collaboration à l'instruction, ils subissent une perte de gain ou encourent des frais (3). 6

1. Mesures ordonnées par l'assureur

Conformément à l'art. 43 al. 1 LPGa, l'assureur doit prendre d'office toutes les mesures nécessaires pour instruire la demande de prestations dont il est saisi (cf. art. 43 N 9 ss). Il peut s'agir des mesures les plus diverses, à l'instar d'exams médicaux ou d'expertises, nécessitant parfois l'intervention d'un interprète, ou encore de stages d'observation¹¹. 7

Ces mesures sont à charge de l'assureur social **s'il les a demandées**. L'emploi du terme «ordonné» ne signifie pas que l'assureur social devrait avoir suivi une procédure spé- 8

⁹ P.ex. les salaires des employés chargés de traiter le dossier de l'assuré, le loyer des locaux de l'assureur ou les frais de bureau. Ces frais sont couverts par les cotisations (primes) des assurés, respectivement de leurs employeurs (cf. art. 57 al. 2 let. f LAVS, art. 66 LAI, art. 41 al. 1 RAPG, art. 92 al. 1 LAA et art. 19 al. 1 LSAMal). Ces frais ne peuvent jamais être mis à charge de l'assuré, même s'ils s'avèrent très élevés au vu de la complexité du cas (cf. p.ex. TF, 30.11.2011, 9C_258/2010, c. 5).

¹⁰ Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 45 N 15.

¹¹ Pour l'exemple d'une évaluation sur simulateur de vol pour un pilote d'avion, cf. TF, 21.7.2015, 9C_764/2014.

ciale, par exemple en statuant formellement par voie de décision. Il suffit qu'il soit à l'origine de la mesure¹².

- 9 **Le lieu dans lequel les mesures sont effectuées** n'est pas déterminant pour décider de la prise en charge. Ainsi, il peut aussi s'agir de mesures réalisées à l'étranger, au domicile de l'assuré, dans les locaux de l'assureur social ou dans tout autre endroit approprié.
- 10 La question se pose de savoir si la personne ou l'institution qui effectue la mesure peut se prévaloir directement de l'art. 45 al. 1 LPGa pour réclamer la rétribution des actes qu'elle a accomplis sur demande de l'assureur social, indépendamment de la nature juridique de leur relation. Comme Kieser, nous sommes d'avis que le prestataire de services qui a déployé une activité sur demande d'un assureur social soumis à la LPGa peut invoquer cette disposition, qui pose un principe valable *erga omnes*¹³.
- 11 La fixation du **prix des mesures d'instruction** fait le plus souvent l'objet de tarifs négociés au préalable entre les assureurs sociaux et les fournisseurs de prestations. S'agissant, par exemple, d'exams ou de rapports médicaux, les assureurs sociaux utilisent la structure tarifaire TARMED, avec une valeur de point négociée différemment de celle qui est utilisée dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins pour le remboursement des prestations. Il existe par ailleurs des conventions particulières avec différentes associations faîtières de fournisseurs de prestations. Lorsqu'il n'existe pas de convention, les tarifs sont guidés par des directives de l'OFAS. Dans le cadre de l'assurance-invalidité, il faut aussi mentionner que le **tarif des expertises pluridisciplinaires réalisées** par des COMAI (cf. art. 43 LPGa) est fixé par l'OFAS; il s'agit d'un montant forfaitaire, fixé selon le nombre de disciplines médicales concernées par l'expertise. Le tarif est intégré à la convention de droit administratif conclue entre l'Office fédéral et la structure désirant fonctionner comme COMAI¹⁴.

2. Mesures indispensables à l'appréciation du cas

- 12 Bien que l'assureur social soit responsable de l'instruction complète du cas de l'assuré, il est fréquent en pratique que l'assuré prenne l'initiative de rassembler certaines informations ou de faire procéder à certaines investigations. Il n'est ainsi pas rare que **l'assuré consulte un médecin spécialiste, voire fasse réaliser une expertise privée**, en particulier lorsqu'il n'est pas d'accord avec les résultats de l'instruction médicale que l'assureur social a mise en œuvre. Dans un tel cas de figure, il existe une zone de tension entre l'art. 28 LPGa, qui commande à l'assuré de collaborer gratuitement à l'exécution des différentes lois en matière d'assurances sociales (al. 1; cf. art. 28 N 9 ss), en particulier de fournir gratuitement tous les renseignements nécessaires pour établir ce droit et fixer les prestations dues (al. 2; cf. art. 28 N 20 ss), et l'art. 45 al. 1 LPGa, qui permet de mettre à charge de l'assureur social les frais occasionnés par les mesures indispensables à l'appréciation du cas.
- 13 La délimitation entre ces deux dispositions doit être guidée par la **prévalence du devoir de l'assureur social d'instruire le cas d'office**, qui lui interdit de faire l'économie de mesures d'instruction indispensables en invoquant le devoir de collaborer de l'assuré¹⁵.

12 Cf. TF, 21.7.2015, 9C_764/2014, c. 3.2.2.

13 A ce sujet, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 45 N 14.

14 Sur l'utilisation de ce tarif lorsque la mise en œuvre de l'expertise est ordonnée par un tribunal cantonal, cf. N 17.

15 En revanche, la traduction dans une langue officielle de documents fournis par l'assuré dans une langue étrangère (en l'espèce, en thaï) relève de son devoir de renseigner gratuitement l'adminis-

Avant l'entrée en vigueur de la LPGA, le Tribunal fédéral avait déjà eu l'occasion de juger que les frais de mesures prises par l'assuré pouvaient être mis à charge de l'assureur social, en s'appuyant sur les dispositions légales permettant de sanctionner la partie qui se comporte avec légèreté ou avec témérité¹⁶. Le Tribunal fédéral avait jugé que ces dispositions visaient tout aussi bien l'assuré que l'assureur social¹⁷. Il a également statué dans ce sens lorsque le tribunal cantonal des assurances appuyait son jugement sur des éléments qu'il avait dû obtenir lui-même, l'assureur social n'ayant pas pris les mesures nécessaires¹⁸. On retrouve, sous l'empire de l'art. 45 LPGA, ces deux types de cas, à savoir **les mesures prises spontanément par l'assuré**, quelle que soit la phase de la procédure dans laquelle il se trouve¹⁹, et **les mesures ordonnées par l'autorité de recours**²⁰ pour pallier la carence de l'assureur social. Dans cette deuxième hypothèse, le Tribunal fédéral a précisé que les frais d'une expertise (mono-, bi- ou pluridisciplinaire) mise en œuvre par l'autorité de recours ne pouvaient être mis à charge de l'assureur social que si ce dernier avait procédé à une instruction présentant des lacunes ou des insuffisances caractérisées, que l'expertise judiciaire devait pallier. Il doit ainsi exister un lien entre les défauts de l'instruction administrative et la nécessité de mettre en œuvre une expertise judiciaire²¹.

Selon le texte de l'art. 45 al. 1 LPGA, sont à la charge de l'assureur social les mesures **indispensables à l'appréciation du cas**²². En principe, il n'est pas nécessaire qu'elles apportent des éléments nouveaux, infirment ou confirment les informations déjà obtenues, mais uniquement qu'elles soient utilisables par l'assureur social pour statuer sur le cas²³. Dans sa jurisprudence plus récente, le Tribunal fédéral se montre parfois plus restrictif s'agissant du caractère « indispensable » de rapports médicaux pour statuer sur le droit aux prestations d'un assuré²⁴.

L'art. 45 al. 1 LPGA ne subordonne pas la prise en charge des mesures par l'assureur social à la condition que ces dernières aient conduit à l'octroi de prestations. Ainsi, **si l'assureur s'est appuyé sur le résultat de ces mesures pour refuser le droit aux prestations, elles doivent quand même être mises à sa charge**. Une telle solution est en conformité avec la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, qui permet notamment de mettre à charge de l'assureur social les frais d'une expertise privée nécessaire pour,

tration, faute de droit à traiter avec l'administration dans une langue non officielle (TAF, 2.6.2016, C-4157/2015, c. 4.2.3).

16 Cf. p.ex. art. 30^{bis} al. 3 let. a LAMA (RO 28 353) et art. 85 al. 2 let. a LAVS (RO 1991 362).

17 ATF 112 V 333, c. 4c (comportement léger ou téméraire d'un assureur-maladie nié en l'espèce). Cf. également ATF 98 V 272, rendu en application de l'art. 56 aLAM (RO 1949 1775).

18 ATF 115 V 62, c. 5 (en l'espèce, un complément d'information auprès d'un médecin).

19 Il peut même s'agir de mesures prises avant le dépôt d'une demande de prestations (TF, 24.2.2014, 9C_921/2013, c. 5). Pour l'exemple d'une expertise privée réalisée pendant la procédure de préavis en matière d'assurance-invalidité, cf. TF, 3.9.2015, 9C_858/2014, c. 6.

20 Soit un tribunal cantonal au sens de l'art. 57 LPGA, soit le TAF.

21 TF, 10.1.2018, 9C_469/2017, c. 5.1; TF, 10.4.2017, 8C_251/2016, c. 7.2.

22 L'autre hypothèse visée par l'art. 45 al. 1 LPGA (2^e phrase *i.f.*), à savoir les mesures « comprises dans les prestations accordées ultérieurement », n'a pas de portée pratique (cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 45 N 22; LOCHER/GÄCHTER, § 70 N 70).

23 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 256. Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 45 N 20. Cf. ég. TF, 7.12.2016, 8C_513/2016, c. 3; TF, 28.9.2016, 8C_433/2016, c. 4; TF, 7.7.2016, 8C_301/2016, c. 3.2; TF, 22.4.2016, 8C_881/2015, c. 4.5.

24 Cf. TF, 16.11.2016, 8C_636/2016, c. 7; TF, 8.11.2016, 9C_389/2016, c. 7.2 et 9.2; TF, 29.4.2016, 9C_714/2015, c. 4.4; TF, 13.4.2016, 9C_567/2015, c. 7.

finale, refuser le droit de l'assuré aux prestations de l'assurance sociale²⁵. L'art. 78 al. 3 RAI, qui prévoit que «les mesures d'instruction sont prises en charge par l'assurance quand elles ont été ordonnées par l'office AI ou, à défaut, en tant qu'elles étaient indispensables à l'octroi de prestations», doit désormais être interprété à la lumière de cette nouvelle jurisprudence²⁶.

- 16** Lorsqu'une mesure d'instruction mise en œuvre par l'assuré ou par un tiers **se révèle plus onéreuse que si elle l'avait été par l'assureur social**, se pose la question de savoir si ce dernier doit rembourser la totalité des frais engagés, ou s'il peut s'en tenir à ce que la mesure aurait coûté s'il l'avait mise en œuvre lui-même²⁷. A notre sens, la première solution s'impose déjà au simple regard du but de l'art. 45 al. 1 LPGA, qui est d'éviter que l'assuré, respectivement un tiers, ne subisse de désavantage financier du fait de la carence d'un assureur social²⁸. Le principe de l'instruction d'office (cf. art. 43 N 9), allié à celui de la gratuité de la procédure administrative (cf. art. 52 N 37 ss), doit garantir à l'assuré le traitement complet de son dossier, sans qu'il en résulte des frais pour lui. N'étant pas partie aux conventions tarifaires conclues entre les assureurs sociaux et les fournisseurs de prestations, il ne peut en invoquer l'application dans le cadre du contrat que lui-même conclut avec le prestataire qu'il sollicite. Ce dernier établira en principe sa facture sur d'autres bases tarifaires. Si cette facture a été réglée par l'assuré, ce qui sera en général le cas, ce dernier se verra rembourser un montant inférieur, de sorte que l'objectif de l'art. 45 al. 1 LPGA ne sera pas atteint. Si ce sont les prestataires qui doivent subir une perte, le risque existe alors que ces derniers refusent de fournir des prestations telles que des expertises privées ou des examens médicaux s'ils savent qu'ils sont sollicités en marge de l'instruction d'une demande de prestations d'assurances sociales. L'assuré se verrait ainsi coupé de la possibilité effective de faire procéder aux mesures d'instruction que l'assureur social refuse ou omet de mettre en œuvre, ce qui mettrait en danger le fonctionnement des assurances sociales.
- 17** Dans ce même contexte, il faut mentionner la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les **expertises judiciaires confiées à un COMAI**²⁹. Les frais de ces expertises doivent être supportés par les offices AI³⁰. Après avoir, dans plusieurs arrêts consécutifs, retenu que ces frais devaient être fixés conformément aux conventions tarifaires conclues entre l'OFAS et le COMAI concerné³¹, notre Haute Cour a finalement admis le caractère problématique de cette jurisprudence, eu égard notamment à la répartition des compé-

25 TF, 4.11.2014, 8C_508/2014, c. 6; TF, 20.8.2012, 9C_136/2012, c. 5; TF, 24.4.2007, I 1008/06.

26 TF, 21.7.2015, 9C_764/2014, c. 3.2.2, qui souligne le caractère dépassé d'une ancienne jurisprudence (ATF 97 V 233, c. 1) depuis l'entrée en vigueur de la LPGA.

27 Sur les conventions tarifaires conclues entre les prestataires et les assureurs sociaux, cf. N 11.

28 Plus nuancé, BLANC, 128 s.

29 Les tribunaux cantonaux, respectivement le TAF, peuvent en effet aussi mandater un COMAI lorsqu'ils estiment qu'une question d'ordre médical doit être établie par le biais d'une expertise, ou lorsque l'expertise administrative n'est pas probante sur un point essentiel pour l'issue du litige (ATF 137 V 210, c. 4.4.1.4). En matière de LAA, cf. TF, 15.7.2016, 8C_349/2016, c. 3.2 (un assureur avait mandaté deux fois le même expert, alors même que la valeur probante de sa première expertise était contestée). Contrairement à KIESER (ATSG-Kommentar, art. 45 N 24), nous considérons que les frais de l'expertise en tant que telle relèvent de l'art. 45 al. 1 LPGA, seule l'indemnisation de l'assuré pour ses frais de voyage et une éventuelle perte de gain relevant de l'art. 45 al. 2 LPGA (dans le même sens, cf. lettre circulaire AI n° 314 du 6.8.2012).

30 ATF 137 V 210, c. 4.2.

31 TF, 26.1.2017, 9C_541/2016, c. 2; TF, 27.10.2016, 8C_483/2016, c. 2; ATF 139 V 496, c. 4.3; ATF 137 V 210, c. 4.2.

tences entre la Confédération et les cantons, l'organisation judiciaire étant l'apanage de ces derniers³². Ce revirement de jurisprudence doit être salué. En effet, la solution adoptée dans un premier temps contraignait des autorités judiciaires cantonales à se conformer à des directives administratives fédérales³³, en violation des principes de la séparation des pouvoirs et du fédéralisme, respectivement à observer des engagements contractuels auxquels elles ne sont pas parties, en violation du principe de la relativité des conventions³⁴. Il n'y a désormais plus à craindre que les tribunaux soient tentés d'utiliser le tarif de l'OFAS lorsque l'expert judiciaire n'est pas un COMAI, malgré l'absence de toute base légale dans ce sens³⁵.

3. Compensation des frais et de la perte de gain

L'art. 45 al. 2 LPGA commande à l'assureur social d'indemniser les parties ainsi que les personnes tenues de fournir des renseignements si elles subissent une perte de gain ou encourent des frais. Cette disposition limite ainsi les principes posés à l'art. 28 LPGA, qui enjoint aux assurés et aux employeurs de collaborer gratuitement à l'exécution des différentes lois sur les assurances sociales (al. 1), et plus spécifiquement à celui qui fait valoir un droit à des prestations de fournir gratuitement tous les renseignements nécessaires pour établir ce droit et fixer les prestations dues (al. 2). Cette limitation est un choix délibéré du législateur³⁶.

La **compensation d'une perte de gain** suppose que l'assuré, respectivement le tiers, en subisse effectivement une. La personne sans activité lucrative ne peut ainsi pas se prévaloir de l'art. 45 al. 2 LPGA pour obtenir une compensation financière pour la durée de la mesure. Il n'y a pas non plus lieu à compensation lorsque l'assuré est en incapacité de travail ou de gain et touche des indemnités journalières ou des rentes qui lui sont aussi versées pour les jours durant lesquels l'assuré se soumet à une mesure d'instruction³⁷. **La perte de gain doit être en lien de causalité avec la mesure d'instruction**, de sorte que l'assuré en incapacité de travail ne touchant pas de prestations financières³⁸ ne peut pas non plus se prévaloir de l'art. 45 al. 2 LPGA. Les lois spéciales peuvent prévoir des dérogations. Il en va notamment ainsi de l'assurance-invalidité, qui prévoit l'octroi d'indemnités journalières à l'assuré qui se soumet pendant deux jours consécutifs au moins à un examen ordonné par l'office AI pour juger du bien-fondé de sa demande. Ce dernier a alors droit à une indemnité journalière pour chaque jour d'examen³⁹. L'art. 45 al. 2 LPGA

32 ATF 143 V 269, c. 6.2.2 et 7.3.

33 La rémunération des COMAI est fixée par un tarif établi par l'OFAS, intégré aux conventions conclues avec les organismes qui souhaitent fonctionner comme COMAI.

34 Pour une analyse plus détaillée, cf. DUPONT ANNE-SYLVE, La rémunération de l'expert judiciaire: une brèche dans le principe de la séparation des pouvoirs (entre autres), analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_541/2016, Newsletter r assurances.ch mars 2017.

35 Le TAF est déjà allé dans ce sens, sans examiner la légalité de la démarche (TAF, 21.5.2015, C-6150/2012, c. 6.3.2).

36 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 28 N 36 ss.

37 Il faut considérer l'art. 67 al. 1 LPGA comme une *lex specialis* à l'art. 45 al. 2 LPGA. Cette disposition permet à l'assureur social de réduire, à certaines conditions, les indemnités journalières d'un assuré qui séjourne dans un établissement hospitalier aux frais de l'assurance sociale, ceci en vue d'éviter une surindemnisation. La réduction de l'indemnité journalière ne peut être compensée par le biais de l'art. 45 al. 2 LPGA.

38 P.ex. un travailleur indépendant qui n'aurait pas souscrit d'assurance perte de gain en cas de maladie et d'accident ou de couverture LAA facultative.

39 Art. 17 RAI.

ne prévoit, lui, **pas de durée minimale** pour ouvrir le droit à une compensation financière en cas de perte de gain.

- 20 Selon les mêmes principes, la compensation de frais suppose que la mesure d'instruction entraîne pour l'assuré ou pour le tiers des **frais effectifs**, dont la preuve doit être rapportée. Le tarif applicable au remboursement des frais est laissé à l'appréciation des différentes assurances sociales. En matière d'assurance-invalidité, l'art. 90 RAI fixe de manière précise le tarif applicable au remboursement des frais de voyage en Suisse. En revanche, selon l'art. 91 RAI, les contributions aux frais de voyage à l'étranger sont fixées au cas par cas⁴⁰.
- 21 Bien que l'art. 45 al. 2 LPGA ne les mentionne pas expressément, **les tiers** sont à notre sens également fondés à demander une compensation pour leur perte de gain et leurs frais lorsque leur présence est indispensable pour l'exécution d'une mesure d'instruction. On pense ici en particulier à la personne devant accompagner un assuré handicapé à un examen médical. En matière d'assurance-invalidité, l'art. 90 RAI prévoit expressément l'indemnisation de cette personne. A notre sens, il doit en aller de même pour les autres assurances sociales: si l'assuré privé de son autonomie doit indemniser la personne ou l'institution qui se charge de l'accompagner, il encourt lui-même des frais qui doivent être indemnisés par l'assureur. S'il est accompagné par un proche qui ne demande pas de rémunération à l'assuré, il n'en demeure pas moins que ce dernier participe ainsi à la diminution de son dommage, ce qui justifie l'indemnisation du tiers, toujours à condition que celui-ci subisse effectivement une perte de gain ou doive effectivement supporter des frais⁴¹.

C. Mesures à charge de l'assuré

- 22 Par exception, l'assureur peut reporter tout ou partie des frais d'une mesure sur l'assuré «qui empêche ou entrave l'instruction de manière inexcusable après sommation et indication des conséquences» (al. 3). Il ne s'agit pas ici simplement de l'assuré qui se soustrait à une mesure d'instruction, mais bien de celui qui **adopte volontairement un comportement blâmable**. L'assuré incapable de discernement ne peut ainsi se voir appliquer l'art. 45 al. 3 LPGA, pas plus que celui qui omet par négligence ou par erreur de se présenter à un entretien ou à un examen⁴².
- 23 Les frais ne peuvent être mis à charge de l'assuré que s'il a reçu une **sommation** correspondante, **le rendant attentif aux conséquences financières** de son obstruction. Cette sommation peut aller de pair avec celle que prévoit l'art. 21 al. 4 LPGA, qui commande à l'assureur d'informer l'assuré sur les conséquences juridiques d'un refus de collaborer. A notre sens, la sommation au sens de l'art. 45 al. 3 LPGA doit également laisser à l'assuré un délai de réflexion convenable, pour qu'il puisse cas échéant prendre conseil auprès d'un tiers⁴³.
- 24 Si les conditions formelles et matérielles qui viennent d'être énoncées sont réalisées, les frais d'une mesure dont la mise en œuvre a été empêchée, respectivement le surcoût découlant des complications intervenues lors de sa mise en œuvre, peuvent être mis à

40 Pour un exemple, cf. TAF, 12.1.2016, C-2952/2015.

41 On peut aussi fonder cette interprétation sur l'art. 422 al. 1 CO qui commande au maître, dans le cadre de la gestion d'affaires sans mandat, de rembourser au gérant toutes les dépenses nécessaires.

42 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 45 N 39.

43 Dans le même sens, KIESER, ATSG-Kommentar, art. 45 N 40.

charge de l'assuré⁴⁴. L'art. 45 al. 3 LPGA postulant une exception au principe général de la gratuité de la procédure administrative, son application ne peut être envisagée que de manière exceptionnelle⁴⁵. L'assureur social doit rendre une **décision formelle**.

Le projet de révision de la LPGA du 2 mars 2018 veut permettre à l'assureur social de mettre à charge de l'assuré les **frais supplémentaires engendrés par le recours à des spécialistes de la lutte contre la perception indue de prestations** si celui-ci a obtenu ou tenté d'obtenir une prestation en fournissant sciemment des indications fausses ou d'une autre manière illicite (art. 45 al. 4 P-LPGA 2018). Le Message du Conseil fédéral précise à ce sujet qu'il est nécessaire que l'assuré ait eu un comportement répréhensible⁴⁶, c'est-à-dire qu'il ait tenté de percevoir des prestations alors même qu'il savait qu'il n'y avait pas droit, ou qu'il ait contribué par un comportement illicite à ce qu'une prestation lui soit indûment octroyée, par exemple en communiquant de fausses informations. En revanche, si l'assuré perçoit, même depuis des années, des prestations indues en raison d'un examen insuffisant par l'assureur social, les frais des mesures de surveillance ne peuvent être mis à sa charge⁴⁷. Tel qu'il est expliqué par le Conseil fédéral, le nouvel art. 45 al. 4 ne peut ainsi justifier de mettre à charge de l'assuré les frais supplémentaires que si les mesures d'investigation ont permis de démontrer la fraude.

25

Art. 46

Gestion des documents Lors de chaque procédure relevant des assurances sociales, l'assureur enregistre de manière systématique tous les documents qui peuvent être déterminants.

Aktenführung Für jedes Sozialversicherungsverfahren sind alle Unterlagen, die massgeblich sein können, vom Versicherungsträger systematisch zu erfassen.

Gestione degli atti Per ogni procedura in materia di assicurazioni sociali, l'assicuratore registra in modo sistematico tutti i documenti suscettibili di essere determinanti.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Objet, but et nature de la norme	3
II. Développement	9
A. Champ d'application	9
B. Principe	11

Bibliographie

BOVAY BENOIT, Procédure administrative, 2^e éd., Berne 2015; DUPONT ANNE-SYLVIE, La protection des données confiées aux assureurs, in Dunand/Mahon (éd.), La protection des données dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2017, 195 ss (cité: Protection des données); FLÜCKIGER THOMAS, Verwaltungsverfahren, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit 97 ss.

44 LOCHER/GÄCHTER, § 70 N 71.

45 LOCHER/GÄCHTER, § 70 N 71; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 45 N 41.

46 Sous l'angle du droit des assurances sociales, indépendamment de l'appréciation pénale.

47 Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1625. Cf. ég. Rapport P-LPGA 2017, 11.

I. Introduction

A. Généralités

- 1 Sous le titre marginal «gestion des documents», l'art. 46 LPGA traite de l'obligation faite aux assureurs sociaux de tenir un dossier complet pour chaque assuré. Cette obligation vise à garantir le droit d'être entendu de l'assuré.
- 2 Le droit d'être entendu est la charnière de la procédure administrative entre l'assuré et l'assureur. D'un côté, il définit le droit de l'assuré d'intervenir dans la procédure; de l'autre côté, il limite la liberté d'instruction de l'assureur qui ne peut agir à sa guise, mais doit respecter les droits des parties.

B. Objet, but et nature de la norme

- 3 Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., comprend le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur tous les éléments pertinents avant qu'une décision qui touche sa situation juridique ne soit rendue, ainsi que le devoir pour l'assureur de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse en saisir la portée et exercer ses droits en connaissance de cause¹.
- 4 L'efficacité du droit d'être entendu dépend entre autres de la manière avec laquelle l'assureur gère les documents². Ce n'est que si la gestion des documents est effectuée de manière correcte et conforme à l'art. 46 LPGA que le droit d'être entendu et, en particulier, de consulter le dossier, est efficace.
- 5 La gestion des documents est également importante pour l'instruction de la demande selon l'art. 43 LPGA. En pratique, il est fréquent que l'assureur doive faire appel à des tiers qui, en particulier, établiront des rapports avec, parfois, des conclusions contradictoires. Il est dès lors nécessaire que l'assuré puisse, en consultant le dossier, prendre connaissance de la totalité des documents déterminants.
- 6 Le droit d'être entendu est donc à la fois une institution servant à l'instruction de la cause et une faculté de la partie, en rapport avec sa personne, de participer au prononcé de la décision qui touche sa situation juridique. De nature formelle, sa violation entraîne en principe l'annulation de la décision indépendamment des chances de succès de recours au fond³.
- 7 L'art. 46 LPGA reprend les principes que la jurisprudence avait établis avant l'entrée en vigueur de la LPGA⁴. L'obligation de gérer de manière systématique tous les documents s'impose d'office; elle est la contrepartie du droit d'être entendu et de pouvoir consulter le dossier⁵.
- 8 Le Tribunal fédéral se réfère régulièrement, dans le cadre de l'art. 46 LPGA, à la jurisprudence et aux principes concernant les art. 12 et 26 PA, au vu du renvoi de l'art. 55 LPGA⁶. L'application à titre subsidiaire des règles de procédure de la PA est largement admise, sauf en ce qui concerne les délais⁷.

1 TF, 6.1.2017, 9C_439/2016, c. 2.2; ATF 141 V 557, c. 3.1.

2 KUPFER BUCHER, 154 et les références citées.

3 BOVAY, 251; TF, 6.1.2017, 9C_439/2016.

4 EUGSTER, ATSG, 233; ATF 124 V 372, c. 3b.

5 TF, 28.3.2007, I 988/06, c. 3.4; ATF 124 V 372, c. 3b.

6 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 46 N 10; TF, 19.8.2016, 9C_329/2016, c. 4.2 et les références citées. Voir aussi TF, 15.12.2010, 8C_319/2010, c. 2.2.

7 FLÜCKIGER, 99; ATF 131 V 305, c. 4.1 et 4.2.

II. Développement

A. Champ d'application

L'art. 46 LPGA concerne tous les assureurs sociaux soumis à la LPGA («*Versicherungsträger*»)⁸, sans exception. 9

Pour certains assureurs, des règles détaillées figurent dans des textes séparés, notamment les Directives sur la gestion des dossiers dans les domaines AVS/AI/APG/PC/AfamAgr/Afam (DGD) du 1^{er} janvier 2011 édictées par l'OFAS. 10

B. Principe

Le devoir d'enregistrer tous les documents exige de l'assureur une documentation complète et systématique. Les documents doivent être classés par ordre chronologique et, au plus tard lors de la décision, numérotés avec si possible une liste des pièces et leur intitulé⁹. 11

Par «documents», il faut entendre toute information déterminante, indépendamment de son support: il ne s'agit donc pas seulement de courriers ou de colis, mais également des dossiers électroniques. Est donc compris dans la notion de documents tout ce qui concerne l'affaire («*alles was zur Sache gehört*»)¹⁰. 12

Sont comprises dans la notion de documents les pièces produites par les parties (formulaire d'annonce, demande de prestations, contestations éventuelles). Le fait de conserver l'enveloppe est important, notamment s'agissant du respect des délais¹¹. 13

Les courriers électroniques et les comptes-rendus des entretiens téléphoniques font également partie des documents, selon l'art. 46 LPGA. Les rapports médicaux internes et les avis des médecins externes consultés doivent également figurer dans la documentation à conserver, ce qui n'est pas sans soulever certaines difficultés en termes de protection des données. Ainsi, toutes les informations communiquées par l'assuré pendant la durée de l'expertise sont susceptibles d'être transmises à l'assureur, sans égard à leur utilité pour l'analyse médicale du cas ni, par répercussion, sur la situation asséculogique. Tous ces documents et informations seront joints au dossier et facilement accessibles, y compris pour les organes administratifs de l'assureur¹². 14

Enfin, les dénonciations anonymes doivent également être conservées. La question de savoir si et dans quelle mesure une telle dénonciation doit être autorisée, respectivement si une suite doit y être donnée, relève de l'administration des preuves¹³. 15

Il n'appartient pas à l'assureur d'effectuer une distinction, sous l'angle de l'art. 46 LPGA, entre les documents «internes» et «externes». L'assureur doit conserver tous les documents qui peuvent être déterminants. 16

Font partie des documents déterminants tous ceux qui contiennent des informations utiles à la compréhension du cas ou à la prise de décision concernant un droit à des presta- 17

8 Sur les utilisations, parfois confuses du législateur, des notions d'assureur, organe d'exécution et/ou assurance sociale: cf. KIESER, ATSG-Kommentar, Vorbemerkungen, N 95 ss.

9 TF, 19.8.2016, 9C_329/2016, c. 4.2.

10 ATF 138 V 218, c. 8.1.2; ATF 124 V 372, c. 2b; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 46 N 14.

11 ATF 138 V 218, c. 8.1.1.

12 Pour une analyse détaillée de cette problématique: cf. DUPONT, Protection des données, 208 s.

13 ATF 133 I 33; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 36 N 14.

tions¹⁴. L'obligation d'enregistrer de manière systématique tous les documents qui peuvent être déterminants n'a pas pour effet que, au moment de son enregistrement, le document devrait d'ores et déjà être reconnu comme tel: tous les documents qui, de manière prospective, pourraient devenir déterminants doivent être enregistrés. En clair, l'obligation faite à l'assureur s'étend à quasiment tous les documents internes et externes qui lui parviennent. L'obligation de conserver des pièces ne s'étend toutefois pas aux documents purement internes¹⁵. Il est évidemment exclu que des documents qui ont été enregistrés puissent, par la suite, être effacés ou retranchés du dossier.

- 18 Lorsqu'un assureur ne respecte pas l'art. 46 LPGA, le fardeau de la preuve peut être renversé. Cela joue un rôle particulièrement important lorsqu'il y a lieu de déterminer si une partie a agi dans les délais¹⁶. Pour qu'il y ait renversement du fardeau de la preuve en cas de violation de l'art. 46 LPGA, il faut que la violation soit la cause de l'impossibilité de fournir une preuve¹⁷.
- 19 Lorsqu'un assureur ne conserve pas de manière parfaitement chronologique les documents, notamment ceux reçus de tiers, cela n'entraîne pas nécessairement une inversion du fardeau de la preuve: l'assuré doit démontrer en quoi, concrètement et dans le cas particulier, l'absence de classement systématique et chronologique constituerait une violation de son droit d'être entendu. En clair, il faut que les lacunes mises en avant par l'assuré soient telles que le droit d'être entendu et de consulter le dossier ne peut être respecté, sans procéder à des compléments chronophages et complexes¹⁸. Il ne suffit donc pas de critiquer de manière générale une gestion des documents perfectible pour que le principe de l'inversion du fardeau de la preuve soit retenu par le tribunal.
- 20 L'inversion du fardeau de la preuve n'est pas non plus envisageable lorsqu'un assuré prétend avoir adressé à l'assureur un courrier mais qu'il n'est pas en mesure de l'attester. Il n'y a donc pas une violation de l'obligation de gérer les documents de manière systématique si l'assuré constate simplement qu'un courrier qu'il prétend avoir adressé ne figure pas au dossier. Encore faut-il qu'il apporte des éléments concrets de ce qu'il avance, comme en particulier la preuve de l'envoi recommandé adressé, avec une copie de la demande de prestations¹⁹.
- 21 De manière générale, l'assureur ne saurait compléter les pièces produites dans le cadre d'une procédure devant les tribunaux ou se contenter de produire les documents qu'il considère comme déterminants pour le cas d'espèce. L'assureur doit donc garantir que le dossier qu'il produit auprès des autorités ou du tribunal est complet. En d'autres termes, l'assureur doit pouvoir garantir que le droit constitutionnel inscrit à l'art. 29 al. 2 Cst., et concrétisé au niveau de la loi à l'art. 46 LPGA, est respecté²⁰.
- 22 Les modalités de la gestion des documents n'ont pas été spécifiées par le législateur et sont laissées à la libre appréciation des assureurs. En particulier, l'art. 46 LPGA ne pré-

14 TF, 15.12.2010, 8C_319/2010, c. 2.2.

15 TF, 28.3.2007, I 988/06, c. 3.4; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 46 N 19.

16 TF, 5.12.2016, 9C_570/2016, c. 5: un document déterminant doit figurer au dossier, et pas seulement être déposé pour la première fois au cours de l'instance fédérale, comme une preuve nouvelle au sens de l'art. 99 al. 1 LTF, sans même que ne soit exposé en quoi il résulterait de l'acte attaqué, ni pourquoi il n'a pas pu être produit en instance cantonale. Un tel document est alors irrecevable.

17 TF, 8.9.2017, 9C_207/2017, c. 5.2.

18 TF, 18.12.2013, 9C_413/2013, c. 2.2. Cf. aussi ATF 138 V 218.

19 TF, 19.8.2016, 9C_329/2016, c. 3.

20 TF, 28.1.2014, 8C_616/2013, c. 1 et les références citées.

cise pas si les documents peuvent être conservés de manière électronique ou uniquement sur un support papier. L'art. 8 al. 3 OPGA prévoit que l'assureur remettra pour consultation les pièces du dossier ou des copies de celles-ci. En pratique, quasiment tous les assureurs gèrent désormais les documents qu'ils traitent de manière électronique et remettent en général des copies du dossier aux assurés, aux autorités, aux autres assureurs ainsi qu'aux autres personnes habilitées à représenter les parties devant les tribunaux. La gestion et l'archivage électroniques des dossiers peuvent parfois soulever des problèmes, notamment lorsqu'une partie met en doute la valeur probante des copies ou fait valoir que les documents ou les signatures sont des faux. Une étude graphologique n'étant pas envisageable avec des copies, l'assureur devra cas échéant supporter le fait qu'il n'a pas été en mesure d'apporter la preuve, au degré de la vraisemblance prépondérante, que c'est bien l'assuré qui a signé ou écrit tel document²¹.

Art. 47

Consultation du dossier

¹ Ont le droit de consulter le dossier, dans la mesure où les intérêts privés prépondérants sont sauvegardés :

- a. l'assuré, pour les données qui le concernent ;
- b. les parties, s'agissant des données qui leur sont nécessaires pour exercer un droit ou remplir une obligation qui découle d'une loi sur les assurances sociales ou pour faire valoir un moyen de droit contre une décision fondée sur cette même loi ;
- c. les autorités habilitées à statuer sur les recours contre des décisions fondées sur une loi sur les assurances sociales, pour les données nécessaires à l'accomplissement de cette tâche ;
- d. le tiers responsable et son assureur, pour les données qui leur sont nécessaires pour se déterminer sur une prétention récursoire de l'assurance sociale concernée.

² S'il s'agit de données sur la santé dont la communication pourrait entraîner une atteinte à la santé de la personne autorisée à consulter le dossier, celle-ci peut être tenue de désigner un médecin qui les lui communiquera.

Akteneinsicht

¹ Sofern überwiegende Privatinteressen gewahrt bleiben, steht die Akteneinsicht zu :

- a. der versicherten Person für die sie betreffenden Daten ;
- b. den Parteien für die Daten, die sie benötigen, um einen Anspruch oder eine Verpflichtung nach einem Sozialversicherungsgesetz zu wahren oder zu erfüllen oder um ein Rechtsmittel gegen eine auf Grund desselben Gesetzes erlassene Verfügung geltend zu machen ;
- c. Behörden, die zuständig sind für Beschwerden gegen auf Grund eines Sozialversicherungsgesetzes erlassene Verfügungen, für die zur Erfüllung dieser Aufgabe erforderlichen Daten ;
- d. der haftpflichtigen Person und ihrem Versicherer für die Daten, die sie benötigen, um eine Rückgriffsforderung der Sozialversicherung zu beurteilen.

² Handelt es sich um Gesundheitsdaten, deren Bekanntgabe sich für die zur Einsicht berechtigte Person gesundheitlich nachteilig auswirken könnte, so

21 Pour un cas ayant trait à l'assurance-chômage : TF, 28.4.2017, 8C_794/2016, c. 5.4 ; pour un cas relevant de la prévoyance professionnelle (art. 41 al. 8 LPP ; art. 27i al. 2 OPP2) : TF, 31.8.2015, 9C_634/2014.

kann von ihr verlangt werden, dass sie einen Arzt oder eine Ärztin bezeichnet, der oder die ihr diese Daten bekannt gibt.

Consultazione degli atti

¹ Purché siano tutelati interessi privati preponderanti, hanno diritto di consultare gli atti:

- a. l'assicurato per i dati che lo riguardano;
- b. le parti per i dati di cui necessitano per tutelare un diritto o adempiere un obbligo conformemente a una legge d'assicurazione sociale oppure per far valere un rimedio giuridico contro una decisione emanata in base alla stessa legge;
- c. le autorità competenti per i ricorsi contro decisioni emanate in base a una legge d'assicurazione sociale, per i dati necessari per adempiere tale compito;
- d. la persona responsabile e il suo assicuratore per i dati di cui necessitano per valutare un regresso dell'assicurazione sociale.

² Nel caso di dati riguardanti la salute, la cui comunicazione potrebbe ripercuotersi sfavorevolmente sulla salute della persona autorizzata a consultare gli atti, si può esigere che essa designi un medico, incaricato di comunicarle questi dati.

Plan

	N
I. Généralités	1
A. Processus législatif	1
B. Droit de consulter le dossier	6
II. Développement	28
A. La consultation du dossier (al. 1)	28
B. La consultation indirecte du dossier (al. 2)	46
C. Procédure – consultation du dossier	52

Bibliographie

BOVAY BENOIT, Procédure administrative, 2^e éd., Berne 2015; DUPONT ANNE-SYLVIE, La protection des données confiées aux assureurs, in Dunand/Mahon (éd.), La protection des données dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2017, 195 ss (cité: Protection des données); EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, 385 ss (cité: Krankenversicherung); FLEISCHANDERL PETRA, Die Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden gemäss Art. 92 f. BGG, insbesondere im Sozialversicherungsrecht, RSAS 2013 305 ss; FLÜCKIGER THOMAS, Verwaltungsverfahren, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit 97 ss; STAUFFER HANS-ULRICH, Berufliche Vorsorge, 2^e éd., Zurich 2012; WALDMANN BERNHARD/OESCHGER MAGNUS, art. 27, in Waldmann/Weissenberger (éd.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2^e éd., Zurich 2016, 583 ss.

I. Généralités

A. Processus législatif

- 1 L'art. 47 LPGA actuel a été adapté au cours du processus législatif précédant l'entrée en vigueur de la LPGA. Cette disposition correspond à l'ancien art. 54 du P-LPGA concernant la consultation du dossier et qui prévoyait que le Conseil fédéral devait définir le cercle des intéressés et régler la procédure¹.

¹ Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 195.

Le Conseil fédéral a indiqué que l'art. 54 LPGA reprenait les art. 26 et 27 PA, «mais avec moins de précisions et en renvoyant à la législation d'exécution pour préciser»². 2

Dans le cadre des travaux parlementaires, l'art. 47 LPGA a été adapté, en particulier pour tenir compte de l'entrée en vigueur de la LPD³. 3

Dans son message concernant l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement de données personnelles des assurances sociales du 24 novembre 1999, le Conseil fédéral précisait ce qui suit: «L'obligation de garder le secret est levée à l'égard des personnes et institutions qui ont le droit de consulter le dossier. Ce droit est un principe du droit administratif (cf. art. 26 PA), qui découle de l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale. Il est prévu de l'inscrire expressément dans la LPGA, en l'adaptant au domaine des assurances sociales. Dans les projets ci-joints, nous proposons une disposition qui concrétise le principe constitutionnel du droit d'être entendu et forme une réglementation complète, qui n'affecte cependant pas la portée de l'art. 8 LPD (droit d'accès)»⁴. 4

A la suite des débats parlementaires, l'art. 47 LPGA, sous réserve de quelques adaptations formelles, a été ancré dans la loi⁵. 5

B. Droit de consulter le dossier

1. *Systématique*

Le droit de consulter le dossier constitue un des éléments du droit d'être entendu garanti par la Constitution fédérale. Le droit de consulter le dossier offre la possibilité à l'assuré de participer à son élaboration; l'art. 47 LPGA doit également garantir une instruction correcte de l'affaire. 6

Le droit de consulter le dossier se recoupe, en partie, avec le droit de connaître les données collectées, selon la LPD. 7

En tant qu'élément du droit d'être entendu, le droit de consulter le dossier constitue un droit procédural. Contrairement à ce qui prévaut à l'art. 42, 2^e phrase, LPGA, un assuré ne peut se voir refuser d'être entendu dans le cadre de son droit à la consultation du dossier selon l'art. 47 LPGA. En d'autres termes, l'art. 42 LPGA règle des aspects qui ne sont pas touchés par l'art. 47 LPGA⁶. L'art. 47 LPGA est complété par les art. 8 et 9 OPGA. 8

2. *Élément du droit de consulter le dossier*

Le droit de consulter le dossier s'étend à tous les documents le constituant et exclut que des pièces, même «internes», puissent être exclues de la consultation. En particulier, on ne saurait refuser à un assuré le droit de prendre connaissance de certaines pièces, au motif qu'elles ne seraient pas déterminantes pour l'issue de la procédure. Le critère déterminant pour produire ou non un document réside uniquement dans son importance pour la constatation des faits, indépendamment de sa qualification de document interne ou non⁷. 9

2 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 924.

3 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4252-4253.

4 FF 2000 219, 227.

5 BO CN 2000 649-650; BO CE 2000 192.

6 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 42 N 42.

7 TF, 28.3.2007, I 988/06, c. 2.2.1; BOVAY, 291 et les références citées.

- 10 Le droit de consulter le dossier englobe tous les éléments qui constituent le dossier, y compris des supports non papier tels que bande-son, enregistrement vidéo, etc.⁸. Lorsque la partie est assistée d'un avocat, celui-ci bénéficie au moins des mêmes droits. En pratique, les personnes représentées par un avocat bénéficient de facilités plus étendues, mieux adaptées aux besoins professionnels de ces mandataires et à la confiance que justifie leur statut⁹. Le droit de consulter le dossier est de nature formelle, ce qui signifie que sa violation entraîne en principe l'annulation de la décision querellée, indépendamment des chances de succès quant au fond¹⁰.

3. Rapport avec les dispositions sur la protection des données

- 11 Le droit de consulter le dossier selon l'art. 47 LPGA se recoupe en partie avec les règles prévues dans la LPD. Des distinctions importantes doivent néanmoins être faites.
- 12 Le droit de consulter le dossier dans le cadre d'une procédure portant sur des prestations d'assurances sociales est de nature procédurale¹¹.
- 13 Le droit de consulter le dossier et le droit d'accès tel que prévu dans les dispositions en matière de droit de la protection des données constituent des droits distincts pouvant être invoqués de manière indépendante; une collision entre les droits de consulter le dossier prévus à l'art. 47 LPGA et à l'art. 8 LPD peut donc surgir dans des procédures administratives. En d'autres termes, lors d'une procédure administrative en cours, si une question relative à la protection des données est posée, elle doit être tranchée dans cette procédure en fonction des dispositions de la législation spéciale; en revanche, s'il s'agit d'un problème qui surgit en dehors d'une procédure administrative, il faudra suivre la procédure prévue par la LPD¹².
- 14 Les droits découlant de l'art. 8 LPD sont conçus de manière large et prévoient notamment que le maître du fichier doit communiquer à la personne toutes les données la concernant qui sont contenues dans le fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données (art. 8 al. 2 let. a LPD). Le droit d'accès aux données selon la LPD ne s'étend toutefois pas à la totalité des documents déterminants pour la procédure. Sont seuls concernés les documents qui contiennent des données personnelles¹³. De plus, si la demande de consultation du dossier est formée uniquement dans le cadre de la poursuite d'un droit successoral, le droit d'accès de la protection des données prévu à l'art. 8 LPD n'entre pas en considération parce qu'il ne passe pas aux héritiers¹⁴.
- 15 Le droit d'accès à des données personnelles, régi à l'art. 8 LPD, est donc, dans une certaine mesure, plus étroit que le droit de consulter le dossier en vertu des garanties générales de procédure car il ne s'étend pas à toutes les pièces essentielles de la procédure. Il ne vise que les données concernant la personne intéressée. Par ailleurs, il est aussi plus large, en ce sens que – sauf abus de droit – il peut être invoqué sans qu'il faille se prévaloir d'un intérêt particulier, même en dehors d'une procédure administrative. Il n'est donc pas lié à la préparation, par une autorité, d'une décision pouvant porter atteinte aux inté-

8 ATF 130 II 473, c. 4.1.

9 BOVAY, 293.

10 ATF 132 V 387, c. 5.1; BOVAY, 251. Voir aussi KIESER, ATSG-Kommentar, art. 47 N 7.

11 ATF 139 V 492.

12 ATF 123 II 534, c. 2e; FLÜCKIGER, 147.

13 TF, 8.4.2009, 8C_192/2008, c. 3.3.

14 ATF 140 V 464, c. 4.2.

rêts de la personne concernée, mais à une simple collecte de données personnelles effectuées par l'autorité¹⁵.

La décision d'une autorité refusant de donner suite à une demande de consulter les données en dehors de toute procédure peut être déférée aux juridictions compétentes en matière de protection des données selon la procédure prévue par la LPD¹⁶. **16**

En revanche, l'assuré qui se voit refuser par un organe de l'assurance sociale le droit de consulter son dossier dans le cadre d'une procédure le concernant doit contester ce refus devant le juge des assurances sociales¹⁷. **17**

Le droit de consulter le dossier selon l'art. 47 LPGA n'est respecté que lorsque le dossier mis à disposition est complet. L'intérêt de passer par la législation sur la protection des données est notamment de permettre un accès aux pièces qui ne seraient pas accessibles selon l'art. 47 LPGA: si la garantie constitutionnelle d'accès au dossier ne comprend pas les pièces dites internes qui servent à la formation de la volonté de l'administration, respectivement du juge (projet, note, proposition), le droit d'accès aux données s'étend à toutes les données personnelles contenues dans un fichier, quelle que soit leur qualification. Dès lors, s'il est admis que l'autorité puisse refuser de communiquer certains actes internes, au motif qu'ils ne seraient pas déterminants pour la décision au fond, leur production pourrait être exigée sous l'angle de la LPD. **18**

D'autres différences peuvent être mises en exergue entre le droit d'accès au dossier de l'art. 8 LPD et de l'art. 47 LPGA. **19**

Le droit de consulter le dossier selon l'art. 8 LPD peut être exercé, même hors de toute procédure en cours. L'art. 47 LPGA, de son côté, n'est applicable que dans le cadre d'une procédure en cours. **20**

L'art. 8 al. 5 LPD prévoit que les renseignements sont, en règle générale, fournis gratuitement et par écrit, sous forme d'imprimés ou de photocopies. La manière de procéder dans les domaines de la LPD ou de la LPGA devrait se rejoindre, dans les grandes lignes: envoi de photocopies, scans, documents sous format PDF ou CD-ROM. En revanche, dans le cadre de la LPGA, l'assureur peut demander que la consultation du dossier ait lieu au siège de l'assureur (art. 8 al. 2 OPGA). Dans le domaine de la protection des données, une telle possibilité n'existe pas (art. 1 al. 2 et 3 LPD). Une consultation sur place n'est envisageable que si la personne concernée a accepté la proposition en ce sens du maître du fichier. **21**

Une réglementation particulière peut exister dans des lois spéciales, par exemple à l'art. 42 al. 3 et 4 LAMal, selon lequel une obligation de produire des documents à des tiers peut être prescrite à des tiers. Ces dispositions constituent une loi au sens formel, au sens de l'art. 17 al. 2 LPD et ont le pas sur les règles de la LPD¹⁸. **22**

L'art. 42 al. 3 et 4 LAMal ne constitue pas un droit d'accès à des données d'ordre procédural, mais bien d'ordre matériel, qui prévaut également lorsque des prestations doivent **23**

15 ATF 127 V 219, c. 1a/aa.

16 Ainsi, le TF a considéré que lorsque les questions de protection des données se posent dans les rapports d'un assuré avec son assureur maladie, indépendamment de toutes prétentions découlant du droit des assurances sociales, la cause est du ressort du TF, et non du TFA, respectivement des Cours de droit social du TF: ATF 125 II 321.

17 ATF 127 V 219, c. 1a.

18 ATF 133 V 359, c. 6.4. Voir aussi ATF 131 II 413, c. 2.3.

être restituées. Les litiges en lien avec le devoir de produire des pièces dans le cadre de l'art. 42 al. 3 et 4 LAMal sont de la compétence des tribunaux d'assurances sociales¹⁹.

4. Rapport avec les art. 26 ss PA

- 24** L'art. 47 al. 1 LPGA ne se recoupe pas totalement avec les dispositions prévues aux art. 26 ss PA. En particulier, l'art. 27 al. 1 let. a PA prévoit que l'autorité peut refuser la consultation des pièces si des intérêts publics importants de la Confédération ou des cantons, en particulier la sécurité intérieure ou extérieure de la Confédération, exigent que le secret soit gardé²⁰. L'art. 47 LPGA ne prévoit pas une telle réserve.
- 25** Toutefois, il ressort des différents projets ayant précédé l'adoption du texte final que de tels intérêts devaient pouvoir être invoqués pour refuser l'accès de certaines pièces au dossier, y compris dans le domaine des assurances sociales. Le renvoi prévu à l'art. 55 al. 1 LPGA permet à un assureur social d'invoquer les art. 26 ss PA pour refuser l'accès à un ou à des documents à un assuré²¹.
- 26** Le droit de consulter le dossier peut dès lors être refusé lorsque des intérêts publics importants l'exigent. Il peut également se justifier de refuser l'accès à certains documents lorsque des intérêts privés importants sont mis en avant (cf. N 28 ss) ou qu'une enquête officielle non encore close l'exige.
- 27** De manière générale, les intérêts publics importants de la Confédération ou des cantons ou une enquête officielle ne devraient pouvoir être invoqués que dans des cas extrêmement rares dans le domaine des assurances sociales²².

II. Développement

A. La consultation du dossier (al. 1)

1. Intérêts privés prépondérants

- 28** Il ressort de l'art. 47 al. 1, 1^{re} phrase, LPGA que le droit de consulter le dossier peut être limité par des intérêts privés prépondérants²³. Dans un tel cas, il y aura lieu de procéder selon l'art. 48 LPGA.
- 29** Les intérêts privés prépondérants doivent être examinés, dans chaque cas particulier, sur la base de critères objectifs. Il y a lieu de prendre en considération une personne extérieure et impartiale. Peut entrer en considération l'intérêt d'une personne assurée qui pourrait prendre connaissance d'un document considéré comme sensible, par exemple un traitement d'ordre psychiatrique, qu'il y aurait lieu de taire. Est compétente pour déterminer s'il existe des intérêts privés prépondérants l'autorité saisie de la demande de consultation du dossier.
- 30** De manière générale, les intérêts privés prépondérants devraient concerner la personne touchée par le dossier dont la consultation est demandée. Il n'est toutefois pas exclu qu'il puisse s'agir d'une personne tierce, comme par exemple une personne proche.

¹⁹ ATF 133 V 359. Cf. ég. EUGSTER, *Krankenversicherung*, art. 42 N 9.

²⁰ WALDMANN/OESCHGER, art. 27 N 18 ss.

²¹ FLÜCKIGER, 145; KIESER, *ATSG-Kommentar*, art. 47 N 23 et les références citées.

²² KUPFER BUCHER, 160.

²³ Cf. également art. 84a al. 1 LAMal.

L'art. 47 al. 1 LPGa ne prévoit, en particulier, pas que les intérêts privés prépondérants seraient exclusivement limités à ceux de l'assuré²⁴.

Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que l'accès à une dénonciation faite par un tiers dans le cadre d'une procédure de l'assurance-invalidité concernant un assuré pouvait être restreint – la dénonciation n'étant pas transmise – afin d'éviter que l'auteur de la dénonciation puisse être reconnu²⁵. **31**

2. Droit de l'assuré de consulter son dossier

En principe, la personne assurée a, dans tous les cas, la possibilité de consulter son dossier (art. 47 al. 1 LPGa). Des intérêts privés prépondérants ne devraient en principe jamais justifier une limitation de ce droit. Il va en revanche de soi que le droit de consulter le dossier se limite à son propre dossier. Cas échéant, l'accès à des documents doit s'étendre à tout ce qui est nécessaire pour que la personne assurée puisse faire valoir valablement ses droits, remplit ses obligations ou puisse contester une décision²⁶. **32**

Une personne représentant la personne assurée doit être au bénéfice d'une procuration déliant du secret médical les différents intervenants médicaux qui ont pu produire des documents. **33**

Le droit de consulter le dossier prévu à l'art. 47 al. 1 LPGa n'est pas transmissible par voie successorale en tant que tel, mais passe accessoirement aux héritiers pour d'éventuelles prétentions héréditaires²⁷. En font notamment partie des droits à des prestations pour survivants, des contestations de demande de restitution de prestations indûment versées, etc. **34**

3. Droit d'accès au dossier des parties en général

Les parties ont accès aux données qui leur sont nécessaires. L'art. 47 al. 1 let. b LPGa, s'agissant de la notion de partie, doit être lu en parallèle avec l'art. 34 LPGa définissant de manière générale cette notion. **35**

Sont notamment considérés comme des parties les autres assureurs sociaux, y compris les institutions de prévoyance lorsque ces dernières sont liées par une décision de l'assurance-invalidité²⁸. **36**

Le droit d'accès au dossier vaut également pour les autres assureurs sociaux, dans le cadre de l'art. 72 LPGa (subrogation). Concernant la subrogation, les assureurs sociaux, le canton de domicile ou les communes doivent pouvoir accéder au dossier²⁹. **37**

Le droit d'accès au dossier appartient également aux membres de la famille et à l'employeur, pour autant qu'ils puissent avoir qualité de parties selon l'art. 34 LPGa. **38**

24 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 47 N 30; FLÜCKIGER, 146.

25 TF, 20.2.2014, 9C_499/2013, c. 6.4.3.2.

26 FLÜCKIGER, 144; ATF 132 V 387, c. 3.2. Voir aussi TF, 21.2.2017, 9C_338/2016, c. 5.2.

27 ATF 140 V 464, c. 4.1.

28 ATF 120 V 106, c. 3c. L'art. 87 LPP prévoit une entraide administrative imposant notamment aux organes des autres assurances sociales de fournir gratuitement aux organes chargés d'appliquer la LPP les données qui sont nécessaires pour fixer ou modifier des prestations en particulier: voir STAUFFER, N 1810.

29 Cela doit en particulier être le cas, conformément aux art. 41 et 49a LAMal.

39 Les parties ont le droit de consulter les documents qui sont nécessaires pour exercer un droit ou remplir une obligation qui découle d'une loi sur les assurances sociales ou pour faire valoir un moyen de droit contre une décision fondée sur cette même loi. Cas échéant, des limitations peuvent découler de la LPD³⁰. En particulier, reconnaître à l'employeur la qualité pour former opposition équivalant à lui conférer le statut de partie à la procédure entraînerait automatiquement le droit pour ce dernier de prendre connaissance de l'intégralité du dossier. Or, le dossier contient notoirement des données sensibles relatives à l'état de santé de l'assuré (rapports médicaux, expertises médicales). Selon le Tribunal fédéral, même si le travailleur a pu, dans un premier temps, donner son accord à la consultation du dossier par son employeur, ses droits à la protection de la personnalité entreraient inévitablement en conflit avec les droits de partie de l'employeur au stade de la procédure probatoire³¹.

4. Droit d'accès au dossier des autorités

40 L'art. 47 al. 1 let. c LPGA prévoit que les autorités habilitées à statuer sur les recours contre des décisions fondées sur une loi sur les assurances sociales, pour les données nécessaires à l'accomplissement de cette tâche, ont le droit de consulter le dossier. Il s'agit en premier lieu des tribunaux cantonaux des assurances, selon l'art. 57 LPGA³². Le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral sont également des autorités habilitées à consulter le dossier (art. 62 LPGA).

41 Contrairement aux autres instances, un tribunal arbitral n'est pas considéré comme une autorité habilitée au sens de l'art. 47 al. 1 let. c LPGA. Un tel tribunal doit pouvoir se fonder sur une disposition propre à une loi cantonale ou fédérale de procédure.

42 En fonction des législations cantonales, un tribunal cantonal des assurances peut se voir confier certaines tâches, par exemple dans le domaine de l'aide aux victimes. Dans un tel cas, l'art. 47 LPGA n'est pas non plus applicable. Il en va de même lorsqu'un tribunal civil doit statuer sur une action récursoire d'un assureur social, l'art. 47 LPGA n'est pas applicable.

43 Enfin, les dispositions de la LPGA ne s'appliquent pas, de manière générale, à la procédure auprès du tribunal arbitral en matière d'assurance-maladie, sous réserve d'une disposition expresse³³.

5. Droit de consulter le dossier du tiers responsable et de son assureur

44 L'art. 47 al. 1 let. d LPGA prévoit que le tiers responsable et son assureur, pour les données qui leur sont nécessaires pour se déterminer sur une prétention récursoire de l'assurance sociale concernée, ont le droit de consulter le dossier. N'est donc pas autorisé à consulter le dossier, selon l'art. 47 al. 1 let. d LPGA, l'assureur qui est subrogé selon l'art. 72 LPGA. Celui-ci devra se fonder sur l'art. 47 al. 1 let. b LPGA pour avoir accès au dossier, à l'instar par exemple d'un canton pour les prestations qu'il a prises en charge, selon l'art. 41 ou 49a LAMal.

30 Voir p.ex. TF, 15.12.10, 8C_319/2010, c. 2.3.2.

31 ATF 131 V 298, c. 6. 2. Sur les questions de l'accès au dossier et de la transmission spontanée d'informations à l'employeur, voir DUPONT, Protection des données, 224 ss.

32 ATF 136 V 2, c. 2.1.

33 Art. 1 al. 1 let. e LAMal.

L'art. 47 al. 1 let. d LPGA, concerne une «prétention récursoire» de l'assurance sociale concernée. Cela signifie que le tiers responsable et son assureur doivent être parties à une procédure ou, à tout le moins, avoir été interpellés dans une situation concrète. 45

B. La consultation indirecte du dossier (al. 2)

1. Généralités

Dans certaines situations, la consultation du dossier par la personne assurée ou titulaire de ce droit ne peut se faire que par l'intermédiaire d'un médecin. Cette disposition reprend l'ancien art. 98a al. 2 LAA et correspond à l'art. 8 al. 3 LPD. 46

Le but de cette disposition est de protéger la personne concernée, en présence de données dont on ne peut pas raisonnablement exiger qu'elle en prenne connaissance seule. 47

L'art. 47 al. 2 LPGA formalise l'ancienne jurisprudence qui traitait du refus de donner accès au dossier dans l'intérêt même du requérant, par exemple si l'anamnèse de l'intéressé ou une expertise psychiatrique révélait la gravité d'une maladie inconnue du patient³⁴. 48

2. Droit de consulter le dossier par l'intermédiaire d'un médecin

L'art. 47 al. 2 LPGA prévoit qu'en présence de données sur la santé dont la communication pourrait entraîner une atteinte à la santé de la personne autorisée à consulter le dossier, celle-ci peut être tenue de désigner un médecin qui les lui communiquera. Cette règle doit être interprétée de façon restrictive. Le droit de consulter son propre dossier médical est primordial, même si cette consultation est de nature à inquiéter le patient. Un refus est propre à susciter de bien plus grandes inquiétudes. 49

De manière générale, la communication au médecin traitant de l'assuré d'une copie d'un rapport d'expertise n'épuise pas le droit de l'intéressé à la communication écrite d'un tel document³⁵. 50

Dans l'hypothèse où un dommage en lien avec le droit de consulter le dossier surviendrait, l'art. 78 LPGA serait applicable³⁶. 51

C. Procédure – consultation du dossier

La procédure de consultation du dossier est précisée aux art. 8 et 9 OPGA. Dite consultation peut avoir lieu sous différentes formes. L'assureur peut subordonner la consultation du dossier à une demande écrite (art. 8 al. 1 OPGA). Il statue ensuite sur le mode de consultation du dossier, sur la base de la demande, écrite ou non, de la personne intéressée³⁷. 52

La consultation du dossier a lieu en principe au siège de l'assureur ou de ses organes d'exécution (art. 8 al. 2, 1^{re} phrase, OPGA). Elle ne comporte en principe pas, sous l'angle du droit d'être entendu de la personne assurée, le droit de recevoir une copie des pièces du dossier³⁸. 53

34 ATF 113 Ia 1, c. 4a.

35 ATF 127 V 219, c. 1d.

36 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 47 N 40.

37 ATF 132 V 387, c. 6.2.

38 TF, 2. 11. 2012, 9C_369/2012, c. 6.3.

- 54** Le droit de recevoir des copies du dossier peut être conféré même à une partie qui n'est pas représentée. Cela peut être par exemple envisageable lorsque, pour des raisons de respect de délai, la consultation du dossier au siège entraînerait des risques procéduraux pour la partie³⁹. Lorsque les droits procéduraux d'une partie pourraient être limités par une consultation sur place, pour des raisons pratiques ou temporelles, l'envoi des copies du dossier s'impose⁴⁰. De manière générale, un assuré représenté par un avocat bénéficie de facilités plus étendues, adaptées aux besoins professionnels de ces mandataires et à la confiance que justifie leur statut. Régulièrement, les pièces sont simplement envoyées à l'étude de l'avocat, cela même si le droit de procédure applicable, fédéral ou cantonal, ne le prévoit pas expressément⁴¹. Vu le temps nécessaire pour se rendre auprès des différentes autorités et y consulter un dossier, il est évident que la partie qui est assistée d'un mandataire professionnel compte sur celui-ci et s'attend à ce qu'il prenne connaissance du dossier sans frais disproportionnés. La consultation doit se faire à l'étude par l'envoi du dossier de la part de l'autorité, quitte à ce que la partie paye les frais administratifs, sous réserve d'exceptions justifiées (mandataire connu pour ne pas restituer les dossiers en ordre, pièces uniques qui ne peuvent pas ou mal être copiées ou qui seraient peu maniables notamment).
- 55** En pratique, les assureurs adressent par courrier une copie du dossier et des pièces archivées de manière électronique. Il peut également arriver que, en fonction de la taille du dossier, celui-ci soit transmis sous forme de CD ou par voie électronique. Cette pratique est en tous cas courante lorsque la partie assurée est représentée par un mandataire professionnel⁴².
- 56** En tout état de cause, si une personne intéressée se voit refuser l'envoi des pièces du dossier, elle pourra se rendre au siège de l'assureur ou de ses organes d'exécution pour en lever copie, sans que cela puisse être interdit. En effet, l'accès au dossier comprend le droit de consulter les pièces au siège de l'autorité, de prendre des notes et, pour autant que cela n'entraîne aucun inconvénient excessif pour l'administration, de faire des photocopies⁴³.
- 57** S'agissant des pièces à l'étranger, l'envoi de pièces à des personnes habilitées à représenter les parties devant les tribunaux au sens de la LLCA est valablement effectué (cf. art. 8 al. 3 let. b OPGA). Le refus d'adresser des pièces viole le droit d'être entendu. Si la réparation de cette violation est envisageable par l'envoi de photocopies, cette modalité de consultation doit également être reconnue en cas de domicile à l'étranger, à défaut de quoi l'exercice du droit d'être entendu est rendu impossible.
- 58** L'assureur doit informer la partie concernée lorsque des nouvelles pièces sont versées au dossier. Ce devoir d'information fait partie intégrante du droit d'être entendu et de consulter le dossier.
- 59** La consultation du dossier est en principe gratuite (art. 9 al. 1 OPGA). Un émolument calculé conformément à l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administra-

39 ATF 127 V 219, c. 1b.

40 ATF 139 V 492, c. 4.2 et les références citées.

41 ATF 122 I 109, c. 2a: «Le Tribunal fédéral a envisagé que l'envoi des documents à l'avocat mandaté soit considéré comme une modalité essentielle de l'accès au dossier, garanti par l'ancien art. 4 Cst., compte tenu du statut de l'avocat et des nécessités d'une défense efficace»: ATF 120 IV 242, c. 2c. Voir aussi BOVAY, 293.

42 ATF 139 V 492, c. 4.2.

43 ATF 122 I 109, c. 2a.

tive⁴⁴ peut être perçu si la consultation du dossier occasionne un volume de travail particulièrement important. Est toutefois réservé l'art. 2 OLPD.

On peut imaginer comme «volume de travail particulièrement important» la photocopie de pièces d'un format particulièrement grand (par exemple radiographie ou plan). Le seul fait que le dossier soit volumineux ne suffit toutefois pas à considérer systématiquement que la consultation devrait être effectuée contre émolument. **60**

Une décision relative au droit de consulter le dossier, alors qu'une procédure est en cours, intervient sous la forme d'une décision incidente⁴⁵. La décision refusant le droit de consulter le dossier ne constitue en principe pas une décision entraînant un dommage irréparable, au sens de l'art. 93 al. 1 LTF⁴⁶. Un tel préjudice peut toutefois apparaître lorsque le droit de consulter le dossier est refusé par la personne assurée à un tiers ou à une autre partie, selon l'art. 47 al. 1 let. b à d LPGA. **61**

Si la consultation d'un dossier ou d'une pièce a été refusée à une partie, elle ne peut être utilisée à son désavantage que si l'assureur lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves, conformément à l'art. 48 LPGA. **62**

Le traitement des données est réglé par les art. 46 à 48 LPGA qui établissent un compromis entre les impératifs de gestion administrative efficace (célérité) et de protection de la sphère privée des personnes qui revendiquent des prestations d'assurance. Le législateur a dû composer afin de trouver un compromis qui soit acceptable à la fois pour les assurés, d'une part, et pour les assureurs, d'autre part, essentiellement. **63**

Art. 48

Prise en considération de pièces tenues secrètes

Massgeblichkeit geheimer Akten

Presa in considerazione di atti segreti

Une pièce dont la consultation a été refusée à une partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'assureur lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves.

Wird einer Partei die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, so darf auf dieses zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr der Versicherungsträger von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen.

Un atto il cui esame è stato rifiutato alla parte può essere usato contro di essa solo qualora l'assicuratore gliene abbia comunicato oralmente o per scritto il contenuto essenziale riguardante la contestazione e le abbia permesso di pronunciarsi e di fornire controprove.

44 RS 172.041.0.

45 ATF 139 V 492, c. 3.

46 ATF 139 V 492, c. 5. Voir aussi TF, 19.2.2014, 9C_74/2014. Pour un examen détaillé des conditions de recevabilité d'un recours auprès du TF contre une décision incidente: FLEISCHANDERL, 305 ss.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Objet, but et nature de la norme	7
II. Développement	10
A. Champ d'application (personnel, matériel et temporel)	10
B. Notion	12

Bibliographie

FRÉSARD JEAN-MAURICE, art. 56 LTF, *in* Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin (éd.), Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, 452 ss (cité: art. 56); WALDMANN BERNHARD/OESCHGER MAGNUS, art. 27 et 28, *in* Waldmann/Weissenberger (éd.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2^e éd., Zurich 2016, 583 ss et 611 ss.

I. Introduction**A. Généralités**

- 1 L'art. 48 LPGGA n'a pas été modifié lors des travaux parlementaires et correspond, mot pour mot, à l'art. 55 al. 1 du projet de la Commission du Conseil des Etats¹. La réglementation relative à la prise en considération des pièces tenues secrètes n'a pas fait l'objet de débats parlementaires particuliers. De manière générale, le législateur a considéré qu'on pouvait largement s'inspirer de la réglementation détaillée prévue aux art. 26 ss PA².
- 2 L'art. 48 LPGGA traite de la procédure à suivre lorsque la consultation d'une pièce a été refusée à une partie. Cela signifie implicitement que l'assureur peut, dans certains cas, refuser le droit à une partie de prendre connaissance d'une pièce. Cette disposition ne définit pas à quelles conditions un tel refus peut être signifié. Ces situations doivent être déduites en particulier de l'art. 47 LPGGA.
- 3 Si l'accès à une pièce est valablement refusé, trois solutions sont en théorie concevables: ou bien cette pièce peut néanmoins être utilisée contre l'assuré à l'appui de la décision à rendre et cela sans condition; ou bien, au contraire, l'assureur doit ignorer cette pièce, ou du moins ne pas la retenir dans ses motifs; ou bien enfin, on adopte une solution intermédiaire, l'autorité pouvant utiliser la pièce confidentielle, mais à la condition seulement de communiquer préalablement le contenu essentiel à l'administré, pour que celui-ci puisse se déterminer.
- 4 La première de ces trois solutions a généralement été écartée en doctrine, parce qu'elle porte gravement atteinte au droit d'être entendu. La seconde solution a été parfois défendue; elle comporte toutefois l'inconvénient majeur d'empêcher que soit rendue la décision qu'exigerait l'intérêt public. Aussi, le législateur a repris l'avis majoritaire qui se dessinait à l'époque et a retenu la solution intermédiaire à l'art. 48 LPGGA, qui reprend la solution consacrée en procédure administrative fédérale selon l'art. 28 PA³. Même en l'absence de l'art. 48 LPGGA, le droit de prendre connaissance du dossier pourrait être

1 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 195 et 256.

2 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 257.

3 ATF 100 I a 97, c. 5c; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 46 N 3. Voir aussi WALDMANN/OESCHGER, art. 28 N 2.

limité par le principe du droit d'être entendu inscrit à l'art. 29 al. 2 Cst. : il est notamment limité par l'intérêt prépondérant que peuvent avoir l'Etat ou des tiers à ce que certaines pièces ou leur contenu restent confidentiels. Il peut s'agir par exemple des intérêts de la défense nationale ou de la sécurité de l'Etat. On peut également penser à la nécessité de protéger l'anonymat d'un informateur⁴. On peut enfin songer à la sauvegarde de secret d'affaires, en particulier du secret bancaire.

Dans le domaine médical, il faut évidemment réserver les égards que l'on doit à l'assuré lui-même, en rapport par exemple avec son état de santé. 5

Le législateur s'étant largement inspiré de l'art. 28 PA, on peut se référer à la jurisprudence y relative dans le cadre de l'application de l'art. 48 LPGA. Il en va de même des principes développés au sujet de l'art. 56 al. 3 LTF⁵. 6

B. Objet, but et nature de la norme

L'art. 48 LPGA présuppose qu'un assureur peut refuser l'accès à une pièce à une partie. 7

Une première possibilité de refuser un tel accès ressort de l'art. 47 al. 1 LPGA, où il est fait référence aux « intérêts privés prépondérants ». 8

Un exemple de refus peut notamment exister en présence d'une dénonciation, dans laquelle, par exemple, il est fait état que l'assurée conduit, fait régulièrement ses courses pendant plusieurs heures et porte des charges lourdes, alors qu'une procédure AI est en cours. Deux intérêts opposés doivent être soupesés, à savoir celui du droit à la consultation du dossier (art. 47 LPGA) et celui au maintien du secret⁶. Conformément au principe de la proportionnalité, l'assureur doit autoriser l'accès aux pièces dont la consultation ne compromet pas les intérêts en cause⁷. Si, dans un tel cas, l'assureur peut refuser l'accès à la pièce, il doit néanmoins donner à l'assuré, oralement ou par écrit, le contenu essentiel de la dénonciation. 9

II. Développement

A. Champ d'application (personnel, matériel et temporel)

L'art. 48 LPGA prévoit que la pièce dont la consultation a été refusée à une partie ne peut être utilisée « à son désavantage » qu'à certaines conditions. Par désavantage, il y a lieu d'entendre le refus de ce que la partie demande. Par exemple, un assuré demande une prestation de l'assurance militaire, alors que la pièce en cause met en évidence que l'atteinte à la santé n'a pas été causée durant un service militaire⁸. Le désavantage peut aussi se présenter sous la forme d'une prestation réduite. Par exemple, à la suite d'une enquête, il apparaît que les conséquences d'un accident ont disparu. On peut également imaginer que les contributions demandées à l'assuré soient inférieures à ce qu'elles auraient normalement dû être. On peut, pour cela, penser à une enquête qui permet de démontrer que l'assuré encaisse de l'argent non déclaré ou qu'il verse une partie des salaires sans les déclarer aux assurances sociales⁹. 10

4 TF, 20.2.2014, 9C_499/2013. Voir aussi WALDMANN/OESCHGER, art. 27 N 18 ss.

5 Voir FRÉSARD, art. 56 N 5 ss.

6 TF, 20.2.2014, 9C_499/2013, c. 6.4.3.2.2.

7 ATF 126 I 7, c. 2b.

8 Cf. art. 6 LAM; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 48 N 11.

9 TFA, 4.8.2004, H 40/04, c. 3 et les références citées.

- 11 Par «parties» au sens de l'art. 48 LPGA, il faut comprendre en réalité toutes les personnes intéressées au sens de l'art. 27 LPGA. En effet, le désavantage doit être interprété de manière large et peut également englober des éventuels ayants droit. On peut par exemple penser à l'enfant majeur d'un assuré qui souhaite pouvoir consulter son dossier dans le cadre d'une procédure de demande de prestations d'invalidité.

B. Notion

- 12 L'art. 48 LPGA offre à la partie le droit de se voir communiquer, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire. Ce principe s'inspire largement de l'art. 28 PA et reprend ce que la jurisprudence avait déduit du droit d'être entendu, à savoir que le droit pour une partie de s'exprimer sur les faits retenus contre elle, et partant de connaître le contenu essentiel d'une pièce dont la consultation lui a été refusée, doit être tenu pour inhérent au droit d'être entendu¹⁰. De manière générale, grâce à l'art. 48 LPGA, la nature des documents qui ont été soustraits à l'examen de l'assuré ne doit pas le prêter au point que son droit d'être entendu serait réduit à néant¹¹. Toute autre interprétation reviendrait à violer le principe de la proportionnalité, qui constitue le fondement de la réglementation prévue à l'art. 48 LPGA.
- 13 En clair, la partie doit pouvoir prendre connaissance des éléments essentiels de la pièce dont l'accès lui a été refusé.
- 14 La manière dont les informations essentielles doivent être communiquées n'est pas précisée à l'art. 48 LPGA. Cette communication peut se faire oralement, lors d'un entretien sur place, soit par téléphone. Elle peut également être faite par écrit, par exemple en anonymisant les passages considérés comme ne devant pas être transmis à l'assuré. On peut également penser à un résumé, sur document séparé, des éléments essentiels de la pièce retranchée du dossier. Si la communication a été faite oralement, il est nécessaire qu'un procès-verbal soit dressé.
- 15 L'assureur doit donner la possibilité à l'assuré de s'exprimer et de fournir des contre-preuves. En effet, l'assuré doit avoir la possibilité, même s'il n'en a pas exprimé le souhait, de se déterminer. Cela découle du droit d'être entendu, et peut se justifier aussi sous l'angle de la proportionnalité, en permettant, d'une certaine manière, de compenser l'interdiction d'accès à la pièce qui lui a été signifiée. Enfin, on rappellera que, de manière générale, les informations transmises de manière anonyme doivent être considérées de manière prudente¹².

Art. 49

Décision

¹ L'assureur doit rendre par écrit les décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord.

² Si le requérant rend vraisemblable un intérêt digne d'être protégé, l'assureur rend une décision en constatation.

10 ATF 100 I a 97, c. 5d.

11 ATF 113 Ib 257, c. 4b.

12 TF, 8.8.2007, I 874/06, c. 4.1.3; ATF 133 I 33.

³ Les décisions indiquent les voies de droit. Elles doivent être motivées si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties. La notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour l'intéressé.

⁴ L'assureur qui rend une décision touchant l'obligation d'un autre assureur d'allouer des prestations est tenu de lui en communiquer un exemplaire. Cet autre assureur dispose des mêmes voies de droit que l'assuré.

Verfügung

¹ Über Leistungen, Forderungen und Anordnungen, die erheblich sind oder mit denen die betroffene Person nicht einverstanden ist, hat der Versicherungsträger schriftlich Verfügungen zu erlassen.

² Dem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn die gesuchstellende Person ein schützenswertes Interesse glaubhaft macht.

³ Die Verfügungen werden mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Sie sind zu begründen, wenn sie den Begehren der Parteien nicht voll entsprechen. Aus einer mangelhaften Eröffnung einer Verfügung darf der betroffenen Person kein Nachteil erwachsen.

⁴ Erlässt ein Versicherungsträger eine Verfügung, welche die Leistungspflicht eines anderen Trägers berührt, so hat er auch ihm die Verfügung zu eröffnen. Dieser kann die gleichen Rechtsmittel ergreifen wie die versicherte Person.

Decisione

¹ Nei casi di ragguardevole entità o quando vi è disaccordo con l'interessato l'assicuratore deve emanare per scritto le decisioni in materia di prestazioni, crediti e ingiunzioni.

² Una domanda relativa a una decisione d'accertamento deve essere soddisfatta se il richiedente fa valere un interesse degno di protezione.

³ Le decisioni sono accompagnate da un avvertimento relativo ai rimedi giuridici. Devono essere motivate se non corrispondono interamente alle richieste delle parti. La notificazione irregolare di una decisione non deve provocare pregiudizi per l'interessato.

⁴ Se prende una decisione che concerne l'obbligo di un altro assicuratore di fornire prestazioni, l'assicuratore deve comunicare anche a lui la decisione. Quest'ultimo dispone dei medesimi rimedi giuridici dell'assicurato.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Objet de la décision (al. 1)	6
III. Décision en constatation (al. 2)	19
IV. Notification (al. 3)	33
V. Communication à un autre assureur (al. 4)	44
VI. Retrait de l'effet suspensif (al. 5 P-LPGA 2018)	56

Bibliographie

FLEISCHANDERL PETRA, Die Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden gemäss Art. 92 f. BGG, insbesondere im Sozialversicherungsrecht, RSAS 2013 305 ss; GENNER SUSANNE, Zur Abgrenzung von Rechtsakt und Realakt im öffentlichen Recht, PJA 2011 1153 ss; HÄNER

ISABELLE, art. 25, in Waldmann/Weissenberger (éd.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2^e éd., Zurich 2016, 509 ss; KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2^e éd., Zurich/St-Gall 2015; KIESER UELI, Dritte als Partei im Sozialversicherungsverfahren: Arbeitgeber, Sozialhilfebehörden und andere Sozialversicherungsträger als interessierte Dritte im Leistungsstreit der Sozialversicherungen, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2006, St-Gall 2006, 79 ss (cité: Dritte als Partei); KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3^e éd., Zurich 2013; MEYER ULRICH, Verfahrensfragen: Über die Zulässigkeit von Feststellungsverfügungen in der Sozialversicherungspraxis, in Gächter (éd.), Ulrich Meyer: Ausgewählte Schriften, Zurich 2013, 341 ss (cité: Verfahrensfragen); RUBIN BORIS, La procédure administrative appliquée par les organes d'exécution décentralisés de l'assurance chômage, DTA 2015 83 ss (cité: Procédure administrative); UHLMANN FELIX/SCHILLING-SCHWANK ALEXANDRA, art. 35 et art. 38, in Waldmann/Weissenberger (éd.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2^e éd., Zurich 2016, 813 ss et 837 ss (cités: art. 35 ou art. 38).

I. Introduction

- 1 En procédure administrative en général, la relation nouée entre l'administré et l'autorité trouve la plupart du temps son épilogue dans la prise d'une décision administrative, soit un acte individuel et concret, fondé sur le droit public, générateur de droits et obligations, à caractère unilatéral et obligatoire, après une procédure garantissant le respect des garanties de procédure ancrées à l'art. 29 Cst.
- 2 La procédure en matière d'assurances sociales a ceci de particulier qu'elle aboutit à la prise de décisions dont le cadre procédural et formel est allégé, en raison du caractère dit de masse de cette procédure. Sur le plan procédural, des aménagements sont prévus en matière de droit d'être entendu, lequel peut être exercé non pas avant mais après la prise de décision, lorsque celle-ci est sujette à opposition (art. 42). Sur le plan formel *stricto sensu*, l'assureur est tenu par des exigences allégées liées à la forme de la décision (art. 49 al. 1 et 3); il peut aussi se prononcer selon une procédure simplifiée plus légère encore (art. 51). Il n'en demeure pas moins que la voie de la décision est celle qui doit en principe être utilisée pour régler la relation entre assureur et assuré puisque le prononcé d'une décision constitue la condition indispensable pour assurer la protection juridique des assurés.
- 3 Jurisprudence et doctrine désignent le plus souvent la décision rendue selon la procédure et les formes de l'art. 49 LPGa comme une décision formelle, par opposition aux prononcés des assureurs sur des objets selon la procédure simplifiée de l'art. 51 LPGa.
- 4 L'art. 49 réglemente la décision formelle. L'al. 1 décrit les cas dans lesquels l'assureur doit rendre une décision formelle et indique qu'elle est rendue par écrit. L'al. 2 fixe le cadre dans lequel des décisions en constatation doivent être prononcées. L'al. 3 énonce la forme des décisions, la portée de l'exigence de motivation et la conséquence d'une notification irrégulière et l'al. 4 impose la communication de la décision aux autres assureurs concernés par celle-ci.
- 5 L'art. 49 n'est pas complété par des dispositions de l'OPGA.

II. Objet de la décision (al. 1)

- 6 Le premier alinéa de l'art. 49 LPGa désigne les décisions qui doivent être rendues selon la procédure formelle, par opposition aux causes qui peuvent faire l'objet d'un prononcé selon la procédure simplifiée réservée par l'art. 51 LPGa.

La **notion de décision** n'est pas définie dans la loi. Elle correspond cependant à celle de l'art. 5 PA qui a une portée générale en matière d'assurances sociales¹ et ce malgré les différences rédactionnelles entre les deux dispositions légales². L'art. 5 PA trouve application à titre subsidiaire conformément à l'art. 55 al. 1 LPGA (art. 55 N 6). Selon l'art. 5 al. 1 PA, sont considérées comme des décisions les mesures de l'autorité dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral ayant pour objet: a. de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations; b. de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations; c. de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits et obligations. Sont aussi considérées comme des décisions, notamment, les mesures en matière d'exécution, les décisions incidentes, les décisions sur opposition et les décisions prises en matière de révision (art. 5 al. 2 PA).

La notion de **décision incidente** est identique à celle valant dans les autres domaines du droit administratif. La décision incidente se caractérise par le fait qu'elle est prise en cours de procédure et qu'elle ne constitue qu'une étape vers la décision finale. En général, elle porte sur une question de procédure. Il n'est cependant pas exclu qu'elle tranche un problème de fond³. La LPGA connaît une catégorie particulière de décisions incidentes: les décisions d'ordonnancement de la procédure rendues en matière de procédure exclusivement (art. 52 al. 1; art. 52 N 11).

L'obligation de procéder par la voie formelle prévue par l'art. 49 dépend de deux critères. Le premier est lié à l'objet du prononcé de l'assureur (critère qualitatif), et le second, alternatif, est lié à son importance (critère quantitatif) ou à l'adhésion de l'assuré à celui-ci (critère subjectif).

Tout d'abord, le prononcé de l'assureur doit porter sur des **prestations, créances ou injonctions**. Selon la jurisprudence, les notions de prestations et de créances désignent l'aspect formateur du prononcé de l'assureur, en ce sens qu'il crée, modifie ou annule des droits ou obligations de l'assuré (art. 5 al. 1 let. a PA); la notion d'injonctions se rapporterait aux décisions constatatoires (art. 5 al. 1 let. b PA) ou négatives (art. 5 al. 1 let. c PA)⁴. Cette distinction, qui repose sur des motifs historiques⁵, devrait être abandonnée pour ce qui est de la désignation des actes des assureurs soumis à la forme et à la procédure de l'art. 49. Elle n'est en effet d'aucune utilité dans la mesure où le Tribunal fédéral se réfère avec constance à la notion de la décision selon la PA pour qualifier les actes des assureurs (N 7); or, dans le système de la PA, les décisions sont classifiées en fonction de leur effet (formateur, constatatoire, négatoire), non de l'objet matériel (prestation, créance, injonction) sur lequel elles portent. De plus, cette distinction est trompeuse: s'agissant des décisions en constatation, leur attribution à la catégorie des injonctions ne change rien au fait qu'elles sont régies par l'art. 49 al. 2; pour ce qui est des prononcés rendus à la suite d'une demande de révision ou de reconsidération (art. 53), le Tribunal fédéral retient que le prononcé de l'assureur sur une demande de reconsidération n'entre pas dans la notion de prestations, créances ou injonctions mais n'exclut pas qu'il s'agisse tout de même d'une injonction soumise à la procédure formelle de prise de décision⁶. En-

1 ATF 132 V 376, c. 2.4; ATF 131 V 42, c. 2.4; ATF 130 V 388, c. 2.3.

2 MEYER, *Verfahrensfragen*, 342.

3 ATF 131 V 42, c. 2.4.

4 ATF 133 V 50, c. 4.1.3.

5 KIESER, *ATSG-Kommentar*, art. 49 N 13-15.

6 ATF 133 V 50, c. 4.1.3, et la référence à la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la LPGA.

fin, cette distinction n'a plus lieu d'être depuis que le Tribunal fédéral a retenu que des actes procéduraux ayant des conséquences importantes sur les droits des assurés, en particulier les prononcés relatifs aux expertises médicales, doivent être qualifiés de décisions pour pouvoir faire l'objet d'un contrôle judiciaire (N 16). En définitive, on retient que l'art. 49 al. 1 n'a pas pour objet de définir différemment la notion de décision que ne le fait la PA⁷. Dans le même temps, compte tenu de la présence dans la loi des deux procédures ordinaire (art. 49) et simplifiée (art. 51), le Tribunal fédéral semble ne retenir l'existence d'une décision au sens de l'art. 49 al. 1 que lorsque la prise de position de l'autorité est désignée comme telle ou qu'elle indique par quel moyen de droit elle peut être contestée (N 34; art. 55 N 20)⁸.

- 11 La notion de prestations, créances ou injonctions n'a pas la même portée à l'art. 49 al. 1 qu'à l'art. 55 al. 2 qui traite du champ d'application de la PA devant les autorités fédérales. En effet, ces deux dispositions n'ont pas la même fonction, de sorte qu'il s'agit de prêter à ces termes pourtant identiques une portée autonome⁹.
- 12 La notion de prestations n'a pas non plus la même portée à l'art. 49 al. 1 qu'à l'art. 50 al. 1 qui traite de l'objet de la transaction. Dans cette disposition, la notion de prestations s'oppose à celle de cotisation, désignant les créances respectives de l'assuré et de l'assureur (art. 50 N 12).
- 13 Doivent faire l'objet d'une prise de décision au sens de l'art. 49 al. 1 les prestations, créances ou injonctions qui sont importantes ou, critère alternatif, avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord. La loi ne quantifie pas la notion d'**importance** que doivent revêtir les prestations ou créances. Il convient, pour juger de l'importance d'une prestation, de distinguer si celle-ci est unique ou temporaire. Pour des prestations uniques, le seuil de l'importance se situe à quelques centaines de francs¹⁰. Pour des prestations temporaires, la liquidation du cas *ex nunc* et *pro futuro* suffit à réaliser la condition de l'importance, puisque l'assuré ne peut plus compter sur aucune prestation, indépendamment du montant de celle-ci ou de la durée antérieure de son versement¹¹; en revanche, la condition de l'importance n'est pas réalisée lorsque l'assureur suspend les prestations dans l'attente de l'évolution de la situation de l'assuré, sans pour autant liquider le cas¹². L'importance doit s'apprécier du point de vue de l'assuré¹³.
- 14 Certaines dispositions spéciales désignent les objets qui doivent faire l'objet de décisions selon l'art. 49 al. 1 (art. 100 al. 1, 1^{re} phrase, LACI; art. 124 OLAA). A l'inverse, d'autres objets sont soumis à la procédure simplifiée même s'ils portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes (art. 51 N 4).
- 15 La loi n'indique pas de quelle manière l'assuré doit avoir manifesté son **désaccord**. Tout comme la demande de l'assuré de se voir adresser une décision en lieu et place d'un prononcé selon la procédure simplifiée, cette manifestation n'est soumise à aucune exigence de forme. Le désaccord peut être exprimé oralement ou par courrier électronique, par exemple (art. 51 N 11 et 14). Inversement, l'accord de l'assuré peut ressortir du dossier,

7 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 49 N 16.

8 ATF 134 V 412, c. 3.2. Voir les critiques de BICKEL/OESCHGER.

9 ATF 141 V 191, c. 3.2.

10 ATF 132 V 412, c. 3, citant la doctrine.

11 ATF 132 V 412, c. 4.

12 ATF 132 V 412, c. 4.

13 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 49 N 22.

lorsqu'il se conforme aux injonctions qui lui sont faites¹⁴. Peuvent également faire part de leur désaccord d'autres intéressés que l'assuré, en particulier les autres assureurs obligés d'allouer des prestations (art. 49 al. 4).

Doivent faire l'objet d'une décision au sens de l'art. 49, en cas de désaccord de l'assuré, **16**
notamment:

- l'octroi ou le refus fait à l'assuré de poser des questions complémentaires au centre d'expertise médicale¹⁵;
- la décision relative aux frais de l'expertise médicale¹⁶;
- l'ordre de procéder à une expertise¹⁷;
- le refus total ou partiel de prestations par l'assurance-accidents¹⁸;
- la suspension des prestations par l'assurance-maladie¹⁹;
- le refus d'affiliation comme travailleur indépendant et d'inscription au registre d'un assuré²⁰;
- le prononcé sur la récusation ou le refus de récuser un expert²¹.

Les décisions rendues en application de l'art. 49 doivent être **écrites**. Cette expression **17**
doit être comprise uniquement comme excluant les décisions orales²². Elle n'impose en revanche pas le respect de toutes les contingences liées à la forme écrite, en particulier l'exigence de signature manuscrite; celle-ci n'est pas une condition de validité de la décision²³. Cet assouplissement des exigences formelles est justifié par le caractère de masse de la procédure en matière d'assurances sociales²⁴. L'assureur peut ainsi, par exemple, utiliser un formulaire préimprimé²⁵.

L'assureur a l'**obligation de statuer**. S'il ne le fait pas, il commet un déni de justice formel **18**
(art. 29 al. 1 Cst.). L'assuré peut alors saisir la juridiction compétente²⁶. Dans un tel cas, la procédure d'opposition n'est pas ouverte (art. 52 N 13 et art. 56 N 18).

III. Décision en constatation (al. 2)

A certaines conditions prévues par l'art. 49 al. 2, le requérant peut obtenir de l'assureur **19**
une décision en constatation. Une telle décision permet à l'administré de connaître à l'avance la manière dont l'administration appliquera le droit et lui sert à adapter son comportement sur la base de la décision qu'il a reçue. La décision en constatation est dans cette hypothèse un **renseignement formalisé** qui, servant à la sécurité du droit, lève une

14 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 49 N 26.

15 ATF 141 V 330, c. 4.2.

16 ATF 139 V 496.

17 Dans l'assurance-invalidité: ATF 137 V 210, c. 3.4.2.6, renversant la jurisprudence antérieure jusqu'à l'ATF 132 V 93; dans l'assurance-accidents: ATF 138 V 318, c. 6.1.

18 ATF 134 V 145, c. 3.2.

19 ATF 133 V 188, c. 3.

20 ATF 132 V 257, c. 2.4.

21 ATF 132 V 93, c. 6; cet aspect de l'arrêt n'a pas été affecté par le revirement de jurisprudence intervenu aux ATF 138 V 318 et ATF 137 V 210.

22 TF, 10.12.2014, 9C_597/2014, c. 4.3.

23 TF, 10.12.2014, 9C_597/2014, c. 4.3.

24 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 807.

25 TF, 2.6.2003, 5P.178/2003, c. 3.3, et ATF 105 V 248, c. 4, rendu avant l'entrée en vigueur de la LPGa.

26 ATF 133 V 188, c. 3.2.

incertitude et crée une situation de confiance²⁷. C'est également par la voie de la décision en constatation que l'assuré peut demander que soit constatée la nullité d'une décision d'un assureur²⁸. Il devrait en aller de même s'agissant de constater l'illicéité d'un acte matériel d'un assureur (art. 25a PA par analogie).

- 20 La notion de décision en constatation selon la LPGa se définit de la même manière que dans la PA²⁹ (art. 55 N 10). La décision en constatation a pour objet de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (voir l'art. 5 al. 1 let. b PA); elle se distingue de la décision formatrice qui a pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (voir l'art. 5 al. 1 let. a PA). Ainsi, une décision de refus d'affiliation comme travailleur indépendant et d'inscription au registre en matière d'AVS n'est pas de nature constatatoire, mais de nature formatrice³⁰.
- 21 La loi exige, pour que l'assureur soit tenu de rendre une décision en constatation à la requête de l'assuré, que celui-ci rende vraisemblable un intérêt digne d'être protégé. **L'intérêt digne d'être protégé** équivaut à la notion d'intérêt digne de protection tel que défini à l'art. 25 al. 2 PA³¹. Selon la formule consacrée, un tel intérêt n'existe que lorsque le requérant a un intérêt actuel, de droit ou de fait, à la constatation immédiate d'un droit, sans que s'y opposent de notables intérêts publics ou privés, et à condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits et d'obligations³². De la notion d'intérêt digne d'être protégé découlent par conséquent deux autres conditions: la subsidiarité de la décision en constatation par rapport à la décision formatrice, d'une part, et l'absence d'intérêts publics ou privés s'opposant à la décision en constatation, d'autre part.
- 22 La décision en constatation est **subsidaire** à la décision formatrice. Lorsqu'une décision formatrice peut être rendue, une décision en constatation est exclue³³. Cette condition de la subsidiarité ne doit pas constituer un obstacle absolu au prononcé de toute décision en constatation mais elle doit au contraire être appréciée au regard du but et de l'utilité d'une décision en constatation, qui est d'élucider une situation juridique encore incertaine³⁴. Cette condition de subsidiarité est l'obstacle le plus fréquent au prononcé d'une décision en constatation. En revanche, la condition de l'**absence d'intérêts publics ou privés opposés** est rarement invoquée par l'assureur pour justifier le refus de rendre une décision en constatation.
- 23 Un **intérêt digne d'être protégé** existe lorsqu'une incertitude plane sur les relations juridiques des parties et qu'une constatation judiciaire sur l'existence de l'objet du rapport pourrait l'éliminer. Une incertitude quelconque ne suffit cependant pas. Il faut bien plus qu'en se prolongeant, elle empêche le demandeur de prendre ses décisions et qu'elle lui soit, de ce fait, insupportable³⁵. Il n'y a pas d'incertitude lorsque la question a déjà fait

27 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 380.

28 HÄNER, N 5.

29 ATF 142 V 2, c. 1.1.

30 ATF 132 V 257, c. 2.4.2, modifiant la jurisprudence antérieure qui retenait plus largement le caractère constatatoire de telles décisions.

31 ATF 142 V 2, c. 1.1; ATF 132 V 257, c. 1; ATF 130 V 392, c. 2.4.

32 ATF 142 V 2, c. 1.1; ATF 132 V 257, c. 1; ATF 130 V 392, c. 2.4.

33 ATF 142 V 2, c. 1.1; ATF 132 V 257, c. 1; ATF 130 V 392, c. 2.4.

34 HÄNER, Art. 25 N 20.

35 ATF 142 V 2, c. 1.1.

l'objet d'une précédente décision formatrice concernant le même assuré, même si cette autre décision émane d'un assureur différent³⁶.

En matière de prestations futures, l'existence d'un intérêt digne d'être protégé est admise uniquement lorsque le justiciable serait enclin, en raison de l'ignorance de ses droits ou obligations, à prendre des dispositions ou au contraire à y renoncer, avec le risque de subir un préjudice de ce fait³⁷. Ainsi, une demande d'un assuré formée dans l'abstrait, indépendamment de la nécessité, plus ou moins imminente, d'un traitement médical ou d'un séjour hospitalier, n'est en règle générale pas suffisante³⁸. 24

S'agissant du statut des assurés en matière de cotisations, il ne peut exister un intérêt majeur à une décision en constatation qu'en présence de cas complexes dans lesquels l'on ne peut raisonnablement pas exiger que des décomptes de cotisations compliqués soient effectués avant que la cause de l'obligation de cotiser ait été établie. La jurisprudence exige dans un tel cas que le nombre d'assurés concernés par la décision notifiée à leur employeur commun, relative à leur situation de personnes salariées, soit si élevé que l'administration ou le juge serait dispensé de les appeler à intervenir dans la procédure en qualité d'intéressés³⁹; mais dans le même temps, la situation doit être telle que l'acte de l'assureur conserve son caractère décisionnel et ne revienne pas au prononcé d'une prise de position générale et abstraite⁴⁰. Au besoin, on s'inspirera, pour distinguer entre décision visant un grand nombre de personnes et prise de position générale et abstraite, de la notion de décision générale, soit cet acte qui vise un grand nombre de personnes dans une situation concrète et qui n'a pas besoin d'être concrétisé par un acte décisionnel ultérieur⁴¹. 25

La décision en constatation doit porter sur des **droits et obligations individuels et concrets**. Elle ne doit pas porter sur des points de fait ni sur des questions juridiques de portée générale qui concernent un nombre indéterminé de personnes⁴². En cela, la décision en constatation doit être distinguée des renseignements, conseils, assurances, recommandations ou communications de l'assureur (art. 27), qui ne constituent pas des décisions⁴³. 26

L'assuré doit **rendre vraisemblable** son intérêt digne d'être protégé par la décision en constatation⁴⁴. En cela, la situation de l'assuré est plus favorable que celle de l'administré en procédure administrative selon la PA, lequel doit prouver qu'il a un intérêt digne de protection à ce que la décision constatatoire soit rendue (art. 25 al. 2 PA). Par conséquent, l'exigence de preuve de l'intérêt digne de protection appliquée avant l'entrée en vigueur de la LPGA a été abandonnée⁴⁵. 27

Contrairement à la PA, la LPGA ne prévoit pas que l'assureur puisse, d'office, rendre une décision en constatation; l'art. 49 al. 2 énonce uniquement les cas dans lesquels l'assureur doit rendre une décision en constatation lorsque l'assuré y prétend. Le Tribunal fédé- 28

36 ATF 112 V 81, c. 2b.

37 ATF 125 V 21, c. 1b.

38 ATF 125 V 21, c. 1b.

39 ATF 119 V 11, c. 2; ATF 112 V 81, c. 2a.

40 ATF 119 V 11, c. 2, et la casuistique mentionnée.

41 ATF 139 V 143, c. 1.2.

42 ATF 130 V 388, c. 2.5. MEYER, *Verfahrensfragen*, 349.

43 ATF 130 V 388, c. 2.5.

44 ATF 132 V 257, c. 1.

45 KIESER, *ATSG-Kommentar*, art. 49 N 39-41.

ral considère toutefois que l'assureur peut également **prononcer d'office** des décisions en constatation, en se référant à l'art. 25 al. 2 PA⁴⁶. Il faut alors appliquer dans ce cas l'exigence selon laquelle l'autorité doit également justifier d'un intérêt pour rendre une décision en constatation et il s'agira en l'occurrence d'un intérêt non pas privé mais public⁴⁷. Un tel intérêt public peut relever, par exemple, de l'économie de procédure, lorsque dans des procédures complexes l'autorité a intérêt à constater la situation juridique dans une décision sur laquelle, lorsque celle-ci sera entrée en force, elle pourra s'appuyer pour la suite de la procédure⁴⁸.

- 29** Les cas dans lesquels les conditions pour la prise d'une décision en constatation sont réunies sont en définitive relativement rares⁴⁹. On peut citer, notamment⁵⁰:
- la question de savoir si les prestations d'assurance-invalidité continueront d'être versées à un assuré en cas de départ à l'étranger⁵¹;
 - la constatation de la validité d'un versement anticipé pour un logement en vue du procès de divorce⁵²;
 - la prise en charge d'un traitement de longue durée et onéreux auquel il ne se justifie pas de surseoir⁵³;
 - la constatation d'un degré d'invalidité supérieur à celui retenu dans une décision de rente, même si cette augmentation n'influe pas sur le montant de la rente, à la condition qu'elle puisse avoir une influence sur la rente complémentaire de l'assurance-accidents⁵⁴.
- 30** Lorsqu'une décision en constatation est rendue à tort, elle ouvre la voie du **contentieux** sur opposition ou sur recours⁵⁵. Il s'agit en effet d'un renseignement formalisé, non de renseignements généraux qui sont des actes matériels non sujets à recours⁵⁶.
- 31** L'autorité est **liée** par la décision en constatation qu'elle a rendue. Une décision formatrice ultérieure ne peut être différente que moyennant respect des conditions de la reconsidération de l'art. 53.
- 32** La procédure dite de «cas douteux» ou de «cas soumis à examen» prévue par l'art. 81 al. 2 LACI est une procédure en constatation particulière, qui répond à des conditions propres⁵⁷.

IV. Notification (al. 3)

- 33** L'art. 49 al. 3 traite du contenu formel et de la communication des décisions: elles doivent être motivées si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties et mentionner les voies de droit; l'intéressé ne doit par ailleurs subir aucun préjudice du fait d'une notification irrégulière de la décision.

46 ATF 130 V 392, c. 2.4.

47 Dans ce sens, ATF 137 II 199, c. 6.5.1. Apparemment d'un avis similaire: MEYER, *Verfahrensfragen*, 350.

48 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 387.

49 KIESER, *ATSG-Kommentar*, art. 49 N 38.

50 Pour une casuistique détaillée, voir MEYER, *Verfahrensfragen*, 353 ss.

51 ATF 142 V 2.

52 ATF 132 V 347.

53 ATF 125 V 21, c. 1b, relatif à la fécondation *in vitro* et le transfert d'embryon.

54 ATF 115 V 416.

55 ATF 129 V 289, c. 3.

56 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 389.

57 RUBIN, *Procédure administrative*, 93.

L'**indication des voies de droit** mentionne le moyen de droit ordinaire qui est ouvert, opposition (art. 52) ou recours (art. 56)⁵⁸, l'autorité ou la juridiction à laquelle le moyen de droit doit être adressé et le délai pour l'utiliser. L'indication des voies de droit doit être faite de manière claire de sorte que le moyen à utiliser soit reconnaissable pour l'assuré⁵⁹. L'art. 35 al. 2 PA s'applique par analogie⁶⁰. Contrairement à ce qui prévaut sous l'empire de la PA (art. 35 al. 3 PA), l'assureur ne peut pas renoncer à indiquer les voies de droit, même s'il est entièrement fait droit aux conclusions des parties⁶¹. 34

Les décisions doivent être motivées si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties. L'**obligation de motiver** découle de la garantie constitutionnelle du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.). Le destinataire de la décision et toute personne intéressée doivent pouvoir la comprendre et l'attaquer utilement en connaissance de cause s'il y a lieu, et l'instance de recours doit pouvoir exercer pleinement son contrôle si elle est saisie⁶². Ainsi, l'assureur doit mentionner, au moins brièvement, les éléments de fait pertinents, les dispositions légales applicables et les motifs qui le conduisent à rendre sa décision. Un renvoi général aux pièces du dossier et à la loi ne satisfait pas à l'obligation de motiver⁶³. 35

La **densité** de l'exigence de motiver est fonction des circonstances. En principe, le devoir de motiver est d'autant plus élevé que la décision a des effets importants sur les droits de l'assuré⁶⁴. Le devoir de motiver est moindre lorsque la voie de l'opposition est ouverte, puisque cette procédure a justement pour fonction de compléter l'exercice du droit d'être entendu de l'assuré (également art. 42 al. 2)⁶⁵. Lorsque l'opposition n'est pas ouverte parce que la décision fait directement l'objet d'un recours auprès du juge⁶⁶ ou qu'il s'agit d'une décision sur opposition, l'obligation de motiver est plus importante. 36

L'exigence de motivation est **abandonnée** pour les décisions qui font entièrement droit aux demandes des parties; l'art. 35 al. 3 PA est applicable par analogie⁶⁷. Cela se justifie pour des motifs d'économie de procédure. L'assureur demeure tenu de motiver sa décision lorsque, bien que faisant droit aux demandes de l'assuré, elle est susceptible d'imposer des obligations à d'autres assureurs (art. 49 al. 4)⁶⁸. 37

La loi n'exige pas que la décision soit **désignée comme telle**. Cela ne découle pas non plus des garanties minimales de procédure de l'art. 29 Cst. La jurisprudence du Tribunal fédéral varie à ce propos. En 2008, le Tribunal fédéral a retenu que, pour être qualifiée de décision au sens de l'art. 49 al. 1, la prise de position de l'assureur devait être désignée comme telle⁶⁹. Toutefois, ultérieurement, il a laissé la question ouverte de savoir si l'exigence découlant de l'art. 35 al. 1 PA devait être observée dans le domaine des assurances sociales⁷⁰, en précisant toutefois que la qualification d'un acte ne dépendait pas de son 38

58 La révision ou reconsidération (art. 53) n'est pas un moyen de droit ordinaire.

59 ATF 111 V 149, c. 4b.

60 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 257. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 49 N 52.

61 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 49 N 52.

62 ATF 139 V 496, c. 5.1.

63 UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, art. 35 N 13.

64 UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, art. 35 N 20.

65 KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 815.

66 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 49 N 57.

67 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 257. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 49 N 55.

68 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 49 N 55; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, art. 35 N 38.

69 ATF 134 V 412, c. 3.2. Voir les critiques de BICKEL/OESCHGER.

70 GERBER (1313) et KIESER (ATSG-Kommentar, art. 49 N 47) qui considèrent que tel doit être le cas.

intitulé ou des conditions formelles imposées par la loi, mais de ses caractéristiques matérielles⁷¹. Cette incertitude dans la qualification formelle du prononcé de l'assureur entraîne des incertitudes quant aux moyens à disposition de l'assuré pour contester le prononcé dans la mesure où il peut s'agir soit de la voie de l'opposition, si la qualification de décision formelle est retenue (art. 52), soit de la demande d'une décision formelle conformément à la procédure simplifiée (art. 51). En tout état, une telle incertitude ne devrait pas nuire à l'assuré.

- 39 Au surplus, les décisions doivent indiquer la personne de leur auteur, celle de leur destinataire et être datées. La signature manuscrite n'est en revanche pas nécessaire (N 17).
- 40 S'agissant de la **communication** de sa décision à l'assuré, l'assureur est libre de choisir la voie par laquelle il entend la lui adresser, du moment que l'assuré est en mesure d'en prendre connaissance. L'assureur n'est en particulier pas tenu d'utiliser la voie du courrier recommandé; un envoi sous pli simple suffit⁷². S'agissant d'un acte soumis à réception, la décision est considérée valablement notifiée au moment où elle entre dans la sphère de puissance de l'assuré et que ce dernier est à même d'en prendre connaissance. Il n'est pas nécessaire qu'il en ait effectivement pris connaissance⁷³.
- 41 Selon la jurisprudence, la preuve de la notification d'une décision administrative et de la date à laquelle cette notification a eu lieu incombe, en principe, à l'administration. Si la notification d'un acte envoyé sous pli simple ou la date de la notification sont contestées et qu'il existe effectivement un doute à ce sujet, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de la communication⁷⁴. Dans le cadre d'une administration de masse, c'est la règle du degré de vraisemblance prépondérante qui prévaut en ce qui concerne la notification⁷⁵.
- 42 Une **notification irrégulière** ne doit entraîner aucun préjudice pour les parties. Cette disposition est similaire à l'art. 38 PA et a une portée identique⁷⁶. Le principe de la bonne foi, dont découle cette règle, sert à arbitrer entre le besoin de protection juridique de l'assuré, d'une part, et la sécurité juridique, d'autre part⁷⁷. Le défaut de notification n'est susceptible d'entraîner des conséquences que dans la mesure où il a causé une erreur préjudiciable à son destinataire; en effet, la protection juridique des parties est suffisamment réalisée lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré cette irrégularité⁷⁸.
- 43 L'irrégularité de la notification peut concerner, notamment, la motivation de la décision, l'indication des moyens de droit ou la communication de la décision⁷⁹. La conséquence de l'irrégularité dépend des circonstances. La décision dont la notification est irrégulière n'est en principe pas nulle⁸⁰. Le plus souvent, la décision est annulable, de sorte que c'est par la voie de l'opposition ou du recours que l'irrégularité de la notification doit être soulevée; cas échéant, la computation du délai à cet effet doit tenir compte de l'information

71 ATF 143 III 162, c. 2.2.1, relatif à un décompte de primes d'assurance-accidents.

72 ATF 142 III 599, c. 2.4.1.

73 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 835.

74 ATF 124 V 400, c. 2a.

75 ATF 124 V 400, c. 2a.

76 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 257.

77 ATF 111 V 149, c. 4c. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 840.

78 ATF 122 V 189, c. 2; ATF 111 V 149, c. 4c.

79 Voir la casuistique détaillée de UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, Art. 38 N 9 ss.

80 ATF 111 V 149, c. 4c.

donnée dans la décision attaquée et le terme de celui-ci peut être prolongé d'autant⁸¹. Une décision qui n'est pas communiquée à une partie ne déploie pas d'effet juridique à l'égard de celle-ci⁸². Il convient de réserver le cas particulier de la décision qui n'est pas désignée comme telle et qui n'indique pas les moyens de droit à disposition de l'assuré; dans ce cas, le Tribunal fédéral considère qu'il s'agit d'un prononcé selon la procédure simplifiée qui doit susciter de la part de l'assuré une demande de décision formelle au sens de l'art. 51 al. 2 (N 38)⁸³.

V. Communication à un autre assureur (al. 4)

Le dernier alinéa de l'art. 49 porte sur le devoir de l'assureur qui rend une décision touchant l'obligation d'un autre assureur d'allouer des prestations de lui en communiquer un exemplaire, dans la mesure où cet autre assureur dispose des mêmes voies de droit que l'assuré. 44

Cet alinéa assure la participation à la procédure d'autres assureurs qui ont un droit de recours contre la décision et qui sont, par conséquent, des parties à la procédure (art. 34). Il s'agit d'une disposition de nature formelle en ce sens qu'elle ne fonde pas ledit droit de recours; celui-ci existe en vertu des lois matérielles et la qualité de partie et pour recourir des autres assureurs est examinée en vertu de l'art. 34, respectivement 59, de la loi. 45

Cet alinéa sert à assurer la **coordination intersystémique** des assurances sociales⁸⁴; elle ne vise en revanche pas à la coordination intra- ou extrasystémique⁸⁵. Elle garantit que le droit de recours d'un autre assureur demeure, même si la décision ne lui a pas été notifiée en temps voulu, ce qui permet d'éviter d'aboutir à des situations de surindemnisation⁸⁶ ou de non-prestations à l'assuré⁸⁷ lorsque deux institutions ne parviennent pas à se mettre d'accord. 46

L'obligation de communiquer vaut pour les **décisions** rendues par l'assureur. Lorsque l'assureur se détermine selon la procédure simplifiée (art. 51), l'autre assureur peut, tout comme l'assuré, demander la prise d'une décision conformément à l'art. 49⁸⁸. 47

Sont des **autres assureurs** pouvant prétendre au bénéfice de la communication de la décision les assureurs sociaux au sens de la LPGA. Les institutions de prévoyance, bien qu'elles ne rendent pas de décisions, sont concernées dans la mesure où elles disposent d'un droit de recours⁸⁹. En revanche, les assureurs privés ne font pas partie des destinataires de cette disposition⁹⁰. 48

L'obligation de communiquer vaut lorsque la décision **touche l'obligation** d'un autre assureur d'allouer des prestations. Les termes «touchant l'obligation d'un autre assureur» correspondent à la notion d'intérêt digne d'être protégé selon l'art. 59⁹¹. Selon la juris- 49

81 ATF 134 V 412, c. 3.2; ATF 122 V 189, c. 2.

82 UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, Art. 38 N 9.

83 ATF 134 V 412, c. 5.1.

84 ATF 134 V 153, c. 5.3.1.

85 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 49 N 88.

86 ATF 125 V 338, c. 2.

87 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4255 s.

88 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 49 N 67.

89 ATF 129 V 73, c. 4.

90 ATF 125 V 339, c. 3, rendu sous l'empire de l'ancien art. 129 OLAA mais valant de la même manière pour l'art. 49 al. 4 (ATF 129 V 73, c. 4.2.2).

91 ATF 133 V 549, c. 3; ATF 132 V 74, c. 3.1.

prudence consacrée, le recourant dispose d'un intérêt digne de protection pour recourir lorsqu'il peut faire valoir un intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée. L'intérêt consiste ainsi dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait à la partie, en lui évitant un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre. L'intérêt doit aussi être direct et concret; en particulier, la personne doit se trouver dans un rapport suffisamment étroit avec la décision; tel n'est pas le cas de celui qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate⁹². S'agissant des assurances qui ne sont pas destinataires de la décision attaquée, le Tribunal fédéral distingue, pour apprécier l'intérêt digne de protection, entre les recours formés par un tiers contre une décision prise au détriment de son destinataire («*Drittbeschwerde pro Adressat*») et les recours formés par un tiers contre une décision qui est favorable à son destinataire («*Drittbeschwerde contra Adressat*»; art. 59 N 13)⁹³.

- 50** L'intérêt digne d'être protégé de l'autre assureur est fonction de la portée obligatoire qu'a pour lui la décision de l'assureur. Cet intérêt est donné lorsque l'autre assureur **est lié** par la décision⁹⁴. Ainsi, l'institution de prévoyance est touchée par la décision de rente de l'assureur-accidents⁹⁵ et par la décision d'évaluation du degré d'invalidité selon le droit de l'assurance-invalidité⁹⁶; lorsque l'organe de mise en œuvre de la LPC d'un canton décline sa compétence à raison du lieu, l'organe de mise en œuvre de la LPC du lieu de séjour de l'assuré est touché par cette décision⁹⁷. Lorsque l'autre assureur n'est **pas lié** par la décision de l'assureur, il n'a pas d'intérêt digne d'être protégé: l'assurance-invalidité n'est pas liée par l'évaluation de l'invalidité de l'assurance-accidents⁹⁸ de même qu'inversement l'assureur-accidents n'est pas touché par une décision relative à une rente d'invalidité⁹⁹.
- 51** L'autre assureur dispose des **mêmes voies de droit** que l'assuré. Cette disposition signifie uniquement que l'architecture du contentieux est identique à celle qui vaut s'il était initié par l'assuré: l'autre assureur doit, tout comme l'assuré, utiliser la voie de l'opposition (art. 52) si celle-ci est ouverte, respectivement saisir le juge (N 44)¹⁰⁰.
- 52** En cas d'**absence de communication** de la décision de l'assureur à l'autre assureur, il appartient à ce dernier d'exiger la notification de la décision dans un délai raisonnable dès la connaissance de l'existence de ce vice de forme. Le délai se détermine compte tenu des règles de la bonne foi¹⁰¹. La durée du délai n'est pas fixée par la jurisprudence. S'agissant d'un délai s'appliquant à un assureur, rompu à la prise de décisions et par conséquent à la procédure administrative, il ne devrait pas dépasser les 30 jours; en effet, l'autre assureur doit être réputé saisir la portée de la décision rendue par l'assureur et n'a par conséquent pas le même besoin de protection que l'assuré. Pendant ce délai, et tant

92 ATF 133 V 549, c. 3; ATF 131 V 298, c. 3.

93 ATF 134 V 153, c. 5.1.

94 Voir les distinctions supplémentaires faites par KIESER (Dritte als Partei, 100 ss et ATSG-Kommentar, art. 49 N 75 ss) selon que l'obligation de prester de l'autre assureur est concernée dans son principe ou en quantité.

95 ATF 134 V 153, c. 4.

96 ATF 132 V 1, c. 3.

97 ATF 132 V 74, c. 3.

98 ATF 133 V 549, c. 6.

99 ATF 131 V 362, c. 2.

100 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 49 N 103.

101 ATF 134 V 306, c. 4.3, concernant la notification d'une décision sur opposition.

que la décision ne lui a pas été notifiée, la décision n'entre pas en force à l'égard de l'autre assureur¹⁰².

Les conséquences de la communication de la décision à l'autre assureur diffèrent selon les situations. En principe, l'autre assureur se voit, par la communication de la décision de l'assureur, **ouvrir la voie du contentieux** et réserver un délai pour procéder du moment où il a connaissance de la décision¹⁰³. En l'absence d'opposition ou de recours formé par l'assuré, c'est la décision au sens de l'art. 49 qui est notifiée à l'autre assureur, de sorte que celui-ci doit utiliser la voie de l'opposition (art. 52) si elle est ouverte. Lorsque l'assuré a formé opposition, il ressort de la jurisprudence que c'est la décision sur opposition – et non la décision au sens de l'art. 49 – qui doit être communiquée à l'autre assureur, de sorte que le recours auprès du tribunal des assurances est directement ouvert¹⁰⁴.

La situation diffère en matière de fixation du degré d'invalidité, lorsque le laps de temps entre le prononcé de la décision de l'assureur et sa connaissance par l'autre assureur, en l'occurrence une institution de prévoyance, est trop important. Dans ce cas, la voie du contentieux n'est plus ouverte, pour des motifs de sécurité juridique. En revanche, la décision de fixation du degré d'invalidité par l'assureur **ne lie pas** l'institution de prévoyance, de sorte que le vice dans la communication de la décision est considéré comme guéri¹⁰⁵.

Le choix entre l'une ou l'autre solution est le fruit d'une pesée des intérêts entre la bonne application du droit et le besoin de protection de l'assuré, lequel souffrirait des conséquences de ce vice formel, la décision étant entrée en force à son égard¹⁰⁶.

VI. Retrait de l'effet suspensif (al. 5 P-LPGA 2018)

Dans le projet de révision de la LPGA adopté par le Conseil fédéral le 2 mars 2018, il est proposé d'ajouter un alinéa 5 à l'art. 49 relatif au retrait de l'effet suspensif de l'opposition ou du recours, même si cette décision porte sur une prestation en espèces¹⁰⁷ (à propos du retrait de l'effet suspensif par l'assureur, art. 54 N 13). Selon le Conseil fédéral, cet ajout permet de clarifier la situation entourant la notion de «prestations en espèces» et de comprendre ainsi des prestations comme les rentes, les indemnités journalières ou l'allocation pour impotent, notamment¹⁰⁸. Il permet en outre d'assurer la coordination avec la règle relative à la suspension des prestations à titre provisionnel prévue par l'art. 52a P-LPGA 2018. Cette nouvelle ne modifie pas la pratique actuelle, fondée sur l'ATF 130 V 407, qui n'autorise pas le retrait de l'effet suspensif en cas de créances en restitution de prestations indûment perçues¹⁰⁹, ce que précise l'art. 49, al. 5, 2^e phrase P-LPGA 2018.

102 ATF 134 V 306, c. 4.2.

103 ATF 134 V 306, c. 4.2.

104 ATF 134 V 306, c. 4.3.

105 ATF 129 V 2, c. 3.

106 ATF 134 V 306, FF 2018 1655, 1656 c. 4.

107 Art. 49 al. 5 P-LPGA.

108 Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1626.

109 *Ibid.*

Art. 50

Transaction

¹ Les litiges portant sur des prestations des assurances sociales peuvent être réglés par transaction.

² L'assureur est tenu de notifier la transaction sous la forme d'une décision sujette à recours.

³ Les al. 1 et 2 s'appliquent par analogie à la procédure d'opposition ainsi qu'à la procédure de recours.

Vergleich

¹ Streitigkeiten über sozialversicherungsrechtliche Leistungen können durch Vergleich erledigt werden.

² Der Versicherungsträger hat den Vergleich in Form einer anfechtbaren Verfügung zu eröffnen.

³ Die Absätze 1 und 2 gelten sinngemäss im Einsprache- und in den Beschwerdeverfahren.

Transazioni

¹ Le controversie nell'ambito delle assicurazioni sociali possono essere composte con transazione.

² L'assicuratore è tenuto a comunicare la transazione sotto forma di decisione impugnabile.

³ I capoversi 1 e 2 sono applicabili per analogia alla procedura di opposizione e nella procedura di ricorso.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Nature et objet de la transaction (al. 1)	7
III. Décision formelle (al. 2)	22
IV. Application aux procédures d'opposition et de recours (al. 3)	29

Bibliographie

Cf. bibliographie art. 49; ACKERMANN THOMAS, Verfahrensrechtliche Aspekte des prekären Leistungsverhältnisses, in Schaffhauser/Kieser (éd.), Das prekäre Leistungsverhältnis im Sozialversicherungsrecht, St-Gall 2008, 35 ss; BAER TURTÈ, Die Streiterledigung durch Vergleich im Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG, RSAS 2002 430 ss; GUY-ECABERT CHRISTINE, La juridicisation du règlement amiable des conflits administratifs en droit fédéral, LeGes 2005/2 97 ss; HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^e éd., Zurich/St-Gall 2016; KUONEN NICOLAS, Transaction et quittance pour solde de tout compte: quelques aspects choisis, in Pichonnaz/Werro (éd.), La pratique contractuelle 4, Zurich 2015, 241 ss; LENDFERS MIRIAM, Der Vergleich im Sozialversicherungsrecht: knifflige Aspekte der gütlichen Einigung, in Kieser/Lendfers (éd.), JaSo, Saint-Gall 2013, 201 ss; MÄCHLER AUGUST, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Zurich 2005; TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Genève/Zurich/Bâle 2011.

I. Introduction

1 L'art. 50 LPGA prévoit une procédure de règlement par la voie transactionnelle. Il s'agit d'un moyen pour assureurs et assurés de mettre un **terme amiable** à la procédure. L'accord bilatéral auquel sont parvenus l'assureur et l'assuré est exprimé sous la forme d'une décision, ce qui rend la transaction opposable aux autres parties à la procédure et assure la protection juridique de l'assuré et de ces autres parties à la procédure. Selon les points

de vue, on peut parler d'une privatisation du mode de décision ou de judiciarisation du règlement amiable des conflits¹.

La transaction était pratiquée en droit des assurances sociales avant l'adoption de la loi². Initialement conçu comme servant à consacrer l'instrument de la transaction³, l'art. 50 LPGa sert bien plus aujourd'hui à imposer des limites à son utilisation par la définition des objets qui peuvent y être soumis (N 11 s.). En effet, les contrats bilatéraux entre autorités et administrés fondés sur le droit public et destinés à le mettre en œuvre n'ont pas à être expressément autorisés par la loi; il suffit que celle-ci ne les exclue pas⁴.

L'art. 50 LPGa a précédé dans le temps l'art. 33b PA, qui, depuis le 1^{er} janvier 2007, fixe le cadre juridique des accords amiables en procédure administrative en général. La jurisprudence relative à l'art. 50 LPGa ne renvoie pas à l'art. 33b PA, laissant comprendre qu'en droit des assurances sociales le domaine de la transaction est entièrement réglé par l'art. 50 LPGa (art. 55 N 7 ss).

La transaction occupe une **place limitée** en droit des assurances sociales. Il s'agit d'un domaine du droit dans lequel la réglementation est très détaillée et où la loi ne laisse guère de marge de manœuvre à l'assureur⁵. Le principe de l'égalité de traitement que l'assureur doit garantir entre assurés est également vu comme une limite à la faculté de l'assureur de transiger⁶. Enfin, la loi restreint les objets pour lesquels une transaction peut intervenir, à savoir les prestations des assurances sociales, excluant le domaine des cotisations⁷. De son côté, l'assuré a plus de liberté dans les termes d'une transaction, d'autant que la loi lui permet de renoncer à des prestations (art. 23 LPGa)⁸.

La transaction peut intervenir **à tous les stades de la procédure**: lors de la prise de décision par l'assureur (art. 49 LPGa), dans la phase de l'opposition (art. 52 LPGa) ou lors de la procédure devant la juridiction de recours (art. 56 LPGa)⁹. Au stade du recours, les objets matière à transaction sont plus largement définis qu'en première instance ou qu'au stade de l'opposition.

L'art. 50 LPGa n'est pas complété par des dispositions de l'OPGA.

II. Nature et objet de la transaction (al. 1)

Les litiges portant sur des prestations d'assurances sociales peuvent être réglés par transaction.

De manière générale, la **transaction** se définit comme l'acte par lequel des parties, par des concessions réciproques, mettent fin à un litige ou à une incertitude à propos d'un

1 KUONEN, 242 (privatisation du mode de décision); GUY-ECABERT, 97 ss.

2 FF 1999 IV 4168, 4258; pour un état de la jurisprudence avant l'entrée en vigueur de la loi, voir KIESER, ATSG-Kommentar, art. 51 N 5-7.

3 FF 1999 IV 4168, 4258; pour la genèse de cette disposition, voir ATF 140 V 108, c. 5.3; ATF 140 V 77, c. 3.2; BAER, 445; LENDFERS, 203 ss.

4 ATF 136 I 142, c. 4.1.

5 FF 1999 IV 4168, 4258.

6 FF 1999 IV 4168, 4258.

7 ATF 140 V 108, c. 5.3.2.

8 ACKERMANN, 74.

9 FF 1999 IV 4168, 4258.

rapport de droit¹⁰. Cette définition vaut également en droit public et par conséquent également en droit des assurances sociales¹¹.

- 9 Lorsqu'elle règle des rapports juridiques relevant du droit public, notamment lorsqu'elle est conclue par un assureur en sa qualité d'autorité et qu'elle met en œuvre le droit des assurances sociales, la transaction est un **acte relevant du droit public**¹². Dans ce cas, sa nature juridique est double: elle sert à la fois à mettre un terme à la procédure pendante et à régler de manière obligatoire le rapport de droit entre l'assureur et l'assuré¹³.
- 10 En raison de son caractère bilatéral – parce qu'elle est le fruit d'un échange de volontés concordantes entre l'assureur et l'assuré – et des effets obligatoires qu'elle déploie pour l'assureur, pour l'assuré voire pour d'autres parties, la transaction revêt les qualités matérielles du **contrat de droit administratif**¹⁴. Dans le même temps, l'art. 50 LPGa a la particularité de prévoir que la transaction est notifiée sous forme de décision. Par conséquent, les questions liées à la conclusion de la transaction (N 19) et à son interprétation (N 21) peuvent être tranchées selon les principes applicables au contrat de droit administratif, tandis que le contentieux est celui de l'opposition puis du recours, non celui de l'action.
- 11 La loi limite la possibilité de transiger aux **litiges** portant sur des prestations des assurances sociales. L'indication du domaine des assurances sociales doit être compris au regard du champ d'application de la loi (art. 1 et 2 LPGa). La notion de litige se rapporte de manière générale aux contestations qui devraient en principe être réglées par voie de décision et avec lesquelles l'assuré n'est pas d'accord (art. 49 al. 1 LPGa); ne peut être réglé par la voie de la transaction au sens de l'art. 50 LPGa que ce qui peut également l'être par voie de décision.
- 12 L'al. 1 limite la transaction aux litiges portant sur les **prestations**. Par prestations, il faut comprendre l'ensemble des prestations en argent ou en nature qu'un assureur est tenu de fournir en vertu du droit des assurances sociales à la suite de la survenance d'un cas d'assurance¹⁵. La notion de prestations fait référence aux créances de l'assuré vis-à-vis de l'assureur; elle est opposée à la notion de cotisations, qui sont les créances qu'a l'assureur envers l'assuré¹⁶. En effet, la justification de la restriction du domaine d'application des transactions aux seules prestations d'assurances sociales est qu'il s'agit d'éviter le risque de pressions sur les caisses de compensation lors du paiement des cotisations¹⁷, notamment lorsque les entreprises rencontrent des difficultés financières¹⁸. La notion de prestations de l'al. 1 a donc une portée qui ne se recoupe pas forcément avec la notion de prestations figurant à l'art. 49 al. 1 LPGa, utilisée pour désigner les décisions formatrices visant indistinctement les créances de l'assureur ou de l'assuré (art. 49 N 9).

10 ATF 95 II 419, c. 2b; MÄCHLER, 278.

11 MÄCHLER, 278.

12 ATF 135 V 124, c. 4.3.1 (à propos de la procédure selon l'art. 89 LAMal mais valant *mutatis mutandis*).

13 MÄCHLER, 288.

14 ATF 138 V 147, c. 2.4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 289; MÄCHLER, 288. Pour une définition du contrat de droit administratif, voir HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 279; cf. également, TANQUEREL, 331.

15 ATF 131 V 417, c. 4.1.

16 Moins catégoriques: BAER, 445 et KIESER, ATSG-Kommentar, art. 51 N 5-7.

17 FF 1999 IV 4168, 4258; ATF 140 V 108, c. 5.3.2.

18 LENDFERS, 204.

La possibilité de transiger a été étendue à d'autres litiges par la jurisprudence (N 30). Toutefois, cette extension ne vaut que pour la procédure de recours. Le texte clair de l'art. 50 al. 1 LPGA ne permet pas aux assureurs de transiger s'agissant des litiges portant sur un autre objet que des prestations¹⁹. **13**

La transaction doit respecter les principes de la légalité et de l'égalité de traitement. **14**

Il découle du principe de la **légalité** que l'assureur doit avoir une certaine marge de manœuvre dans le domaine en cause pour être en mesure de conclure une transaction. Lorsque la loi règle un domaine de manière très détaillée et ne confère à l'assureur aucune marge d'appréciation, une transaction n'est dès lors pas envisageable²⁰. La transaction ne peut pas avoir pour effet de parvenir à une solution qui s'écarterait de la loi²¹. **15**

La marge de manœuvre de l'assureur peut découler d'une disposition qui lui laisse un choix exprès, qu'il s'agisse d'une norme potestative ou d'une disposition prévoyant plusieurs conséquences juridiques pour un même état de fait; toutefois, de telles dispositions sont peu fréquentes en droit des assurances sociales. La marge de manœuvre de l'assureur peut aussi exister en raison des notions juridiques indéterminées qu'il a à appliquer²². Enfin, on reconnaît à l'assureur une certaine marge de manœuvre en relation avec l'appréciation des preuves, l'établissement des faits et leur évaluation²³ (art. 43 N 26 ss); dans cette mesure, la transaction peut alors intervenir sur la détermination du degré d'invalidité ou l'étendue d'une perte de gain²⁴. **16**

En référence à la définition générale de la transaction selon laquelle celle-ci peut avoir pour fonction de lever une incertitude à propos d'un rapport de droit, le Tribunal fédéral a précisé que, lorsqu'elle a pour objet de lever une incertitude, la transaction ne peut porter que sur les faits, à l'exclusion du droit²⁵. En effet, la transaction ne doit pas avoir pour effet de mener à une application incorrecte du droit lorsque les faits sont établis à satisfaction de droit. **17**

La garantie de l'**égalité de traitement** s'impose à l'assureur. Les travaux préparatoires insistent sur le fait que dans des situations comparables, tous les assurés doivent se voir garantir des prestations semblables²⁶. La portée concrète de cette exigence générale d'égalité de traitement n'est toutefois pas explicitée en jurisprudence, notamment au regard d'une éventuelle prétention de l'assuré à pouvoir accéder à un règlement du cas par voie transactionnelle; l'art. 50 LPGA est en effet une norme potestative qui donne la possibilité mais n'impose pas un devoir à l'assureur de procéder par la voie transactionnelle. **18**

Comme tout contrat de droit administratif, la transaction est **conclue** par échange de volontés concordantes entre l'assureur et l'assuré. Les règles du CO s'appliquent par analogie²⁷. **19**

19 ATF 140 V 108, c. 5.1.

20 MAECHLER, 279.

21 ATF 140 V 77, c. 3.2.1; ATF 138 V 147, c. 2.4.

22 En guise d'illustration, voir ATF 140 V 108, c. 6 (critères de distinction entre activité salariée et activité indépendante).

23 FF 1999 IV 4168, 4258.

24 FF 1999 IV 4168, 4258; à titre d'illustration, voir ATF 140 V 77; voir aussi, ATF 138 V 147; très critique, LENDFERS, 207, voit en cette pratique une violation du devoir d'instruction de l'assureur (art. 43 LPGA).

25 ATF 138 V 147, c. 2.4 (précision de jurisprudence, mais non reprise à l'ATF 140 V 77, c. 3.2.1).

26 FF 1999 IV 4168, 4258.

27 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 294.

- 20 La transaction doit revêtir la **forme écrite**. Dans la mesure où la transaction doit être formalisée sous la forme d'une décision (al. 2), l'exigence de forme est respectée lors de la prise de décision par l'assureur.
- 21 Comme tout contrat de droit administratif, la transaction **s'interprète** selon le principe de la confiance²⁸. Il faut toutefois présumer, en cas de doute sur la volonté des parties, qu'elles n'ont pas entendu déroger à la loi et conclure une transaction contraire à l'intérêt public²⁹; cette exigence est plus forte à l'égard de l'assureur qu'à l'égard de l'assuré³⁰.
- La possibilité de transiger n'est pas spécifiquement prévue dans le droit matériel, à l'exception du domaine de l'assurance militaire (art. 58 LAM)³¹.

III. Décision formelle (al. 2)

- 22 L'assureur est tenu de notifier la transaction sous la forme d'une décision sujette à recours.
- 23 La notification de la transaction sous forme de décision comporte différentes fonctions. Elle a pour effet de rendre la transaction opposable aux autres parties à la procédure (art. 34), notamment les autres assureurs (art. 49 al. 4 LPGA). Elle garantit également la protection juridictionnelle de l'assuré et des autres assureurs.
- 24 L'art. 49 al. 3 LPGA comportant les règles relatives à la notification et à la communication des décisions s'applique.
- 25 Contrairement à ce qui prévaut lorsqu'une seule décision unilatérale est rendue (art. 49 N 35), lors de la formalisation d'une transaction, l'assureur ne peut pas considérer qu'il est fait droit aux conclusions des parties pour renoncer à l'**exigence de motivation**. En effet, la protection juridictionnelle doit être effective, tant à l'égard de l'assuré qu'à l'égard d'autres assureurs qui ont un droit de recours contre la décision. Quant au juge, il doit pouvoir vérifier que la transaction est conforme au droit³². Par conséquent, la décision formalisant la transaction doit être motivée, à tout le moins sommairement³³.
- 26 L'assuré et les autres assureurs sont au bénéfice de la protection juridictionnelle liée à la prise d'une décision par l'assureur. Celle-ci se déploie différemment selon qui forme l'opposition, respectivement le recours.
- 27 Lorsque l'opposition ou le recours est **formé par l'assuré**, celui-ci ne dispose que de moyens de droit restreints. En effet, la décision que l'assuré attaque formalise le contenu d'un accord qu'il a lui-même conclu avec l'assureur. Le principe de la bonne foi³⁴ de même que la garantie de stabilité attachée aux droits créés par la transaction³⁵ restreignent les griefs que l'assuré est en mesure d'invoquer. L'assuré peut se prévaloir de vices

28 ATF 139 V 82, c. 3.1.2 (à propos d'une convention tarifaire mais valant *mutatis mutandis*).

29 ATF 139 V 82, c. 3.1.2.

30 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 295.

31 A propos de la relation entre l'art. 50 et l'art. 58 LAM, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 50 N 40, N 41.

32 ATF 135 V 65, c. 2.4 (précision de jurisprudence).

33 L'ATF 135 V 65 concerne la motivation d'une transaction judiciaire. Le principe qu'il pose doit valoir pour les transactions intervenues au stade de la procédure devant l'assureur.

34 FF 1999 IV 4168, 4258.

35 ATF 138 V 147, c. 2.4.

procéduraux ou de vices dans la formation de sa volonté³⁶; pour ces derniers, les art. 23 ss CO sont applicables par analogie³⁷. Les griefs matériels ne peuvent être invoqués que de manière limitée³⁸. En l'absence de jurisprudence relative aux motifs du recours contre une transaction, l'on s'inspirera des motifs admis pour justifier la reconsidération des transactions³⁹ (art. 53 N 81); en effet, l'accord exprimé par l'assuré lors de la transaction le place, du point de vue de la bonne foi, dans une situation analogue à celle dans laquelle il se trouve lorsqu'il n'a pas entendu former opposition puis recours contre celle-ci. L'assuré peut donc invoquer que la transaction est conclue en violation du champ laissé libre à l'assureur par l'art. 50 LPGA⁴⁰.

Lorsque le recours est formé **par un autre assureur**, celui-ci n'est pas limité dans les griefs qu'il peut invoquer puisqu'il n'a pas pris part à la transaction. **28**

IV. Application aux procédures d'opposition et de recours (al. 3)

Les al. 1 et 2 s'appliquent par analogie à la procédure d'opposition ainsi qu'à la procédure de recours. **29**

Ce renvoi a une portée différente selon que l'on se trouve au stade de l'opposition ou du recours⁴¹. Au stade du recours, l'application analogique permet à la juridiction saisie d'étendre le domaine dans lequel la transaction est possible⁴². En effet, lorsque la transaction se déroule devant l'autorité judiciaire, le risque de voir l'assureur (N 12) mis sous pression diminue, voire disparaît. La conclusion d'une transaction judiciaire est partant possible s'agissant de la suspension du droit à l'indemnité journalière de chômage, de créances en réparation du dommage envers l'employeur ou du statut de cotisant à l'AVS⁴³. En revanche, la transaction n'est pas ouverte s'agissant des cotisations, sauf lorsque l'assuré et l'assureur sont en mesure de faire valoir l'un envers l'autre des prétentions réciproques⁴⁴. La jurisprudence a laissé la question ouverte pour les subventions en faveur de certaines institutions dans le domaine de l'AVS (art. 101^{bis} LAVS) ou de l'AI (art. 74 LAI)⁴⁵. L'interdiction de transiger sur un autre objet que des prestations devrait s'appliquer dans la procédure d'opposition dans la même mesure que dans la procédure de décision de première instance. A ce stade de la procédure, les risques justifiant une interdiction de transiger au stade de la procédure de décision sont identiques puisque l'autorité appelée à statuer est toujours l'assureur et qu'il dispose du même pouvoir d'appréciation que lorsqu'il rend sa décision initiale. **30**

Lorsque la transaction intervient au stade du recours et que le tribunal raye la cause du rôle, le jugement doit contenir à tout le moins une motivation sommaire qui explique en **31**

36 FF 1999 IV 4168, 4258.

37 ATF 132 II 361, c. 3 (relatif à un contrat de travail de droit public mais valant *mutatis mutandis*).

38 FF 1999 IV 4168, 4258.

39 A propos de la reconsidération des transactions: ATF 140 V 77; ATF 138 V 147.

40 ATF 138 V 147, c. 2.4.

41 ATF 131 V 147, c. 4.3.2.

42 ATF 140 V 108, c. 5.2; ATF 131 V 147, c. 4.2; critique: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 50 N 34-36.

43 ATF 140 V 108, c. 6 (statut de cotisant à l'AVS); ATF 135 V 65, c. 1 (créances en réparation du dommage envers l'employeur); ATF 133 V 593 (indemnité journalière de chômage).

44 ATF 131 V 147, c. 4.3.2.

45 ATF 131 V 147, c. 4.2.

quoi la transaction est conforme à l'état de fait et au droit⁴⁶. Une telle motivation est nécessaire pour assurer la protection juridictionnelle des parties et le contrôle de la légalité notamment.

Art. 51

Procédure simplifiée ¹ Les prestations, créances et injonctions qui ne sont pas visées à l'art. 49, al. 1, peuvent être traitées selon une procédure simplifiée.

² L'intéressé peut exiger qu'une décision soit rendue.

Formloses Verfahren ¹ Leistungen, Forderungen und Anordnungen, die nicht unter Artikel 49 Absatz 1 fallen, können in einem formlosen Verfahren behandelt werden.

² Die betroffene Person kann den Erlass einer Verfügung verlangen.

Procedura semplificata ¹ Le prestazioni, i crediti e le ingiunzioni che non sono contemplati nell'articolo 49 capoverso 1 possono essere sbrigati con una procedura semplificata.

² L'interessato può esigere che sia emanata una decisione.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. La procédure simplifiée (al. 1)	4
III. La demande d'une décision formelle (al. 2)	12

Bibliographie

Cf. bibliographie art. 49.

I. Introduction

- 1 L'art. 51 LPGa prévoit une procédure dite simplifiée, parfois aussi désignée «procédure informelle»¹, pour les prestations, créances et injonctions qui ne sont pas visées par l'art. 49 al. 1 LPGa. Il s'agit d'une procédure particulière prévue par le législateur pour des motifs d'économie de procédure². En effet, en droit des assurances sociales, la procédure doit être simple et rapide³; bon nombre de cotisations sont ainsi fixées dans des relevés et de nombreuses indemnités sont versées sur la base de simples décomptes. Avec cette procédure, le formalisme imposé à l'assureur pour la mise en œuvre de la loi en est réduit à son minimum, puisque seul un support écrit est exigé.
- 2 Malgré son formalisme restreint, la procédure simplifiée demeure une **procédure de type décisionnel**. La prise de position de l'assureur selon la procédure simplifiée revêt

⁴⁶ ATF 135 V 65, c. 2; voir aussi, KIESER, ATSG-Kommentar, art. 50 N 37.

1 Voir p.ex., ATF 134 V 145; ATF 132 V 417; selon la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, la notion de procédure informelle est impropre pour désigner une procédure fixée dans la loi (FF 1999 IV 4168, 4259).

2 EGLI, 141; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 51 N 2.

3 EGLI, 131 ss; RIEMER-KAFKA, Vereinfachungen, 25.

en règle générale les qualités matérielles de la décision. De plus, l'assuré peut prétendre à la prise d'une décision formelle, qu'il peut ensuite contester. Enfin, si une décision formelle n'est pas demandée, le prononcé de l'assureur selon la procédure simplifiée entre en force et déploie ses effets au même titre qu'une décision.

L'alinéa 1 de l'art. 51 LPGA désigne les notions qui peuvent faire l'objet d'une procédure simplifiée, tandis que l'alinéa 2 permet à l'intéressé d'exiger qu'une décision soit rendue. L'art. 51 LPGA n'est pas complété par des dispositions de l'OPGA. 3

II. La procédure simplifiée (al. 1)

La procédure simplifiée peut être utilisée pour les **prestations, créances et injonctions** 4 qui ne sont pas visées à l'art. 49 al. 1 LPGA. En raison du renvoi à l'art. 49 al. 1 LPGA, peuvent faire l'objet d'une procédure simplifiée, les prestations, créances ou injonctions (art. 49 N 10) qui ne sont pas importantes (art. 49 N 13) ou avec lesquelles l'intéressé est d'accord (art. 49 N 15). Ainsi, par exemple, la clôture d'un cas et le refus de prestations par l'assureur-accident ou maladie ne doivent pas être prononcés par la voie de la procédure simplifiée mais doivent faire l'objet d'une décision formelle⁴. La procédure simplifiée ne peut pas être utilisée pour les décisions en constatation (art. 49 al. 2), qui doivent être rendues selon la procédure ordinaire⁵.

Les lois spéciales prévoient néanmoins certains cas dans lesquels la procédure simplifiée 5 peut être utilisée pour des **prestations importantes**, en dérogation à l'art. 49 al. 1 LPGA. La procédure simplifiée est ainsi notamment utilisée pour l'encaissement des cotisations dues par les employeurs dans le régime de l'AVS (art. 14 al. 3 LAVS), pour l'allocation des prestations de l'assurance-maladie (art. 80 al. 1 LAMal) ou pour l'allocation perte de gain en cas de service et de maternité (art. 18 al. 2 LAPG), quelle que soit leur importance. Dans l'assurance-chômage, la procédure simplifiée est utilisée de manière généralisée pour l'octroi d'indemnités journalières, indépendamment du caractère important de la prestation, sauf si la demande a été entièrement ou partiellement rejetée (art. 100 al. 1 LACI). Dans le domaine de l'assurance-invalidité, le Conseil fédéral est au bénéfice d'une clause de délégation pour permettre le recours à la procédure simplifiée pour certaines prestations importantes (art. 58 LAI), énumérées à l'art. 74^{ter} RAI⁶. Il n'y a pas de disposition spéciale dans la LAA dérogeant au critère de l'importance⁷. L'élargissement du recours à la procédure simplifiée par les lois spéciales pour les prestations importantes ne dispense pas l'assureur de recourir à la procédure formelle de l'art. 49 LPGA lorsque l'assuré n'est pas d'accord (art. 49 al. 1; art. 49 N 15) et ne prive pas l'assuré de son droit d'exiger une décision formelle s'il le souhaite (art. 51 al. 2)⁸.

L'assureur **peut** mais n'a pas l'obligation de recourir à la procédure simplifiée. Sa liberté 6 de choix trouve sa limite dans l'exigence de simplicité et de rapidité de la procédure en matière d'assurances sociales⁹.

4 ATF 134 V 145, c. 3.2; ATF 132 V 412, c. 4 (assurance-accidents); ATF 133 V 188, c. 3 (assurance-maladie).

5 FF 1991 II 181, 257.

6 ATF 133 V 50, c. 4.1.1.

7 En revanche, l'art. 124 OLAA énumère de manière exemplative les objets dont le prononcé est fait par voie de décision au sens de l'art. 49 LPGA.

8 ATF 133 V 188, c. 3.3, relatif à l'art. 80 LAMal.

9 Plus nuancé, KIESER, ATSG-Kommentar, art. 51 N 11.

- 7 L'art. 51 LPGGA ne décrit pas les caractéristiques de la procédure simplifiée ni la forme de la prise de position de l'assureur intervenant à son issue. La prise de position de l'assureur selon la procédure simplifiée est **écrite**¹⁰, le plus souvent sous la forme d'un décompte ou d'un relevé¹¹. Celui-ci n'a pas à être signé. La prise de position devrait également indiquer que l'intéressé peut exiger qu'une décision soit rendue, conformément à l'obligation générale de conseil de l'art. 27 LPGGA¹². Dans le domaine de l'assurance-invalidité, l'office AI est tenu de signaler à l'assuré qu'il peut, s'il conteste le prononcé en procédure simplifiée, exiger la notification d'une décision (art. 74^{quater} al. 1 RAI). La prise de position de l'assureur selon la procédure simplifiée n'a pas à être motivée ni ne doit indiquer des voies d'opposition ou de recours, puisque celles-ci ne sont pas disponibles (N 9).
- 8 La **qualification juridique** du prononcé de l'assureur selon la procédure simplifiée est discutée, en particulier depuis que le Tribunal fédéral a indiqué, en 2008, que la présence des deux procédures ordinaire et simplifiée doit mener à retenir l'existence d'une décision uniquement lorsque la prise de position de l'autorité est désignée comme telle ou qu'elle indique par quel moyen de droit elle peut être contestée¹³. Certains auteurs considèrent en outre que, dans la mesure où la procédure simplifiée n'est pas entourée des garanties procédurales suffisantes, celle-ci ne peut purement et simplement pas mener à la prise d'une décision¹⁴. Cela étant, la prise de position de l'assureur selon la procédure simplifiée réalise dans la plupart des cas les **qualités matérielles de la décision administrative** au sens de l'art. 5 PA¹⁵. Dans la mesure où son objet porte sur des prestations, créances ou injonctions (art. 49 N 10), d'une part, et compte tenu de l'effet juridique qui lui est attaché (N 10), d'autre part, il ne s'agit pas d'un acte matériel¹⁶. La prise de position de l'assureur se distingue ainsi des simples communications ou informations de l'assureur¹⁷.
- 9 La prise de position de l'assureur selon la procédure informelle n'est **pas susceptible d'opposition ou de recours**. Les droits de l'assuré sont garantis par la possibilité d'exiger qu'une décision formelle soit rendue (art. 51 al. 2 LPGGA).
- 10 Lorsque l'assuré ne demande pas qu'une décision formelle soit rendue ou ne respecte pas le délai prévu à cet effet (N 11, N 13), la prise de position de l'assureur prononcée en procédure simplifiée **entre en force**. Le moment de l'entrée en force de la prise de position de l'assureur est différent à l'égard de l'assureur et de l'assuré: à l'égard de l'assureur, l'entrée en force intervient à l'échéance du délai qui serait celui d'opposition ou de recours¹⁸, soit généralement un délai de 30 jours dès la réception de la communication par l'assuré; à l'égard de l'assuré, en revanche, il s'agit de tenir compte du délai plus long qui

10 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 51 N 9; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1831.

11 FF 1991 II 181, 257.

12 ATF 132 V 412, c. 3; GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 529; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 49 N 28, art. 51 N 13; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1831.

13 ATF 134 V 412, c. 3.2.

14 Voir ATF 132 V 412, c. 2.1, et les références citées; EGLI, 149, et les références citées.

15 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, N 882; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1831; MEYER, 342, 346.

16 Un acte matériel n'a pas pour but de modifier la situation juridique de son destinataire: ATF 130 I 369, c. 6.1; GENNER, 1156.

17 Pour ce motif, les expressions de «système *de facto*» ou de «décision de fait» («*faktische Verfügung*»), parfois utilisées en jurisprudence (ATF 134 V 145, c. 2.3; ATF 132 V 412, c. 2.1; ATF 129 V 110, c. 1), devraient être évitées. Dans le même sens, KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1831.

18 ATF 129 V 110, c. 1.2.1.

vaut pour demander une décision formelle selon l'art. 51 al. 2 (N 13). Cette différence se justifie par le fait que la protection juridique de l'assuré ne se réalise que par le biais de la procédure de l'art. 51 al. 1, durant laquelle l'assuré bénéficie d'un délai supérieur à 30 jours¹⁹. Lorsque la prise de position de l'assureur prononcée en procédure simplifiée est entrée en force, elle ne peut être modifiée qu'aux conditions de la révision et de la reconsidération de l'art. 53.

Lorsque l'assureur **utilise à tort la procédure simplifiée** en lieu et place de la procédure de l'art. 49, l'assuré doit demander qu'une décision soit rendue selon la procédure ordinaire. Il ne s'agit pas d'un cas d'application directe, mais par analogie, de l'art. 51 al. 2; l'art. 49 al. 3 n'entre dans un tel cas pas en ligne de compte²⁰. La jurisprudence a fixé à **un an** le délai pendant lequel l'assuré peut demander qu'une décision soit rendue selon la procédure ordinaire. D'une part, ce délai d'une année tient compte du besoin de protection accru de l'assuré compte tenu du caractère tenu des garanties procédurales entourant la procédure simplifiée; la bonne foi de l'assuré a également un poids prépondérant, en particulier lorsque, non rompu à la matière, ni représenté par un professionnel, il s'attend à ce que l'assureur rende une décision en bonne et due forme. D'autre part, le besoin de sécurité juridique justifie qu'un délai soit arrêté, en particulier lorsque des tiers ont un intérêt à la procédure, par exemple lorsque des prétentions récursoires sont en jeu²¹. S'agissant d'un délai fixé par la jurisprudence en référence au principe de la bonne foi, celui-ci pourrait être fixé de manière différente selon les circonstances. Passé ce délai, le prononcé de l'assureur selon la procédure simplifiée entre en force (N 10). La demande de l'assuré n'est soumise à aucune exigence de **forme**. Elle peut être exprimée oralement ou par courrier électronique, par exemple (N 14).

11

III. La demande d'une décision formelle (al. 2)

En prévoyant que l'intéressé peut exiger qu'une décision soit rendue, l'art. 51 al. 2 LPGA renvoie à la **procédure formalisée de l'art. 49 LPGA**. L'assuré peut ainsi prétendre à ce qu'une décision non seulement écrite mais aussi motivée et indiquant les voies de droit lui soit communiquée. Il s'agit d'une faculté qui appartient à l'assuré et qu'il peut exercer sans avoir à démontrer quelque condition dans la mesure où il dispose de la qualité de partie à la procédure (art. 34 LPGA). Cette faculté appartient également à d'autres intéressés, notamment d'autres assureurs (art. 49 al. 4 LPGA; art. 49 N 45).

12

La loi ne prévoit pas le **délai** dans lequel l'assuré peut former la demande tendant à obtenir une décision rendue conformément à l'art. 49. Le législateur a renoncé à fixer un tel délai, tout en indiquant qu'il ne devrait pas excéder une année²². Se référant à la doctrine, pour laquelle le délai pour demander une décision conforme à l'art. 49 doit être supérieur au délai ordinaire de 30 jours, jusqu'à plusieurs mois, le Tribunal fédéral a fixé à un an le délai pour demander une décision formelle lorsque la procédure simplifiée a été utilisée à tort (N 11); le Tribunal fédéral a également indiqué que ce délai d'un an était supérieur au délai valant dans un cas d'application ordinaire de l'art. 51 al. 2, sans pour autant préciser ce dernier²³. Plus tard, le Tribunal fédéral a retenu, s'agissant de la communication d'un décompte d'indemnités journalières, que ce délai est de trois

13

19 ATF 129 V 110, c. 1.2.2.

20 ATF 134 V 145, c. 5.2.

21 ATF 134 V 145, c. 5.3.

22 FF 1999 IV 4168, 4259.

23 ATF 134 V 145, c. 5.3.2.

mois ou 90 jours²⁴. Pour KIESER, celui-ci est de 90 jours²⁵. S'agissant d'un délai à fixer par voie jurisprudentielle, il s'agit de tenir compte des circonstances du cas d'espèce. Le principe de la bonne foi a dans ce contexte une influence prépondérante.

- 14** La loi ne prévoit pas non plus la **forme** de la demande tendant à obtenir une décision rendue conformément à l'art. 49. La manifestation de volonté de l'assuré n'est dès lors soumise à aucune forme. Elle peut intervenir par écrit mais aussi oralement, par exemple lors d'un entretien téléphonique. La jurisprudence a en particulier refusé de soumettre cette demande aux exigences formelles de l'opposition (art. 10 OPGA)²⁶.
- 15** Une fois que l'assuré a formé la demande tendant au prononcé d'une décision conformément à l'art. 49, l'assureur a l'**obligation de statuer** (art. 29 al. 1 Cst.). Si l'assureur ne rend pas de décision, le recours pour déni de justice est ouvert (art. 56 al. 2 LPG)²⁷.

Art. 52

Opposition

¹ Les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnancement de la procédure.

² Les décisions sur opposition doivent être rendues dans un délai approprié. Elles sont motivées et indiquent les voies de recours.

³ La procédure d'opposition est gratuite. En règle générale, il ne peut être alloué de dépens.

Einsprache

¹ Gegen Verfügungen kann innerhalb von 30 Tagen bei der verfügenden Stelle Einsprache erhoben werden; davon ausgenommen sind prozess- und verfahrensleitende Verfügungen.

² Die Einspracheentscheide sind innert angemessener Frist zu erlassen. Sie werden begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen.

³ Das Einspracheverfahren ist kostenlos. Parteientschädigungen werden in der Regel nicht ausgericht.

Opposizione

¹ Le decisioni possono essere impugnate entro trenta giorni facendo opposizione presso il servizio che le ha notificate; fanno eccezione le decisioni processuali e pregiudiziali.

² Le decisioni su opposizione vanno pronunciate entro un termine adeguato. Sono motivate e contengono un avvertimento relativo ai rimedi giuridici.

³ La procedura d'opposizione è gratuita. Di regola non sono accordate ripetibili.

²⁴ TF, 16.9.2013, 8C_789/2012, c. 4.4.1; TF, 13.4.2011, 8C_14/2011, c. 5.

²⁵ KIESER, ATSG-Kommentar, art. 51 N 20.

²⁶ TF, 14.7.2016, 8C_849/2014, c. 5 (arrêt rendu dans un cas d'utilisation erronée de la procédure simplifiée).

²⁷ ATF 133 V 188, c. 3.2.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Voie de l'opposition (al. 1)	10
III. Prise de décision sur opposition (al. 2)	25
IV. Gratuité de la procédure (al. 3)	37
V. Retrait de l'effet suspensif (al. 4 P-LPGA 2018)	40

Bibliographie

Cf. bibliographie art. 49. BOLT TOBIAS, Zur reformatio in peius im Einsprache – und im kantonalen Beschwerdeverfahren – Kommentar zum Urteil des Bundesgerichtes 8C_127/2016, RSAS 2016 621 ss; DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, L'opposition et le recours hiérarchique, in Bellanger/Tanquerel (éd.), *Le contentieux administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2013, 179 ss; HUNZIKER-BLUM FELIX, Parteienbeschädigung im UVG-Einspracheverfahren: Warum eigentlich nicht?, *Revue de l'avocat* 2002 16 ss; KIESER UELI, Dritte als Partei im Sozialversicherungsverfahren: Arbeitgeber, Sozialhilfebehörden und andere Sozialversicherungsträger als interessierte Dritte im Leistungsstreit der Sozialversicherungen, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), *Sozialversicherungsrechtstagung 2006*, St-Gall 2006, 79 ss (cité: Dritte als Partei); SEILER HANSJÖRG, Rechtsfragen des Einspracheverfahrens in der Sozialversicherung (Art. 52 ATSG), in Schaffhauser/Kieser (éd.), *Sozialversicherungsrechtstagung 2007*, St-Gall 2007, 65 ss.

I. Introduction

L'art. 52 LPGA institue la voie de l'opposition contre les décisions rendues en matière d'assurances sociales. L'al. 1 désigne les décisions devant faire l'objet d'une opposition, l'autorité qui doit être saisie ainsi que le délai pour former opposition. L'al. 2 impose le respect des garanties procédurales lors de la prise des décisions sur opposition. L'al. 3 pose le principe de la gratuité de la procédure. **1**

De manière générale, l'opposition est un **moyen de droit** permettant au destinataire d'une décision d'en obtenir le réexamen par l'autorité qui a statué avant qu'un juge ne soit éventuellement saisi. Il s'agit d'une demande, adressée à l'auteur d'une décision, visant à son annulation, à sa modification ou à la constatation de sa nullité après un examen complet en fait, en droit et en opportunité¹. L'opposition est à la fois un véritable moyen de droit que les parties doivent utiliser avant de saisir le juge² et une procédure tendant à ce que l'autorité qui a déjà statué rende une nouvelle décision qui se substituera à la première; elle n'a pas d'effet dévolutif puisque l'autorité qui a statué en premier lieu n'est pas dessaisie³. **2**

La procédure d'opposition est une **procédure de nature administrative**⁴ et non juridictionnelle. Elle est régie par les garanties de procédure de l'art. 29 Cst.; les garanties découlant du droit à un procès équitable (art. 30 Cst. et art. 6 § 1 CEDH) ne s'appliquent pas⁵. S'agissant de l'exigence de l'indépendance de l'autorité, il est inhérent au système de l'opposition que ce soit la même autorité qui statue, de sorte que cette garantie n'est **3**

1 ATF 125 V 118, c. 2a; DÉFAGO GAUDIN, 179; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, 208; TANQUEREL, 424.

2 ATF 133 V 50, c. 4.2.2; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, 427.

3 ATF 133 V 50, c. 4.2.2; ATF 132 V 368, c. 6.1; SEILER, 69.

4 ATF 133 V 50, c. 4.2.2.

5 SEILER, 71 et 91. Apparemment plus nuancé: ATF 129 V 188, c. 1b.

pas mise en péril en raison du seul fait qu'une même personne soit appelée à statuer à nouveau⁶.

- 4 L'opposition a pour fonction de **pallier** une exigence atténuée en matière d'exercice du droit d'être entendu lors de la prise de décision. En effet, la procédure en matière d'assurances sociales relève de la procédure dite de masse en raison du nombre considérable de décisions que les assureurs doivent rendre constamment⁷; dans ce type de procédure, il faut pouvoir concilier célérité et respect des droits procéduraux des parties⁸. Lorsque la décision à rendre est sujette à opposition, l'assureur peut se dispenser de donner la possibilité à l'assuré de s'exprimer quant à celle-ci (art. 42, 2^e phrase); en revanche, toutes les autres facettes du droit d'être entendu, notamment celles portant sur la participation à l'établissement des faits, doivent être respectées⁹. L'opposition a pour fonction de compenser les déficits du système de l'administration de masse et de «compléter» la décision¹⁰. Elle se veut, en outre, peu formaliste et doit être simple d'accès pour l'assuré¹¹.
- 5 L'opposition **vaut de manière générale** en droit des assurances sociales, lorsque la LPGa trouve application (art. 2).
- 6 Des exceptions sont néanmoins prévues dans la LPGa, pour les décisions sur les demandes en réparation dans le contentieux de la responsabilité (art. 78 al. 4 LPGa), ainsi que dans les lois spéciales, pour les décisions des offices AI cantonaux et de l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger (art. 69 al. 1 LAI) et en cas de péril en la demeure pour les mesures destinées à prévenir les accidents ou les maladies professionnels dans le régime de l'assurance-accidents (art. 105a LAA). Sont également exclues de la procédure d'opposition les décisions pour lesquelles une voie de recours est spécifiquement prévue, comme les décisions du tribunal arbitral relatives aux caisses de compensation paritaires (art. 54 al. 3 LAVS) ou le prononcé d'amendes d'ordre (art. 91 al. 2 LAVS) dans le régime de l'assurance-vieillesse et survivants¹². Il en va de même lorsque l'objet de la décision de l'assureur porte sur une question de protection des données personnelles de l'assuré, indépendamment de toute prétention découlant du droit des assurances sociales¹³.
- 7 Lorsque la voie de l'opposition est ouverte, les parties ne peuvent pas, contrairement à ce qui est possible en matière fiscale, convenir d'y renoncer¹⁴.
- 8 **Il n'y a pas lieu de faire appel à la PA** dans la mesure où cette loi n'institue pas, de manière générale, la procédure d'opposition¹⁵. En particulier, l'art. 61 al. 1 PA relatif à la faculté de l'autorité de recours d'annuler la décision et de renvoyer la cause à l'autorité inférieure avec des instructions impératives ne s'applique pas à la procédure d'opposition (N 29)¹⁶.

6 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, 427.

7 ATF 131 V 407, c. 2.1.2.2; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, 204 s.

8 ATF 131 V 407, c. 2.1.2.2; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, 205 s.; SEILER, 70.

9 ATF 136 V 113, c. 5; ATF 132 V 368, c. 4.3.

10 SEILER, 70-71.

11 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 52 N 28; SEILER, 84.

12 SEILER, 73; *contra*: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 52 N 15.

13 TF, 9.5.2005, 1A.190/2004, c. 1 non publié *in* ATF 131 II 413; ATF 127 V 219, c. 1a. SEILER, 74.

14 Critique: SEILER, 86; *ég.* KIESER, ATSG-Kommentar, art. 52 N 13.

15 La PA retient que les décisions sur opposition sont assimilées à des décisions (art. 5 al. 2 PA), allège l'exigence d'entendre les parties lorsque la décision peut être frappée d'opposition (art. 30 al. 2 let. b. PA) et déclare le recours au Conseil fédéral subsidiaire à la procédure d'opposition (art. 74 PA).

16 ATF 131 V 407, c. 2.1.2.1.

L'art. 52 est précisé par les art. 10 à 12 OPGA qui règlent les modalités de l'opposition, la question de son effet suspensif ainsi que la décision sur opposition. 9

II. Voie de l'opposition (al. 1)

L'objet de l'opposition sont les **décisions** au sens de l'art. 49 LPGA. Les décisions rendues selon la procédure simplifiée de l'art. 51 ne sont pas visées par cette disposition (art. 51 N 9)¹⁷. 10

Certaines décisions particulières ne sont toutefois pas soumises à opposition. La loi exclut expressément les **décisions d'ordonnement de la procédure**, qui doivent être attaquées directement par la voie du recours (art. 56 al. 1)¹⁸, ceci afin d'éviter des retards excessifs¹⁹. Sont visées par cette disposition les décisions incidentes (art. 49 N 8) en matière de procédure exclusivement²⁰. Celles-ci peuvent concerner, par exemple²¹, la consultation du dossier, le retrait (ou la restitution) de l'effet suspensif, la récusation²², l'établissement des faits et la participation à celui-ci²³ ou l'octroi de l'assistance juridique²⁴. S'agissant de la mise en œuvre d'une expertise, la jurisprudence retient désormais qu'il s'agit non pas d'un acte matériel dépourvu d'effet juridique mais d'une décision incidente²⁵. Une décision d'irrecevabilité qui sanctionne un refus de collaborer n'est pas une décision incidente mais a un caractère final²⁶. Enfin, selon qu'il statue sur sa compétence en l'admettant ou la déniait, l'assureur rend une décision incidente, respectivement finale²⁷. 11

La voie de l'opposition est aussi exclue par la LPGA ou les lois spéciales, dans des cas particuliers (N 6). Inversement, la loi prévoit que la procédure d'opposition est ouverte pour contester des décomptes de primes fondés sur des décisions dans le domaine de l'assurance-accidents (art. 105 LAA). 12

La voie de l'opposition n'est pas non plus ouverte lorsque l'assureur tarde ou refuse de statuer; dans ce cas, l'assuré doit utiliser la voie du recours (art. 56 al. 2)²⁸. 13

La jurisprudence a également exclu la voie de l'opposition pour les décisions par lesquelles un assureur n'entre pas en matière sur une demande de reconsidération (art. 53 al. 2; art. 53 N 90)²⁹. 14

L'opposition est formée auprès de l'**assureur qui a rendu la décision et n'a pas d'effet dévolutif** puisqu'est saisie l'autorité qui a statué en premier lieu³⁰. Les règles relatives à la récusation à raison de la participation à la procédure ne valent pas dans ce contexte 15

17 SEILER, 78.

18 ATF 132 V 418, c. 2.

19 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4261.

20 ATF 132 V 93, c. 6.1; ATF 131 V 42, c. 2.4.

21 ATF 131 V 42, c. 2.4.

22 ATF 132 V 93, c. 6.

23 ATF 141 V 330, c. 4.2.

24 ATF 133 V 441, c. 2; ATF 131 V 153, c. 1.

25 Dans l'AI: ATF 137 V 210, c. 3.4.2.6, renversant la jurisprudence antérieure jusqu'à l'ATF 132 V 93 qui considérait qu'il ne s'agissait pas d'une décision; dans l'AA: ATF 138 V 318, c. 6.1.

26 ATF 131 V 42, c. 3.

27 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, 127.

28 ATF 131 V 407, c. 1.1.

29 ATF 133 V 50, c. 4.2.

30 ATF 132 V 368, c. 6.1; ATF 131 V 407, c. 2.1.2.1. SEILER, 75.

(N3) mais les autres cas de récusation (art. 36) s'appliquent³¹. Certains assureurs disposent d'unités organisationnelles dédiées au traitement des oppositions comme par exemple la SUVA. Même dans cette configuration, l'assureur reste la même personne; il ne s'agit pas d'une nouvelle entité qui rend la décision³².

- 16 La **qualité pour former opposition** n'est définie ni dans la loi ni dans l'OPGA. Elle doit être appréciée de manière identique à la qualité pour recourir selon l'art. 59 LPGa, de sorte que pour être admis à former opposition, l'opposant doit être touché par la décision et avoir un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. En effet, le principe de l'unité de la procédure consacré par l'art. 111 LTF, qui exige que la qualité pour recourir ne soit pas définie de manière plus étroite devant les autorités cantonales précédentes que devant le Tribunal fédéral, s'impose à l'étape de l'opposition³³, puisque celle-ci est un préalable nécessaire au recours. Sont susceptibles de revêtir cette qualité l'assuré ainsi que des tiers intéressés, comme par exemple dans certaines circonstances l'employeur³⁴ ou d'autres assureurs dont l'obligation d'allouer des prestations est touchée par la décision (art. 49 al. 4)³⁵. Ont également qualité pour former opposition le DFI, en charge de la santé et des assurances sociales, si la décision est susceptible de violer la législation fédérale dans son domaine d'attribution (art. 89 al. 2 let. a LTF)³⁶, respectivement les offices fédéraux et caisses spécialement désignés, dans les domaines de l'assurance-vieillesse et survivants (art. 201 RAVS), de l'assurance-invalidité (art. 201 RAVS *cum* art. 89 RAI) ou de l'assurance-chômage (art. 102 LACI) notamment.
- 17 Le **déla**i pour former opposition est de 30 jours. Il se calcule conformément aux règles fixées aux art. 38 à 41.
- 18 L'opposition peut être formée **par écrit ou oralement** lors d'un entretien personnel (art. 10 al. 3 OPGA). Toutefois, lorsque la décision querellée a pour objet une prestation ou la restitution d'une prestation dans le domaine de l'assurance-chômage, ou lorsqu'elle est rendue par un organe d'exécution en matière de sécurité au travail dans le domaine de la prévention des accidents, l'opposition doit être formée par écrit (art. 10 al. 2 OPGA).
- 19 L'opposition écrite doit être **signée** par l'opposant ou par son représentant légal. En cas d'opposition orale, l'assureur consigne l'opposition dans un procès-verbal signé par l'opposant ou par son représentant légal (art. 10 al. 4 OPGA). En raison de cette exigence de signature, une opposition par courrier électronique n'est pas recevable³⁷ puisqu'en l'état il n'existe pas de base légale permettant la communication électronique entre assureurs et assurés (cf. art. 55 N 16).
- 20 Si l'opposition n'est pas signée, l'assureur impartit un délai convenable pour réparer le vice, avec l'avertissement qu'à défaut, l'opposition ne sera pas recevable (art. 10 al. 5 OPGA). Cette disposition doit être comprise comme ayant la même portée que l'art. 61 let. b, 2^e phrase, et la jurisprudence rendue à propos de celui-ci s'applique à la procédure d'opposition³⁸. S'agissant de l'exigence de signature, cette disposition a pour fonction avant tout de permettre la réparation d'inadvertances, de sorte que l'obligation d'accorder

31 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 52 N 23; SEILER, 75.

32 ATF 132 V 368, c. 6.1. SEILER, 76.

33 ATF 131 V 298, c. 2; ATF 130 V 560, c. 3.2. SEILER, 85.

34 KIESER, Dritte als Partei, 88 ss. Pour illustration, ATF 131 V 298 et 130 V 560.

35 KIESER, Dritte als Partei, 93 ss.

36 SEILER, 86.

37 ATF 142 V 152, c. 2.

38 ATF 142 V 152, c. 2.3.

un délai à l'opposant pour qu'il rectifie le défaut de signature de l'opposition ne vaut pas lorsque celle-ci a été adressée à l'assureur par fax ou par courrier électronique; en effet, dans ce cas, l'opposant sait qu'avec ce mode de transmission sa signature fera défaut³⁹; toutefois, si le délai pour former opposition n'est pas encore échu, l'assureur doit en principe attirer l'attention de l'opposant sur le défaut de signature et l'inviter à procéder par écrit avant l'échéance du délai⁴⁰.

Qu'elle soit formée par écrit ou oralement, l'opposition doit contenir des **conclusions** et être **motivée** (art. 10 al. 1 OPGA). Il appartient en effet à l'opposant d'articuler les griefs qu'il fait valoir⁴¹. La mesure de ces exigences doit être fixée en tenant compte du fait que la procédure d'opposition doit demeurer la plus simple possible pour l'assuré⁴². Si l'opposition ne satisfait pas à ces exigences, l'assureur impartit un délai convenable pour réparer le vice, avec l'avertissement qu'à défaut, l'opposition ne sera pas recevable (art. 10 al. 5 OPGA). 21

Le destinataire d'une décision a la faculté de **renoncer à former opposition** contre une décision qu'il a reçue. Contrairement à la renonciation à des prestations selon l'art. 23, la renonciation à former opposition est irrévocable⁴³. Est réservé le cas dans lequel la révocation de la renonciation à former opposition parvient à la connaissance de l'assureur avant la renonciation⁴⁴; la révocation de la renonciation à former opposition n'est soumise à aucune forme et peut être formulée par courrier électronique⁴⁵. 22

L'opposition a **effet suspensif** (art. 11 al. 1 OPGA *ab initio*). Elle n'est toutefois pas dotée d'un tel effet si la loi prévoit que le recours contre la décision sur opposition n'a pas d'effet suspensif (art. 11 al. 1 let. a OPGA). Tel est le cas dans l'assurance-chômage (art. 100 al. 4 LACI), pour certaines décisions, ou à certaines conditions dans l'assurance-accidents (art. 111 LAA). L'opposition n'a pas non plus d'effet suspensif si l'assureur a retiré l'effet suspensif dans sa décision (art. 11 al. 1 let. b OPGA). L'opposition n'a enfin pas d'effet suspensif si la décision a une conséquence juridique qui n'est pas sujette à suspension (art. 11 al. 1 let. c OPGA), en particulier s'il s'agit d'une décision négative⁴⁶ (art. 49 N 10). 23

L'assureur peut, sur requête ou d'office, retirer l'effet suspensif dans sa décision initiale ou rétablir en cours de procédure d'opposition l'effet suspensif retiré dans la décision (art. 11 al. 2 OPGA; pour les conditions du retrait ou du rétablissement de l'effet suspensif, cf. art. 49 N 56). Lorsqu'il en est saisi par l'assuré, l'assureur doit traiter la requête sans délai (art. 11 al. 2 OPGA). Il rend alors une décision incidente qui peut faire l'objet d'un recours si elle cause un préjudice irréparable à l'assuré (art. 56 N 26 ss)⁴⁷. 24

39 ATF 142 V 152, c. 4.6.

40 ATF 142 V 152, c. 4.6 et 4.7.

41 ATF 131 V 407, c. 2.2.2.

42 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 52 N 28 et N 35 ss; SEILER, 84.

43 ATF 140 V 82, c. 4.1.

44 ATF 140 V 82, c. 4.2.

45 ATF 140 V 82, c. 4.4.

46 SEILER, 90.

47 SEILER, 91.

III. Prise de décision sur opposition (al. 2)

- 25 L'al. 2 impose à l'assureur de statuer dans un délai approprié et rappelle les obligations qui sont les siennes en matière de motivation et d'indication des voies et délais de recours lorsqu'il rend sa décision.
- 26 Préalablement, dans le cadre de l'instruction de la procédure sur opposition, toute personne disposant de la qualité pour former opposition (N 16) doit être invitée à **participer** à la procédure d'opposition. En pratique, les assureurs notifient généralement et surtout l'ouverture de la procédure aux autres assureurs à qui ils ont communiqué la décision initiale en vertu de l'art. 49 al. 4⁴⁸.
- 27 L'assureur doit **entendre** les parties dans le cadre de la procédure d'opposition puisqu'il ne l'a pas forcément fait de manière complète et entière lorsqu'il a rendu la décision initiale; cela est justement l'objet de la procédure d'opposition (N 4)⁴⁹. Le droit d'être entendu doit être réalisé sous tous ses aspects. L'assuré doit en particulier avoir accès au dossier (art. 47). Il doit pouvoir participer aux mesures d'instruction complémentaires prises par l'assureur. Il doit aussi se voir garantir la possibilité de s'exprimer avant que l'assureur ne statue à nouveau; en particulier, son droit de se déterminer en dernier lieu quant aux éléments du dossier et aux allégations des autres parties (droit à la réplique au sens étroit⁵⁰) doit être assuré⁵¹.
- 28 L'assureur doit procéder aux **mesures d'instruction complémentaires** (art. 43 et 44) qui découlent des objections contenues dans l'opposition⁵².
- 29 La décision sur opposition est de nature **réformatoire**. L'assureur ne peut pas rendre une décision de nature cassatoire, même partiellement⁵³, et (se) renvoyer le dossier pour instruction complémentaire puisque l'opposition n'a pas d'effet dévolutif. Dans ce cas, l'instruction complémentaire doit intervenir dans le cadre de la procédure d'opposition et l'assureur doit réformer la décision initiale par une décision sur opposition mettant fin à l'instance⁵⁴. L'art. 61 al. 1 PA n'est pas applicable par analogie⁵⁵.
- 30 L'assureur n'est pas lié par les conclusions de l'opposant. Il peut modifier la décision à l'avantage ou au détriment de l'opposant (art. 12 al. 1 OPGA). L'assureur peut donc procéder à une **reformatio in pejus** lorsqu'il statue sur opposition. Selon la jurisprudence, la *reformatio in pejus* telle que prévue dans la phase de l'opposition n'a pas à être soumise aux conditions restrictives valant pour la *reformatio in pejus* devant le juge (art. 61 let. d LPGA), puisque la procédure d'opposition est soumise à des formalités moins strictes que le recours et que l'opposition n'a pas d'effet dévolutif⁵⁶.
- 31 La *reformatio in pejus* ne peut intervenir que dans le cadre de l'objet du litige, lequel est déterminé par la décision initiale et les conclusions formées par l'opposant⁵⁷. Il est important que l'assuré, dans ses conclusions, désigne avec précision l'aspect de la décision

48 ATF 134 V 306, c. 3.3.1.

49 SEILER, 95.

50 ATF 138 I 154, c. 2.3.

51 SEILER, 95.

52 ATF 132 V 368, c. 6.2.

53 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 52 N 54; SEILER, 101.

54 ATF 131 V 407, c. 2.

55 ATF 131 V 407, c. 2.1.2.1.

56 ATF 142 V 337, c. 3.2. Dépassé: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 52 N 56.

57 ATF 125 V 413, c. 1, pour la définition de l'objet du litige.

qu'il entend contester⁵⁸. Lorsque l'opposition concerne une rente, celle-ci est considérée comme un tout de sorte que la contestation d'un aspect de celle-ci, comme le taux d'invalidité, peut amener l'assureur à en revoir d'autres aspects, comme le jour où elle prend effet⁵⁹ ou le salaire déterminant⁶⁰. La légalité de l'art. 12 al. 1 OPGA, qui fonde la *reformatio in pejus*, est remise en cause par Bolt, au motif que l'art. 52 LPGA ne la prévoit pas et qu'il ne s'agit pas, de l'opinion de cet auteur, d'une lacune⁶¹. A ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas examiné cette question.

Si l'assureur envisage de modifier la décision au détriment de l'opposant, il donne à ce dernier l'occasion de retirer son opposition (art. 12 al. 2 OPGA). Selon la jurisprudence, cette disposition fonde un double devoir d'information: l'assureur doit non seulement avertir l'opposant du risque de se retrouver dans une position plus défavorable (*reformatio in pejus*), mais également de la possibilité de retirer son opposition⁶². En cas de retrait de l'opposition, il reste à l'assureur la possibilité de modifier la décision initiale aux conditions de l'art. 53⁶³. 32

La décision sur opposition doit être rendue dans un **délaï approprié**. Les principes valant en matière d'interdiction du déni de justice formel (art. 29 al. 1 Cst.), qui confère à toute personne le droit à ce que sa cause soit jugée dans un délai raisonnable, s'appliquent⁶⁴ (cf. ég. art. 56 al. 2). Le caractère raisonnable de la durée de la procédure s'apprécie en fonction des circonstances particulières de la cause, notamment l'ampleur et la difficulté de celle-ci ainsi que le comportement du justiciable mais non une surcharge de travail de l'autorité⁶⁵. Selon Kieser, la décision sur opposition devrait, si aucun acte d'instruction particulier n'est nécessaire, intervenir dans les deux mois⁶⁶. 33

La décision sur opposition est motivée⁶⁷ et indique les voies de droit (pour l'exigence de motivation, cf. art. 49 N 35 ss et pour l'indication des voies de droit, cf. art. 49 N 34. Cf. ég. art. 49 N 40 pour la communication de la décision sur opposition à l'assuré). La décision sur opposition doit également être communiquée à tout autre assureur (art. 49 al. 4), même s'il n'a pas participé à la procédure sur opposition⁶⁸. 34

La procédure d'opposition peut être réglée par la voie de la transaction conformément à l'art. 50⁶⁹ (art. 50 N 5). 35

Dans le domaine de l'assurance-maladie, l'assureur ne peut subordonner la communication de sa décision sur opposition à l'obligation d'épuiser une voie interne de recours (art. 85 LAMal). 36

58 SEILER, 97.

59 SEILER, 97.

60 Pour illustration, ATF 142 V 337.

61 BOLT, 623.

62 ATF 131 V 414, c. 1.

63 ATF 131 V 414, c. 2. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 52 N 51; SEILER, 98.

64 ATF 125 V 188, c. 1b.

65 ATF 125 V 188, c. 2a. SEILER, 95 s.

66 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 52 N 51.

67 Cf. ég. SEILER, 105 s.

68 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 52 N 62; SEILER, 106.

69 ATF 131 V 417, c. 2.2.

IV. Gratuité de la procédure (al. 3)

- 37 La procédure d'opposition est **gratuite**. Contrairement à ce qui est prévu pour la procédure de recours (art. 61 let. a, 2^e phrase), il n'est pas possible de mettre les frais à la charge de l'opposant qui agit de manière téméraire ou témoinne de légèreté. En revanche, l'art. 45 al. 3 est applicable de sorte qu'il est possible que les frais de l'instruction soient mis à la charge de la partie qui empêche ou entrave l'instruction de manière inexcusable, après sommation et indication des conséquences⁷⁰.
- 38 En règle générale, il ne peut être alloué de **dépens**. L'exception par laquelle des dépens peuvent être alloués est celle de l'opposant qui, en cas de perte du procès, aurait pu prétendre à l'assistance judiciaire⁷¹. En revanche, la jurisprudence n'a à ce jour pas reconnu d'autres cas d'exceptions, en raison par exemple de dépenses importantes ou de difficultés particulières, qui justifieraient le versement de dépens à la partie qui obtient gain de cause dans la procédure d'opposition⁷², en dépit des critiques de la doctrine⁷³.
- 39 L'opposant peut prétendre au bénéfice de **l'assistance juridique gratuite** aux conditions de l'art. 37 al. 4. L'art. 61 let. f ne s'applique pas à la procédure d'opposition.

V. Retrait de l'effet suspensif (al. 4 P-LPGA 2018)

- 40 Dans le projet de révision de la LPGA adopté par le Conseil fédéral le 2 mars 2018, il est proposé d'ajouter un alinéa 4 à l'art. 52 relatif au retrait de l'effet suspensif du recours, même si cette décision porte sur une prestation en espèces⁷⁴ (à propos du retrait de l'effet suspensif par l'assureur, art. 54 N 13). Selon le Conseil fédéral, cet ajout permet de clarifier la situation entourant la notion de «prestations en espèces» et de comprendre ainsi des prestations comme les rentes, les indemnités journalières ou l'allocation pour impotent, notamment⁷⁵. Il permet en outre d'assurer la coordination avec la règle relative à la suspension des prestations à titre provisionnel prévue par l'art. 52a P-LPGA 2018. Cette nouvelle ne modifie pas la pratique actuelle, fondée sur l'ATF 130 V 407, qui n'autorise pas le retrait de l'effet suspensif en cas de créances en restitution de prestations indûment perçues⁷⁶, ce que précise l'art. 52, al. 4, 2^e phrase P-LPGA 2018.

Art. 53

Révision et reconsidération

¹ Les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subsequmment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant.

² L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable.

70 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 52 N 65; SEILER, 106 s.

71 ATF 140 V 116, c. 3.3; ATF 132 V 200, c. 4.1; ATF 130 V 570, c. 2.

72 ATF 130 V 570, c. 2, avec une interprétation historique approfondie.

73 HUNZIKER-BLUM, 18; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 52 N 67 s.; SEILER, 107.

74 Art. 49 al. 5 P-LPGA 2018 FF 2018 1655, 1656.

75 Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, p. 1626.

76 *Ibid.*

³ Jusqu'à l'envoi de son préavis à l'autorité de recours, l'assureur peut reconsidérer une décision ou une décision sur opposition contre laquelle un recours a été formé.

Revision und
Wiedererwägung

¹ Formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide müssen in Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war.

² Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist.

³ Der Versicherungsträger kann eine Verfügung oder einen Einspracheentscheid, gegen die Beschwerde erhoben wurde, so lange wiedererwägen, bis er gegenüber der Beschwerdebehörde Stellung nimmt.

Revisione e
riconsiderazione

¹ Le decisioni e le decisioni su opposizione formalmente passate in giudicato devono essere sottoposte a revisione se l'assicurato o l'assicuratore scoprono successivamente nuovi fatti rilevanti o nuovi mezzi di prova che non potevano essere prodotti in precedenza.

² L'assicuratore può tornare sulle decisioni o sulle decisioni su opposizione formalmente passate in giudicato se è provato che erano manifestamente errate e se la loro rettifica ha una notevole importanza.

³ L'assicuratore può riconsiderare una decisione o una decisione su opposizione, contro le quali è stato inoltrato ricorso, fino all'invio del suo preavviso all'autorità di ricorso.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	8
C. Objet, but et nature de la norme	11
II. Champ d'application	14
III. La décision formellement passée en force	21
A. La décision	21
B. La force de chose décidée	25
C. Excursus: l'absence de pesée des intérêts particuliers	34
IV. La révision procédurale (al. 1)	40
A. La découverte de faits nouveaux importants ou de nouveaux moyens de preuve	42
B. La procédure de révision	57
C. Les effets de la révision	66
V. La reconsidération (al. 2)	69
A. L'erreur manifeste et l'importance de la rectification	71
B. La procédure de reconsidération	88
C. Les effets de la reconsidération	94
VI. La reconsidération pendente lite (al. 3)	101
VII. Le réexamen de la décision	109
A. Le réexamen de la décision par l'assureur social	109
B. La substitution de motifs dans la procédure judiciaire	111

Bibliographie

FLÜCKIGER THOMAS, *Verwaltungsverfahren*, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), *Recht der Sozialen Sicherheit*, 97 ss; HISCHEG ROGER, *Die Wiedererwägung pendente lite im Sozialversicherungsrecht oder die Möglichkeit der späten Einsicht*, RSAS 1997 448 ss; JACOBI DANIEL, *Der Anspruch auf Wiedererwägung von Verfügungen in der Sozialversicherung*, RJB 2002 458 ss; KIESER UELI, *Anpassung – Revision – Wiedererwägung: eine Einordnung*, in Kieser/Mosimann (éd.), *Die Anpassung der laufenden Sozialversicherungsleistungen*, St-Gall 2015, 9 ss (cité: *Anpassung*); KRADOLFER MATTHIAS, *Nachteilige Rechtsänderungen und Verfügungsanpassungen im Sozialversicherungsrecht*, RSAS 2011 361 ss; LENDFERS MIRIAM, *Die drohende Schlechterstellung im Sozialversicherungsprozess*, JaSo 2012, 179 ss (cité: *Schlechterstellung*); LENDFERS MIRIAM, *Möglichkeiten und Grenzen der Korrektur von Dauerleistungen mittels prozessualer Revision*, in Kieser/Lendfers (éd.), *Sozialversicherungsrechtstagung 2011*, St-Gall 2012, 177 ss (cité: *Korrektur*); MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, *Droit administratif*, vol. II, Berne 2011; ROLLI BERNARD, *La Partie Générale du droit des assurances sociales: Les points forts de la nouvelle LPG*, in dubio 2003 12 ss; RUMO-JUNGO ALEXANDRA, *Die Instrumente zur Korrektur der Sozialversicherungsverfügung*, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), *Verfahrensfragen in der Sozialversicherung*, St-Gall 1996, 263 ss (cité: *Instrumente*); SCHLAURI FRANZ, *Die Neuverfügung lite pendente in der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts*, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), *Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis*, St-Gall 2001, 173 ss (cité: *Neuverfügung*); VALLAT DAMIEN, *La nouvelle demande de prestations AI et les autres voies permettant la modification de décisions en force*, RSAS 2003 391 ss; ZEN-RUFFINEN PIERMARCO, *Le réexamen et la révision des décisions administratives*, in Bohnet (éd.), *Quelques actions en annulation*, Neuchâtel 2007, 195 ss.

I. Introduction

A. Généralités

- 1 La disposition de la Partie générale consacrée à la « Révision et reconsidération » s'inscrit dans la thématique de la modification des décisions entrées en force de chose décidée, soit celles qui ne sont plus susceptibles d'un recours ordinaire (N 25 ss).
- 2 On peut envisager quatre cas dans lesquels un conflit peut surgir entre une situation juridique actuelle et une décision de prestations, assortie d'effets durables et entrée en force formelle¹. En premier lieu, une constatation inexacte des faits (inexactitude initiale sur les faits) peut, à certaines conditions, être corrigée par une révision procédurale; c'est l'objet de l'art. 53 al. 1 LPG. Ensuite, lorsqu'une modification de l'état de fait déterminante sous l'angle du droit à la prestation survient après le prononcé d'une décision initiale exempte d'erreur (inexactitude ultérieure sur les faits), une adaptation peut, cas échéant, être effectuée dans le cadre d'une révision au sens de l'art. 17 LPG. Troisièmement, si la décision est fondée sur une application erronée du droit (application initiale erronée du droit), il y a lieu d'envisager une révocation sous l'angle de la reconsidération; les conditions en sont prévues par l'art. 53 al. 2 LPG. La loi ne règle en revanche pas la situation de l'application ultérieure erronée du droit à la suite d'une modification des fondements juridiques déterminants survenue après le prononcé de la décision de prestation assortie d'effets durables (quatrième éventualité envisagée). A cet égard, la jurisprudence a établi des règles différentes selon que le changement subséquent de la situation juridique objective est dû à une intervention du législateur² ou à une modification de la pratique judiciaire³.

1 ATF 140 V 514, c. 3.2; ATF 135 V 201, c. 5.1; ATF 135 V 215, c. 4.1.

2 Il y a alors en principe adaptation de la décision, sous réserve des dispositions contraires de droit transitoire et, cas échéant, de droits acquis (ATF 135 V 215, c. 5.1.1).

3 Un changement dans la pratique administrative ou judiciaire ne conduit en principe pas à modifier la décision (ATF 135 V 215, c. 5.1.1, qui cite les exceptions au principe). Cf. aussi KRADOLFER, 369 ss; art. 61 N 136.

Alors que la terminologie utilisée en droit administratif général par le législateur, la doctrine et la jurisprudence pour désigner la modification d'une décision administrative par l'organe qui l'a rendue⁴ est très fluctuante⁵, celle qui est employée en droit des assurances sociales a le mérite de la clarté. 3

Dans ce domaine, les notions respectives de la reconsidération et de la révision procédurale d'une décision rendue ont été précisément définies par la jurisprudence (N 12). Elles ont été reprises dans la loi uniquement dans le domaine de l'assurance militaire, aux art. 101 et 103 aLAM, lors de l'entrée en vigueur de cette loi le 1^{er} janvier 1994⁶; antérieurement, l'art. 13 aLAM⁷ ne portait que sur la révision procédurale. Désormais, l'art. 53 LPGa définit les conditions de la reconsidération et de la révision procédurale pour (presque) l'ensemble du droit des assurances sociales (N 14 ss). 4

Initialement, la SSDA a succinctement indiqué vouloir régler «conformément aux critères fixés par la jurisprudence et à l'article 13 aLAM, la révision et la reconsidération de décisions, formellement passées en force ainsi que de décisions sur opposition» d'une manière uniforme pour l'ensemble des assurances sociales⁸. Aucune dérogation n'a été prévue dans les lois spéciales. 5

La Commission du Conseil des Etats a repris la proposition de la SSDA (alors art. 59) et en a modifié l'al. 3 sur un point: elle a changé la possibilité pour l'assureur de «retirer une décision sur opposition», au cours de la procédure judiciaire, jusqu'à l'envoi de sa réponse, en la possibilité de «reconsidérer une décision sur opposition» dans ce cadre⁹. A la suite d'une adaptation proposée par le Conseil fédéral, la Commission du Conseil national a supprimé le qualificatif «importants» pour les nouveaux moyens de preuve (al. 1), estimant déterminant non pas le caractère important du nouveau moyen de preuve – l'importance jouant un rôle non pas pour la révision elle-même, mais pour le sort de celle-ci –, mais le fait que la production du moyen de preuve en question n'était pas possible dans la procédure antérieure. Elle a par ailleurs précisé (pour le texte allemand de l'al. 2) que la décision à reconsidérer devait être «sans nul doute» («*zweifellos*») erronée et non pas seulement manifestement («*offensichtlich*») erronée. Et elle a ajouté que la possibilité pour l'assureur de reconsidérer la décision sur opposition prévue à l'al. 3 vaut également lorsque la procédure judiciaire porte sur une décision qui a directement fait l'objet d'un recours, sans devoir être revue par l'assureur social dans le cadre d'une procédure d'opposition. Enfin, ne prévoyant aucune dérogation à la disposition en question, la Commission du Conseil national entendait supprimer les art. 101 et 103 aLAM, seules normes d'une loi spéciale d'assurance sociale qui portaient (la première) sur la «Révision de décisions et de décisions sur opposition» et (la seconde) sur la «Reconsidération de décisions ou de décisions sur opposition»¹⁰. 6

4 Voir p.ex. ATF 136 II 177, c. 2.1, où sont utilisés les termes de nouvel examen et reconsidération pour décrire une situation relevant en droit des assurances sociales respectivement de la révision et de la révision procédurale. Le réexamen (nouvel examen, reconsidération) est parfois distingué de la révision, la révocation ou le retrait étant aussi employés.

5 ZEN-RUFFINEN, 221; GRISEL, 444, selon lequel «ou bien les mêmes mots s'appliquent à des procédés différents; ou bien des vocables différents désignent les mêmes opérations»; SALADIN, 116, qui parle de «*eigentlicher Begriffswirrwarr*».

6 RO 1993 3077.

7 Loi fédérale du 20 septembre 1949 sur l'assurance militaire (RO 1949 1775).

8 Rapport SSDA, 53.

9 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 196.

10 RO 1993 3043, 3073; Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4263.

- 7 Les Chambres fédérales ont adopté la proposition de la Commission du Conseil national sans discussion, le rapporteur de la Commission du Conseil des Etats, le Conseiller aux Etats Fritz Schiesser, ayant commenté pour ses collègues les modifications adoptées par l'autre Conseil¹¹. Dans sa version finale, l'art. 59 est devenu l'art. 53. Les lois spéciales d'assurance sociale ne comprennent aucune dérogation à la norme, mais des règles en concrétisant certains aspects (N 97 ss). Aucune disposition de l'OPGA ne la complète par ailleurs.

B. Systématique

- 8 La faculté pour l'assureur social de revenir sur sa décision initiale en raison d'une inexactitude initiale sur les faits (art. 53 al. 1 LPGGA) ou d'une application initiale erronée du droit (art. 53 al. 2 LPGGA), y compris la règle sur le caractère admissible d'une décision de reconsidération rendue *pendente lite* (art. 53 al. 3 LPGGA) sont prévues parmi les dispositions générales de procédure, dans la deuxième section relative à la procédure en matière d'assurance sociale. Elles concernent uniquement la procédure devant l'assureur social et non la procédure judiciaire, pour laquelle une règle sur la révision a été prévue (art. 61 let. i LPGGA).
- 9 En tant que l'art. 53 fait référence à la décision et à la décision sur opposition, il présente un lien tant avec l'art. 49 sur le prononcé de l'assureur qu'avec l'art. 52 sur la procédure d'opposition. Il est également en étroite relation avec l'art. 25 al. 1 sur la restitution des prestations indûment touchées, cette relation ne découlant pas de la lettre de cette disposition, mais de la jurisprudence. En effet, selon la pratique judiciaire existant avant l'entrée en vigueur de la LPGGA (à propos de l'art. 47 al. 1 aLAVS), dont sont issus les principes applicables à la restitution selon l'art. 25 al. 1 LPGGA, l'obligation de restituer des prestations d'assurance sociale indûment touchées suppose que soient réunies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision – formelle ou non – par laquelle les prestations ont été accordées¹².
- 10 L'art. 53 entre également en considération lorsqu'il s'agit d'examiner si une décision est susceptible d'une adaptation, appelée révision, en raison d'une modification subséquente des faits selon l'art. 17 LPGGA. L'autorité judiciaire saisie d'un recours formé contre une décision ou une décision sur opposition par laquelle une prestation durable du droit des assurances sociales a été modifiée a le droit, à certaines conditions, de maintenir le résultat de la décision de révision (par exemple, suppression ou réduction de la prestation) en admettant, par une substitution de motifs (N 111 ss), que les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision initiale au sens de l'art. 53 LPGGA sont réalisées (au lieu de celles de l'art. 17 LPGGA).

C. Objet, but et nature de la norme

- 11 Comme l'indique son titre marginal, la disposition sur la «Révision et reconsidération» règle deux situations distinctes: la première (art. 53 al. 1 LPGGA) a trait à la possibilité de corriger une décision entrée en force en raison d'une erreur initiale dans les faits, la seconde porte sur une telle correction rendue nécessaire par une application initiale erronée du droit (art. 53 al. 2 LPGGA), pour laquelle la loi précise le moment jusqu'auquel l'auteur

11 BO CN 1999 1247; BO CE 2000 183.

12 ATF 130 V 318, c. 5.2; ATF 126 V 23, c. 4.

de la décision peut revenir sur son prononcé (art. 53 al. 3 LPGA). La norme prévoit les conditions auxquelles une décision administrative rendue par un assureur social et entrée en force peut être soit révisée, soit reconsidérée. Elle vise les cas dans lesquels la décision devenue définitive est entachée d'une irrégularité originaire, parce qu'elle reposait déjà au moment où elle a été rendue sur une erreur de fait ou sur une erreur dans l'application du droit.

Pour les deux aspects du réexamen de la décision administrative dont il traite, l'art. 53 LPGA reprend les conditions de la révision procédurale et de la reconsidération que la jurisprudence avait développées bien avant l'entrée en vigueur de la Partie générale. Le Tribunal fédéral des assurances avait reconnu depuis longtemps les institutions de la reconsidération et de la révision procédurale en tant que principes généraux du droit. Il avait admis, d'une part, que «l'administration (ou l'assureur) peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée (*recte* décidée) et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable»¹³. Il avait également retenu que «par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est tenue de procéder à la révision (procédurale) d'une décision entrée en force formelle lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente»¹⁴.

Quant à la possibilité pour l'assureur social de «procéder à un nouvel examen de la décision attaquée», jusqu'à l'envoi de sa réponse à l'autorité judiciaire de recours, elle était déjà prévue à l'art. 58 PA («Nouvelle décision»), qui s'appliquait à titre subsidiaire à l'assureur militaire (art. 85 aLAM) et à la CNA (art. 96 aLAA). L'art. 53 al. 3 LPGA en est inspiré.

II. Champ d'application

La reconsidération et la révision procédurale de la décision de l'assureur social prévues par l'art. 53 LPGA s'appliquent dans tous les domaines des assurances sociales soumis à la LPGA, que soient en cause des prestations ou des cotisations¹⁵. Elles concernent avant tout la décision «typique» du droit des assurances sociales qu'est la **décision portant sur une prestation durable**¹⁶ et produisant donc des effets pour une certaine période («*Dauerrechtsverhältnis*»), en fonction d'une situation de fait établie à un moment déterminé. Que la décision prévoie ou non une limitation temporelle, la prestation est allouée pour une certaine durée. Il s'agit principalement des décisions concernant les rentes accordées par les différentes assurances sociales, par exemple la rente de vieillesse de l'assurance-vieillesse et survivants, la rente d'invalidité de l'assurance-invalidité ou de l'assurance-accidents et la rente de survivants de l'assurance militaire. Mais sont également concernées les décisions ayant pour objet une allocation pour impotent de l'assurance-invalidité, des prestations complémentaires ou des cotisations de l'assurance-vieillesse et survivants.

13 ATF 119 V 475, c. 1a; ATF 117 V 8, c. 2a. La jurisprudence sur la reconsidération a été instaurée par l'arrêt Roggensinger du 19.2.1963, ATFA 1963 84 (MEYER-BLASER, Verfügungsabänderung, 352).

14 ATF 119 V 475, c. 1a; ATF 115 V 183, c. 2c; ATF 110 V 176, c. 2a qui cite des arrêts plus anciens.

15 Pour un ex. de reconsidération relative aux cotisations, TF, 2.9.2009, 9C_33/2009, c. 2, SVR 2010 AHV n° 3 7.

16 KRADOLFER, 365 utilise le terme de «*Dauerverfügung*».

- 15 En ce qui concerne les décisions qui ne déploient pas d'effets durables ou seulement des **effets sur un laps de temps limité**, par exemple celles qui ont pour objet des indemnités journalières de l'assurance-accidents ou de l'assurance-chômage, elles peuvent également faire l'objet d'une reconsidération ou d'une révision procédurale, lorsque l'assureur social s'aperçoit après coup d'une erreur (de fait ou de droit) à l'origine de son prononcé. Ainsi, dans le cadre d'un litige portant sur la restitution par la personne assurée des frais d'hospitalisation initialement remboursés par sa caisse-maladie, la reconsidération a pour objet la décision de l'assureur-maladie de lui accorder une prestation ponctuelle qui n'est pas assortie d'effets durables¹⁷.
- 16 Enfin, les conditions de la révision procédurale et de la reconsidération sont applicables lorsqu'il s'agit d'examiner le **remboursement de prestations entre assureurs sociaux**, qu'ils appartiennent à des branches différentes ou à la même branche d'assurance sociale¹⁸: l'obligation de restituer est soumise à l'art. 25 al. 1 LPGA (N 9), qui ne s'applique toutefois pas au remboursement entre deux assureurs-maladie¹⁹.
- 17 Même si la LPGA n'est pas applicable à la prévoyance professionnelle (art. 1 N 8), la jurisprudence a admis qu'une institution de prévoyance est habilitée à modifier le droit aux prestations de prévoyance du bénéficiaire lorsque les conditions n'en sont plus réalisées. Aussi bien **dans le domaine de la prévoyance professionnelle obligatoire**, dans lequel la modification ou la suppression d'une rente de la prévoyance professionnelle est soumise aux mêmes conditions matérielles que la révision et la reconsidération d'une rente de l'assurance-invalidité²⁰, que dans celui de la **prévoyance plus étendue**, le droit aux prestations doit en principe être adapté lorsqu'il ne correspond objectivement pas ou plus à la situation de fait ou de droit actuelle²¹ (art. 17 N 8).
- 18 Dès lors, quand bien même une institution de prévoyance professionnelle s'en tiendrait par principe aux décisions de l'assurance-invalidité – qu'elle ait adopté une notion de l'invalidité correspondant à celle de l'assurance-invalidité ou repris à son compte l'évaluation initiale du taux d'invalidité de l'assurance-invalidité –, elle est en droit d'adapter ses prestations lorsqu'il apparaît après coup que celles-ci ont été allouées sur la base d'une décision de l'assurance-invalidité qui se révèle manifestement erronée²².
- 19 Pour déterminer le moment où l'adaptation du droit à la rente de la prévoyance professionnelle prend effet, il y a lieu, en matière de prévoyance professionnelle obligatoire, mais également en matière de prévoyance plus étendue en l'absence de dispositions réglementaires contraires, d'appliquer par analogie le principe résultant de l'art. 88^{bis} al. 2 RAI, selon lequel une diminution ou une suppression de la rente à la suite d'une procédure de reconsidération ne saurait en principe déployer d'effet rétroactif (N 100). L'institution de prévoyance procédera à l'adaptation de la rente de la prévoyance professionnelle avec effet au premier jour du mois suivant la notification de la communication y relative, pour autant que la personne assurée ait respecté son obligation de renseigner. A défaut, la diminution ou la suppression de la rente prendra effet rétroactivement à la date

17 ATF 126 V 23.

18 TF, 20.1.2010, 8C_284/2009, SVR 2010 UV n° 24 97.

19 ATF 138 V 426.

20 TF, 11.8.2015, 9C_58/2015, c. 3.3.1, qui cite les conditions de l'art. 53 al. 2 LPGA, leur réalisation étant admise en l'espèce, parce que l'atteinte à la santé qui a conduit à l'invalidité déterminante était en réalité survenue quelques mois après la fin de la couverture d'assurance.

21 ATF 141 V 405, c. 3.6; ATF 138 V 409, c. 3.2.

22 ATF 138 V 409, c. 3.2. Cf. aussi ATF 143 V 434.

où elle a cessé de correspondre aux droits de la personne assurée²³. Attribuer un tel effet rétroactif à l'adaptation effectuée par l'institution de prévoyance paraît discutable, en l'absence de toute réglementation légale sur ce point en droit de la prévoyance professionnelle ou d'une disposition réglementaire de l'institution de prévoyance²⁴.

De même, par analogie avec une révision procédurale, l'institution de prévoyance est en droit de revenir sur la détermination des prestations de vieillesse et sur leur versement (en vertu d'une retraite anticipée), lorsqu'il apparaît, en raison de faits nouveaux – par exemple, la décision de l'assurance-invalidité selon laquelle l'assuré a droit à une rente d'invalidité à titre rétroactif –, qu'un autre cas d'assurance (invalidité partielle) était déjà survenu antérieurement. Les prestations de la prévoyance professionnelle résultant des cas d'assurance successifs doivent être alors déterminées à nouveau, en fonction du moment où elles sont nées du point de vue juridique²⁵. 20

III. La décision formellement passée en force

A. La décision

Tant la révision procédurale que la reconsidération au sens de l'art. 53 LPGA supposent qu'un organe d'exécution d'une assurance sociale ait rendu une **décision ou une décision sur opposition** (rendue lorsque la voie de l'opposition contre la décision selon l'art. 52 LPGA est ouverte). Il s'agit de l'acte juridique par lequel un rapport juridique individuel et concret – souvent, les droits et obligations de la personne concernée dans un des domaines des assurances sociales – est réglé de façon unilatérale et contraignante. Pour définir plus précisément la notion de décision, qui n'a pas été concrétisée plus avant à l'art. 49 al. 1 LPGA, il y a lieu de se référer à celle prévue à l'art. 5 al. 1 PA²⁶: la décision a pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations, d'en constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue ou encore de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, à modifier, à annuler ou à constater des droits ou des obligations. 21

Ne constitue pas une décision au sens de l'art. 5 PA le **préavis ou projet de décision** par lequel l'office AI est tenu, en vertu de l'art. 57a LAI, de communiquer à la personne assurée la décision finale qu'il entend prendre au sujet de la demande de prestations ou du sort de la prestation en cours dont elle bénéficie. Par la notification du projet de décision, l'office AI informe l'assuré de la suite qu'il compte donner à la procédure et lui permet de se prononcer sur les éléments retenus (garantie du droit d'être entendu dans le cadre de la procédure préalable au sens de l'art. 73^{bis} ss RAD). Ce préavis peut être modifié par l'office AI lorsqu'il rend sa décision, sans que les principes régissant la révision procédurale et la reconsidération d'une décision administrative ne soient applicables²⁷. 22

L'assureur social peut, respectivement doit dans les situations prévues par l'art. 49 al. 1 LPGA, rendre une **décision formelle**, soit revêtant la forme écrite, comportant notam- 23

23 ATF 138 V 409, c. 3.3.

24 Voir ATF 133 V 67, c. 4.3.5 – auquel se réfère sans nuance l'ATF 138 V 409, c. 3.3 – où l'effet rétroactif a été admis en vertu d'une disposition réglementaire de la caisse de pensions prévoyant l'obligation de renseigner des personnes assurées à son égard.

25 TFA, 10.10.2003, B 25/03, c. 3.1 et 3.2.

26 ATF 133 V 50, c. 4.1.2.

27 TF, 22.1.2008, 9C_115/2007, RSAS 2008 360.

ment une motivation et l'indication des voies de droit, et devant être communiquée dans les formes prescrites par la loi à son destinataire²⁸.

- 24 La décision peut cependant aussi relever d'un **acte informel**²⁹ de l'administration lorsque l'assureur social agit en communiquant sous forme d'une simple lettre ou en versant une somme d'argent; une telle manière de procéder est expressément prévue par l'art. 51 LPGa (auquel renvoient certaines lois spéciales, par exemple, l'art. 80 al. 1 LAMal ou l'art. 14 al. 3 LAVS³⁰).

B. La force de chose décidée

- 25 Les deux institutions prévues par l'art. 53 LPGa portent par ailleurs exclusivement sur une décision ou sur une décision sur opposition de l'assureur social qui est **«formellement passée en force»**. Quand la décision (non soumise à opposition) ou la décision sur opposition n'est plus susceptible d'un recours ordinaire, parce que le délai de recours est échu sans avoir été utilisé – la décision n'a pas été «attaquée en justice»³¹ ou, en d'autres termes, aucune autorité judiciaire ne s'est prononcée sur la décision quant au fond³² –, elle devient définitive et bénéficie de la **force de chose décidée** ou de l'**autorité formelle de chose décidée** (*«formelle Rechtskraft»*), de sorte qu'elle devient exécutoire (cf. art. 54 al. 1 LPGa).
- 26 L'autorité formelle de chose décidée doit être distinguée de l'autorité de la chose jugée (ou force de chose jugée au sens matériel [*«materielle Rechtskraft»*]) dont sont revêtues les décisions des autorités judiciaires et qui interdit de remettre en cause dans une nouvelle procédure, entre les mêmes parties, une prétention identique qui a été définitivement jugée; il y a identité de l'objet du litige quand, dans l'un et l'autre procès, les parties soumettent au tribunal la même prétention, en reprenant les mêmes conclusions et en se basant sur le même complexe de faits³³.
- 27 A la différence d'une décision judiciaire qui acquiert l'autorité de la chose jugée, la décision (sur opposition) de l'assureur social ne revêt pas de force matérielle de chose décidée (ou autorité matérielle de chose décidée)³⁴: par sa nature, la décision administrative peut être modifiée à certaines conditions – celles de la reconsidération ou de la révision procédurale, en droit des assurances sociales –, en dépit de son autorité (formelle) de chose décidée. Elle n'en est pas moins pourvue de validité juridique (*«Rechtsbeständigkeit»*)³⁵.
- 28 L'autorité de chose décidée et la validité juridique qui lui est liée ne s'attachent en principe qu'au seul dispositif et non à ses motifs, qui servent à en déterminer la portée³⁶; est

28 Cf. ATF 134 V 145, c. 2; MOOR/POLTIER, 344.

29 Le terme d'«acte matériel» parfois employé devrait être réservé pour désigner un *«Realakt»*, soit un simple acte de l'administration n'ayant pas pour but de produire des effets juridiques (*«faktisches Verwaltungshandeln»*); ATF 130 I 369, c. 6.1).

30 Sur la forme de la décision relative à des cotisations arriérées, TF, 9.3.2018, 9C_646/2017, c. 4.

31 Art. 13 al. 1 aLAM, n. 7.

32 Lorsque la cause est rayée du rôle à la suite du retrait du recours de la personne assurée contre la décision de l'assureur social, celle-ci acquiert force de chose décidée, sans avoir été examinée sur le fond par l'autorité judiciaire (ATF 138 V 339, c. 2.3.2.2; cf. sur le retrait de l'opposition, ATF 131 V 414, c. 2 et TF, 5.11.2008, 8C_210/2008, c. 5.3, SVR 2009 UV n° 16 62).

33 ATF 142 III 210, c. 2.1; TF, 12.9.2016, 8C_816/2015, c. 3.1.

34 MOOR/POLTIER, 378 s.

35 MEYER-BLASER, *Verfügungsabänderung*, 343 et 351.

36 ATF 115 V 416, c. 3b/aa; TF, 28.10.2015, 9C_402/2015, c. 4.

réservée l'éventualité où la motivation contient des éléments dont la portée est impérative et où le dispositif renvoie alors aux considérants de la décision, de sorte que la motivation à laquelle il est renvoyé acquiert également force de chose décidée³⁷.

En ce qui concerne en particulier les décisions portant sur des **prestations durables des assurances sociales**, par exemple les rentes d'invalidité de l'assurance-invalidité ou de vieillesse de l'assurance-vieillesse et survivants, la portée de l'autorité de la chose décidée est en principe illimitée et comprend les conditions de la prestation et les facteurs nécessaires à l'évaluation de celle-ci, dans la mesure où ils concernent des états de fait limités (et achevés) dans le temps. Sous réserve d'une révision procédurale ou d'une reconsidération, ces conditions et facteurs ne peuvent dès lors plus être remis en cause et examinés à nouveau lors de chaque nouvelle période de perception, à moins que la loi ne prévoit une réglementation différente, comme c'est le cas dans le domaine des prestations complémentaires³⁸, ou que l'on ne soit en présence d'un nouveau cas d'assurance³⁹.

Lorsque le rapport juridique entre l'assureur social et la personne assurée est réglé par un **acte informel** (N 24), celui-ci **prend effet de décision** (au sens d'acte juridique) – avec toutes les conséquences liées à la force de chose décidée – si son destinataire ne manifeste pas, dans un délai d'examen et de réflexion convenable, son désaccord avec la solution adoptée par l'assureur social et n'exprime pas sa volonté que celui-ci statue sur ses droits dans un acte administratif susceptible de recours⁴⁰. Si l'intéressé déclare en revanche son désaccord, l'assureur social doit se prononcer par une décision formelle. Par ailleurs, si la personne assurée ne réagit pas dans un délai utile à la réception d'une décision communiquée à tort par l'assureur social sans respecter la forme prévue à l'art. 49 al. 1 LPGA, la décision entre en force de chose décidée comme si la procédure simplifiée de l'art. 51 al. 1 LPGA avait été appliquée à juste titre⁴¹.

L'étendue du **délai de réflexion et de réaction convenable** varie selon les circonstances concrètes mais dépasse en tous les cas le délai de recours contre une décision formelle⁴². Le délai est en principe **d'une année** lorsque l'assureur social a rendu sa décision en appliquant à tort la procédure simplifiée de l'art. 51 al. 1 LPGA au lieu de rendre une décision formelle au sens de l'art. 49 al. 1 LPGA⁴³. En ce qui concerne les décomptes mensuels relatifs aux indemnités journalières de l'assurance-chômage, qui ne constituent pas une décision formelle mais un acte informel, ils acquièrent force de chose décidée lorsque l'assuré ne réagit pas en exprimant son désaccord dans les **nonante jours** (sous réserve de circonstances particulières)⁴⁴.

On précisera que la situation est différente pour **l'assureur social** qui ne dispose que d'un laps de temps correspondant au **délai de recours (ou d'opposition)** contre une décision formelle pour demander la répétition des prestations allouées par un acte informel non contesté, sans être lié par les conditions d'une révision procédurale ou d'une recons-

37 ATF 113 V 159.

38 Dans le domaine des PC, la décision de prestations complémentaires ne peut déployer ses effets que pour l'année civile en cours (ATF 128 V 39).

39 ATF 136 V 369, c. 3.1.

40 ATF 129 V 110, c. 1.2.2.

41 ATF 134 V 145.

42 ATF 126 V 23, c. 4b.

43 ATF 134 V 145, c. 5.3, concernant le refus de prestations prononcé par l'assureur-accidents sans décision formelle.

44 TF, 23.2.2016, 8C_766/2015, c. 4.3; TF, 7.9.2015, 8C_789/2014, c. 2.2, SVR 2015 ALV n° 15 45.

idération. Ce délai est respecté si la décision par laquelle l'assureur social revient sur son prononcé initial a été rendue et remise à la Poste suisse à l'attention du destinataire au plus tard le dernier jour du délai; il n'est pas exigé que la notification même de la décision ait lieu à l'intérieur du délai⁴⁵. Passé celui-ci, la demande de restitution de l'assureur social suppose qu'existe un motif de révision procédurale ou de reconsidération⁴⁶.

- 33 On peut retenir qu'une fois que la décision (formelle ou relevant d'un acte informel⁴⁷) ou la décision sur opposition est entrée en force de chose décidée, l'assureur social ne peut plus revenir sur son prononcé sans condition. Pour qu'il puisse modifier sa décision – en l'absence d'une modification de la situation de fait, qui relève de l'art. 17 LPGA –, il faut que les conditions de la reconsidération ou de la révision procédurale prévues à l'art. 53 LPGA soient réalisées; en d'autres termes, il doit exister un **titre de révocation** («*Rückkommenstitel*»).

C. Excursus: l'absence de pesée des intérêts particuliers

- 34 De manière générale et dans une jurisprudence constante⁴⁸, le Tribunal fédéral déduit du caractère impératif du droit public qu'en tant qu'acte unilatéral, une décision qui n'est pas ou plus conforme à la loi, est susceptible d'être modifiée. L'administration doit pouvoir corriger un vice affectant la régularité de l'acte qu'elle a prononcé, dans le but de rétablir une situation conforme au droit, sans qu'une base légale ne soit requise dans un tel cas. En l'absence d'une règle de droit positif sur la possibilité de modifier une décision, il y a alors lieu de se prononcer sur la base d'une **pesée des intérêts**, dans laquelle l'intérêt à une application correcte du droit objectif est mis en balance avec l'intérêt à la sécurité juridique, respectivement à la protection de la confiance. Sont notamment pertinents dans cette pesée des intérêts le fait que la décision a créé un droit subjectif au profit de l'administré, que celui-ci a déjà fait usage d'une autorisation ou que la décision est le fruit d'une procédure au cours de laquelle les divers intérêts en présence ont fait l'objet d'un examen approfondi. Cette règle n'est cependant pas absolue et la révocation peut intervenir même dans l'une des trois éventualités mentionnées lorsqu'elle est commandée par un intérêt public particulièrement important⁴⁹.
- 35 Dans le domaine des assurances sociales, le Tribunal fédéral des assurances a admis que la reconsidération de la décision administrative soit examinée au regard des seules conditions qu'il a posées à ce sujet – caractère manifestement erroné de la décision et importance notable de la rectification – sans qu'une pesée des intérêts au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral ne doive être effectuée. Il a expliqué cette différence par les «particularités propres aux domaines soumis à [s]a juridiction», où est souvent en cause le droit à des prestations périodiques, dont «il est hautement souhaitable qu'elles ne soient pas allouées ou refusées durablement à tort»⁵⁰.
- 36 Il est vrai que le risque d'erreurs dans les décisions en matière d'assurance sociale n'apparaît pas négligeable au regard des règles parfois complexes et techniques que doivent

45 TFA, 26. 8. 2004, C 196/03, c. 4, où le délai de recours était de trente jours.

46 ATF 129 V 110, critiqué par ROLLI (28 ss), qui met en évidence la singularité sur le plan dogmatique de l'entrée en force de chose décidée décalée dans le temps.

47 ATF 143 V 105, c. 2.1; TFA, 25. 10. 2004, U 146/04, c. 1.1: confirmation du principe selon lequel un acte informel de l'assureur social peut aussi être soumis à une révision procédurale.

48 Selon KRADOLFER, 364, depuis ATF 56 I 191.

49 ATF 137 I 69, c. 2.3; ATF 121 II 273, c. 1a/aa.

50 ATF 107 V 84. Cf. aussi ATF 115 V 308, c. 4b.

appliquer les organes d'exécution, qui sont au surplus organisés de manière très décentralisée; par ailleurs, il paraît le plus souvent difficile d'établir avec une certitude suffisante que la personne assurée avait d'emblée reconnu l'irrégularité de la décision en sa faveur, sans le signaler (difficulté qui rendrait délicate la pesée des intérêts)⁵¹.

En tout état de cause, malgré la critique de la doctrine⁵², le Tribunal fédéral des assurances n'a pas modifié sa jurisprudence, faisant en quelque sorte prévaloir d'emblée l'intérêt au respect du droit objectif sur l'intérêt à la stabilité des relations juridiques, sans mettre concrètement en balance les intérêts en jeu dans le cas particulier. 37

En reprenant telles quelles les conditions posées par la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances en matière de reconsidération (et de révision procédurale) à l'art. 53 LPGa, le législateur a fait sienne la pesée des intérêts anticipée en faveur du respect du droit objectif, de sorte qu'il n'y a pas place, dans l'application de cette disposition, pour une balance des intérêts au sens reconnu en droit administratif général⁵³. 38

En d'autres termes, l'art. 53 LPGa constitue une règle de droit positif sur la possibilité de modifier une décision, de sorte que la pesée des intérêts qui entre en ligne de compte à défaut ne joue pas de rôle. L'application correcte de la disposition légale est d'emblée compatible, du point de vue du droit constitutionnel, avec le principe de la protection de la bonne foi; sont seules réservées les situations dans lesquelles l'ensemble des conditions de ce principe sont réalisées, ce qui implique de s'écarter d'une solution conforme au droit⁵⁴. 39

IV. La révision procédurale (al. 1)

Comme l'a fait remarquer la doctrine⁵⁵, la forme de modification de la décision de l'assureur social prévue par l'art. 53 al. 1 LPGa «ne touche pas plus qu'une autre à la procédure». Elle a cependant été qualifiée de «procédurale» en raison de sa correspondance avec la révision des décisions judiciaires; le qualificatif permet aussi de la distinguer de la révision au sens de l'adaptation du droit aux prestations à une modification subséquente des faits (art. 17 LPGa)⁵⁶. 40

L'institution de la révision procédurale créée par la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (N 12) a été calquée sur la voie de droit extraordinaire de la révision, par laquelle la décision rendue par une autorité judiciaire peut être remise en cause pour des motifs déterminés, nonobstant l'entrée en force matérielle de chose jugée (N 26), et qui était prévue, parmi bien d'autres actes législatifs, par plusieurs lois spéciales des assurances sociales⁵⁷. Elle a été justifiée par le motif que si une décision judiciaire peut être modifiée en raison de faits ou de moyens de preuve nouveaux, cela doit valoir d'autant 41

51 MAURER, SVR I, 479 s.; MOOR/POLTIER, 406.

52 RUMO-JUNGO, Instrumente, 283 s.; SALADIN, 124; JACOBI, 471 s.

53 Selon KRADOLFER, 367, les intérêts individuels peuvent cependant être pris en considération dans le cadre de l'examen des conditions légales («*innerhalb des Wortlauts der Bestimmungen*»).

54 ATF 138 V 258, c. 6.

55 GRISEL, 446.

56 En droit des assurances sociales, le terme révision figurait tant à l'art. 13 aLAM (n. 7), seule norme spéciale qui prévoyait la «révision procédurale des décisions de l'assurance», qu'à l'art. 26 aLAM relatif à la «Révision de la pension d'invalidité» en raison d'une modification subséquente de l'infirmité.

57 Par ex., art. 85 al. 2 let. h aLAVS et art. 108 al. 1 let. i aLAA.

plus pour une décision de l'assureur social qui n'a pas fait l'objet d'un contrôle judiciaire; à défaut, la décision administrative serait pourvue d'une validité juridique («*Rechtsbeständigkeit*») supérieure à celle d'un jugement⁵⁸.

A. La découverte de faits nouveaux importants ou de nouveaux moyens de preuve

42 Selon la lettre de l'art. 53 al. 1 LPGA, la révision procédurale est soumise à la condition de la découverte de faits nouveaux importants ou de nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient pas être produits auparavant. Elle suppose que soient mis en évidence des faits déterminants qui existaient déjà lorsque la décision a été rendue, ont été découverts sub-séquentement et n'avaient pas pu être invoqués dans la procédure précédente, ou que soit apparue une preuve nouvelle concluante, disponible après coup et qui n'avait pas pu être versée antérieurement à la procédure administrative.

1. Les faits et moyens de preuve nouveaux

43 Selon la jurisprudence, la notion de faits ou moyens de preuve nouveaux s'apprécie de la même manière en cas de révision procédurale d'une décision administrative (art. 53 al. 1 LPGA), de révision d'un jugement cantonal (art. 61 let. i LPGA) ou de révision d'un arrêt fondée sur l'art. 123 al. 2 let. a LTF⁵⁹.

44 Sont «nouveaux» au sens de ces dispositions, **les faits** qui se sont produits jusqu'au moment où, dans la procédure principale, des allégations de faits étaient encore recevables, mais qui n'étaient pas connus du requérant malgré toute sa diligence. Par exemple, lorsque la caisse de chômage découvre que l'assuré a travaillé pendant la même période durant laquelle elle lui a octroyé des indemnités de chômage sans qu'il ait annoncé un gain intermédiaire, il s'agit d'un fait nouveau qui justifie la révision de la décision (matérielle ou informelle) d'octroi des prestations⁶⁰. De même, les faits qui ont été constatés par un tribunal des prud'hommes et qui l'ont conduit à nier l'existence d'un rapport de travail entre deux personnes constituent des faits nouveaux que l'assureur-accidents peut invoquer pour réviser la décision par laquelle il avait reconnu son obligation de prester pour l'accident subi par la première personne, qu'il avait considérée comme employée de la seconde. L'assureur social ignorait ces faits sans faute de sa part, parce que le prétendu employeur avait effectué des fausses déclarations et donné des informations erronées⁶¹.

45 **Les preuves**, quant à elles, doivent servir à prouver soit des faits nouveaux importants qui motivent la révision – c'est-à-dire des faits qui n'étaient pas connus à l'époque –, soit des faits qui étaient certes connus lors de la procédure précédente, mais qui n'avaient pas pu être prouvés, au détriment de la personne qui requiert la révision de la décision⁶².

46 Le qualificatif «nouveaux» se rapporte donc exclusivement à la **découverte après coup** des faits ou moyens de preuve et non pas à l'existence des faits ou moyens de preuve; ceux-ci étaient survenus ou existaient déjà au moment de la décision soumise à révision, mais n'étaient pas connus de l'assureur social ou de la personne assurée qui les invoque

58 ATF 110 V 393, c. 2a; déjà, ATFA 1963 85, c. 1.

59 P.ex. TF, 26.3.2010, 9C_764/2009, c. 3.1, SVR 2010 IV n° 55 169.

60 TF, 11.5.2016, 8C_600/2015, c. 4.3.

61 TFA, 25.10.2004, U 146/04, c. 2.2 et 3.2.

62 ATF 138 V 324, c. 3.2.

par la suite. Les faits ou moyens de preuve postérieurs à la décision administrative sont en principe exclus.

Dans le contexte de l'art. 53 al. 1 LPGA, la jurisprudence admet toutefois qu'un moyen de preuve qui n'existait pas encore dans la première procédure, soit une **preuve effectivement nouvelle**, comme un rapport médical établi postérieurement à la décision de l'assureur social, peut entrer en considération aux fins de la révision procédurale⁶³, pour autant qu'elle se rapporte aux faits existants à l'époque et sur lesquels se fondait la décision initiale et qu'elle établisse de manière indiscutable que l'état de fait retenu était erroné. Souvent, les preuves nouvellement établies et invoquées pour modifier la décision de prestations d'assurance sociale n'apportent cependant pas des faits réellement inconnus au moment de la décision, mais relèvent d'une nouvelle appréciation médicale⁶⁴.

A cet égard, le nouveau moyen de preuve ne doit pas servir à l'appréciation des faits seulement, mais à l'établissement de ces derniers; il faut bien plutôt des éléments de fait nouveaux, dont il résulte que les bases de la décision entreprise comportaient des défauts objectifs⁶⁵. Ainsi, pour justifier la révision procédurale d'une décision, il ne suffit pas que le médecin ou l'expert tire ultérieurement, des faits connus au moment du prononcé initial, d'autres conclusions que l'administration. Il n'y a pas non plus motif à révision du seul fait que l'assureur social paraît avoir mal interprété des faits connus déjà lors de la procédure principale. L'appréciation inexacte doit être, bien plutôt, **la conséquence de l'ignorance ou de l'absence de preuve de faits essentiels** pour la décision⁶⁶.

Par exemple, un nouveau rapport médical faisant état des résultats d'un examen ayant permis de mettre en évidence la réalité d'une infection active à *Borrelia burgdorferi*, en lien avec les morsures de tique survenues quelques années auparavant, constitue un moyen de preuve nouveau propre à établir un fait pertinent par rapport aux éléments médicaux recueillis dans le cadre de la procédure principale, ainsi que la relation probable de causalité entre les troubles annoncés à l'assureur-accidents et la présence d'une neuroborréliose transmise par morsure de tique⁶⁷.

A l'inverse, lorsque, dans le cadre de l'instruction administrative initiale, le diagnostic de simulation et l'éventualité d'une simulation de la part de la personne assurée ont déjà été évoqués (et écartés) par un expert psychiatre, ces mêmes éléments mentionnés quelques années plus tard par un nouvel expert médical, après que l'assurance-invalidité a conçu des doutes sur la réalité de l'atteinte à la santé du bénéficiaire de la rente et l'a soumis à un nouvel examen, ne constituent pas des faits nouveaux au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA. Ils étaient en effet déjà connus de l'assurance-invalidité au moment où a été rendue la décision d'allocation des prestations. La circonstance que le premier expert a peut-être mal interprété les faits relatifs à l'existence d'une simulation au cours de la première instruction administrative n'est pas déterminante; une telle appréciation inexacte ne suffit pas pour reconnaître un motif de révision procédurale⁶⁸.

63 A l'inverse de ce que prévoient p.ex. les art. 328 al. 1 let. a CPC et 123 al. 2 let. a LTF («à l'exclusion des faits ou moyens de preuve postérieurs» respectivement à la décision et à l'arrêt); à ce sujet, LENDFERS, Korrektur, 197 s.

64 P.ex. TF, 15.2.2012, 8C_797/2011; TF, 28.5.2007, U 561/06.

65 ATF 138 V 324, c. 3.2.

66 ATF 127 V 353, c. 5b; TF, 2.5.2014, 9C_589/2013, c. 4.2.

67 TF, 20.4.2017, 8C_120/2017, c. 3.3.

68 TF, 2.5.2014, 9C_589/2013, c. 4.3.

- 51 **L'exigence de l'importance des faits nouveaux** est réalisée seulement lorsque le fait nouveau est propre à modifier l'état de fait sur lequel est fondée la décision ou la décision sur opposition et à aboutir à une décision différente en fonction d'une appréciation juridique correcte.
- 52 Pour sa part, la **nouvelle preuve** doit établir de **manière indiscutable** («*eindeutig*») que l'état de fait retenu précédemment était erroné. Même si le législateur a renoncé au critère de l'importance du moyen de preuve (N 6), il a cependant voulu éviter que de nouveaux moyens de preuve soient produits à répétition pour provoquer la révision; le moyen de preuve doit donc être en soi pertinent⁶⁹. Tel est le cas lorsqu'on peut admettre que le moyen de preuve aurait conduit à une décision différente si l'assurance sociale en avait eu connaissance dans la procédure principale⁷⁰. Cette exigence n'est pas réalisée lorsqu'une nouvelle expertise médicale arrive à une conclusion différente en relation avec une allégation déjà faite dans la procédure initiale⁷¹ ou ne tend pas à établir un fait réellement inconnu au moment de la décision dont la révision est demandée⁷².

2. L'impossibilité d'invoquer les faits et moyens de preuve

- 53 Comme condition supplémentaire à la révision au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA, il faut que les faits ou moyens de preuve n'aient pas été connus de la personne requérant la révision ou de l'assureur social qui entend réviser sa décision, **malgré toute sa diligence**⁷³.
- 54 Il appartient au requérant qui se fonde sur un nouveau moyen de preuve destiné à prouver des faits allégués antérieurement dans la procédure précédente de démontrer qu'il ne pouvait pas invoquer ce moyen précédemment. Il doit pouvoir se prévaloir d'une **excuse valable** pour justifier le fait que le moyen en cause n'a pas été invoqué en temps utile. En effet, la révision ne doit pas servir à réparer une omission qui aurait pu être évitée par un requérant diligent; en cela, elle est un moyen subsidiaire par rapport aux voies de droit ordinaires. La **diligence requise** sera appréciée avec moins de sévérité en ce qui concerne l'ignorance des faits, dont la découverte est souvent due au hasard, que l'insuffisance des preuves au sujet de faits connus, la partie ayant le devoir de tout mettre en œuvre pour prouver ceux-ci dans la procédure⁷⁴.
- 55 Une **excuse valable** a par exemple été admise dans le cas suivant: au moment du dépôt de sa demande d'indemnités de chômage, la requérante a mentionné un document nécessaire (certificat d'équivalence d'une formation effectuée à l'étranger), en indiquant à l'organe d'exécution de la LACI ne pas l'avoir retrouvé malgré des recherches entreprises auprès de l'autorité suisse qui l'avait établi et qui l'avait informée que le certificat ne figurait plus dans ses archives. A l'occasion d'un voyage effectué quelques mois plus tard dans le pays où elle avait effectué la formation, la requérante a retrouvé le certificat en question. Il a été admis qu'elle n'avait pas été en mesure, sans sa faute, de déposer ce moyen de preuve lors de la procédure d'examen de sa demande et qu'il constituait un motif de révision de la décision d'octroi de l'indemnité

69 TF, 15.2.2010, 8C_720/2009, c. 5.2.

70 ATF 143 V 105, c. 2.3.

71 TF, 29.10.2015, 8C_683/2015, c. 4.

72 TF, 28.5.2007, U 561/06, RSAS 2008 169.

73 ATF 122 V 270, c. 4. Se référant au motif de révision de l'art. 121 let. d LTF, LENDFERS (Korrektur, 203), est d'avis que l'art. 53 al. 1 LPGA devrait aussi inclure la situation où l'assureur social n'a pas, par inadvertance, pris en considération des faits pertinents ressortant du dossier.

74 TF, 15.11.2013, 8C_334/2013, c. 3.3; TF, 28.5.2007, U 561/06, c. 6.2, RSAS 2008 169.

de chômage, la caisse de chômage étant dès lors tenue de procéder à un nouveau calcul du montant de la prestation⁷⁵.

A l'inverse, un employeur qui avait cru à tort que certains documents indispensables pour le droit à des indemnités en cas d'intempéries qu'il aurait dû conserver avaient été détruits, et n'avait pas procédé à des vérifications à ce sujet, ne peut pas se prévaloir avec succès de la découverte subséquente de ces documents. Comme il aurait déjà pu les produire au cours de la procédure principale s'il avait procédé à quelques mesures de contrôle exigibles de sa part, il n'a pas entrepris tout ce que l'on pouvait attendre de lui pour présenter les moyens de preuve nécessaires et ceux-ci ne sont pas propres à justifier une révision⁷⁶. **56**

B. La procédure de révision

Seule l'**autorité administrative qui a rendu la décision** entrée en force de chose décidée a la compétence pour la réviser, et non pas l'autorité de recours (qui n'a précisément pas été appelée à examiner la conformité au droit du prononcé administratif initial); la révision procédurale n'a donc pas d'effet dévolutif⁷⁷. **57**

Il ressort des termes de l'art. 53 al. 1 LPGA («sont soumises à révision», «*müssen in Revision gezogen werden*», «*devono essere sottoposte a revisione*») que l'assureur social **est tenu d'initier d'office** une procédure de révision s'il a connaissance de faits ou de moyens de preuve nouveaux, que ce soit en faveur ou en défaveur de la personne concernée. Une requête en ce sens de la part de l'assuré ou d'une autre partie n'est pas nécessaire, à la différence de ce qui vaut dans d'autres domaines du droit administratif (cf. art. 66 al. 2 let. a PA) ou pour la révision d'une décision judiciaire (cf. p.ex. art. 122 ss LTF). **58**

La personne assurée ou toute autre partie touchée par la décision ou la décision sur opposition a cependant le droit de présenter une **requête de révision** à l'assureur social, que celui-ci doit examiner. **59**

En dehors des conditions prévues par son art. 53 al. 1, la LPGA ne comprend pas de règles de procédure concernant la révision procédurale; elle ne prévoit en particulier pas de **délais** dans lesquels la requête de révision devrait être présentée. La jurisprudence a posé des règles à ce sujet⁷⁸: en vertu du renvoi de l'art. 55 al. 1 LPGA, sont déterminants les délais applicables à la révision de décisions rendues sur recours par une autorité soumise à la PA (art. 67 al. 1 et 2 PA), cette réglementation constituant au demeurant un principe général⁷⁹. Conformément à l'art. 67 al. 1 PA, la demande de révision doit être adressée par écrit à l'autorité qui a pris la décision dont le requérant souhaite la révision dans les **90 jours qui suivent la découverte du motif de révision** (délai relatif), mais au plus tard **dix ans** après la notification de la décision administrative ou de la décision sur opposition (délai absolu). **60**

Le moment à partir duquel la partie aurait pu découvrir le motif de révision invoqué se détermine selon le principe de la bonne foi. Le délai de révision relatif de 90 jours com- **61**

75 TF, 5.7.2007, C 176/06.

76 TF, 15.11.2013, 8C_334/2013, c. 4.3, DTA 2013 356.

77 LENDFERS, Korrektur, 186.

78 ATF 143 V 105 et les arrêts cités.

79 TFA, 31.1.1994, RAMA 1994 n° U 191 145, c. 3a.

mence à courir dès le moment où la partie a une connaissance suffisamment sûre du fait nouveau ou du moyen de preuve déterminant pour pouvoir l'invoquer, même si elle n'est pas en mesure d'en apporter une preuve certaine; une simple supposition voire même des rumeurs ne suffisent pas et ne sont pas susceptibles de faire débiter le délai de révision. S'agissant plus particulièrement d'une preuve nouvelle, le requérant doit pouvoir disposer d'un titre l'établissant ou en avoir une connaissance suffisante pour en requérir l'administration⁸⁰. Dans un cas dans lequel la question déterminante sous l'angle de la révision était de savoir à partir de quand la personne assurée présentait ou ne présentait plus un trouble de stress post-traumatique, le Tribunal fédéral a considéré que l'assureur-accidents n'avait eu une connaissance suffisante de la réponse qu'après que cette question a été tranchée en instance fédérale à l'issue de la procédure en matière d'assurance-invalidité. Aussi, le délai de 90 jours pour la révision de la décision de l'assurance-accidents ne pouvait courir qu'après que l'assureur-accidents a pris connaissance de l'arrêt fédéral⁸¹.

- 62** Par ailleurs, selon la jurisprudence, il appartient à la partie qui présente une requête de révision de **rendre vraisemblable l'existence de faits ou moyens de preuve nouveaux**⁸². Si elle n'y parvient pas, la demande de révision doit être rejetée par l'assureur social⁸³. En particulier, celui-ci n'est pas tenu d'établir à nouveau les faits de manière complète au sens de l'art. 43 LPGA et de rechercher de manière active des nouveaux faits ou moyens de preuve⁸⁴.
- 63** Au contraire, lorsque les faits ou moyens de preuve nouveaux invoqués par le requérant mettent en évidence des indices suffisants en faveur d'un motif de révision, l'assureur social doit prendre les mesures d'instruction nécessaires pour acquérir une certitude suffisante à cet égard. Tel est le cas lorsqu'une observation de la personne assurée a été mise en place, les résultats de la surveillance devant en principe être appréciés par un médecin⁸⁵ (voir aussi art. 43 N 39 ss). Le délai de 90 jours ne commence à courir que lorsque les pièces recueillies permettent d'examiner l'importance du motif de révision invoqué ou, si l'assureur social manque de prendre les mesures nécessaires, au moment où il aurait pu compléter l'état de fait en faisant preuve de l'engagement attendu et exigible de sa part⁸⁶.
- 64** Lorsque la contestation porte sur la réduction ou la suppression d'une prestation d'assurance au motif d'une révision procédurale, il appartient à l'assureur social de démontrer que les conditions de l'art. 53 al. 1 LPGA sont réalisées. A défaut, il doit subir les conséquences de **l'absence de preuve**⁸⁷ et maintenir la décision initiale. Dans le cas inverse, lorsque c'est la personne assurée qui invoque un motif de révision pour obtenir la modification en sa faveur d'une décision et que les conditions n'en sont pas établies, elle supporte les conséquences du défaut de preuve et doit se laisser opposer le rejet de sa demande de révision.
- 65** L'assureur social **rend une décision** par laquelle il admet l'existence du motif de révision allégué ou découvert et modifie la décision soumise à révision. Cette décision peut être

80 ATF 143 V 105, c. 2.4; TF, 26.8.2014, 4A_277/2014, c. 3.3.

81 ATF 143 V 105, c. 2.5.2.

82 ATF 127 V 353, c. 5b.

83 TF, 15.2.2012, 8C_797/2011, c. 5.2.

84 TF, 13.2.2013, 9C_955/2012, c. 3.2.

85 TF, 8.12.2011, 8C_434/2011, c. 4.2, SVR 2012 IV n° 17 63.

86 TF, 31.1.2012, 9C_896/2011, c. 4.2, SVR 2012 IV n° 36 140.

87 TF, 22.3.2016, 9C_834/2015, c. 2.

contestée par la voie de l'opposition au sens de l'art. 52 al. 1 LPGA (à l'exception des décisions de l'office AI, directement attaquables par la voie du recours [art. 69 al. 1 LAI]). Lorsque c'est une décision sur opposition qui est révisée, l'assureur se prononce également par une décision, qui est à son tour sujette à opposition (et non pas par une décision sur opposition)⁸⁸.

C. Les effets de la révision

La décision qui est révisée par l'assureur social cesse de porter effets; elle fait place à la nouvelle décision rendue sur la base d'un **nouvel examen matériel illimité** du rapport juridique en cause («*uneingeschränkte materiellrechtliche Neuprüfung*»)⁸⁹. Cet examen porte sur tous les éléments de la prestation et non pas seulement sur ceux auxquels se rapportent les faits ou les moyens de preuve nouveaux⁹⁰, sous réserve des éléments de motivation qui concernent un état de fait limité et achevé dans le temps et supposent donc un propre motif de révision⁹¹. Dès lors que le motif de révision est admis, les parties se trouvent replacées dans la situation existant lorsque la première décision a été rendue, sous réserve de l'état de fait corrigé ou complété. L'ensemble des aspects du rapport juridique doit être pris en considération et examiné.

De par sa nature, la décision de révision a un **effet réformateur**; elle modifie en règle générale le prononcé précédent, en principe avec effet *ex tunc*, pour le passé⁹²; elle peut, cas échéant, avoir pour conséquence de fonder une obligation du bénéficiaire de restituer des prestations indûment touchées⁹³, aux conditions prévues par l'art. 25 al. 1 LPGA.

Toutefois, dans le domaine de l'**assurance-invalidité**, la nouvelle décision rendue par la voie de la révision procédurale ne produit des effets que pour le futur (effets *ex nunc et pro futuro*) quand elle a pour conséquence la diminution ou la suppression d'une prestation. Dans un tel cas, la prestation ne peut être diminuée ou supprimée qu'à partir du mois qui suit la nouvelle décision en vertu de l'art. 85 al. 2 RAI; lors d'une révision procédurale, l'office AI procède à un «nouvel examen de l'invalidité», de sorte que cette disposition est applicable, pour le moins par analogie. Pour les rentes, les allocations pour impotent et les contributions d'assistance de l'assurance-invalidité, ces effets sont encore repoussés d'un mois, au premier jour du deuxième mois suivant la notification de la décision. Un effet rétroactif intervient cependant en cas de violation par la personne assurée de son obligation de renseigner ou d'obtention irrégulière de la prestation (art. 85 al. 2, 2^e phrase, RAI en relation avec l'art. 88^{bis} al. 2 RAI).

V. La reconsidération (al. 2)

Le second titre de révocation prévu par l'art. 53 LPGA, à son alinéa 2, permet de corriger la décision ou la décision sur opposition qui est entrée en force de chose décidée, alors qu'elle reposait d'emblée sur une application initiale erronée du droit (y compris une appréciation insoutenable des faits). La reconsidération est soumise à deux conditions: la

88 TF, 26.6.2009, 8C_121/2009, c. 3, SVR 2009 UV n° 60 212.

89 ATF 129 V 211, c. 3.2.2.

90 *Contra*: LENDFERS (Korrektur, 204 s.) est d'avis que seuls les aspects de la décision qui réalisent les conditions de l'art. 53 al. 1 peuvent être modifiés.

91 FLÜCKIGER, N 4.283, qui se réfère à l'ATF 136 V 369, c. 3.1.1.

92 ATF 129 V 211, c. 3.2.2.

93 ATF 122 V 134, c. 2d.

décision doit être entachée d'une erreur manifeste et sa rectification doit avoir une importance notable. Ces conditions s'appliquent également à la décision par laquelle l'assureur social formalise ou confirme une transaction, mais il y a lieu de se montrer plus sévère quant à leur réalisation (N 81), afin de tenir compte du caractère transactionnel de la décision fondée sur la volonté commune des parties⁹⁴.

- 70 En revanche, ces conditions n'ont pas à être réalisées lorsqu'il s'agit de corriger une **erreur de calcul** en relation avec une rente de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité, dans le cadre d'un versement de prestations arriérées. En vertu de l'art. 77 RAVS⁹⁵, la personne assurée dispose d'un droit à la rectification de la décision qui ne vise pas le réexamen de la décision dans son ensemble, mais permet simplement d'en obtenir la rectification – sur le plan mathématique – sans que l'administration soit liée par les conditions spécifiques de la reconsidération⁹⁶.

A. L'erreur manifeste et l'importance de la rectification

1. L'erreur manifeste

- 71 La notion d'**erreur manifeste** a été définie de manière restrictive par la jurisprudence, afin d'éviter que la reconsidération ne devienne un instrument autorisant sans autres limitations un nouvel examen (plus approfondi) des conditions à la base des prestations de longue durée.
- 72 L'exigence du caractère manifestement erroné de la décision est en règle générale réalisée lorsque le droit à la prestation d'assurance sociale a été admis en application des fausses **bases légales** ou que les normes déterminantes n'ont pas été appliquées ou l'ont été de manière incorrecte⁹⁷. Ce n'est pas seulement **l'application erronée d'une loi ou d'une ordonnance, mais aussi celle de la jurisprudence** qui peut entraîner l'erreur de droit manifeste de la décision⁹⁸.
- 73 Pour juger s'il y a appréciation erronée du droit, il faut se fonder sur la situation juridique et de fait qui existait lorsque la décision a été rendue, compte tenu de la pratique en vigueur à l'époque⁹⁹. Par conséquent, un changement de jurisprudence postérieur à la décision en cause ne peut en principe pas conduire à sa reconsidération, même si elle est assortie d'effets durables (notamment si elle concerne des prestations périodiques)¹⁰⁰. C'est pourquoi les changements successifs de jurisprudence en matière de troubles somatoformes douloureux (art. 8 N 15 ss) ne constituent pas un motif de reconsidération au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA¹⁰¹.

94 ATF 138 V 147, c. 2.3; TF, 11.9.2009, 8C_495/2008, c. 3.3.

95 Le renvoi de l'art. 85 al. 1 aRAI à l'art. 77 RAVS ayant été abrogé par inadvertance au 31 décembre 2007 (à ce sujet, VALTERIO, Commentaire AVS/AI, N 3221), le droit à la rectification subsiste aussi pour la rente de l'AI, rien ne justifiant de n'accorder ce droit qu'au bénéficiaire d'une rente de l'AVS (MEYER/REICHMUTH, art. 30-31 N 97).

96 ATF 129 V 211, c. 3; ATF 124 V 324.

97 ATF 140 V 77, c. 3.1; ATF 138 V 324, c. 3.3.

98 ATF 117 V 8, c. 2c.

99 ATF 140 V 77, c. 3.1; ATF 125 V 383, c. 3.

100 ATF 119 V 410, c. 3.

101 ATF 141 V 585, c. 5.4 (pour l'ATF 141 V 281); TF, 12.4.2011, 9C_994/2010, c. 3.2.2 (pour l'ATF 130 V 352).

Le Tribunal fédéral a admis qu'il y a erreur manifeste dans le cas où l'assureur social a omis d'examiner l'éventualité d'une réduction des prestations selon l'art. 21 al. 4 LPGA malgré des indices suffisants et donc d'appliquer une disposition légale pertinente¹⁰², ainsi que dans celui où des indemnités de chômage ont été initialement fixées par la caisse de chômage sans appliquer les directives du SECO pertinentes qui reprenaient la jurisprudence constante¹⁰³. La reconsidération a également été confirmée dans la situation où un calcul de rente de l'AVS a été effectué de manière contraire au droit, parce que les périodes de cotisations étrangères n'avaient pas été prises en considération conformément aux principes (de totalisation et d'intégration) prévus par la convention bilatérale de sécurité sociale applicable¹⁰⁴, comme dans des circonstances inverses où une rente de l'assurance-invalidité avait à tort été calculée en fonction des périodes de cotisations accomplies non seulement en Suisse, mais également en France et au Portugal¹⁰⁵.

74

La condition de l'erreur manifeste est également réalisée, selon la jurisprudence, lorsque la décision a été rendue en fonction d'un état de fait établi de manière incomplète en violation du principe inquisitoire (cf. art. 43 al. 1 LPGA). Par exemple, une évaluation de l'invalidité qui n'est fondée sur aucune appréciation médicale suffisante et concluante n'est pas conforme au droit et la décision correspondante est manifestement erronée¹⁰⁶. Toutefois, dans la mesure où à l'époque de la décision déterminante, l'appréciation de l'office AI reposait sur des rapports médicaux conformes à la pratique alors en vigueur (un rapport sur l'évolution de l'état de santé et une prise de position du service médical de l'assurance-invalidité), la décision ne peut être qualifiée de manifestement erronée au motif que le principe inquisitoire aurait été violé parce que l'atteinte à la santé psychique diagnostiquée aurait requis une évaluation médicale spécialisée; les fondements de l'évaluation médicale de l'époque n'apparaissent pas manifestement erronés au regard des principes alors applicables¹⁰⁷.

75

En particulier, lorsque l'octroi de la prestation dépend de conditions matérielles dont l'examen suppose un **pouvoir d'appréciation**, comme c'est le cas, par exemple, pour le droit à une rente de l'assurance-invalidité, une inexactitude manifeste ne saurait être admise lorsque l'appréciation des différentes étapes pour établir les conditions du droit à la prestation (évaluation de l'incapacité de travail et de l'invalidité, appréciation des preuves, appréciation des questions relatives à l'exigibilité) apparaît admissible, compte tenu de la situation de fait et de droit telle qu'elle se présentait au moment de la décision entrée en force. L'irrégularité de la décision est alors manifeste lorsqu'il n'existe **aucun doute raisonnable** sur le fait que la décision était erronée, la seule conclusion possible étant que tel est le cas; s'il subsiste des doutes raisonnables sur le caractère erroné de la décision initiale, l'exigence de l'erreur manifeste n'est pas réalisée¹⁰⁸.

76

102 TF, 30.8.2012, 9C_174/2012, c. 4.2: il en aurait été différemment si l'assureur social avait apprécié les différents aspects de la réduction de l'art. 21 al. 4 LPGA et renoncé de manière soutenable à en appliquer les effets.

103 TF, 4.5.2017, 8C_18/2017, c. 4.2.3.

104 C. 4 non publié in ATF 122 V 69 (TFA, 22.2.1996), mais in SVR 1996 AHV n° 90 277.

105 TFA, 21.10.2003, I 453/02, c. 3.2, SVR 2004 IV n° 23 69.

106 TF, 3.11.2015, 9C_633/2015, 3.2; TF, 20.10.2015, 9C_317/2015, c. 3. FLÜCKIGER (N 4.288, n. 512) met en évidence que, dans cette mesure, la reconsidération qui porte exclusivement sur la correction d'erreurs (manifestes) de droit englobe également, dans son résultat, la constatation des faits.

107 TF, 6.7.2016, 8C_265/2016, SVR 2016 IV n° 47 151; TF, 22.12.2010, 9C_621/2010, c. 2.2, RSAS 2011 299.

108 ATF 125 V 383, c. 6a; parmi d'autres, TF, 4.3.2016, 9C_508/2015, c. 3, SVR 2016 IV n° 22 65; TF, 21.1.2016, 9C_795/2015; TF, 22.4.2013, 9C_937/2012, c. 4.1.

- 77 En d'autres termes, pour pouvoir qualifier une décision de manifestement erronée, il ne suffit pas que l'assureur social, en réexaminant l'un ou l'autre aspect du droit à la prestation d'assurance, procède simplement à une appréciation différente de celle qui avait été effectuée à l'époque et qui était, en soi, soutenable. Il faut, bien plus, que la reconnaissance du droit à la prestation se révèle manifestement erronée également dans son résultat. Ainsi, pour qu'une décision de rente de l'assurance-invalidité puisse être reconsidérée en raison d'une évaluation incorrecte de l'invalidité, il doit être établi, au regard de la situation juridique et de fait prévalant à l'époque, qu'une évaluation correcte de l'invalidité en relation avec le droit à la prestation aurait conduit à un autre résultat¹⁰⁹.
- 78 Le Tribunal fédéral a ainsi nié la condition de l'erreur manifeste lorsque les revenus déterminants pour l'évaluation de l'invalidité (au sens de l'art. 16 LPGA) avaient été évalués de façon inexacte, en considérant que cette évaluation relativement complexe n'avait pas à être globalement qualifiée de manifestement inexacte, motif pris de plusieurs défauts mineurs l'entachant¹¹⁰. Il en a été de même d'une décision d'allocation d'un moyen auxiliaire de l'assurance-invalidité, dans une situation où, en fonction des documents à disposition à l'époque, la prestation s'avérait indispensable pour permettre à la personne assurée de participer pleinement à la vie sociale et professionnelle, même si l'instruction aurait pu être complétée par l'apport d'avis médicaux supplémentaires¹¹¹.
- 79 En revanche, il y a erreur manifeste lorsque l'office AI confirme par une nouvelle décision l'octroi d'une demi-rente d'invalidité (fondée sur un taux d'invalidité de 51 %), alors que l'expertise médicale recueillie à ce moment-là met en évidence une capacité de travail dans une activité adaptée (de 70 %) suffisante, dans le cas d'espèce, pour fonder un taux d'invalidité de 30 % seulement¹¹². Il en va de même lorsque l'office AI a alloué une rente d'invalidité sans que la question de l'exigibilité, de la part de la personne assurée, de l'exercice d'une activité lucrative dans une activité adaptée n'ait été examinée en se fondant sur une appréciation médicale suffisante¹¹³.
- 80 Dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants, il n'y a pas erreur manifeste s'agissant de la qualification de salarié ou d'indépendant en relation avec l'obligation de cotisation d'une personne lorsque l'activité en question (activité de conseils et de direction intérimaire d'un service communal des constructions et de l'environnement) relève d'un «cas-limite» où les deux qualifications sont possibles¹¹⁴.
- 81 Dans le contexte de la **reconsidération d'une transaction**, on l'a dit (N 69), l'examen des conditions de ce titre de révocation est soumis à des exigences plus sévères, puisqu'il est précisément admis que le contenu de la transaction s'écarte, cas échéant, du résultat auquel aurait conduit un examen étendu des faits et du droit quant au rapport juridique à régler¹¹⁵. L'assureur-accidents ne peut ainsi pas reconsidérer une décision d'octroi de prestations fondée sur une transaction passée avec la personne assurée, au motif qu'un

109 ATF 140 V 77, c. 3.1.

110 TF, 17.8.2009, 8C_1012/2008, c. 4, SVR 2010 IV n° 5 10.

111 TF, 4.3.2016, 9C_508/2015, SVR 2016 IV n° 22 65. Pour un ex. où la décision de rente AI n'a pas été considérée comme manifestement erronée au regard de l'évaluation médicale suffisamment motivée et convaincante de l'époque, TF, 22.3.2016, 8C_776/2015, c. 4, SVR 2016 IV n° 46 149.

112 TF, 21.3.2016, 9C_880/2015, c. 3.

113 TF, 23.2.2016, 9C_862/2015, SVR 2016 IV n° 15 45.

114 TF, 31.5.2010, 9C_1094/2009, c. 3.7, SVR 2010 AHV n° 12 42, qui cite d'autres exemples d'activités se situant à la limite entre les deux qualifications de revenus.

115 ATF 138 V 147, c. 2.4.

seul des critères déterminants pour le droit aux prestations (comme le gain assuré en relation avec une rente d'invalidité) a été constaté de manière manifestement erronée; la décision doit bien plutôt apparaître manifestement erronée dans son résultat, à l'issue d'une clarification de l'état de fait et de la situation juridique portant sur l'ensemble des autres critères déterminants pour la prétention¹¹⁶. De même, il ne suffit pas, pour admettre une erreur manifeste, que la décision reposant sur une transaction n'ait pas été fondée de manière explicite sur une comparaison des revenus pour fixer le taux de la rente à un certain pourcentage¹¹⁷.

2. L'importance de la rectification

La condition de **l'importance notable** de la rectification limite le principe de la légalité au profit de celui de la sécurité du droit¹¹⁸, en évitant que l'intérêt de l'administration à une application correcte des règles juridiques ne l'emporte en toute circonstance sur la sécurité du droit. Elle sert également à limiter les frais de l'administration et à l'économie de la procédure¹¹⁹. 82

Cette exigence n'a pas été concrétisée de manière générale par le Tribunal fédéral, selon lequel il n'est pas possible de fixer une limite quantitative généralement valable en deçà de laquelle le seuil de l'importance notable ne serait pas atteint. Selon la jurisprudence, la valeur de la prestation d'assurance sociale allouée à tort est déterminante dans la mesure où l'intérêt de l'administration à l'application correcte des normes juridiques est, en règle générale, d'autant plus réduit que sont moindres les prestations allouées à tort. C'est **l'ensemble des circonstances** du cas concret, dont le laps de temps qui s'est écoulé depuis le prononcé de la décision rendue à tort, qui est déterminant¹²⁰. 83

Dans le cas de **prestations uniques** ou versées pendant une période de temps restreinte, la limite de l'importance notable se situe à quelques centaines de francs¹²¹. Des montants de CHF 165.90, CHF 265.20, CHF 324.-, CHF 494.-, CHF 568.10 et CHF 606.20 n'ont pas été jugés suffisamment importants pour justifier une reconsidération¹²², à l'inverse d'un montant de CHF 706.25 dont la restitution était demandée moins d'une année après l'octroi de la prestation¹²³. 84

Lorsqu'il s'agit en revanche d'une **prestation périodique**, la condition de l'importance notable de la rectification est généralement considérée comme de toute évidence réalisée¹²⁴. L'importance du montant doit être appréciée en fonction non pas de chaque montant partiel (périodique) versé à tort, mais sur le montant total des prestations allouées en trop¹²⁵. 85

116 ATF 140 V 77, c. 3.

117 TF, 11.3.2009, 8C_495/2008, c. 3.4.

118 JACOBI, 467.

119 ATF 107 V 180, c. 2b.

120 ATF 107 V 180, c. 2b.

121 TF, 4.5.2017, 8C_18/2017, c. 3.2.2.

122 Dans l'ordre des montants cités, RCC 1989 547, c. 2c (CHF 165.90); ATF 107 V 180 (CHF 265.20); TFA, 25.2.2002, P 13/01 (CHF 324); TFA, 6.6.2002, C 44/02 (CHF 494); TFA, 2.2.1989, C 57/88 (CHF 568.10); TFA, 8.10.2002, C 205/00, c. 5 non publié in ATF 129 V 110 (CHF 601.20).

123 DTA 2000 n° 40 208.

124 ATF 119 V 475, c. 1c; TF, 25.2.2009, 9C_828/2008, c. 6.

125 TF, 4.5.2017, 8C_18/2017, c. 4.3.

- 86 Dans le domaine des **prestations complémentaires**, la condition de l'importance notable de la rectification a été en quelque sorte concrétisée à l'art. 25 al. 1 let. d OPC-AVS/AI, dans la mesure où l'organe d'exécution peut renoncer à une rectification de la prestation complémentaire annuelle lorsque la modification est inférieure à CHF 120.– par an¹²⁶.
- 87 Une règle particulière a également été posée par la jurisprudence en matière **d'assurance-accidents**, où les rentes sont fixées à un taux précis (art. 20 al. 1 LAA). L'importance notable de la rectification est réalisée seulement si la différence du taux d'invalidité par rapport à la décision qualifiée de manifestation erronée s'élève au moins à 5% (cinq points de pourcentage), conformément à ce qui a été prévu pour la modification de la rente LAA à l'issue d'une révision au sens de l'art. 17 LPGA (art. 17 N 25)¹²⁷.

B. La procédure de reconsidération

- 88 La reconsidération d'une décision ou d'une décision sur opposition entrée en force peut être examinée d'office par l'assureur social ou à la demande de la personne concernée. A la différence de ce qui prévaut toutefois en cas de révision procédurale (N 58) ou de révision¹²⁸ (art. 17 N 46 s.), **l'assureur social n'est pas tenu de reconsidérer** les décisions qui réalisent les conditions de l'art. 53 al. 2 LPGA; il en a simplement la faculté, qui relève de son pouvoir d'appréciation, et ni la personne assurée ni le juge ne peuvent l'y contraindre¹²⁹. Il peut en revanche arriver que dans le cadre de la surveillance qu'il exerce sur les offices AI (cf. art. 64 al. 1 LAI), l'OFAS intervienne auprès de l'office compétent et l'enjoigne d'examiner une décision sous l'angle de la reconsidération. Même dans cette hypothèse d'une reconsidération ordonnée par l'autorité de surveillance, les conditions doivent toutefois en être réalisées pour que l'office AI revienne sur sa décision; si elles le sont, l'OFAS peut obliger l'office AI à reconsidérer le prononcé en cause¹³⁰.
- 89 Le principe, posé par la jurisprudence antérieure à la LPGA¹³¹, selon lequel le juge ne peut pas contraindre les organes d'exécution des assurances sociales à revenir sur leurs décisions a été codifié avec la formulation potestative de l'al. 2 de l'art. 53 LPGA (« l'assureur peut revenir »; « *der Versicherungsträger kann [...] zurückkommen* »; « *l'assicuratore può tornare* »), le législateur n'ayant pas voulu déroger à la pratique en vigueur¹³². L'art. 53 al. 2 LPGA n'avait pas fait l'objet de débats particuliers lors de son adoption (N 7), malgré les critiques de la doctrine sur l'absence de droit à la reconsidération¹³³.

126 TF, 19.9.2013, 9C_321/2013, c. 4.4.

127 ATF 140 V 85.

128 TF, 27.4.2010, 8C_866/2009, c. 3.4.

129 TF, 8.10.2008, 9C_901/2007, c. 3 non publié in ATF 134 V 401; ATF 133 V 50, c. 4.1; TF, 3.5.2016, 9C_671/2015, c. 4 (selon lequel le TF ne peut pas imposer une reconsidération à l'administration).

130 TFA, 19.12.2002, I 222/02, c. 2; cf. aussi, TF, 27.3.2014, 9C_793/2013, c. 3, où le TF a exceptionnellement transmis le dossier à l'OFAS, qui « cas échéant peut prescrire une reconsidération à l'office AI », afin d'éviter que l'assuré ne pâtisse d'une erreur manifeste relative à la décision de refus de prestations.

131 Le principe apparaît dans l'ATFA 1963 84 ss, « sans plus ample explication » (VALLAT, 401); selon l'ATF 106 V 78, c. 2, obliger l'assureur social à reconsidérer sa décision rendrait illusoire le système des voies de droit.

132 ATF 133 V 50, c. 4.1; TFA, 6.1.2006, I 551/04, c. 4.2.

133 Entre autres auteurs, MEYER-BLASER, Verfügungsbänderung, 355 s.; JACOBI, et les auteurs qu'il cite, 473 ss; cf. aussi, VALLAT, 400 ss.

La faculté de l'assureur social de reconsidérer ou non sa décision a pour corollaire qu'il n'existe pas de droit à la reconsidération que l'assuré pourrait faire valoir en justice. Si l'administration rend une décision de non-entrée en matière sur une demande de reconsidération présentée par la personne assurée, voire ne rend pas de décision, aucune voie de droit n'est ouverte et le **refus d'entrer en matière ne peut pas faire l'objet d'un contrôle en justice**¹³⁴. Le tribunal qui serait saisi d'un recours contre une décision portant sur un refus de l'assureur social d'entrer en matière sur une demande de reconsidération doit le déclarer irrecevable. Une telle manière de procéder a été jugée compatible avec la garantie d'un droit à un recours effectif devant une autorité judiciaire (au sens des art. 29a et 30 Cst., ainsi que de l'art. 6 § 1 CEDH), les personnes concernées ayant eu la possibilité d'attaquer la décision initiale de l'assureur social devant le tribunal cantonal des assurances compétent¹³⁵.

Un assureur social refuse d'entrer en matière sur une demande de reconsidération lorsqu'il se borne à procéder à un examen sommaire de la requête et répète les motifs invoqués dans la décision initiale¹³⁶; il est en droit de communiquer ce refus à la personne assurée au moyen d'une simple lettre, sans indication de voies de droit ni motivation détaillée¹³⁷. Il peut arriver que nonobstant le dispositif de la décision selon lequel l'assureur social «ne procèdera pas à la reconsidération», il ressorte des motifs du prononcé qu'il a cependant examiné les conditions d'une reconsidération; son refus «d'entrer en matière» est alors susceptible d'être attaqué par la voie du recours¹³⁸.

Lorsque l'assureur social entre en matière sur une demande de reconsidération et examine si les conditions requises sont remplies, avant de statuer au fond par une nouvelle décision¹³⁹, deux cas de figure se présentent:

- si l'assureur social considère qu'il n'y a pas lieu à reconsidération et rend une décision (matérielle) de refus, cette décision est susceptible d'être attaquée en justice (cas échéant, après opposition et décision sur opposition). Dans la procédure de recours subséquente, le contrôle juridictionnel se limite cependant au point de savoir si les conditions d'une reconsidération sont réunies. Lorsque le juge considère que tel est le cas, il doit renvoyer la cause à l'assureur social pour que ce dernier revienne sur sa décision sous l'angle de la reconsidération et se prononce sur le droit aux prestations de la personne assurée¹⁴⁰; le juge n'est pas habilité à rendre lui-même une décision par laquelle il reconsidérerait la décision administrative. Il n'a pas le pouvoir non plus de prescrire à l'administration les modalités de la reconsidération et ne peut pas étendre le réexamen à un objet différent de celui pris en considération par l'assureur social¹⁴¹.
- si l'assureur social considère que les conditions de la reconsidération sont données et rend dès lors une décision qui s'écarte de son prononcé initial, cette nouvelle décision est soumise aux voies de droit ordinaire et le juge peut, sur recours, la contrôler de manière étendue.

134 ATF 133 V 50, c. 4.1, selon lequel une décision de non entrée en matière sur une demande de reconsidération n'est pas susceptible non plus d'être attaquée par la voie de l'opposition (c. 4.2).

135 TF, 27.4.2010, 8C_866/2009, c. 3.

136 ATF 117 V 8, c. 2b/aa; TF, 27.4.2010, 8C_866/2009, c. 2.2.

137 TF, 19.3.2007, I 896/06, c. 4.1, SVR 2008 IV n° 54, 179.

138 TF, 10.7.2008, 9C_447/2007, c. 3.

139 Il statuera également par une décision sur la reconsidération d'une décision sur opposition, qui sera susceptible d'opposition (TF, 26.6.2009, 8C_121/2009, c. 3.6, SVR 2009 UV n° 60 212).

140 ATF 119 V 475, c. 1b/cc et 4; ATF 117 V 8, c. 2a.

141 ATF 119 V 180, c. 3; TF, 20.5.2011, 9C_836/2010, c. 3.2, SVR 2011 EL n° 8 25.

- 93 L'art. 53 al. 2 LPGA, comme le premier alinéa (N 60), ne prévoit pas de **délat** dans lequel l'assureur social serait tenu de reconsidérer ses décisions, sous peine de péremption. Un délai de dix ans (en référence à l'art. 67 al. 1 PA) courant à partir de la décision initiale dont la reconsidération est examinée a été évoqué par le Tribunal fédéral, mais écarté¹⁴²: les organes d'exécution des assurances sociales sont en droit de revenir sur une décision par la voie de la reconsidération même plus de dix ans après son prononcé¹⁴³.

C. Les effets de la reconsidération

- 94 Lorsque les conditions de la reconsidération sont réalisées, l'organe d'exécution des assurances sociales rend une **nouvelle décision** sur le rapport juridique en cause, généralement le droit aux prestations d'assurance sociale, qui revient à annuler la décision reconsidérée¹⁴⁴. Le rapport juridique est examiné sous tous ses aspects, en fonction d'un état de fait établi de manière exacte et complète¹⁴⁵; il s'agit de rétablir une situation conforme au droit. Lorsque la reconsidération conduit à la réduction ou à la suppression d'une rente de l'assurance-invalidité, il faut encore s'assurer que la prestation ne puisse pas être maintenue en raison d'une «invalidité justifiant la rente» (soit que l'incapacité de gain s'est modifiée au point de justifier [éventuellement nouvellement] le droit à la rente) survenue jusqu'au moment de la décision de suppression¹⁴⁶.
- 95 Dans la situation où la reconsidération porte sur une décision de révision (au sens de l'art. 17 LPGA), par laquelle la demi-rente de l'assurance-invalidité allouée initialement à la personne assurée a été augmentée de manière manifestement erronée à une rente entière, l'administration examine le droit à la rente librement pour le futur (*ex nunc et pro futuro*), sous tous ses aspects et sans être liée à la décision initiale (qui a été remplacée par la décision de révision, sous réserve de la nullité de celle-ci); il n'y a pas à examiner au préalable s'il existe aussi un titre de révocation en relation avec cette décision antérieure¹⁴⁷.
- 96 La reconsidération a trait au rapport juridique qui a été réglé initialement par la décision reconsidérée, de sorte qu'elle a en principe un **effet rétroactif** (*ex tunc*)¹⁴⁸. Selon la jurisprudence, il appartient à l'assureur social de déterminer les effets dans le temps de la reconsidération dans le cas particulier¹⁴⁹, en l'absence de dispositions légales à ce sujet.
- 97 Une telle réglementation spéciale est prévue dans le **domaine de l'assurance-invalidité** lorsque l'erreur manifeste qui a donné lieu à reconsidération a été commise dans l'appréciation d'une question spécifique du droit de l'assurance-invalidité, soit en particulier tous les facteurs régissant l'évaluation du degré d'invalidité¹⁵⁰. N'est pas considérée comme spécifique à l'assurance-invalidité, mais «analogue au domaine de l'assurance-

142 Respectivement TFA, 28.7.2005, I 276/04, c. 2.2 et TF, 30.8.2011, 9C_837/2010, c. 2.4.

143 ATF 140 V 514, c. 3.

144 Le dispositif de la décision de reconsidération n'a pas à porter formellement sur deux points distincts, l'annulation de la première décision, puis le rapport juridique modifié (TF, 5.7.2010, 9C_303/2010, c. 4.3).

145 Par ex. TF, 19.9.2013, 9C_321/2013, c. 2.2.2; TF, 25.9.2009, 9C_290/2009, c. 3.1.5.

146 TF, 3.9.2014, 9C_121/2014, c. 3.4; TFA, 10.5.2006, I 859/05, c. 2.3.

147 ATF 140 V 514, c. 5.2; TF, 15.12.2014, 9C_6/2014, c. 2.2.

148 FLÜCKIGER, N 4.292; LENDFERS, Korrektur, 184 et 206.

149 ATF 110 V 291, c. 3c; TFA, 28.7.2005, I 276/04, c. 2.2; KIESER, Anpassung, 29.

150 ATF 119 V 431, c. 2 (concernant la diminution d'une rente de l'AI); ATF 110 V 291, c. 2a (concernant l'octroi et l'augmentation d'une rente de l'AI); TF, 4.1.2012, 9C_678/2011, c. 5.1.

vieillesse et survivants» une erreur relative au domicile ou à la nationalité de la personne assurée ou relevant de l'attribution du degré d'invalidité à la fraction de rente correspondante; le versement des arriérés de rentes quand l'erreur ne relève pas d'un aspect spécifique à l'assurance-invalidité est soumis aux conditions de l'art. 24 al. 1 LPGA¹⁵¹.

Lorsque l'erreur justifiant la reconsidération porte sur un aspect spécifique au **droit de l'assurance-invalidité**, la modification de la prestation d'assurance, singulièrement de la rente, de l'allocation pour impotent ou de la contribution d'assistance intervient en principe avec effet *ex nunc et pro futuro* (de sorte qu'il n'y a pas lieu à restitution en cas de diminution ou suppression). Une différence est faite entre la situation où la prestation est augmentée et celle où la prestation est diminuée ou supprimée. **98**

Dans le premier cas, où la reconsidération est effectuée en faveur de l'ayant droit, **l'augmentation de la prestation** (rente, allocation pour impotent ou contribution d'assistance) prend effet dès le premier jour du mois où le vice a été découvert (art. 88^{bis} al. 1 let. c RAI¹⁵²). Le vice est réputé découvert au moment où l'existence d'une erreur probante apparaissait vraisemblable, si bien que l'administration aurait eu suffisamment de motifs pour procéder d'office à des mesures d'instruction, ainsi que lorsque la personne assurée a présenté une demande de révision qui aurait dû obliger l'office AI à agir et à ordonner d'autres mesures d'instruction¹⁵³. La règle de l'art. 88^{bis} al. 1 let. c RAI est appliquée par analogie en matière **d'assurance-accidents** pour déterminer le moment à partir duquel l'augmentation, par la voie de la reconsidération, d'une allocation pour impotent prend effet¹⁵⁴. Le versement rétroactif des prestations reste toutefois soumis à la règle sur la péremption du droit à des prestations arriérées prévue par l'art. 24 LPGA¹⁵⁵. **99**

Dans le second cas, où la reconsidération est défavorable à l'ayant droit, **la diminution ou la suppression de la prestation** ne prend effet qu'à partir, au plus tôt, du premier jour du deuxième mois suivant la notification de la décision (art. 88^{bis} al. 2 let. a RAI en relation avec l'art. 85 al. 2 RAI) lorsque l'erreur manifeste a porté sur un aspect spécifique au droit de l'assurance-invalidité¹⁵⁶. La modification a toutefois un effet rétroactif en cas d'obtention irrégulière de la prestation ou de violation de l'obligation de renseigner (art. 88^{bis} al. 2 let. b RAI). Dans le domaine de **l'assurance-accidents**, le Tribunal fédéral a nié l'application par analogie de l'art. 88^{bis} al. 2 RAI à la réduction ou à la suppression d'une rente d'invalidité de l'assurance-accidents en conséquence d'une reconsidération: une telle modification peut prendre effet de manière rétroactive (*ex tunc*) et les mensualités perçues indûment doivent être restituées (cf. art. 25 LPGA), même s'il n'y a pas eu violation de l'obligation d'annoncer¹⁵⁷. **100**

151 Cf. ATF 129 V 211, c. 3.2.1; TF, 21.11.2011, 9C_409/2011, c. 4.1.2 et 4.2.

152 Cette disposition a été jugée inapplicable (sous l'empire de l'art. 85 al. 1 aRAI) en cas de reconsidération d'une décision fixant des indemnités journalières de l'AI (TFA, 25.9.2000, I 580/99, c. 2d, VSI 2001 259).

153 Cf. ATF 129 V 433, c. 6, auquel se réfère TF, 16.10.2015, 8C_691/2014, c. 7.2; ATF 110 V 291, c. 3b.

154 TF, 16.10.2015, 8C_691/2014, c. 7, SVR 2016 UV n° 10 27.

155 Cf. ATF 129 V 433, c. 7, qui se réfère à l'arrêt du TFA, 18.8.1998, I 261/97.

156 ATF 119 V 431, c. 2; ATF 110 V 291, c. 2a; TF, 4.1.2012, 9C_678/2011, c. 5.

157 ATF 142 V 259.

VI. La reconsidération *pendente lite* (al. 3)

- 101** L'art. 53 al. 3 LPGA règle le point de savoir jusqu'à quel moment l'assureur social qui s'aperçoit d'une erreur entachant sa décision (ou sa décision sur opposition) peut procéder à une reconsidération, alors que le prononcé a fait l'objet d'un recours de la personne assurée ou de toute autre partie intéressée. Ce cas particulier de reconsidération par l'assureur social est possible «[j]usqu'à l'envoi de son préavis à l'autorité de recours». Par **préavis**, il faut entendre le ou les déterminations que l'assureur social est invité à présenter dans le cadre de l'échange d'écritures ordonné par l'autorité de recours. La possibilité de reconsidérer s'étend jusqu'à l'échéance du délai dans lequel l'assureur social a été appelé à se déterminer pour la dernière fois, respectivement, en l'absence de délai déterminé, jusqu'à la fin de l'échange d'écritures. Passé ce moment, la décision de reconsidération a valeur de proposition au juge (N 108).
- 102** L'art. 53 al. 3 LPGA correspond à la règle prévue par l'art. 58 al. 1 PA, en considération de laquelle le Tribunal fédéral des assurances avait posé des principes régissant l'admissibilité d'une décision de reconsidération rendue *pendente lite*¹⁵⁸ avant l'entrée en vigueur de la Partie générale et qui restent applicables sous l'empire de l'art. 53 al. 3 LPGA¹⁵⁹.
- 103** La possibilité pour l'assureur social de reconsidérer sa décision, alors qu'une procédure de recours a été initiée, constitue dans une certaine mesure une **exception au principe de l'effet dévolutif du recours** (au sens des art. 56 ss LPGA [art. 56 N 54 ss]), selon lequel le recours présenté dans les formes requises au tribunal a pour effet de lui transférer la compétence de statuer sur le rapport juridique faisant l'objet de la décision attaquée, l'administration perdant la maîtrise de l'objet du litige, en particulier celle des points de fait susceptibles de fonder la décision attaquée. Cette exception est fondée sur des motifs liés à l'économie de procédure; il se justifie en effet de permettre à l'assureur social de revenir *pendente lite* sur sa décision, lorsque celle-ci se révèle erronée à la lecture de l'acte de recours. L'effet dévolutif ne s'oppose pas à ce que l'assureur social procède alors à des mesures d'instruction simples¹⁶⁰ (art. 56 N 56).
- 104** Compte tenu du but de l'exception – permettre au droit objectif de s'imposer de la manière la plus simple possible –, les conditions strictes de la reconsidération prévues par l'art. 53 al. 2 LPGA (erreur manifeste et importance notable) ne doivent pas être réalisées pour que l'assureur social puisse réexaminer sa décision et en rendre une nouvelle¹⁶¹ jusqu'au moment fixé par la loi. Selon la jurisprudence, l'administration devrait toutefois faire un usage restrictif de la possibilité de revenir sur une décision qu'elle a rendue alors qu'un recours contre celle-ci a été déposé, la réglementation en matière de frais et dépens ne devant pas être éludée par cette manière de procéder¹⁶². La reconsidération *pendente lite* permet cependant d'abrégier le litige et de donner rapidement satisfaction à la personne assurée lorsque l'assureur social se rend compte à temps, au vu de l'argumentation

158 ATF 127 V 228, c. 2b/bb; ATF 103 V 107, selon lequel l'application, par les cantons, d'une procédure correspondant à l'art. 58 PA, en vertu d'une pratique analogique ou d'une disposition expresse, n'est pas contraire au droit fédéral. Voir aussi l'aperçu de la jurisprudence donné par SCHLAURI, Neuverfügung, 176 ss.

159 TF, 20.4.2004, I 653/03, c. 1; TF, 15.7.2007, H 42/04, c. 1.4.

160 ATF 127 V 228, c. 2b/bb; TF, 31.12.2010, 9C_403/2010, c. 3.2.

161 ATF 107 V 191 (sur l'art. 58 PA) auquel renvoie l'ATF 127 V 228, c. 2b/bb quant au sens de la notion de reconsidération dans le contexte de la décision rendue *pendente lite*.

162 Cf. ATF 127 V 228, c. 2b/bb; TF, 31.12.2010, 9C_403/2010, c. 3.3.

présentée dans le recours, qu'il a commis une erreur de fait ou de droit ou qu'il a mal apprécié un aspect du rapport juridique litigieux. La question des frais et dépens ne paraît pas déterminante, puisque le tribunal cantonal des assurances mettra en principe ceux-ci à la charge de l'administration (N 106).

L'assureur social est tenu de **notifier sa décision de reconsidération**, qui doit remplacer la décision (ou décision sur opposition) contestée par la voie du recours, **sans délai** aux parties et d'en donner connaissance à l'autorité de recours, conformément à ce que prévoit l'art. 58 al. 2 PA (applicable, comme l'al. 3, à la procédure en matière d'assurance sociale en vertu du renvoi de l'art. 55 al. 1 LPGA)¹⁶³. **105**

L'autorité de recours doit continuer à traiter le recours dans la mesure où la nouvelle décision de l'assureur social ne l'a pas rendu sans objet (cf. art. 58 al. 3 PA), auquel cas elle radie la cause du rôle et statue sur les frais et dépens en tenant compte de l'intervention des deux parties (art. 61 N 35). En d'autres termes, **le litige subsiste** si la nouvelle décision ne correspond pas aux conclusions de la partie recourante; l'autorité saisie doit entrer en matière sur le recours dans la mesure où l'intéressé n'a pas obtenu satisfaction, sans que ce dernier soit obligé d'attaquer la nouvelle décision¹⁶⁴. **106**

Lorsque la nouvelle décision est rendue au **détriment de la personne assurée** et entraîne une péjoration de sa situation, elle constitue une **simple proposition** à l'autorité de recours. Celle-ci doit alors donner à l'assuré la possibilité de se déterminer au préalable au sujet du prononcé et, si elle entend suivre la proposition, l'informer de la faculté de retirer, cas échéant, son recours, pour éviter de se retrouver dans une situation plus désavantageuse à l'issue du procès¹⁶⁵. **107**

Selon la jurisprudence, la décision de reconsidération rendue *pendente lite* qui a valeur de simple proposition au tribunal, comme celle qui désavantage la personne assurée, est **nulle**. Est assimilée à une décision nulle, la décision *pendente lite* rendue postérieurement à l'échéance du délai de réponse¹⁶⁶ ou celle rendue après que l'assureur social a déjà envoyé sa réponse à l'autorité de recours¹⁶⁷. Ces propositions au juge, qui ne le lient pas et ne peuvent pas avoir l'effet d'un acquiescement¹⁶⁸, ne rendent pas le recours sans objet: l'autorité judiciaire doit statuer sur les conclusions dont elle est saisie¹⁶⁹. **108**

163 TF, 21.5.2013, 8C_1036/2012, c. 3.3; TF, 19.9.2012, 8C_526/2012, c. 3.2. Cf. aussi, sur l'art. 58 PA, HIRSCHER, 449 ss.

164 ATF 113 V 237; ATF 107 V 250; TF, 21.5.2013, 8C_1036/2012, c. 3.3; TFA, 24.6.2002, I 278/02, c. 2.

165 TFA, 12.3.2004, P 7/02, c. 3.2, SVR 2005 EL n° 3 9. *Contra*: LENDFERS (Schlechterstellung, n. 40), qui semble admettre la révocation d'une décision en défaveur de la personne assurée.

166 TFA, 12.3.2004, P 7/02, c. 3.2, SVR 2005 EL n° 3 9; TFA, 17.1.2003, P 66/01, c. 3.

167 TF, 5.9.2011, 8C_1/2011, c. 1.1, avec référence aux ATF 130 V 138, c. 4.2 et ATF 109 V 234, c. 2.

168 L'acquiescement est en principe inopérant en droit des assurances sociales, car il ne dispense pas le juge de se prononcer sur le recours; l'autorité dont émane la décision attaquée et qui entend acquiescer au recours a la possibilité de rendre une nouvelle décision dans le sens des conclusions de celui-ci (TF, 31.7.2009, 8C_18/2009, c. 3; ATF 111 V 58, c. 1; TFA, 4.3.1999, C 398/98).

169 SVR 1999 ALV n° 21 51.

VII. Le réexamen de la décision

A. Le réexamen de la décision par l'assureur social

- 109** Qu'il soit saisi d'une demande de la personne assurée en ce sens ou entreprenne d'office le réexamen du droit à une prestation en cours, l'assureur social commencera en principe par examiner si les faits sur lesquels se fonde l'octroi de la prestation se sont modifiés depuis la dernière décision entrée en force. Si les circonstances à la base de la décision ont subi un changement, il doit en tenir compte et adapter la prétention en cause, conformément à l'art. 17 LPGA. L'éventuelle modification joue un rôle et entraîne, cas échéant, une adaptation de la prestation en cours indépendamment du point de savoir si la décision initiale était correcte ou non. Dans cette mesure, la question de l'irrégularité initiale est secondaire et intervient après que celle d'une «inexactitude ultérieure sur les faits» a été clarifiée¹⁷⁰.
- 110** Lorsque l'assureur social constate l'absence de modification ultérieure des circonstances déterminantes (art. 17 N 22 ss), il peut examiner si la décision initiale est susceptible d'être changée en raison de l'un des deux autres titres de révocation prévus par l'art. 53 al. 1 et 2 LPGA. A l'inverse du cas de la reconsidération où l'assureur social n'est pas tenu de revenir d'office sur sa décision (N 88), il doit, s'il découvre un motif de révision procédurale ou est saisi d'une requête en ce sens, examiner si les conditions d'une telle révision sont réalisées et, si elles le sont, rendre une nouvelle décision modifiant le rapport juridique ayant fait l'objet du prononcé initial (N 58 ss).

B. La substitution de motifs dans la procédure judiciaire

- 111** La décision (ou la décision sur opposition) par laquelle l'assureur social modifie un prononcé antérieur et, partant, la prestation allouée initialement, au motif que les conditions d'une révision (art. 17 LPGA), d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) ou d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) sont réalisées¹⁷¹, peut être attaquée par la voie du recours prévue aux art. 56 ss LPGA. L'objet du litige devant l'autorité judiciaire est alors, en fonction des conclusions de la partie recourante, la prestation modifiée ou adaptée. Les causes de la modification ne font en revanche pas partie de l'objet du litige, mais constituent différentes motivations juridiques du rapport juridique litigieux qu'est la «modification du droit à la prestation».
- 112** Compte tenu du principe selon lequel le tribunal applique le droit d'office, l'autorité de recours peut substituer sa propre motivation à celle de l'assureur social pour justifier la modification de la prestation si elle parvient à la conclusion que celui-ci s'est fondé sur un titre de révocation incorrect, mais qu'un autre titre conduit au même résultat, et confirmer la décision. Une telle manière de procéder, appelée **substitution de motifs**, a été admise depuis longtemps par la jurisprudence¹⁷².
- 113** Dès lors, si le juge ne peut pas contraindre un assureur social à reconsidérer sa décision (N 88), il peut cependant admettre le résultat auquel celui-ci est arrivé en substituant le motif de la reconsidération à celui de la révision (au sens de l'art. 17 LPGA) reconnu à tort en procédure administrative. Le tribunal doit en tout cas examiner une telle substitution de motifs lorsque l'assureur social invoque à l'appui de ses conclusions, au cours de

170 KIESER, Anpassung, 36.

171 Le cas d'une réduction subséquente de la prestation en vertu de l'art. 21 LPGA peut aussi se présenter.

172 ATF 125 V 368, c. 3b; ATF 105 V 198, c. 1a.

l'échange d'écritures, que les conditions d'une reconsidération sont réalisées. Par son argumentation, l'assureur social montre en effet qu'il voudrait faire usage de la possibilité de la reconsidération prévue par le législateur, ce qu'il ne peut cependant plus faire en raison de l'effet dévolutif du recours¹⁷³ (N 103 et art. 56 N 53 ss).

Lorsque l'autorité judiciaire entend effectuer une substitution de motifs, elle doit en informer les parties au préalable et leur donner l'occasion de s'exprimer au sujet du titre substitué de révocation, conformément à la **garantie du droit d'être entendu** (art. 29 al. 2 Cst.)¹⁷⁴. Cela vaut tant pour le cas où le tribunal confirme la décision de reconsidération au motif substitué de la révision (au sens de l'art. 17 LPG) ou celle de révision au motif d'une reconsidération, que pour celui où la substitution de motifs concerne une décision de révision procédurale dont l'autorité de recours admet le résultat en se fondant sur une révision¹⁷⁵. Dans de telles constellations – et pour autant que les différents motifs de révocation entrant concrètement en considération n'ont pas déjà été évoqués au cours de la procédure administrative –, les parties n'ont pas à prévoir que le tribunal procède à une substitution de motifs, de sorte qu'elles ont le droit d'en être prévenues et de se déterminer à cet égard¹⁷⁶.

Le Tribunal fédéral étant lié par les constatations de fait de l'autorité judiciaire précédente (art. 105 al. 1 LTF), il devrait rarement envisager une substitution de motifs en admettant une reconsidération pour la première fois en dernière instance¹⁷⁷. Une telle substitution de motifs a été effectuée, même en l'absence d'un moyen invoqué par l'une des parties en relation avec un motif substitué de révocation de la décision¹⁷⁸. En tous les cas, le respect du droit d'être entendu doit être garanti et devrait comprendre le droit de présenter des motifs liés tant au fait qu'au droit de manière étendue en relation avec le titre de révocation (substitué).

114

115

Art. 54

Exécution

- ¹ Les décisions et les décisions sur opposition sont exécutoires lorsque :**
- elles ne peuvent plus être attaquées par une opposition ou un recours ;**
 - l'opposition ou le recours n'a pas d'effet suspensif ;**
 - l'effet suspensif attribué à une opposition ou à un recours a été retiré.**

² Les décisions et les décisions sur opposition exécutoires qui portent condamnation à payer une somme d'argent ou à fournir des sûretés sont assimilées aux jugements exécutoires au sens de l'art. 80 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite.

Vollstreckung

- ¹ Verfügungen und Einspracheentscheide sind vollstreckbar, wenn :**
- sie nicht mehr durch Einsprache oder Beschwerde angefochten werden können ;**
 - sie zwar noch angefochten werden können, die zulässige Einsprache oder Beschwerde aber keine aufschiebende Wirkung hat ;**
 - einer Einsprache oder Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen wird.**

173 TF, 5.7.2010, 9C_303/2010, c. 4.4, SVR 2011 IV n° 20 53.

174 ATF 125 V 368.

175 TF, 9.5.2017, 9C_800/2016, c. 2.2.

176 TF, 3.4.2017, 9C_766/2016, c. 3.2.

177 MEYER/REICHMUTH, art. 30-31 N 88. Dans ce sens, TF, 29.3.2018, 9C_252/2017, c. 2.4.

178 TF, 21.3.2016, 9C_880/2015, c. 3.2.

² Vollstreckbare Verfügungen und Einspracheentscheide, die auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gerichtet sind, stehen vollstreckbaren Urteilen im Sinne von Artikel 80 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs gleich.

Esecuzione

¹ Le decisioni e le decisioni su opposizione sono esecutive se:
 a. non possono più essere impugnate mediante opposizione o ricorso;
 b. possono ancora essere impugnate, ma l'opposizione o il ricorso non ha effetto sospensivo;
 c. l'effetto sospensivo di un'opposizione o di un ricorso è stato revocato.

² Le decisioni e le decisioni su opposizione esecutive che condannano al pagamento di una somma in contanti o a fornire una cauzione sono parificate alle sentenze esecutive giusta l'articolo 80 della legge federale dell'11 aprile 1889 sulla esecuzione e sul fallimento.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Caractère exécutoire (al. 1)	6
III. Privilège du préalable (al. 2)	18

Bibliographie

Cf. bibliographie art. 49. ABBET STÉPHANE, art. 79 et 80 LP, *in* Abbet/Veuillet (éd.), *La mainlevée de l'opposition*, Berne 2017, 1 ss, 13 ss; ACKERMANN THOMAS, *Verfahrensrechtliche Aspekte des prekären Leistungsverhältnisses*, *in* Schaffhauser/Kieser (éd.), *Das prekäre Leistungsverhältnis im Sozialversicherungsrecht*, St-Gall 2008, 35 ss; ACOCELLA DOMENICO, art. 38 et art. 43, *in* A. Staehelin/Bauer/D. Staehelin (éd.), *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, 2^e éd., Bâle 2010, 269 ss, 330 ss; BOUCHAT CLÉA, *L'effet suspensif en procédure administrative*, Thèse, Lausanne 2014; CHOLLET OLIVIER, *Les créances et les prétentions du droit des assurances sociales dans la poursuite et la faillite*, *JdT* 2011 II 25 ss; DÉFAGO GAUDIN VALÉRIE, *L'Etat créancier et l'article 43 LP*, *in* Foëx (éd.), *La défaillance de paiement*, Fribourg 2002, 145 ss; GILLIÉRON PIERRE-ROBERT, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 5^e éd., Bâle 2012; JAAG TOBIAS/HÄGGI FURRER RETO, art. 39 et art. 40, *in* Waldmann/Weissenberger (éd.), *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2^e éd., Zurich 2016, 853 ss; LORANDI FRANCO, art. 219, *in* A. Staehelin/Bauer/D. Staehelin (éd.), *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*, 2^e éd., Bâle 2010, 1907 ss; MARCHAND SYLVAIN, *Précis de droit des poursuites*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2013; RIGOT DOMINIQUE, art. 43, *in* Dallèves/Foëx/Jeandin (éd.), *Poursuite pour dettes et faillite*, Bâle 2005; SEILER HANSJÖRG, art. 55, *in* Waldmann/Weissenberger (éd.), *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2^e éd., Zurich 2016, 1121 ss; STAEHELIN DANIEL, art. 79 et 80 LP, *in* A. Staehelin/Bauer/D. Staehelin, *Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I*, 2^e, Bâle 2010, 598 ss, 612 ss.

I. Introduction

- 1 Sous le titre marginal «Exécution», l'art. 54 LPGA régit le caractère exécutoire des décisions rendues en matière d'assurances sociales. L'alinéa 1 énonce les circonstances dans lesquelles les décisions et les décisions sur opposition sont exécutoires. L'alinéa 2 énonce le privilège du préalable dont jouit l'assureur.
- 2 Le **caractère exécutoire** concerne la faculté pour l'assureur de faire exécuter d'office ou sur demande les obligations contenues dans la décision¹. Le caractère exécutoire doit être

¹ BOUCHAT, 136 s.

distingué de l'entrée en force de la décision («*formelle Rechtskraft*»)², qui dépend de la possibilité qu'ont les parties de l'entreprendre par la voie de l'opposition ou du recours. Une décision entrée en force est par définition exécutoire; une décision non encore entrée en force peut être exécutoire selon l'effet suspensif attaché à l'opposition ou au recours disponible.

Quant au **privilège du préalable**, il permet aux titulaires de créances de droit public ayant pour objet le paiement de sommes d'argent ou la fourniture de sûretés de fixer les obligations d'administrés dans des décisions qui ont, aux fins de l'exécution forcée, la même valeur qu'un jugement. **3**

L'art. 54 al. 1 LPGA est de teneur quasi similaire à l'art. 39 PA qui prévoit les trois mêmes hypothèses dans lesquelles une autorité peut exécuter ses décisions. Il est donc possible de se référer à la jurisprudence et à la doctrine relatives à cette disposition. La notion d'effet suspensif et les conditions de son retrait, fixées par l'art. 55 PA, sont également applicables par analogie³. L'art. 54 al. 2 LPGA contient un renvoi à la LP identique à celui qui figure à l'art. 40 PA, de sorte qu'il est également possible de se référer à cette disposition. **4**

L'art. 54 LPGA doit être lu en relation avec l'art. 11 OPGA, qui règle l'effet suspensif attaché à l'opposition. **5**

II. Caractère exécutoire (al. 1)

Le **caractère exécutoire** concerne la faculté pour l'assureur de faire exécuter d'office ou sur demande les obligations contenues dans la décision⁴. Selon les conceptions doctrinales, le caractère exécutoire peut également comprendre la faculté de l'administré d'utiliser les droits ou prérogatives qui lui sont conférées par la décision⁵. **6**

Les **décisions** susceptibles de devenir exécutoires sont les décisions (art. 49) et décisions sur opposition (art. 52). Les prononcés des assureurs selon la procédure simplifiée (art. 51) ne sont pas visés par l'art. 54, alors même qu'ils déploient des effets juridiques (art. 51 N 10). **7**

L'alinéa 1 désigne trois cas de figure dans lesquels les décisions sont exécutoires. Le premier (let. a) est lié à l'entrée en force de la décision; il constitue le principe. Les deux autres (let. b et c) se réfèrent à la situation courant entre la notification de la décision et son entrée en force; ils dépendent de l'effet suspensif attaché aux moyens de droit disponibles et, pour des motifs de sécurité du droit et d'économie de procédure, doivent faire figure d'exception⁶. **8**

2 Pour la distinction entre la force formelle de chose décidée ou jugée («*formelle Rechtskraft*») et l'autorité ou force matérielle de chose décidée ou jugée («*materielle Rechtskraft*»), voir BOUCHAT, 144 ss; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, 200; TANQUEREL, 295 s.; art. 53 N 25 ss.

3 ATF 130 V 407, c. 3.4; le renvoi à l'art. 55 al. 2 à 4 PA est en outre expressément prévu par l'art. 97 LAVS relatif au retrait de l'effet suspensif; l'art. 97 LAVS s'applique, par renvoi, à quasiment l'ensemble du droit des assurances sociales (N 13).

4 ATF 109 V 1, c. 4a; BOUCHAT, 136 s.

5 TANQUEREL, 297. Pour une synthèse sur l'état de la doctrine et la distinction entre le caractère efficace et exécutoire des décisions: BOUCHAT, 132 ss.

6 JAAG/HÄGGI FURRER, art. 39 N 7.

- 9 Sont exécutoires les décisions et les décisions sur opposition lorsqu'elles ne peuvent plus être attaquées par une opposition ou un recours (let. a). Elles sont dans ce cas **entrées en force**. L'entrée en force intervient lorsque l'assuré a épuisé sans succès toutes les possibilités d'opposition ou de recours à sa disposition, lorsque le délai d'opposition ou de recours est échu ou lorsque l'assuré a expressément et en toute connaissance de cause renoncé à former opposition ou recours⁷.
- 10 Avant leur entrée en force, les décisions et décisions sur opposition peuvent être exécutoires si la loi prévoit que l'opposition ou le recours n'ont **pas d'effet suspensif** (let. b). Lorsque la décision rendue est une décision négative, à savoir une décision rejetant une requête ou une demande⁸, il n'y a pas de place pour un quelconque effet suspensif⁹ puisque cela reviendrait à accorder à l'assuré d'être mis au bénéfice d'un régime juridique dont il n'a jamais bénéficié¹⁰. La décision négative est par conséquent exécutoire dès sa notification, sous réserve que l'assuré obtienne, par la voie de mesures provisionnelles, la suspension d'un aspect de celle-ci pendant la durée de la procédure¹¹. Une décision par laquelle l'aptitude au placement est niée est une décision négative; un recours n'a pas d'effet suspensif¹². Le principe voulant que de manière générale les recours en matière administrative ont un effet suspensif (art. 55 al. 1 PA)¹³ vaut également dans le domaine des assurances sociales¹⁴ (art. 56 N 59 ss). L'art. 11 al. 1 OPGA le rappelle pour l'opposition. Lorsque la loi dénie l'effet suspensif à l'opposition ou au recours, la décision ou la décision sur opposition est exécutoire avant d'entrer en force. Tel est le cas dans l'assurance-chômage (art. 100 al. 4 LACI), pour certaines décisions. Dans l'assurance-accidents, l'opposition ou le recours n'a effet suspensif que si l'organe saisi de l'opposition ou le tribunal l'accorde et que la décision le mentionne¹⁵. L'assureur (art. 11 al. 2 OPGA) ou le juge (art. 56 N 59 ss) peut rétablir l'effet suspensif dans cette hypothèse, sur requête de l'assuré. De manière générale, le rétablissement de l'effet suspensif répond aux mêmes conditions que celles guidant son retrait (N 11)¹⁶; toutefois, dans le contexte de l'art. 111 LAA, leur application ne doit mener au rétablissement de l'effet suspensif que de manière restrictive dans la mesure où le législateur a entendu que l'effet suspensif soit l'exception¹⁷.
- 11 Les décisions et décisions sur opposition peuvent également être exécutoires avant d'entrer en force lorsque l'assureur ou le juge a **retiré** l'effet suspensif attaché à l'opposition ou au recours (let. c).
- 12 La loi ne prévoit pas les **conditions** auxquelles l'effet suspensif peut être retiré par l'assureur ou le juge. La PA ne contient pas non plus une telle réglementation.
- 13 Le retrait de l'effet suspensif est apprécié différemment selon que l'objet de la décision porte ou non sur une **créance pécuniaire**. La décision porte sur une créance pécuniaire lorsqu'elle enjoint son destinataire au paiement d'une somme d'argent; la décision par

7 JAAG/HÄGGI FURRER, art. 39 N 12; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, 200.

8 SEILER, art. 55 N 26.

9 ATF 126 V 407, c. 3.

10 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, 296; SEILER, art. 55 N 21.

11 ACKERMANN, 58 s.; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, 296; SEILER, art. 55 N 24.

12 ATF 126 V 407, c. 3.

13 JAAG/HÄGGI FURRER, art. 39 N 15.

14 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 54 N 9.

15 A propos de la portée de cette disposition, ATF 111 V 54, c. 3.

16 SEILER, art. 55 N 150.

17 ATF 111 V 54, c. 3.

laquelle l'assureur supprime une rente versée à l'assuré ne porte pas sur une créance pécuniaire lorsqu'il s'agit d'apprécier l'effet suspensif¹⁸. En principe, le recours contre une décision portant sur une prestation pécuniaire a toujours effet suspensif. Ce principe, consacré par l'art. 55 al. 1 et 2 PA *a contrario*, vaut également dans le domaine des assurances sociales¹⁹. La loi peut prévoir des exceptions et réserver à l'assureur la possibilité de priver l'opposition ou le recours de l'effet suspensif. Tel est le cas dans le domaine de l'AVS, pour les décisions des caisses de compensation (art. 97 LAVS), ainsi qu'en matière d'assurance-invalidité (art. 66 LAI en relation avec l'art. 97 LAVS), de prestations complémentaires (art. 27 LPC en relation avec l'art. 97 LAVS), de perte de gain (art. 29 LAPG en relation avec l'art. 97 LAVS), d'assurance-maladie et chômage (art. 97 LAVS par analogie²⁰). Dans le cadre de la révision de la LPG, il est proposé de généraliser et d'étendre la possibilité de déroger au principe avec un nouvel art. 49 al. 5 P-LPGA 2018 (art. 49 N 56), respectivement 52 al. 4 P-LPGA 2018 (art. 52 N 40) prévoyant que l'assureur peut dans sa décision priver tout recours de l'effet suspensif même si celle-ci porte sur une prestation en espèces²¹.

Lorsque la loi prévoit des exceptions concernant les décisions relatives à une créance pécuniaire, ou pour les autres décisions des assureurs, le retrait de l'effet suspensif est le fruit d'une **pesée des intérêts**. La pesée des intérêts s'inscrit dans l'examen général du principe de la proportionnalité, lequel exige, en outre, qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent pas être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité)²². Lors de la pesée des intérêts, l'assureur ou le juge doit examiner si les motifs en faveur de l'exécution immédiate de la décision l'emportent sur ceux qui peuvent être invoqués à l'appui de la solution contraire²³. La possibilité de retirer ou de restituer l'effet suspensif au recours n'est pas subordonnée à la condition qu'il existe, dans le cas particulier, des circonstances tout à fait exceptionnelles qui justifient cette mesure²⁴. En procédant à la pesée des intérêts en présence, les prévisions sur l'issue du litige au fond peuvent également être prises en considération; il faut cependant qu'elles ne fassent aucun doute²⁵.

Pour les décisions relatives au paiement d'une somme d'argent, sont mis en balance l'intérêt de l'assuré à toucher des prestations, d'une part, et, d'autre part, celui de l'assureur à ne pas verser des prestations que l'assuré aurait des difficultés à rembourser en raison de sa situation financière délicate s'il n'obtenait pas gain de cause²⁶; l'intérêt de l'assureur comprend également celui de l'ensemble des assurés au bon fonctionnement et au financement du système des assurances sociales²⁷. Aussi, l'intérêt de l'assureur est le plus souvent reconnu comme prépondérant²⁸. Pour d'autres types de prestations, celles en nature

18 ATF 109 V 229, c. 2a; SEILER, art. 55 N 84 ss.

19 ATF 130 V 407, c. 3.4.

20 ATF 124 V 82, c. 3b; SEILER, art. 55 N 91.

21 Art. 49 P-LPGA 2018, FF 2018 1655, 1656; cette proposition de modification législative fait suite à l'ATF 130 V 407 qui comprend de manière restrictive la portée de l'art. 97 LAVS et qui exclut du champ de cette disposition la restitution de prestations complémentaires indûment perçues.

22 ATF 142 I 76, c. 3.5.1.

23 ATF 124 V 82, c. 6a; ATF 110 V 40, c. 5b.

24 ATF 110 V 40, c. 5b.

25 ATF 124 V 82, c. 6a.

26 ATF 119 V 503, c. 4.

27 ATF 110 V 40, c. 7b.

28 P.ex., ATF 129 V 370 (rente d'invalidité); ATF 119 V 503 (prestations de l'assurance-chômage); TCAS ZH, ZBI 2016 17 (prestations complémentaires); plus ancien, dans l'intérêt de l'assuré, ATF 110 V 40.

notamment, les conséquences économiques ne sont pas seules déterminantes²⁹. L'assureur ou le juge dispose sur ce point d'une certaine liberté d'appréciation³⁰. Il doit se fonder sur l'état de fait tel qu'il résulte du dossier, sans effectuer de longues investigations supplémentaires³¹.

- 16** Le retrait de l'effet suspensif est **prononcé** par l'assureur en même temps qu'il rend sa décision (art. 49) ou sa décision sur opposition (art. 52). L'assureur ou le juge peut également statuer en cours de procédure d'opposition, en rendant une décision incidente relative à l'effet suspensif³²; la compétence de l'un ou de l'autre est dictée par l'effet dévolutif de l'opposition (art. 52), respectivement du recours (art. 56). L'assureur ou le juge statue d'office ou sur requête de l'une des parties à la procédure (art. 11 al. 2 OPGA pour l'opposition). Lorsqu'elle est adressée à l'assureur en cours de procédure d'opposition, la requête doit être traitée sans délai par celui-ci (art. 11 al. 2 OPGA, valant surtout pour la requête de rétablissement de l'effet suspensif demandée par l'assuré dans la procédure d'opposition).
- 17** Le retrait de l'effet suspensif dure jusqu'à ce que l'assureur ou le juge rétablisse cet effet ou statue sur le fond, en confirmant la décision ou en l'annulant. Lorsque, dans le cadre d'une décision de révision (au sens de l'art. 17 LPGA) qui supprime ou diminue une rente, la cause est renvoyée par le juge à l'assureur pour complément d'instruction et nouvelle décision, le retrait de l'effet suspensif couvre la période d'instruction devant l'assureur³³.

III. Privilège du préalable (al. 2)

- 18** L'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir s'opère par la poursuite pour dettes (art. 38 LP), qu'il s'agisse de créances de droit privé ou fondées sur le droit public³⁴. Celles-ci, et notamment les créances du domaine des assurances sociales, sont toutefois soumises à un régime particulier. L'Etat ainsi que les entités titulaires de créances de droit public bénéficient du **privilège du préalable**. Ce privilège leur permet de fixer des obligations d'administrés dans des décisions qui ont, aux fins de l'exécution forcée, la même valeur qu'un jugement lorsqu'elles sont définitives et exécutoires³⁵. Ils disposent d'un titre exécutoire valant titre de mainlevée définitive (art. 80 LP) sans avoir à s'adresser aux tribunaux³⁶; ce principe, énoncé à l'art. 80 LP, est rappelé à l'art. 54 al. 2 (N 21). Les titulaires de créances de droit public peuvent également, par leur propre décision rendue dans le cadre de la procédure d'annulation de l'opposition, lever l'opposition au commandement de payer formée par l'assuré (art. 79 LP; N 24).
- 19** En principe, l'Etat ne peut **pas requérir la faillite** du débiteur (art. 43 ch. 1 et 1^{bis} LP); il doit procéder par la voie de l'exécution spéciale, à savoir la saisie (art. 89 ss LP) ou la poursuite en réalisation de gage (art. 151 ss LP). L'exclusion du mode d'exécution générale du patrimoine du débiteur ne s'applique pas à toutes les créances pécuniaires de droit public pour lesquelles vaut le privilège du préalable, mais seulement pour celles dues à

29 TF, 17.4.2015, 9C_885/2014, c. 5 (moyens auxiliaires).

30 ATF 124 V 82, c. 6a; ATF 110 V 40, c. 5b.

31 ATF 124 V 82, c. 6a; ATF 110 V 40, c. 5b.

32 KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, 298; SEILER, art. 55 N 134.

33 ATF 129 V 370, c. 4; ATF 106 V 18. Pour une discussion, voir ACKERMANN, 65 ss; voir aussi ATF 112 V 74.

34 ATF 125 V 396, c. 2.

35 TANQUEREL, 385 s.

36 DÉFAGO GAUDIN, 148.

une «caisse publique» (art. 43 ch. 1 LP), à savoir une entité de droit public³⁷. La faillite est également exclue pour les créances de primes de l'assurance-accidents obligatoire (art. 43 ch. 1^{bis} LP), quelle que soit la forme juridique de l'assureur-accidents.

Certaines créances relevant du domaine des assurances sociales bénéficient de **privileges de collocation** dans la saisie (art. 146 al. 2 LPGA en relation avec l'art. 219 LP) et dans la faillite (art. 219 LP). Les créances des institutions de prévoyance à l'égard des employeurs affiliés sont colloquées en première classe (art. 219 al. 4 let. b LP)³⁸; les créances de cotisations de l'AVS, de l'assurance-invalidité, de l'assurance-accidents, des allocations pour perte de gain et de l'assurance-chômage (art. 219 al. 4, *deuxième classe*, let. b LP)³⁹, les créances de primes et de participation aux coûts de l'assurance-maladie sociale (art. 219 al. 4, *deuxième classe*, let. c LP)⁴⁰ et les cotisations et contributions dues aux caisses de compensation pour allocations familiales (art. 219 al. 4, *deuxième classe*, let. d LP)⁴¹ sont colloquées en deuxième classe.

Lorsqu'elles sont devenues exécutoires et qu'elles ont pour objet le paiement d'une somme d'argent, les décisions et les décisions sur opposition sont **assimilées à des jugements exécutoires** au sens de l'art. 80 LP. Sont visées les décisions (art. 49 LPGA) et les décisions sur opposition (art. 52 LPGA). Leur caractère exécutoire répond aux conditions de l'alinéa 1. Ont pour objet le paiement d'une somme d'argent, en particulier, les décisions des assureurs relatives aux primes d'assurance⁴², aux cotisations⁴³ et aux participations des assurés⁴⁴. La condamnation au paiement d'une somme d'argent doit être faite en principe de manière chiffrée⁴⁵.

L'art. 80 LP auquel renvoie l'alinéa 2 prévoit que le créancier qui est au bénéfice d'un jugement exécutoire peut requérir du juge la mainlevée définitive de l'opposition (al. 1) et que les **décisions des autorités administratives** suisses sont assimilées à des jugements (al. 2 ch. 2). La jurisprudence relative à l'art. 80 al. 2 ch. 2 LP définit les décisions des autorités administratives au sens de cette disposition comme tout acte administratif imposant de manière contraignante la prestation d'une somme d'argent à l'Etat ou à une autre corporation publique⁴⁶. Le créancier peut être l'Etat ou une corporation publique mais également une entité privée dotée du pouvoir de décision. Sont ainsi visés tous les assureurs dans la mesure où ils rendent des décisions. Tel est le cas aussi de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle lorsqu'elle statue par voie de décision⁴⁷.

Il n'est pas nécessaire que la décision soit désignée comme telle, mais celle-ci doit indiquer les moyens de droit à disposition de l'assuré pour la contester⁴⁸. Un décompte de primes dans l'assurance-accidents, pour autant qu'il ait été précédé d'une décision de

37 ATF 139 III 288, c. 2, écartant les critiques de la doctrine; pour une casuistique, cf. ACOCELLA, art. 43 N 5 ss; CHOLLET, 24 ss; RIGOT, art. 43 N 17 ss.

38 LORANDI, art. 219 N 229 ss.

39 LORANDI, art. 219 N 271 ss.

40 LORANDI, art. 219 N 274 ss.

41 LORANDI, art. 219 N 277 ss.

42 ATF 143 III 162; ATF 142 III 599; ATF 119 V 329.

43 ATF 134 III 115; ATF 121 V 109; ATF 107 III 60.

44 ATF 109 V 46.

45 ABBET, art. 80 N 133; STAEHELIN, art. 80 N 133.

46 ATF 143 III 162, c. 2.2.1.

47 ATF 134 III 115, c. 3.1, renversant l'ATF 118 III 13 à la suite de l'introduction de l'art. 60 al. 2^{bis} LPP.

48 ATF 143 III 162, c. 2.

classement dans le tarif des primes⁴⁹, satisfait aux conditions de l'art. 80 ch. 2 LP. Pour le surplus, la décision ne doit pas être frappée de nullité⁵⁰ et doit avoir été valablement notifiée⁵¹. Elle doit également répondre à la condition des trois identités entre le poursuivant et le créancier qu'elle désigne, entre le poursuivi et le débiteur et entre la prétention déduite en poursuite et son contenu⁵². Pour éviter la mainlevée définitive, l'assuré peut prouver par titre que la dette a été éteinte ou qu'il a obtenu un sursis, postérieurement à la décision, ou qu'il peut se prévaloir de la prescription (art. 81 al. 1 LP).

- 24 Le privilège du préalable autorise en outre l'assureur à ne pas passer par la procédure de l'art. 80 LP mais à **lever, directement dans sa décision, l'opposition au commandement de payer** qu'il aura préalablement fait notifier à l'assuré (art. 79 LP). Il s'agit de la procédure d'annulation du commandement de payer, appelée également action en reconnaissance de dette⁵³. Cette procédure n'est pas directement visée par l'art. 54 al. 2 LPGA mais la jurisprudence retient que la compétence de rendre des décisions qui sont assimilées à des jugements au sens de l'art. 80 LP emporte celle de prononcer la mainlevée de l'opposition au commandement de payer formé par l'assuré débiteur⁵⁴. Elle est utilisée par les assureurs lorsqu'il n'existe pas de décision formelle sur la dette du débiteur à leur égard et que celui-ci forme opposition au commandement de payer qu'ils ont requis au préalable⁵⁵. Elle n'est pas disponible pour l'assureur lorsque celui-ci a déjà rendu sa décision⁵⁶. Cette procédure, décrite par une partie de la doctrine au motif qu'elle permet à l'assureur de lever l'opposition au commandement de payer dans la poursuite qu'il a lui-même requise contre un assuré⁵⁷, n'est pas remise en cause par le Tribunal fédéral compte tenu du texte clair de la loi⁵⁸. L'accès à un tribunal indépendant et impartial est sauvegardé par la possibilité pour l'assuré de recourir contre la décision de l'assureur⁵⁹.
- 25 Sont concernées par cette procédure les mêmes décisions que celles visées par l'alinéa 2, à savoir les décisions et décisions sur opposition exécutoires portant condamnation au paiement d'une somme d'argent (N 21). La créance doit en outre être exigible⁶⁰, ce qui suppose le respect d'un rappel ou d'une sommation lorsqu'il ou elle est prévu(e) par la loi (art. 64a LAMal⁶¹, art. 15 al. 1 LAVS). Il faut également qu'il y ait identité entre la prétention déduite en poursuite et la créance faisant l'objet de la décision⁶². L'assuré peut dans cette procédure invoquer que la créance est éteinte ou prescrite (art. 81 al. 1 LP)⁶³.
- 26 La **décision** de l'assureur doit condamner l'assuré au paiement et dans le même temps expressément écarter l'opposition au commandement de payer formé par celui-ci⁶⁴.

49 ATF 143 III 162, c. 2.

50 ABBET, art. 80 N 131 ss; STAEHELIN, art. 80 N 128 ss.

51 ABBET, art. 80 N 149; STAEHELIN, art. 80 N 124 ss.

52 ABBET, art. 80 N 150 ss; STAEHELIN, art. 80 N 130 ss.

53 MARCHAND, 58.

54 ATF 134 III 115, c. 3.2.

55 ATF 119 V 329, c. 2b.

56 TF, 26.8.2004, K 68/04; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 54 N 33.

57 Notamment GILLIÉRON, 176.

58 ATF 134 III 115, c. 3.2; ATF 121 V 109, c. 3; ATF 119 V 329, c. 2b; ATF 109 V 46, c. 3b; ATF 107 III 60, c. 3.

59 ATF 134 III 115, c. 3.2; ATF 121 V 109, c. 3.

60 ABBET, art. 79 N 16; STAEHELIN, art. 79 N 10.

61 ATF 131 V 147, c. 6.

62 ABBET, art. 79 N 17.

63 STAEHELIN, art. 79 N 34.

64 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 54 N 34; STAEHELIN, art. 79 N 28.

Elle doit avoir été valablement notifiée⁶⁵. Lorsque l'assureur lève l'opposition formée au commandement de payer en même temps qu'il rend sa décision, la procédure qu'il observe est celle régie par la LPG. Il peut ainsi, et contrairement à ce qui prévaut sous le régime de la LP ou du CPC, notifier sa décision par courrier A Plus⁶⁶. Une fois entrée en force, la décision de l'assureur lui permet de requérir la continuation de la poursuite (art. 88 LP).

Dans l'une et l'autre procédure des art. 79 et 80 LP, on ne distingue plus, depuis le 1^{er} janvier 2011, entre les autorités du **for** de la poursuite et les décisions d'autorités d'autres cantons⁶⁷. 27

Le droit de réclamer l'exécution de la décision est affecté par l'**écoulement du temps**. Le délai est de péremption («*Verwirkung*») lorsque le droit de son titulaire de l'exercer s'éteint au terme de celui-ci⁶⁸. Le délai est de prescription («*Verjährung*») lorsque le créancier perd la faculté d'en requérir l'exécution forcée sans que cela n'entraîne la perte du droit lui-même⁶⁹. La prescription et la péremption sont des institutions générales du droit qui ne nécessitent pas d'autre base légale⁷⁰. Savoir si le délai est de prescription ou de péremption, de même que sa durée, est, lorsque la base légale est peu claire ou absente, une question d'interprétation⁷¹. 28

Art. 55

Règles particulières de procédure

¹ Les points de procédure qui ne sont pas réglés de manière exhaustive aux art. 27 à 54 de la présente loi ou par les dispositions des lois spéciales sont régis par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative.

^{1bis} Le Conseil fédéral peut déclarer applicables aux procédures régies par la présente loi les dispositions de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative relatives à la communication électronique avec les autorités.

² La procédure devant une autorité fédérale est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, sauf lorsqu'il s'agit de prestations, créances et injonctions relevant du droit des assurances sociales.

Besondere Verfahrensregeln

¹ In den Artikeln 27–54 oder in den Einzelgesetzen nicht abschliessend geregelte Verfahrensbereiche bestimmen sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968.

^{1bis} Der Bundesrat kann vorsehen, dass die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 über den elektronischen Verkehr mit Behörden auch für Verfahren nach diesem Gesetz gelten.

² Das Verfahren vor einer Bundesbehörde richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968, ausser wenn sie über sozialversicherungsrechtliche Leistungen, Forderungen und Anordnungen entscheidet.

65 ABBET, art. 80 N 150 ss; STAEHELIN, art. 80 N 130 ss.

66 ATF 142 III 599, c. 2.5.

67 ABBET, art. 79 N 7, art. 80 N 126; STAEHELIN, art. 79 N 17.

68 ATF 139 V 244, c. 3.1.

69 TF, 23.3.2016, 2C_774/2014, c. 6.2.

70 ATF 125 V 396, c. 3a.

71 En guise d'illustration, cf. ATF 135 V 163, c. 5; ATF 129 V 345, c. 4; 127 V 209, c. 2.

Regole particolari di procedura

¹ Le procedure che negli articoli 27–54 o nelle singole leggi non sono fissate in modo esaustivo sono disciplinate conformemente alla legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa.

^{1bis} Il Consiglio federale può prevedere che le disposizioni della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa concernenti le relazioni elettroniche con le autorità si applichino anche per le procedure secondo la presente legge.

² La procedura dinanzi a un'autorità federale è retta dalla legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa, salvo se si tratta di prestazioni, crediti e disposizioni concernenti il diritto delle assicurazioni sociali.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. La procédure non exhaustivement réglée par la LPGA ou les lois spéciales (al. 1)	6
III. La réserve en faveur du Conseil fédéral pour la communication électronique des documents (al. 1 ^{bis})	13
IV. La procédure devant les autorités fédérales (al. 2)	17

Bibliographie

MAYHALL NADINE, art. 3, in Waldmann/Weissenberger (éd.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2^e éd., Zurich 2016, 35 ss.

I. Introduction

- 1 La LPGA a uniformisé la procédure dans le domaine des assurances sociales (art. 1 let. b) mais ne l'a pas fait de manière exhaustive. D'une part, les dispositions spéciales figurant dans les lois matérielles sont réservées. D'autre part, en son art. 55, elle renvoie à la PA, qui est la loi réglant de manière générale la procédure devant les autorités administratives fédérales.
- 2 La relation entre la PA et la LPGA s'apprécie en deux étapes: en premier lieu au regard du champ d'application de ces deux lois et en second lieu par les renvois à la PA figurant à l'art. 55.
- 3 La PA exclut de son champ d'application la procédure en matière d'assurances sociales dans la mesure où la LPGA est applicable (art. 3 let. d^{bis} PA). Par principe, l'application de la LPGA **exclut** donc celle de la PA¹.
- 4 Toutefois, lorsque la LPGA s'applique, son art. 55 prévoit des cas dans lesquels les dispositions de la PA peuvent néanmoins trouver application. La PA peut s'appliquer à titre subsidiaire ou complémentaire lorsque des points de procédure ne sont pas réglés de manière exhaustive par les art. 27 à 54 ou les dispositions des lois spéciales (al. 1). Cette loi peut également s'appliquer en lieu et place des dispositions procédurales de la LPGA pour les procédures devant des autorités fédérales, sauf lorsqu'il s'agit de prestations, créances et injonctions relevant du droit des assurances sociales (al. 2). L'art. 55 al. 1^{bis} réserve en outre la compétence du Conseil fédéral de déclarer applicables aux procédures

¹ GERBER, 1309; MAYHALL, N 21.

régies par la LPGA les dispositions de la PA relatives à la communication électronique avec les autorités.

L'art. 55 n'est pas complété par des dispositions de l'OPGA.

5

II. La procédure non exhaustivement réglée par la LPGA ou les lois spéciales (al. 1)

En prévoyant que les points de procédure qui ne sont pas réglés de manière exhaustive aux art. 27 à 54 ou par les dispositions des lois spéciales sont régis par la PA, l'art. 55 al. 1 pose le principe d'une **application subsidiaire**² («*ergänzend*»³, «à titre complémentaire»⁴) de la PA à la procédure en matière d'assurances sociales.

6

Il peut être fait application de la PA pour les points de procédure qui ne sont **pas réglés de manière exhaustive**. La notion d'absence de réglementation exhaustive revêt un double aspect. Elle suppose d'une part qu'il existe une réglementation minimale du point de procédure en cause dans la LPGA⁵; la PA ne peut s'appliquer à titre subsidiaire ou complémentaire que si elle sert à compléter une norme existante⁶. D'autre part, la réglementation existante ne doit pas être exhaustive; savoir si des points de procédure sont réglés de manière exhaustive ou non est affaire d'interprétation⁷. Le régime mis en place par l'art. 55 al. 1 exclut que la réglementation plus détaillée de la PA soit automatiquement reprise dans la procédure d'assurances sociales⁸; par conséquent, ce ne sont que quelques dispositions de la PA qui sont susceptibles de répondre aux questions que la LPGA ou les lois spéciales n'ont pas réglées de manière exhaustive⁹.

7

Si des points de procédure sont réglés de manière exhaustive, l'application de la PA n'entre pas en ligne de compte¹⁰. Sous l'angle de l'existence d'une réglementation minimale dans la LPGA, le renvoi à la PA n'a pas été admis s'agissant des règles relatives à la communication électronique avec les autorités puisque la LPGA ne réglemente pas du tout la question (N 13 ss)¹¹. Sous l'angle du caractère exhaustif de la réglementation existante, celui-ci a été reconnu pour la mise en œuvre d'une expertise médicale selon l'art. 44¹², pour les modalités de l'exercice du droit d'être entendu selon l'art. 42¹³ ou pour le calcul des délais selon l'art. 48¹⁴.

8

Lorsque la réglementation n'est pas exhaustive, une disposition de la LPGA ou d'une loi spéciale peut être concrétisée par les règles de la PA. Les règles de la PA doivent alors uniquement servir à **compléter** l'arsenal législatif existant de la LPGA et des lois spéciales¹⁵. La reprise des règles de la PA doit être tranchée au cas par cas.

9

2 ATF 142 III 599, c. 2.4.1; ATF 141 V 191, c. 3.3.

3 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 55 N 17.

4 GERBER, 1310.

5 ATF 133 V 446, c. 7.2.

6 ATF 133 V 446, c. 7.2.

7 ATF 137 V 210, c. 3.4.1.5.

8 ATF 137 V 210, c. 3.4.1.5; ATF 133 V 446, c. 7.2.

9 ATF 133 V 446, c. 7.2.

10 ATF 137 V 210, c. 3.4.1.5.

11 ATF 142 V 152, c. 2.4.

12 ATF 133 V 446, c. 7.

13 ATF 132 V 468, c. 4.2.

14 ATF 131 V 305, c. 4.1.

15 ATF 137 V 210, c. 3.4.1.5; ATF 133 V 446, c. 7.2.

- 10 La jurisprudence a ainsi admis le recours aux dispositions de la PA pour définir ou préciser, notamment:
- la notion de décision incidente¹⁶;
 - le délai pour demander la révision ou la reconsidération d'une décision¹⁷;
 - les modalités de reconsidération d'une décision pendant la procédure de recours¹⁸;
 - la notion de mesure provisionnelle¹⁹;
 - la question de l'élection de domicile en Suisse²⁰;
 - les questions de récusation²¹;
 - la libre appréciation des preuves²²;
 - la notification ou la communication des décisions²³;
 - la possibilité de susciter une décision relative à un acte matériel²⁴;
 - l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite²⁵;
 - la demande d'interprétation²⁶.

A ces cas s'ajoutent les exemples donnés par la doctrine²⁷, notamment les moyens de preuve à disposition (art. 12 PA), la collaboration des parties (art. 13 PA), le renvoi à d'autres dispositions complémentaires de procédure (art. 19 PA), la procédure en constatation (art. 25 al. 1 et 3 PA), les modalités de consultation du dossier (art. 26 à 29 PA), la dispense d'entendre les parties (art. 30 al. 2 PA), la prise en compte d'allégués tardifs (art. 32 PA) ou les moyens de contrainte (art. 41 PA).

- 11 Le renvoi de l'art. 55 al. 1 ne concerne que la **procédure non-contentieuse et la procédure d'opposition**, régies par les art. 27 à 54. Il ne concerne en revanche pas la procédure de recours régie par les art. 56 et suivants²⁸.
- 12 Le renvoi de l'art. 55 al. 1 doit être compris comme un **renvoi dynamique** en ce sens que ce sont les dispositions de la PA en vigueur au jour de la procédure en cause qui s'appliquent, non celles qui étaient en vigueur au jour de l'entrée en vigueur de la LPG²⁹.

III. La réserve en faveur du Conseil fédéral pour la communication électronique des documents (al. 1^{bis})

- 13 L'al. 1^{bis} a été ajouté lors de la réforme de la juridiction fédérale du 17 juin 2005, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, qui a mis en place le dispositif légal permettant la commu-

16 ATF 141 V 330, c. 5.1; ATF 139 V 492, c. 3.1; ATF 138 V 271, c. 1.2.1; ATF 137 V 210, c. 3.4.1.1.

17 TF, 27.9.2016, 8C_464/2016, c. 6.1; TF, 28.1.2016, 9C_391/2015, c. 2.1; TF, 7.9.2015, 8C_794/2014, c. 3.2.3.

18 TF, 21.5.2013, 8C_1036/2012, c. 3.1; TAF, 21.3.2016, C-1945/2015, c. 2.2; TAF, 25.11.2015, C-2749/2015, c. 2.3.

19 TF, 24.2.2014, 8C_468/2013, c. 7.1; TAF, 20.1.2015, C-2327/2014, c. 1.2.1.

20 TF, 10.9.2014, 9C_387/2014, c. 3.4.

21 TF, 22.3.2011, 8C_820/2010, c. 2.2.

22 ATF 137 V 210, c. 2.1.1.

23 ATF 136 III 599, c. 2.4; ATF 136 V 295, c. 2.1.2.

24 ATF 136 V 156, c. 4.2.

25 ATF 131 V 153, c. 3.1.

26 ATF 130 V 320, c. 2.2, qui ne tranche toutefois pas expressément la question.

27 Voir les listes établies par KIESER, ATSG-Kommentar, art. 55 N 24 et GERBER, 1313 s. Les exemples donnés par ces deux auteurs ne concordent pas exactement.

28 ATF 132 V 418, c. 2.3.1; GERBER, 1312; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 55 N 22.

29 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 55 N 20; pour la notion de renvoi statique et dynamique, cf. ATF 136 I 316, c. 2.4.1.

nication électronique avec les autorités³⁰. Toutefois, contrairement aux dispositions procédurales des autres lois fédérales, notamment l'art. 21a PA, la LPGA ne prévoit pas directement que les écrits puissent être transmis à l'autorité par voie électronique. L'art. 55 al. 1^{bis} prévoit uniquement une **délégation de compétence** en faveur du Conseil fédéral, qui peut déclarer applicables les dispositions de la PA relatives à la communication électronique avec les autorités à la procédure en matière d'assurances sociales.

Les dispositions de la PA visées par l'art. 55 al. 1^{bis} sont l'art. 11b al. 2 PA relatif au domicile de notification, l'art. 21a PA relatif à la transmission des écrits par voie électronique, à leur forme et au moment déterminant pour l'observation des délais, l'art. 26 al. 1^{bis} PA relatif à la consultation du dossier ainsi que l'art. 34 al. 1^{bis} relatif à la notification par voie électronique. S'y ajoute l'ordonnance du Conseil fédéral sur la communication électronique dans le cadre de procédures administratives du 18 juin 2010 (OCEL-PA)³¹. Ces dispositions renvoient pour certaines à la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques du 18 mars 2016 (loi sur la signature électronique, SCSE)³² qui régit la question de la signature électronique dans notre ordre juridique.

A ce jour, le Conseil fédéral n'a pas déclaré les dispositions ci-dessus applicables aux procédures régies par la LPGA³³.

Une base légale est nécessaire pour la communication électronique des administrés avec les autorités puisqu'une telle communication ne satisfait pas à l'exigence de la signature manuscrite découlant de la forme écrite³⁴. En l'état, une telle base légale fait défaut dans la LPGA puisque le Conseil fédéral n'a pas fait usage de la compétence qui lui est donnée par l'art. 55 al. 1^{bis}. Il n'est pas non plus admissible de se fonder sur l'art. 55 al. 1 qui permet l'application à titre subsidiaire de la PA car la LPGA ne contient pas de disposition qui serait susceptible d'être complétée par la PA (N 7 et N 9)³⁵. Par conséquent, la communication électronique des administrés avec les autorités d'assurances sociales n'est pas possible, de sorte qu'une opposition contre une décision d'un assureur-accidents formée par courrier électronique n'est pas recevable³⁶.

IV. La procédure devant les autorités fédérales (al. 2)

L'alinéa 2 de l'art. 55 prévoit que la procédure devant une autorité fédérale est régie par la PA, sauf lorsqu'il s'agit de prestations, créances et injonctions relevant du droit des assurances sociales. Pour ces procédures, cette disposition **exclut partiellement l'application de la LPGA**, au profit de la PA.

La question de savoir si la procédure est régie par la PA dépend de l'autorité en cause d'une part, et du type d'affaire dans laquelle cette autorité se prononce, d'autre part.

30 RO 2006 2197.

31 RS 172.021.2.

32 RS 943.03.

33 Pour les procédures de recours soumises au droit cantonal de procédure, cf. ATF 143 I 187, 8C_455/2016, TF, 10.2.2017, destiné à publication.

34 ATF 142 V 152, c. 2.4.

35 ATF 142 V 152, c. 2.4.

36 ATF 142 V 152, c. 4.6.

- 19 En premier lieu, il doit s'agir d'une **autorité fédérale**, notion qui doit se comprendre comme désignant les autorités mentionnées à l'art. 1 al. 2 PA³⁷. Elle inclut par conséquent, notamment, les offices fédéraux (art. 1 al. 2 let. a PA) compétents en matière d'assurances sociales ainsi que les organisations publiques ou privées qui exécutent des tâches publiques (art. 1 al. 2 let. e PA) en matière d'assurances sociales³⁸.
- 20 En second lieu, l'autorité fédérale ne doit pas se prononcer dans des affaires relatives à des prestations, créances et injonctions relevant du droit des assurances sociales. Les notions de prestations, créances et injonctions figurent à l'art. 55 al. 2 et également à l'art. 49 al. 1, qui précise les cas dans lesquels l'assureur doit rendre une décision. Ces deux dispositions n'ont pas la même fonction. L'art. 49 al. 1 a pour objet d'assurer la protection juridique des assurés, tandis que l'art. 55 al. 2 indique quand la PA doit s'appliquer en lieu et place de la LPGA. L'art. 55 al. 2 soustrait de la procédure de la LPGA – laquelle est plus longue que la procédure régie par la PA en raison de l'opposition préalable au recours – les décisions rendues par les autorités fédérales qui ne concernent pas directement des prestations aux assurés, en particulier les procédures relevant de la surveillance³⁹. Par conséquent, la notion de prestations, créances et injonctions revêt une portée autonome⁴⁰. Elle doit être comprise **de manière restrictive** dans l'application de l'art. 55 al. 2 PA afin de ne pas étendre le champ d'application de la LPGA à des procédures que le législateur voulait voir régies par la PA⁴¹.
- 21 Relèvent ainsi de la PA les procédures devant les autorités fédérales en vertu de leur pouvoir de surveillance sur les organes d'exécution des assurances sociales⁴², en particulier la procédure devant l'OFAS en cas de conflits relatifs à l'affiliation à une caisse de compensation⁴³. La doctrine mentionne également les procédures en responsabilité ouvertes par une assurance sociale à l'encontre d'organes d'exécution⁴⁴, ainsi que les décisions relatives à l'inscription de médicaments dans la liste des spécialités, à l'admission de pratiquer à charge de l'assurance-maladie ou l'octroi de subventions pour l'aide à la vieillesse⁴⁵.
- 22 Lorsque les conditions justifiant l'application de la PA sont réalisées, cette loi s'applique de manière exclusive et pour l'ensemble de la procédure devant les autorités fédérales; partant, les dispositions procédurales de la LPGA⁴⁶, à savoir les art. 34 à 62 LPGA, ne s'appliquent pas. L'application de la PA exclut en particulier que la voie de l'opposition puisse être ouverte contre les décisions en cause⁴⁷. En cela, le fait que l'art. 55 al. 2 figure dans la section relative à la procédure non-contentieuse et d'opposition est sans importance⁴⁸.

37 ATF 141 V 191, c. 2.

38 GERBER, 1311.

39 ATF 141 V 191, c. 3.2.

40 *Contra*: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 55 N 31.

41 ATF 141 V 191, c. 3.2.

42 GERBER, 1311.

43 ATF 141 V 191, c. 3.3.

44 GERBER, 1311-1312; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 55 N 28.

45 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 55 N 28.

46 GERBER, 1311; MAYHALL, N 26.

47 ATF 141 V 191, c. 3.3.

48 Dans le même ordre d'idées, cf. TAF, 19.9.2014, C-3146/2013, c. 6.4.2, reprenant GERBER, 1311, pour qui « Bien que l'art. 55 al. 2 LPGA se situe dans une section relative à la procédure administrative, le renvoi à la PA ne concerne pas exclusivement la procédure devant la première instance. Les voies de recours contre une décision prise par une autorité fédérale dans le cadre de la PA (en vertu de l'art. 55 al. 2 LPGA) sont régies par la PA et non par les art. 56 ss LPGA. »

Section 3: Contentieux

Art. 56

Droit de recours	<p>¹ Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours.</p> <p>² Le recours peut aussi être formé lorsque l'assureur, malgré la demande de l'intéressé, ne rend pas de décision ou de décision sur opposition.</p>
Beschwerderecht	<p>¹ Gegen Einspracheentscheide oder Verfügungen, gegen welche eine Einsprache ausgeschlossen ist, kann Beschwerde erhoben werden.</p> <p>² Beschwerde kann auch erhoben werden, wenn der Versicherungsträger entgegen dem Begehren der betroffenen Person keine Verfügung oder keinen Einspracheentscheid erlässt.</p>
Diritto di ricorso	<p>¹ Le decisioni su opposizione e quelle contro cui un'opposizione è esclusa possono essere impugnate mediante ricorso.</p> <p>² Il ricorso può essere interposto anche se l'assicuratore, nonostante la domanda dell'assicurato, non emana una decisione o una decisione su opposizione.</p>

Plan

	N
I. Introduction	1
II. La décision comme objet de la contestation	6
A. Les principes	6
B. L'objet de la contestation et l'objet du litige	11
C. L'extension de la procédure de recours au-delà de l'objet de la contestation ou de l'objet du litige	22
III. Le recours contre les décisions incidentes	26
A. Les principes	26
B. Le recours contre les décisions incidentes relatives à la compétence ou à une demande de récusation	29
C. Le recours contre les « autres décisions incidentes »	34
IV. Le recours pour refus de statuer ou retard injustifié à statuer	46
V. Les effets du recours	53
A. L'effet dévolutif	53
B. L'effet suspensif et les mesures provisionnelles	59

Bibliographie

BOUCHAT CLÉA, L'effet suspensif en procédure administrative, Thèse, Lausanne 2015; BOVAY BENOÎT, Procédure administrative, 2^e éd., Berne 2015; CORBOZ BERNARD, art. 92, art. 93, art. 94, art. 100, art. 104, in Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, 1057 ss, 1063 ss, 1084 ss, 1154 ss, 1198 ss; EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, 385 ss (cité: Krankenversicherung); FLÜCKIGER THOMAS, Verwaltungsverfahren, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 97 ss (cité: Verwaltungsverfahren); FRÉSARD JEAN-MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, L'assurance-accidents obligatoire, in Meyer (éd.), SBVR, 885 ss (cité: Assurance-accidents obligatoire); HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^e éd., Zurich 2016; HÄNER ISABELLE, art. 25a, in Waldmann/Weissenberger (éd.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2^e éd., Zurich 2016, 521 ss (cité: Praxiskommentar);

HISCHIER ROGER, Die Wiedererwägung pendente lite im Sozialversicherungsrecht oder die Möglichkeit der späten Einsicht, RSAS 1997 448 ss; KAYSER MARTIN, art. 45 et art. 46, in Auer/Müller/Schindler (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zurich/St-Gall 2008, 597 ss, 604 ss; KIENER REGINA, art. 54, art. 55, in Auer/Müller/Schindler (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zurich/St-Gall 2008, 700 ss, 711 ss; KOBL BARBARA, in Zünd/Pfiffner Rauber (éd.), *Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich: Kommentar*, 176 ss; KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich, Bâle, Genève 2013; MÄCHLER AUGUST, art. 58, in Auer/Müller/Schindler (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zurich/St-Gall 2008, 745 ss; MAYHALL NADINE, art. 1, in Waldmann/Weissenberger (éd.), *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2^e éd., Zurich 2016, 3 ss; MEYER-BLASER ULRICH, *Der Streitgegenstand im Streit: Erläuterungen zu BGE 125 V 413*, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), *Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis*, St-Gall 2001, 9 ss (cité: Streitgegenstand); MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, *Droit administratif*, volume II: les actes administratifs et leur contrôle, 3^e éd., Berne 2011; MÜLLER MARKUS, art. 5, art. 44 et art. 46a, in Auer/Müller/Schindler (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zurich/St-Gall 2008, 63 ss, 590 ss, 617 ss (cités: art. 5, art. 44 ou art. 46a); PFLEIDERER ANDREA, art. 58, in Waldmann/Weissenberger (éd.), *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2^e éd., Zurich 2016, 1211 ss; SCARTAZZINI GUSTAVO, *Zum Institut der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde in der Sozialversicherungsrechtspflege*, RSAS 1993 313 ss; SEILER HANSJÖRG, *Rechtsfragen des Einspracheverfahrens in der Sozialversicherung*, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), *Sozialversicherungsrechtstagung 2007*, St-Gall 2007, 65 ss (cité: Einspracheverfahren); SEILER HANSJÖRG, art. 54 et art. 55, in Waldmann/Weissenberger, *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2^e éd., Zurich 2016, 1113 ss et 1121 ss (cités: Praxiskommentar); TANQUEREL THIERRY, *Manuel de droit administratif*, Genève/Zurich/Bâle 2011; TRAUB ANDREAS, *Gerichtsverfahren*, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), *Recht der Sozialen Sicherheit*, 175 ss (cité: Gerichtsverfahren); TSCHANEN PIERRE, art. 1, in Auer/Müller/Schindler (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zurich/St-Gall 2008, 25 ss; UHLMANN FELIX/WÄLLE-BÄR SIMONE, art. 45, art. 46 et art. 46a, in Waldmann/Weissenberger (éd.), *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2^e éd., Zurich 2016, 911 ss, 926 ss et 935 ss; VALLAT DAMIEN, *La nouvelle demande de prestation AI et les autres voies permettant la modification de décisions en force*, RSAS 2003 391 ss; WEBER-DÜRLER BÉATRICE, art. 25a, in Auer/Müller/Schindler (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zurich/St-Gall 2008, 354 ss.

I. Introduction

- 1 Les articles 56 à 62 LPGA sont consacrés au contentieux judiciaire en matière d'assurances sociales. Ils ne régissent toutefois pas l'ensemble de ce contentieux. En effet, ils ne s'appliquent que dans la mesure où les lois spéciales qui régissent les différentes branches du droit des assurances sociales renvoient à la LPGA (art. 2). Ils ne sont dès lors pas applicables en matière de prévoyance professionnelle, en l'absence de renvoi de la LPP à la LPGA¹. Les autres lois fédérales traditionnellement rattachées aux assurances sociales renvoient à la LPGA, mais elles excluent son application dans des domaines particuliers ou réservent des dispositions spéciales y dérogeant expressément (art. 1 des lois spéciales: LAA, LAM, LAMal, LAVS, LAI, LPC, LAPG, LAFam, LFA, LACI).
- 2 De manière générale, et abstraction faite de la prévoyance professionnelle, sont soumises à la LPGA les procédures portant sur la relation d'une personne assurée ou soumise à cotisation avec un assureur social (affiliation, cotisations, prestations)². Sont également soumises à la LPGA les relations entre employeurs et assureurs sociaux. Des exclusions

1 Sur le contentieux judiciaire en la matière, cf. art. 73 s. LPP.

2 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 2 N 37.

concernent en revanche d'autres procédures ne portant pas directement sur ces relations (art. 2 N 18 ss)³. Parmi les contentieux revêtant, en pratique, une importance notable et pour lesquels l'application de la LPGA est exclue, on mentionnera celui opposant assureurs sociaux et fournisseurs de prestations (par exemple les hôpitaux, médecins, infirmiers et laboratoires). Pour ce contentieux, des tribunaux arbitraux sont institués, devant lesquels la procédure n'est pas régie par les art. 56 ss LPGA (art. 27^{bis} LAI; art. 57 LAA; art. 1 al. 2 let. e, art. 89 LAMal; art. 27 LAM). Les questions tarifaires et celles liées à l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge d'une assurance sociale, de même que celles relatives aux subventions, sont en règle générale exclues du champ d'application de la LPGA (art. 1 al. 2 let. a LAA; art. 1 al. 2 LAM; art. 1 al. 2 let. a à c, art. 53 LAMal; art. 1 al. 2 LAVS; art. 1 al. 1 et 2, *a contrario*, art. 27, art. 74 ss LAI; art. 1 al. 1 et 2 *a contrario*, art. 17 ss LPC; art. 1 al. 3 LACI). La procédure relative au financement résiduel des soins et des frais d'hospitalisation par les cantons (art. 25a al. 5, art. 49a LAMal) est régie par le droit cantonal, la LPGA pouvant toutefois s'appliquer à titre de droit cantonal supplétif⁴. Les litiges découlant de la subrogation d'un assureur social dans les droits de l'assuré envers un tiers responsable se règlent devant les tribunaux compétents – généralement les tribunaux civils – pour connaître de l'action de la personne lésée, selon les mêmes voies de droit⁵; le principe et l'étendue de la subrogation sont toutefois réglés par la LPGA (art. 72 ss). Plusieurs dispositions spéciales excluent l'application de la LPGA pour tout ou partie des litiges relatifs à la responsabilité d'un organe d'une assurance sociale, de la Confédération ou des cantons pour les dommages causés à cette assurance (art. 70 al. 1 LAVS; art. 66 LAI; art. 25 al. 3 LFA; art. 25 LPC; art. 21 al. 2 LAPG; art. 89a al. 2 LACI; concernant la responsabilité de l'employeur en cas de non-paiement des cotisations, voir cependant art. 52 LAVS; art. 66 LAI; art. 21 al. 2 LAPG; art. 25 let. c LAFam; art. 25 al. 3 LFA; art. 6 LACI; art. 78 N 99 ss)⁶. On mentionnera encore les litiges entre assureurs, lorsqu'ils ne concernent pas la relation entre l'un des assureurs et une personne assurée (cf. art. 1 al. 2 let. d, art. 87 LAMal; art. 1 al. 1 let. c, art. 78a LAA; art. 57 N 15; art. 58 N 16)⁷. Enfin, les autorités fédérales appliquent la PA lorsqu'elles ne statuent pas sur des prestations, créances ou injonctions relevant du droit des assurances sociales, notamment lorsqu'elles agissent comme autorité de surveillance (art. 55 al. 2 LPGA); l'autorité de recours ordinaire est alors le Tribunal administratif fédéral⁸.

La procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la LTAF et la PA (art. 37 LTAF)⁹. Les art. 56 ss LPGA ne sont donc pas directement applicables devant cette autorité¹⁰. Le Tribunal administratif fédéral semble d'un autre avis et s'appuie sur l'art. 3 let. d^{bis} PA, qui exclut l'application de cette loi dans la mesure où la LPGA est

3 Sur ces questions, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 2 N 39 ss; SEILER, Einspracheverfahren, 72 ss.

4 ATF 140 V 563, c. 4.1; ATF 130 V 215, c. 6.3.2 (cf. ATF 140 V 58 c. 4.2; TF, 20.02.2018, 9C_305/2017, c. 1.1, non publié in ATF 144 V 84).

5 Cf. FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, 590 N 1801.

6 Sur ces questions, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 31 ss; RUBIN, Rem. 82 N 3.

7 ATF 138 V 426. Sur ces questions, EUGSTER, Krankenversicherung, N 1586 ss (assurance-maladie); FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 900 ss (assurance-accidents); KIESER, ATSG-Kommentar, art. 57 N 28 ss.

8 ATF 141 V 191.

9 Dans ce sens également: FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 573 N 245; TRAUB, Gerichtsverfahren, N. 5.5 et N. 5.8.

10 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 13.

applicable¹¹. On doit toutefois douter que cette réserve concerne bien la procédure de recours judiciaire. Les art. 56 ss LPGA ne mentionnent explicitement que la procédure devant les tribunaux cantonaux (art. 57, art. 58, art. 61, art. 62) et devant le Tribunal fédéral (art. 62), sans évoquer le Tribunal administratif fédéral. Par ailleurs, à supposer que les art. 56 ss LPGA soient applicables devant le Tribunal administratif fédéral, seules pourraient être directement pertinentes les dispositions qui ne se réfèrent pas expressément aux tribunaux cantonaux ou à la procédure devant ces tribunaux. Or, en l'état actuel de la législation, ces dispositions reprennent, pour les questions qu'elles traitent, des règles identiques à celles prévues par la PA, éventuellement la LTAF. Pour les questions qu'elles ne traitent pas et qui ne sont pas directement réglées dans la LTAF, la PA reste de toute façon applicable conformément à l'art. 37 LTAF, sous réserve de dispositions spéciales¹².

- 4 La procédure de recours devant les tribunaux cantonaux des assurances n'est pas exclusivement régie par les art. 56 ss LPGA et les dispositions spéciales des lois relatives aux différentes branches d'assurances sociales. L'art. 61 renvoie au droit cantonal de procédure pour ce qui n'est pas réglé par le droit fédéral. Par ailleurs, la Convention européenne des droits de l'homme, la Constitution fédérale ainsi que d'autres normes de droit international et fédéral imposent des standards minimaux (art. 57 N 1 ss; art. 61 N 1 ss).
- 5 En résumé, on retiendra que les art. 56 ss régissent la procédure de recours devant les tribunaux cantonaux des assurances dans les matières régies par la LPGA et pour lesquelles la législation spéciale ne prévoit pas d'autre autorité de jugement. Le droit fédéral définit quels sont les actes attaquables par voie de recours devant les tribunaux cantonaux des assurances (art. 56), à quelles conditions (art. 59), dans quel délai (art. 60) et à quel for (art. 58). Les cantons restent compétents pour définir l'organisation judiciaire et le déroulement de la procédure sous réserve de standards minimaux définis par le droit international, la Constitution fédérale et le droit fédéral, en particulier les art. 57 et 61 LPGA.

II. La décision comme objet de la contestation

A. Les principes

- 6 L'art. 56 al. 1 LPGA ouvre une voie de recours judiciaire contre les décisions rendues par un assureur social. *A contrario*, on doit en déduire que les tribunaux cantonaux des assurances ne peuvent pas être saisis conformément aux art. 56 ss LPGA en l'absence de décision, sous réserve du recours pour déni de justice ou retard injustifié (art. 56 al. 2).
- 7 La décision est un élément central et un pivot de la procédure administrative et de la procédure de recours de droit administratif¹³. Par la décision, l'administration fixe unilatéralement et de manière contraignante les droits et obligations d'un administré dans une situation concrète, conformément à la législation en matière de droit public, en règle

11 Parmi d'autres: TAF, 26.7.2016, C-1174/2014, c. 1; TAF, 10.5.2016, C-4529/2015, c. 1. Cette jurisprudence présente un certain flottement, dans la mesure où les art. 56 ss LPGA sont tantôt appliqués directement, tantôt par analogie (cf., parmi d'autres, TAF, 24.10.2013, C-3215/2012, c. 1.2, c. 2), et où le TAF se réfère tantôt à certaines lettres de l'art. 61 LPGA, tantôt à la PA, dans un même arrêt (cf., parmi d'autres, TAF, 17.4.2015, B-2579/2013, c. 1.3, c. 2.1 et c. 2.2; TAF, 23.11.2015, C-7338/2014, c. 1.1, c. 1.2, c. 1.3, c. 2.1, c. 2.2 et c. 2.3).

12 P.ex., art. 85^{bis} al. 2 et 3 LAVS. L'alinéa 2 de cette disposition (gratuité de la procédure) n'aurait au demeurant aucune utilité si l'art. 61 let. a LPGA était directement applicable.

13 MÜLLER M., art. 5 N 2.

générale au terme d'une procédure administrative formellement organisée¹⁴. En droit administratif suisse, la décision constitue ainsi le moyen privilégié de concrétiser, d'un point de vue procédural, le droit matériel, tout en garantissant une certaine protection juridique aux personnes auxquelles elle s'adresse¹⁵.

La décision – cas échéant la décision sur opposition – constitue non seulement l'aboutissement de la procédure devant les autorités administratives, mais également la condition préalable et le point de départ de la procédure de recours de droit administratif devant une autorité judiciaire¹⁶. Elle est l'objet du recours et détermine l'**objet de la contestation** («*Anfechtungsgegenstand*») qui peut être soumis à l'examen du juge. Dans la procédure de recours de droit administratif, ne peuvent ainsi être examinés et jugés que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. Si aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé¹⁷. Dans le même sens, les conclusions qui vont au-delà de l'objet de la contestation sont en principe irrecevables¹⁸.

Le principe de la décision administrative comme règlement des rapports de droit entre l'administration – ou les entités de droit privé délégataires d'une part de puissance publique – et les administrés est consacré, en droit des assurances sociales, par l'art. 49 al. 1 LPGA¹⁹. L'art. 52 LPGA prévoit par ailleurs un moyen de droit interne à l'administration, conduisant à une décision sur opposition. Dans la procédure de recours subséquente, la décision sur opposition a la même fonction que la décision, à laquelle elle se substitue²⁰. Par conséquent, seules les décisions sur opposition ou celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours. *A contrario*, les décisions contre lesquelles la voie de l'opposition est ouverte ne peuvent pas être attaquées directement devant les tribunaux cantonaux des assurances. Cette règle, qui contribue efficacement à décharger les tribunaux dans des procédures de masse, correspond à celle posée par l'art. 32 al. 2 let. a LTAF pour les litiges de la compétence du Tribunal administratif fédéral.

Les décisions contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont principalement celles rendues par les offices de l'assurance-invalidité (art. 69 al. 1 LAI), celles relatives à la responsabilité d'une corporation de droit public, d'une organisation fondatrice privée ou d'un assureur social en leur qualité de garants des activités des organes d'exécution des assurances sociales (art. 78 al. 1 et 4 LPGA) et les décisions incidentes d'ordonnement de la procédure (art. 52 al. 1 *in fine* LPGA; cf. art. 52 N 11)²¹. Les recours contre cette dernière catégorie de décision ne sont toutefois recevables qu'à des condi-

14 Cf. MOOR/POLTIER, 6, 179, 198; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 844 et N 849. Voir également, parmi d'autres, DUBEY/ZUFFEREY, N 861, N 865; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 325, N 869 ss; TANQUEREL, N 688 ss, N 787 ss.

15 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 326; TANQUEREL, N 688 ss.

16 MOOR/POLTIER, 6, 704; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 326, N 862; MÜLLER M., art. 44 N 2.

17 ATF 134 V 418, c. 5.2.1; ATF 132 II 382, c. 1.2.3; LOCHER/GÄCHTER, § 75 N 16; MEYER/VON ZWEHL, N 8; TRAUB, Gerichtsverfahren, N 5.125.

18 Cf. ATF 142 I 155, c. 4.4.2; ATF 134 V 418, c. 5.2.1; MEYER/VON ZWEHL, N 8.

19 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 521 N 93; LOCHER/GÄCHTER, § 71 N 1 ss.

20 ATF 140 V 70, c. 4.2; ATF 133 V 50, c. 4.2.2; ATF 131 V 407, c. 2.1.2.; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 52 N 60.

21 Pour d'autres décisions contre lesquelles la procédure d'opposition n'est pas ouverte, cf. art. 54 al. 3, 3^e phrase, art. 91 al. 2 LAVS; art. 105a LAA; art. 55 al. 2 LPGA; cf., aussi, SEILER, Einspracheverfahren, 73 ss.

tions restrictives, contrairement à ce que laisse entendre le texte de l'art. 56 al. 1 (cf. N 26 ss).

B. L'objet de la contestation et l'objet du litige

1. D'un point de vue matériel

- 11** La décision ou la décision sur opposition porte en principe sur un ou plusieurs **rappor(t)s juridique(s)** (par exemple, sur le droit de la personne assurée à une prestation d'assurance déterminée, telle qu'une indemnité journalière, une rente ou une indemnité pour atteinte à l'intégrité, des cotisations à verser par la personne assurée ou son employeur ou une obligation de restituer des prestations indûment versées). Le dispositif de la décision règle le rapport juridique comme tel (par exemple, l'Office de l'assurance-invalidité alloue une rente entière d'invalidité d'un montant mensuel de x CHF pour une période déterminée, puis une demie rente d'invalidité d'un montant mensuel de y CHF). La motivation de la décision se rapporte à l'ensemble des éléments de fait et de droit qui conduisent à ce dispositif (incapacité de travail, capacité résiduelle de travail, revenu hypothétique sans invalidité, revenu d'invalidité, taux d'invalidité, gain assuré, etc.). Chacun de ces éléments constitue l'un des aspects de la motivation, dont dépend finalement le dispositif de la décision²². En d'autres termes, la décision règle des droits et obligations, non des éléments de motivation²³.
- 12** La partie recourante définit, par ses conclusions, l'**objet du litige** («*Streitgegenstand*») soumis à l'examen du tribunal. Si la décision contestée porte sur un seul rapport juridique ou si elle est attaquée dans son ensemble, l'objet du litige et celui de la contestation se confondent. En revanche, lorsque la décision règle plusieurs rapports juridiques et que le recours ne porte que sur une partie d'entre eux, les rapports juridiques non contestés sont certes compris dans l'objet de la contestation, mais pas dans celui du litige²⁴.
- 13** Aucun des différents aspects du ou des rapport(s) juridique(s) formant l'objet du litige n'entre en force de chose décidée. Ils ne sont que des éléments de motivation de la décision contestée. Compte tenu de l'effet dévolutif du recours (N 53 ss), de la maxime inquisitoire et de la maxime d'office (art. 61 N 52 ss, N 74 ss), partiellement applicables à la procédure de recours en droit des assurances sociales, le pouvoir d'examen du juge porte sur tous les aspects du rapport juridique ou des rapports juridiques litigieux, y compris les aspects à propos desquels le recourant ne soulève aucun grief²⁵. Par exemple, le juge peut revoir la question du revenu hypothétique sans invalidité lorsqu'il est saisi d'un recours contre un refus de rente, quand bien même les parties ne discutent, en procédure de recours, que le revenu encore raisonnablement exigible dans une activité adaptée («revenu d'invalidité»). Le juge peut également envisager une réduction des prestations, pour faute de l'assuré, même si cette question n'avait pas été évoquée en procédure administrative; il veillera cependant à instruire la cause sur ce point et à respecter le droit d'être entendu de l'assuré²⁶.

22 ATF 125 V 413, c. 2b; MEYER-BLASER, Streitgegenstand, N 44 ss; MEYER/VON ZWEHL, N 16 s.

23 MEYER-BLASER, Streitgegenstand, 27.

24 ATF 125 V 413, c. 2a; MEYER/VON ZWEHL, N 9, N 11.

25 ATF 125 V 413, c. 2b et c. 2c; MEYER/VON ZWEHL, N 29.

26 ATF 136 V 362, c. 3.4 et c. 4.3.

2. *D'un point de vue temporel*

La décision ou la décision sur opposition faisant l'objet du recours détermine également l'objet de la contestation dans le temps. Le juge appelé à examiner le bien-fondé d'une décision doit prendre en considération l'état de fait déterminant jusqu'à la date de cette décision, cas échéant jusqu'à la date de la décision sur opposition. Les faits survenus postérieurement, et qui ont modifié cette situation, doivent normalement faire l'objet d'une nouvelle décision administrative²⁷. Dans les cas où l'administration doit statuer sur la base d'une évaluation prospective, les tribunaux devraient également se limiter à apprécier la validité de cette évaluation sur la base des faits survenus jusqu'à la décision litigieuse; les faits postérieurs ne devraient pas influencer cette appréciation²⁸. En revanche, des moyens de preuves recueillis ou établis après la décision litigieuse (rapports médicaux ou expertise, notamment) peuvent s'avérer pertinents dans la mesure où ils se rapportent à l'état de fait jusqu'à cette décision. Dans ce contexte, le tribunal devrait pouvoir prendre en considération les statistiques salariales publiées après la décision litigieuse, mais se rapportant à une période courant jusqu'à cette décision²⁹. Ces statistiques se rapportent à des faits, quand bien même le tribunal fédéral considère leur utilisation comme une question de droit (choix du tableau applicable, par exemple).

Lorsqu'un office de l'assurance-invalidité rend simultanément et avec effet rétroactif, en un ou plusieurs prononcés, des décisions par lesquelles il octroie une **rente d'invalidité temporaire ou échelonnée**, il règle un rapport juridique complexe: le prononcé d'une rente pour la première fois et, simultanément, son augmentation, son réduction ou sa suppression par application par analogie de la procédure de révision de l'art. 17 LPGA (art. 17 N 9). Même si le recourant ne met en cause la décision qu'à propos de l'une des périodes entrant en considération, c'est le droit à la rente pour toutes les périodes depuis le début éventuel du droit à la rente jusqu'à la date de la décision qui forme l'objet de la contestation et l'objet du litige dans cette situation³⁰. Si le recourant ne conteste pas l'octroi d'une rente entière pendant une année, mais uniquement sa réduction à une demie rente ou sa suppression après une année, par exemple, le tribunal est néanmoins saisi d'une contestation portant sur l'octroi de la rente entière comme sur sa réduction ou sa suppression. Il peut donc réformer la décision au détriment du recourant en supprimant purement et simplement la rente s'il estime que les conditions n'en sont pas remplies. A l'inverse, il peut allouer une rente pour une période antérieure à celle fixée par l'administration, quand bien même l'assuré n'aurait pas contesté cet aspect de la décision litigieuse. Il veillera toutefois au respect du droit d'être entendu des parties, en particulier en cas de *reformatio in pejus*³¹.

Les mêmes règles sont applicables lorsque dans une situation analogue, l'office de l'assurance-invalidité procède en deux temps après la procédure de préavis, comme cela est fréquemment le cas: d'abord en fixant le droit aux prestations pour la période courante, dans une première décision formelle; ensuite en fixant la rente pour la période précédente, dans une seconde décision formelle. Cette procédure permet de verser rapidement les prestations courantes et de laisser à la caisse de compensation le temps de calculer les

27 ATF 140 V 70, c. 4.2; ATF 131 V 242, c. 2.1; ATF 131 V 407, c. 2.1.2.1; TRAUB, Gerichtsverfahren, N 5.122.

28 Dans ce sens: ATF 121 V 362, c. 1b; ATF 110 V 99, c. 2. Voir cependant ATF 118 V 200, c. 3a; ATF 116 V 80, c. 6b; ATF 99 V 98, c. 4; TRAUB, Gerichtsverfahren, N 5.122.

29 Voir toutefois ATF 143 V 295, c. 4.1; TF, 6.7.2016, 9C_699/2015, c. 5.2.

30 ATF 125 V 413, c. 2d; MEYER, Streitgegenstand, N 57.

31 MEYER, Streitgegenstand, N 57.

prestations dues à titre rétroactif, en capital et intérêts, déduction faite des prestations compensées avec celles d'autres assureurs sociaux ou de tiers ayant versé des avances (cf. art. 71 LPGA; art. 85^{bis} RAI). Toutefois, même si l'assuré ne recourt que contre la première décision, le juge peut revoir le bien-fondé de la seconde décision relative à l'allocation de prestations pour une période antérieure³².

3. Cas particuliers

- 17 Trois types de décisions ne portent pas forcément sur un rapport juridique comme tel ou posent des questions spécifiques de délimitation de l'objet de la contestation en cas de recours:
- Certaines décisions ont pour objet de régler des questions procédurales, mais pas de trancher définitivement des questions de fond. Il s'agit des décisions incidentes d'ordonnement de la procédure (art. 52 al. 1 *in fine* LPGA)³³, ainsi que des décisions de refus d'entrer en matière sur une demande ou qui mettent fin à la procédure administrative pour des motifs procéduraux (N 18);
 - Les décisions de constatation rendues conformément à l'art. 49 al. 2 LPGA, parfois à titre préjudiciel, ne peuvent porter que sur un aspect d'un rapport juridique. En cas de recours contre une telle décision, l'objet de la contestation porte uniquement sur ce qui a été constaté dans la décision³⁴;
 - La décision de reconsidération porte sur un rapport juridique comme tel. Mais en cas de recours contre un refus de reconsidération, après une entrée en matière sur le principe, le contrôle juridictionnel se limite au point de savoir si les conditions de la reconsidération sont réunies (N 19 ss).
- 18 Le juge saisi d'un recours contre un **refus d'entrer en matière sur une nouvelle demande** de prestations de l'assurance-invalidité **ou sur une demande de révision** n'examinera pas le droit aux prestations comme tel. La contestation a uniquement pour objet le point de savoir si l'administration devait entrer en matière, autrement dit si une modification des circonstances a été rendue suffisamment plausible en procédure administrative pour justifier un examen plus approfondi par l'administration (cf. art. 87 al. 2 et 3 RAI)³⁵. Pour autant que cette dernière ait rendu la personne assurée attentive à ses obligations et lui ait imparti un délai raisonnable pour étayer sa demande en l'avertissant qu'à défaut, elle n'entrerait pas en matière, le juge ne prendra pas en considération de nouveaux moyens de preuve en procédure de recours, qui n'avaient pas déjà été produits en procédure administrative. Il examinera la situation sur la base du dossier dont disposait l'administration au moment où elle a statué³⁶. En cas d'admission du recours, il renverra la cause à l'administration pour qu'elle instruisse et statue sur le droit aux prestations.
- 19 **La reconsidération** est une possibilité dont dispose l'administration lorsque certaines conditions sont remplies (art. 53 al. 2 LPGA). Il ne s'agit pas d'une obligation, de sorte que l'administré ne peut pas exiger de l'administration qu'elle entre en matière sur une demande de reconsidération. Si l'administration rend une décision de refus d'entrée en matière, voire si elle refuse de rendre une décision, aucune voie de recours n'est ou-

32 TC VD (Casso), 23.4.2012, AI 282/11-137/2012, c. 2.

33 MEYER/VON ZWEHL, N 30.1.

34 MEYER/VON ZWEHL, N 30.3.

35 ATF 130 V 64, c. 3. Cette exigence est également applicable, par analogie, dans les domaines de l'assurance-accidents et de l'assurance-militaire (VALLAT, 396, avec les arrêts cités: TFA, 7.6.1994, U 119/92; TFA, 17.5.1995, M 1/95; voir également TF, 13.11.2007, U 55/07, c. 4.1).

36 ATF 130 V 64, c. 5.2.5; TF, 8.10.2015, 8C_308/2015, c. 3.2.

verte³⁷. En revanche, si elle entre en matière et examine si les conditions d'une reconsidération sont remplies, un recours est possible. Le contrôle juridictionnel dans la procédure de recours se limite au point de savoir si les conditions d'une reconsidération sont réunies. S'il le confirme, le juge doit en principe renvoyer la cause à l'administration pour qu'elle procède elle-même à un réexamen et en détermine les modalités³⁸. Cette jurisprudence semble laisser la possibilité à l'administration de ne reconsidérer que certains aspects de la décision initiale et de refuser toute reconsidération d'autres aspects de cette décision³⁹. Une telle marge d'appréciation n'existe toutefois pas en cas de reconsidération d'une décision au détriment de l'administré. En effet, l'administration ne saurait revoir une décision sur un point seulement sans permettre à son destinataire de s'assurer que la nouvelle décision est entièrement conforme au droit⁴⁰.

Le juge saisi d'un recours contre une décision de reconsidération peut le rejeter en procédant par substitution de motifs et en revoyant d'office certaines questions que l'administration n'avait pas abordées. On se trouve alors dans une situation analogue à la confirmation d'une décision de révision par substitution de motifs (cf. art. 17 N 50 ou art. 53 N 111 ss), le tribunal fondant son jugement sur les conditions d'une reconsidération, en veillant au respect du droit d'être entendu du recourant⁴¹. 20

En pratique, on retiendra que le tribunal peut confirmer ou refuser une reconsidération en examinant l'ensemble des aspects du rapport juridique litigieux, mais qu'il ne peut pas contraindre l'administration à modifier une décision en force en reconsidérant un aspect de cette décision sur lequel elle n'entendait pas revenir. Si l'administration a refusé d'entrer en matière sur la demande de reconsidération, la voie du recours n'est pas ouverte. 21

C. L'extension de la procédure de recours au-delà de l'objet de la contestation ou de l'objet du litige

Pour des motifs d'économie de procédure, les tribunaux cantonaux des assurances peuvent, exceptionnellement, étendre leur pouvoir d'examen à une question en état d'être jugée qui excède l'objet de la contestation, c'est-à-dire le rapport juridique visé par la décision, lorsque cette question est si étroitement liée à l'objet initial du litige que l'on peut parler d'un état de fait commun, et à la condition que l'administration se soit exprimée à son sujet dans un acte de procédure au moins⁴². La question excédant l'objet de la contestation doit être en l'état d'être jugée et les droits procéduraux des parties, en particulier le droit d'être entendu, doivent être respectés⁴³. Le rapport juridique externe à l'objet de la contestation ne doit pas avoir fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée⁴⁴. 22

Pour autant que ces conditions soient respectées, le tribunal cantonal des assurances peut étendre son pouvoir d'examen d'un point de vue temporel, en statuant sur le droit aux 23

37 Cf. ATF 133 V 50, c. 4.1 et c. 4.1.3.

38 ATF 119 V 475, c. 1b/cc; cf. également ATF 133 V 50, c. 4. Voir cependant, en relation avec le cas particulier de l'art. 77 RAVS; ATF 138 V 298, c. 5.2.1; ATF 124 V 324.

39 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 53 N 63, qui se réfère à TF, 20.5.2011, 9C_836/2010, c. 3.2.

40 Cf. ATF 140 V 77, c. 3.1.

41 Sur la confirmation d'une décision de révision par substitution de motifs: ATF 140 V 85, c. 4.2; ATF 125 V 368.

42 ATF 130 V 138, c. 2.1; ATF 130 V 503, c. 1.2; MEYER/VON ZWEHL, N 25.

43 ATF 130 V 138, c. 2.1; MEYER/VON ZWEHL, N 27; TRAUB, Gerichtsverfahren, N 5.133.

44 TF, 10.11.2014, 9C_636/2014, c. 3.1; TF, 4.1.2012, 9C_678/2011, c. 3.1; MEYER/VON ZWEHL, N 27; TRAUB, Gerichtsverfahren, N 5.133.

prestations pour la période postérieure à la décision contestée. Il peut également étendre son pouvoir d'examen d'un point de vue matériel, par exemple en statuant sur la question de la remise de l'obligation de restituer des prestations (cf. art. 25 al. 1, 2^e phrase LPGA), alors que le recours porte sur une décision relative à l'obligation de restituer comme telle⁴⁵.

- 24 Dans le même sens, le tribunal peut examiner un rapport juridique certes compris dans l'objet de la contestation, mais pas dans l'objet du litige, parce que le recourant n'a pris aucune conclusion à son propos. Les conditions relatives à l'extension du pouvoir d'examen au-delà de l'objet de la contestation sont applicables⁴⁶. Pour des motifs de sécurité du droit, le tribunal devrait toutefois se montrer particulièrement circonspect avant d'entreprendre une telle extension, dans la mesure où elle remet en cause la décision, en principe entrée en force, à propos d'un rapport juridique qui n'a pas fait l'objet d'un recours⁴⁷.
- 25 L'extension du pouvoir d'examen au-delà de l'objet de la contestation ou de l'objet du litige est une compétence dont dispose l'autorité de recours, mais dont elle n'est pas tenue de faire usage⁴⁸.

III. Le recours contre les décisions incidentes

A. Les principes

- 26 Le droit fédéral définit la notion de décision en droit des assurances sociales (art. 5 PA, par renvoi de l'art. 55 al. 1 LPGA) et précise quand une décision doit être rendue (art. 49 al. 1 et 2 LPGA; art. 25a PA, par renvoi de l'art. 55 al. 1 LPGA). Il régit également le point de savoir si et à quelles conditions celle-ci peut faire l'objet d'un recours devant une autorité judiciaire (art. 56, 59 LPGA). Il règle donc exhaustivement la question des actes attaquables devant les tribunaux cantonaux des assurances, dans le champ d'application de la LPGA⁴⁹. Le Tribunal fédéral considère qu'il définit également les conditions particulières d'un recours contre une décision incidente et se réfère sur ce point aux art. 45 et 46 PA, auxquels renvoie l'art. 5 al. 2 PA⁵⁰.
- 27 Les décisions incidentes sont toutes celles qui sont rendues en cours de procédure et constituent une étape vers la décision finale. Elles se distinguent des décisions finales en ce sens qu'elles ne mettent pas fin à la procédure ouverte devant l'autorité administrative ni ne statuent sur un objet dont le sort est indépendant de ce qui reste litigieux (décision partielle, qui est également considérée comme finale)⁵¹. Elles peuvent porter sur un point de procédure – on parle alors de décision incidente d'ordonnancement de la procédure

45 MEYER/VON ZWEHL, N 27, n. 64. Les art. 25 al. 1 LPGA et les art. 3 ss OPGA prévoient une procédure en deux temps, avec une décision relative à l'obligation de restituer puis, sur demande, une décision relative à la remise de cette obligation si l'assuré est de bonne foi et si la restitution le mettrait dans une situation difficile (cf. art. 25 N 30).

46 Cf. MEYER/VON ZWEHL, N 21, N 23.

47 MEYER/VON ZWEHL, N 22, N 27, sont au contraire moins restrictifs qu'en cas d'extension de l'objet de la contestation.

48 TFA, 21.4.1993, K 117/92; MEYER/VON ZWEHL, N 24 ss.

49 EGLI, 215 ss.

50 ATF 138 V 271, c. 1.2.1; ATF 137 V 210, c. 3.4.2.7; ATF 132 V 93, c. 6.1; cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 56 N 16 s., N 20, art. 55 N 24; FLÜCKIGER, *Verwaltungsverfahren*, N 4.222; TRAUB, *Gerichtsverfahren*, N 5.74. D'un autre avis: LOCHER/GÄCHTER, § 75 N 20.

51 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 582 N 263 s.

(non soumise à la procédure d'opposition; cf. art. 52 al. 1 *in fine* LPGA) – ou trancher, à titre préjudiciel, une question de droit matériel⁵². Un refus d'entrer en matière sur une demande en raison d'un défaut de collaboration (art. 43 al. 3 LPGA) est une décision finale dès lors qu'il met un terme à la procédure administrative⁵³. En revanche, une décision refusant l'assistance d'un avocat d'office pour la procédure administrative en cours est une décision incidente⁵⁴.

Le recours contre les décisions incidentes n'est admis qu'à des conditions restrictives pour éviter qu'une multiplication des recours ne ralentisse excessivement le déroulement d'une procédure. Ces conditions reposent sur des motifs d'économie de procédure⁵⁵ ou, en cas de risque de préjudice irréparable, sur la nécessité de garantir des voies de droit effectives conformément à l'art. 29a Cst⁵⁶. Dans tous les cas, le recours contre la décision incidente rendue séparément n'est recevable qu'à la condition que le recours soit ouvert contre la décision finale à rendre ultérieurement⁵⁷.

B. Le recours contre les décisions incidentes relatives à la compétence ou à une demande de récusation

Les décisions incidentes relatives à la compétence sont celles par lesquelles l'autorité constate sa compétence locale, matérielle et/ou fonctionnelle pour instruire et statuer⁵⁸. Un recours peut être directement interjeté devant le tribunal cantonal des assurances contre une telle décision rendue à titre incident. Si en revanche l'autorité nie sa compétence et refuse, pour ce motif, d'entrer en matière sur une demande, il s'agit d'une décision finale et la procédure d'opposition est ouverte⁵⁹. Un recours peut ensuite être interjeté aux conditions ordinaires d'un recours contre une décision finale.

La loi prévoit parfois une procédure spéciale, devant une autorité fédérale de surveillance, pour statuer sur la compétence d'une autorité. Ainsi l'art. 64 al. 6 LAVS prévoit-il que l'Office fédéral des assurances sociales statue sur la compétence de l'une ou l'autre caisse de compensation en matière d'affiliation. Les art. 55 al. 2 et 60 al. 3 LAI ainsi que les art. 40 al. 4 et 46 RAI renvoient également à l'Office fédéral des assurances sociales en cas de litige relatif à la compétence de l'un ou l'autre office de l'assurance-invalidité ou de l'une ou l'autre caisse de compensation. En assurance-chômage, l'art. 83 al. 1 let. r LACI désigne l'organe de compensation pour statuer sur la compétence *ratione loci* d'une autorité cantonale lorsque celle-ci est litigieuse⁶⁰. L'art. 78a LAA permet, enfin, à

52 Sur la notion de décision incidente en général et la distinction entre décision incidente d'ordonnement de la procédure, décision préjudicielle sur le fond («*materiellrechtlicher Zwischenentscheid*») et décision (finale) partielle sur le fond («*Teilentscheid*»), cf., parmi d'autres, DUBEY/ZUFFEREY, N 917 ss; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 905; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, art. 44 N 20 ss et art. 45 N 3; TRAUB, Gerichtsverfahren, N 5.75 ss, ainsi que l'ATF 142 II 20, c. 1.2; ATF 139 V 42, c. 2; ATF 136 V 131, c. 1; ATF 133 V 477, c. 4.

53 ATF 131 V 42.

54 ATF 139 V 600, c. 2.

55 MOOR/POLTIER, 713 s..

56 ATF 138 V 271, c. 3.1

57 Cf. ATF 133 III 645, c. 2.2.

58 CORBOZ, art. 92 N 10; KAYSER, art. 45 N 10; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, art. 45 N 16.

59 ATF 143 V 363, c. 1; TF, 27.1.2012, 9C_727/2010, c. 2, non publié in ATF 138 V 23; CORBOZ, art. 92 N 13; KAYSER, art. 45 N 3; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 406; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, art. 45 N 15.

60 Sur ces questions, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 35 N 23 ss.

l'Office fédéral de la santé publique de trancher, notamment, des conflits de compétence entre assureurs-accidents⁶¹. Les recours contre les décisions de ces autorités fédérales sont de la compétence du Tribunal administratif fédéral⁶².

- 31 Les décisions incidentes relatives à la récusation** portent sur une demande de récusation de toute personne appelée à rendre ou à préparer une décision au sens de l'art. 36 al. 1 LPGA, pour l'un des motifs mentionnés dans cette disposition ou par l'art. 10 al. 1 PA (par renvoi de l'art. 55 al. 1 LPGA). Outre les personnes qui prennent la décision, sont également concernées, notamment, les personnes appelées à réaliser une enquête ménagère dans le contexte de la méthode spécifique ou de la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité ou une enquête économique sur l'activité indépendante dans le cadre de la méthode extraordinaire d'évaluation de l'invalidité (art. 16 N 46 ss, N 53 ss, N 62 ss), les médecins-conseils d'une assurance-accidents ou d'une assurance-maladie, les médecins d'arrondissement de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents et les médecins des services médicaux régionaux de l'assurance-invalidité (SMR)⁶³, ainsi que les experts désignés conformément à l'art. 44 LPGA⁶⁴. Qu'elle soit positive ou négative, la décision relative à la demande de récusation est une décision incidente puisqu'elle ne met pas fin à la procédure⁶⁵.
- 32** Les décisions incidentes rendues séparément, relatives à la compétence ou à une demande de récusation et qui n'ont pas fait l'objet d'un recours dans les 30 jours (art. 60 al. 1 LPGA), ne peuvent plus être attaquées ultérieurement (art. 45 al. 2 PA). Les principes de la bonne foi et d'économie de la procédure imposent en effet d'invoquer aussitôt que possible l'incompétence de l'autorité ou un motif de récusation, sans attendre la décision finale pour, si cette dernière est défavorable, se prévaloir du vice devant l'autorité de recours⁶⁶. L'administré doit soulever la question dès qu'il a connaissance du motif d'incompétence ou de récusation; il lui est recommandé de demander une décision incidente pouvant faire l'objet d'un recours si l'autorité ne rend pas d'elle-même une telle décision⁶⁷. En cas de conflit négatif de compétence – c'est-à-dire lorsqu'une autorité décline sa compétence et transmet la cause à une autre autorité (art. 30 LPGA), qui elle-même refuse d'entrer en matière au motif que la première autorité saisie était en réalité compétente –, le délai de recours contre la première décision d'irrecevabilité ne commence pas à courir avant que la seconde autorité ait notifié sa décision. Le juge auquel les deux décisions sont déférées doit pouvoir examiner librement laquelle des deux autorités successivement saisies est compétente⁶⁸.
- 33** Si la violation des règles de compétence est grave au point de constituer un motif de nullité – et non seulement d'annulation – de la décision litigieuse, le juge peut le constater d'office, quand bien même aucune partie n'a soulevé la question en temps utile⁶⁹. De

61 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 900 ss.

62 Pour l'organe de compensation en matière d'assurance-chômage, art. 101 LACI. Pour l'OFAS ou l'OFSP comme autorités de surveillance: art. 31, art. 33 let. d LTAF, la LPGA n'étant pas applicable (cf. ATF 141 V 191 et KIESER, ATSG-Kommentar, art. 57 N 24).

63 Cf. ATF 123 V 331, c. 1b.

64 ATF 132 V 93, c. 6.3.

65 TF, 9.5.2012, 1B_243/2012, c. 1.3; TF, 4.6.2007, 9C_149/2007, c. 1; CORBOZ, art. 92 N 17.

66 ATF 143 V 66; ATF 140 I 271, c. 8.4.3; CORBOZ, art. 92 N 20; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, art. 45 N 23; KAYSER, art. 45 N 13.

67 Cf. UHLMANN/WÄLLE-BÄR, art. 45 N 11.

68 ATF 139 V 127, c. 5.3; ATF 135 V 153, c. 1.2.

69 Dans ce sens, cf. KAYSER, art. 45 N 14.

même, une violation des règles relatives à la récusation peut être constatée d'office, notamment dans le contexte de l'appréciation de la valeur probante d'un rapport d'expertise. Mais sauf cas grave, le juge ne devrait pas être tenu de compléter l'instruction pour vérifier le bien-fondé d'un tel grief lorsqu'il est soulevé tardivement.

C. Le recours contre les «autres décisions incidentes»

Les «autres décisions incidentes» au sens l'art. 46 PA sont toutes les décisions incidentes qui ne portent pas sur la compétence de l'autorité ni sur une demande de récusation. Il peut s'agir de décisions d'ordonnancement de la procédure ou, plus rarement, de décisions réglant, à titre préjudiciel, une question de droit matériel. Dans cette seconde hypothèse, un recours ne pourra être interjeté que si l'autorité maintient son point de vue dans une décision sur opposition. **34**

L'art. 46 al. 1 PA admet la recevabilité d'un recours contre une «autre décision incidente» dans deux hypothèses: soit la décision est de nature à entraîner un préjudice irréparable (let. a), soit elle a pour effet une procédure probatoire longue et coûteuse qui pourrait être évitée par une décision finale en cas d'admission du recours (let. b). S'il n'interjette pas un recours contre la décision incidente alors qu'il en aurait la possibilité ou si les conditions d'un tel recours ne sont pas remplies, l'administré peut encore la contester par un recours contre la décision finale, pour autant qu'il y ait encore un intérêt digne de protection (art. 59 LPGA). **35**

La recevabilité d'un recours contre une décision incidente en application de l'art. 46 al. 1 let. b PA n'est admise qu'aux deux conditions cumulatives suivantes: d'une part, elle éviterait une procédure probatoire longue et coûteuse et, d'autre part, l'admission du recours conduirait à un jugement final⁷⁰. Cela ne devrait être qu'exceptionnellement le cas dans le contentieux soumis aux tribunaux cantonaux des assurances. **36**

Un préjudice irréparable au sens de l'art. 46 al. 1 let. a PA peut être de nature factuelle ou juridique⁷¹. Il doit avoir sa cause dans la décision incidente attaquée et son caractère irréparable tient généralement au désavantage que subirait le recourant s'il devait attendre la décision finale pour recourir contre la mesure prise (ou refusée) par décision incidente⁷². Le recourant doit rendre vraisemblable le risque d'un tel préjudice en démontrant son intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification immédiate de la décision incidente⁷³. Le simple intérêt à éviter une prolongation de la procédure et les frais qu'elle entraîne est insuffisant, à moins que le recourant démontre un risque sérieux de retard injustifié à statuer⁷⁴. **37**

La procédure administrative menant à une décision sur les droits et obligations d'un assuré implique de nombreux actes préparatoires, tels que l'administration de preuves, un rappel de l'assuré à certaines de ses obligations, avec une mise en demeure, etc. Certains d'entre eux sont des «actes matériels» («*Realakte*») qui ne donnent pas lieu à une déci- **38**

70 UHLMANN/WÄLLE-BÄR, art. 46 N 22 ss; KAYSER, art. 46 N 16 ss; CORBOZ, art. 93 N 19 ss.

71 ATF 130 II 149, c. 1.1; ATF 120 Ib 97, c. 1c.

72 BOVAY, 476.

73 ATF 131 V 362, c. 3.1; ATF 126 V 244, c. 2a; BOVAY, 476; UHLMANN/WÄLLE-BÄR, art. 46 N 7.

74 CORBOZ, art. 93 N 16; cf. également ATF 138 III 190, c. 6; ATF 134 IV 43; ATF 130 V 90, c. 1, relatifs à des décisions de suspension de procédure. Le TF assimile dans ce cas le recours à un recours pour déni de justice, recevable indépendamment de la condition du risque de préjudice irréparable.

sion. L'assuré peut toutefois exiger qu'une décision – incidente – soit rendue s'il dispose d'un intérêt digne de protection à ce que l'autorité s'abstienne d'un tel acte (art. 25a PA). Généralement, cet intérêt se recoupe, en cas de recours contre la décision incidente, avec l'intérêt digne de protection à l'annulation immédiate de la décision en question⁷⁵. Si une protection juridique efficace peut être garantie ultérieurement, au moyen d'une décision relative aux droits et obligations de l'administré au sens de l'art. 5 PA, il n'y a pas de place pour une décision fondée sur l'art. 25a PA⁷⁶. Si l'administration rend néanmoins une décision incidente, le tribunal n'est pas lié par son appréciation et peut considérer qu'il n'y a pas de risque de préjudice irréparable justifiant la recevabilité d'un recours contre cette décision.

- 39** La procédure par laquelle l'administration rend une personne assurée attentive à son obligation de diminuer le dommage en se soumettant à un traitement médical ou à une mesure de réadaptation, en l'avertissant qu'à défaut les prestations seront réduites ou refusées temporairement (art. 21 al. 4 LPGA), ne donne pas lieu à une décision incidente susceptible de recours. Il en va de même de la **mise en demeure** relative à l'obligation de collaborer à l'instruction (art. 43 al. 3 LPGA)⁷⁷. En d'autres termes, ces sommations ne comportent pas de risque de préjudice irréparable. Un recours pourra être interjeté contre la décision constatant le non-respect de l'injonction et réduisant ou refusant temporairement les prestations.
- 40** Pendant longtemps, le Tribunal fédéral a considéré que les mesures prises en vue d'une **expertise** en procédure administrative constituaient des actes matériels qui n'avaient pas à faire l'objet d'une décision et contre lesquels aucune voie de recours n'était ouverte, hormis si l'assuré entendait faire valoir des motifs «formels» de récusation contre l'expert (art. 36 al. 1 LPGA et art. 10 PA)⁷⁸. D'autres motifs pertinents (motifs «matériels») de contester le choix de l'expert, qui ne remettaient pas directement en cause son impartialité, mais plutôt la qualité du rapport qu'il pourrait être amené à établir (critiques relatives au domaine de spécialisation ou aux compétences de l'expert, par exemple), ne pouvaient être examinés par le juge qu'une fois celui-ci saisi d'un recours contre la décision au fond, dans le cadre de l'appréciation des preuves⁷⁹.
- 41** Cette jurisprudence a fait l'objet d'un réexamen. Désormais, le Tribunal fédéral considère au contraire qu'un consensus doit être recherché avec l'assuré sur la personne de l'expert et qu'à défaut, l'assureur social doit rendre une décision à ce propos. L'administration doit consulter l'assuré sur les questions à poser à l'expert avant la réalisation de l'expertise et rendre une décision en cas de désaccord (art. 44 N 6 s. et N 18 ss)⁸⁰. Cas échéant, l'assuré dispose d'un intérêt digne de protection pour recourir immédiatement contre la décision incidente relative au principe même de l'expertise, au motif qu'il s'agi-

75 Cf. ATF 140 II 315, c. 4.2; ATF 136 V 156, c. 4.3; TF, 12.3.2012, 1C_455/2011, c. 4.4; SEILER, Einspracheverfahren, 79.

76 ATF 140 II 315, c. 3.1; ATF 136 V 156, c. 4.3; HÄNER, Praxiskommentar, art. 25a N 36; WEBER-DÜRLER, art. 25a N 31.

77 TF, 19.2.2015, 9C_548/2014; TF, 17.10.2012, 8C_510/2011, c. 3.

78 ATF 132 V 93, c. 5; ATF 133 V 446 (contestations relatives à l'expert choisi ou aux questions à lui adresser avant l'expertise); ATF 136 V 156, c. 3 (contestation du principe même de l'expertise au motif qu'il s'agit d'une «*second opinion*» inutile à l'établissement des faits).

79 ATF 132 V 93, c. 6.5.

80 ATF 137 V 210, c. 3.4.2.6, c. 3.4.2.7 et c. 3.4.2.9; ATF 141 V 330, c. 2 ss. Sur la procédure de désignation de trois experts ou plus pour une expertise pluridisciplinaire (en assurance-invalidité uniquement): cf. ATF 140 V 507, c. 3.

rait d'une simple « *second opinion* » inutile à l'établissement des faits. Il peut contester le choix de l'expert, par un recours devant le tribunal cantonal des assurances, non seulement s'il entend faire valoir des motifs formels de récusation, mais également pour tout autre motif pertinent au sens de l'art. 44 LPGA (motifs « matériels » de contester le choix de l'expert) (art. 44 N 42 ss)⁸¹.

Le choix de mandater la plateforme SuisseMED@P pour désigner un centre d'expertise pluridisciplinaire ne comporte pas de risque de préjudice irréparable pour la personne assurée⁸². A ce stade, l'assuré peut néanmoins contester devant le juge la nécessité d'une telle expertise ou le choix des domaines de spécialisation compris dans le mandat d'expertise⁸³. Le Tribunal fédéral considère également que la désignation d'un centre d'expertise comme tel ne comporte pas de risque de dommage irréparable. L'assuré ne peut faire valoir d'éventuels motifs de récusation (formels ou matériels) qu'à l'égard des experts ensuite désignés par ce centre⁸⁴. Il devrait néanmoins pouvoir soulever d'éventuels motifs de récusation formels contre la direction d'un centre d'expertise, qui sera finalement en charge de désigner concrètement des médecins. Enfin, le fait qu'un expert ou un centre d'expertise soit fréquemment désigné par un assureur social, ou qu'il en retire une part importante de ses revenus, n'est pas un motif pertinent de l'écarter⁸⁵, ce qui devrait conduire au rejet du recours fondé sur ce grief.

En cas de refus d'un assureur social d'adresser à l'expert une question proposée par l'assuré, il n'y a pas de risque de dommage irréparable si la question litigieuse reformulée de manière plus suggestive l'une de celles déjà proposées par l'assureur ou si elle est sans rapport avec les faits à éclaircir par expertise (par exemple parce qu'elle porte sur une notion juridique qui n'est pas de la compétence de l'expert)⁸⁶. Le risque de préjudice irréparable doit être apprécié de cas en cas si la question n'est en soit pas dépourvue de pertinence, mais qu'elle pourrait être posée après l'expertise si elle s'avère encore utile. Il s'agit de déterminer si le fait de poser la question litigieuse après la rédaction du rapport d'expertise principal placerait ou non l'assuré dans une situation procédurale moins favorable⁸⁷. Dans ces différentes situations, on doit toutefois se demander si l'analyse à effectuer par le juge ne relève pas d'un examen du bien-fondé du recours plutôt que de sa recevabilité. Le juge prendra en considération, dans cette analyse, l'intérêt à limiter raisonnablement la liste des questions adressées à l'expert, en réservant d'éventuelles questions complémentaires à lui adresser par la suite si elles s'avèrent encore pertinentes.

La recevabilité d'un recours contre la désignation d'un expert, au motif que l'assureur n'a pas recherché un consensus sur la personne de l'expert, est discutable. Le Tribunal fédéral admet la recevabilité du recours devant le tribunal cantonal⁸⁸. Il précise toutefois que l'assuré ne peut exiger un choix consensuel de l'expert que s'il oppose des motifs pertinents de nature formelle ou matérielle contre la désignation de l'expert initialement proposé par l'assureur⁸⁹. En réalité, la jurisprudence fédérale garantit ainsi le droit d'être en-

81 ATF 137 V 210, c. 3.4.2.2, c. 3.4.2.4 et c. 3.4.2.7; en assurance-accidents, cf. ATF 138 V 318, c. 6.1.

82 ATF 139 V 339, c. 4.5.

83 ATF 140 V 507, c. 3.1 (cf. ATF 139 V 339, c. 4.6).

84 ATF 137 V 210, c. 1.3.3 et c. 3.4.2.8; TF, 18.12.2015, 8C_599/2014, c. 3.3.

85 ATF 137 V 210, c. 1.3.3 et c. 3.4.2.7.

86 Cf. ATF 141 V 330, c. 6.2.2 à 6.2.4.

87 Cf. ATF 141 V 330, c. 8.1.

88 TF, 3.7.2013, 9C_207/2012, c. 1.2.6 et c. 1.2.7, non publiés in ATF 139 V 349.

89 Cf. TF, 30.6.2015, 9C_401/2015, c. 3; TF, 6.9.2013, 9C_560/2013, c. 2.3.

tendu sur la personne de l'expert envisagé par l'assureur, celui de le récuser pour des raisons pertinentes (formelles ou matérielles) et de formuler des contre-propositions (art. 44 LPG). En revanche, un consensus implique par définition un accord de volonté auquel le tribunal ne peut contraindre une partie. Un renvoi pour obliger l'assureur social à rechercher un accord dans un cas particulier serait donc illusoire⁹⁰. Au final, le tribunal n'entrera donc en matière que si le recourant soulève des motifs de récusation formelle ou matérielle contre la personne de l'expert. Si ces griefs sont fondés, le tribunal renverra la cause pour désignation d'un nouvel expert en concertation avec l'assuré. Dans le cas contraire, le recours devrait être rejeté⁹¹. Cela étant précisé, les assureurs sociaux ne négligeront pas l'influence que le mode de désignation d'un expert peut avoir sur l'appréciation que le tribunal portera finalement sur la valeur probante de l'expertise.

- 45 Le risque de préjudice irréparable au sens de l'art. 46 al. 1 PA doit être admis en cas de suppression ou de réduction des prestations par une décision de **mesure provisionnelle**⁹², ou en cas de refus de l'assistance d'un **conseil d'office** pour la procédure administrative en cours⁹³. Il est nié en cas de recours contre une décision refusant d'envoyer au mandataire d'un assuré des **copies du dossier** plutôt que le dossier original⁹⁴ ou contre une décision de **suspension de procédure**, pour autant qu'un risque sérieux de déni de justice ou retard injustifié ne soit pas démontré (N 37 *if.*). Le Tribunal administratif fédéral admet un risque de préjudice irréparable si l'administration exclut l'**accompagnement par un représentant** lors d'une enquête ménagère. De notre point de vue, toutefois, la personne assurée peut refuser de se soumettre à la mesure d'instruction dans les conditions exigées par l'administration, qui doit alors procéder par mise en demeure (art. 43 al. 3 LPG). La mise en demeure n'entraîne en principe pas de risque de préjudice irréparable dans une telle situation (N 39).

IV. Le recours pour refus de statuer ou retard injustifié à statuer

- 46 L'art. 29 al. 1 Cst. garantit à toute personne le droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Une décision rendue dans un délai raisonnable est également, en règle générale, un préalable nécessaire en procédure administrative suisse pour garantir à toute personne de pouvoir faire entendre sa cause dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial au sens de l'art. 6 § 1 CEDH (N 8; art. 57 N 2).
- 47 Le refus de statuer sur une demande ou la violation de l'obligation de statuer dans un délai raisonnable constitue un déni de justice formel. **L'art. 56 al. 2 LPG** ouvre une voie de recours pour s'en plaindre devant le tribunal cantonal des assurances qui serait compétent pour statuer sur le recours contre la décision attendue⁹⁵. Lorsque la voie de droit or-

90 Cf. ATF 140 V 507, c. 3.2.2; TF, 13.1.2014, 8C_512/2013, c. 3.5. Selon ce dernier arrêt: «*Ein Rechtsanspruch auf konsensuale Bestimmung der Gutachterstelle besteht somit nicht. Im Falle des Scheiterns einer Konsenssuche bliebe die von der IV-Stelle zu treffende Verfügung davon unbeeinflusst*».

91 Cf. TC VD (Casso), 26.8.2013, AI 143/12, c. 4. La jurisprudence cantonale n'est pas uniforme: cf., parmi d'autres, TC GE, 25.10.2016, ATAS/869/2016, c. 8c.

92 Parmi d'autres: TAF, 20.01.2015, C-2327/2014 c. 1.2.3. En cas de mesure superprovisionnelle prise sans entendre l'assuré, cf. TC VD (Casso), 07.11.2011, AI 194/11, c. 3c.

93 TF, 7.4.2017, 8C_669/2016, c. 1; TF, 3.2.2016, 8C_911/2015, c. 1; TF, 25.9.2008, 8C_530/2008, c. 2. Si la procédure administrative est close, en revanche, cf. ATF 139 V 600, c. 2.3.

94 ATF 139 V 492, c. 4.

95 Cf. ATF 130 V 90, c. 2; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1302, N 1308.

dinaire contre cette décision est une opposition devant la même autorité, le recours peut être interjeté directement devant le tribunal qui serait compétent en cas de recours contre la décision sur opposition⁹⁶. Peut former recours celui qui disposerait d'un intérêt digne de protection à recourir contre cette décision⁹⁷. La procédure de recours a pour objet de déterminer s'il y a ou non violation de l'obligation de statuer dans un délai raisonnable. Si le tribunal constate une telle violation, il doit renvoyer la cause à l'administration avec pour consigne d'entreprendre ou de poursuivre immédiatement l'instruction, ou encore de statuer sans délai. Le tribunal n'a en revanche pas à se saisir de l'objet de la demande présentée à l'administration ni d'autres conclusions matérielles du recourant⁹⁸. Si l'autorité rend finalement la décision attendue avant que le tribunal ne se prononce, le recours pour déni de justice devient sans objet⁹⁹. Demeurent réservées d'éventuelles conclusions tendant explicitement au constat d'un retard injustifié à statuer à titre de réparation morale¹⁰⁰. Si la procédure est simplement radiée du rôle au motif qu'elle est devenue sans objet, le juge répartit les frais et dépens en prenant en considération l'issue probable du litige si un jugement avait été rendu, ainsi que le comportement des parties en procédure¹⁰¹. Le constat formel d'un déni de justice n'est donc pas nécessaire pour mettre les frais et dépens à la charge de l'autorité intimée.

Il y a **refus de statuer** constitutif de déni de justice lorsqu'une autorité ne rend pas de décision formelle pouvant faire l'objet d'un recours – ne serait-ce qu'une décision constatant l'irrecevabilité de la demande – alors qu'elle serait tenue de le faire selon la législation. Ce refus peut être explicite ou tacite, soit que l'autorité communique à l'administré, de manière informelle (par téléphone, courrier électronique ou simple lettre), qu'elle ne statuera pas, soit qu'elle ne lui donne aucun signe concret de son intention de se saisir de la demande. Si l'autorité rend une décision formelle par laquelle elle constate l'irrecevabilité de la demande, sa décision peut faire l'objet d'un recours ordinaire aux conditions de l'art. 56 al. 1 LPGA et non d'un recours pour déni de justice au sens de l'art. 56 al. 2 LPGA¹⁰².

Il y a **retard injustifié à statuer** lorsque l'administration diffère sa décision ou sa décision sur opposition (cf. art. 52 al. 2 LPGA) au-delà de tout délai raisonnable. Pour apprécier le caractère raisonnable ou non de la durée de la procédure, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances, en particulier de la complexité de la procédure, du temps nécessaire à son instruction, du comportement des parties et de l'urgence de l'affaire compte tenu des intérêts en jeu¹⁰³. Il appartient notamment à l'administré de faire ce qui est en son pouvoir pour que l'autorité fasse diligence, en l'interpellant à ce propos si nécessaire¹⁰⁴. La surcharge de travail de l'autorité ou le manque de moyens techniques sont en revanche dépourvus de pertinence¹⁰⁵. Des «temps morts» ne justifient pas d'emblée

96 TANQUEREL, N 1502; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1302.

97 ATF 133 V 188, c. 3.2.

98 TF, 11. 8. 2016, 9C_366/2016, c. 3; TF, 13. 8. 2012, 8C_336/2012, c. 3, non publié in ATF 138 V 318; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 56 N 24 s., N 36; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1312.

99 ATF 125 V 373, c. 1.

100 ATF 129 V 411, c. 1.3.

101 ATF 125 V 373, c. 2.

102 Cf. MÜLLER M., art. 46a N 4 s.

103 ATF 131 V 407, c. 1.1; ATF 130 I 312, c. 5.2; ATF 125 V 188, c. 2a; CORBOZ, art. 94 N 10.

104 Cf. ATF 130 I 312, c. 5.2; ATF 125 V 373, c. 2 (relatif aux frais de procédure); TF, 6. 4. 2011, 9C_441/2010, c. 3; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1309.

105 ATF 130 I 312, c. 5.2; ATF 125 V 188, c. 2a.

un constat de retard injustifié à statuer, mais seront intégrés dans une appréciation globale de la durée de la procédure¹⁰⁶.

- 50** Le recours pour refus de statuer ou retard injustifié à statuer peut être interjeté en tout temps (cf. art. 50 al. 2 PA; art. 100 al. 7 LTF). Dès lors que le recourant se plaint d'un comportement passif de l'autorité, on ne peut identifier aucun événement à partir duquel un délai pourrait commencer à courir¹⁰⁷. Certaines décisions incidentes d'ordonnance de la procédure peuvent cependant avoir pour effet de la retarder (décisions de suspension de procédure, décision d'administrer une expertise, par exemple). Le justiciable est en droit de contester ces décisions incidentes, dans le délai ordinaire de 30 jours (art. 60 al. 1 LPGA), au motif qu'elles pourraient entraîner un retard injustifié¹⁰⁸. Le point de savoir si, n'ayant pas été attaquées dans le délai, ces décisions peuvent encore être contestées ultérieurement par un recours pour déni de justice, dépend des circonstances et du principe de bonne foi en procédure¹⁰⁹. On admettra, par exemple, qu'un administré doit préalablement demander à l'autorité la levée de la suspension de procédure avant d'interjeter un recours pour déni de justice.
- 51** Le Tribunal fédéral considère que l'autorité saisie d'une opposition à une décision doit procéder aux mesures d'instruction utiles et statuer sur le droit aux prestations. Un simple renvoi pour instruction complémentaire et nouvelle décision à l'autorité qui a rendu la décision frappée d'opposition est constitutif d'un déni de justice¹¹⁰. Il en va de même concernant l'octroi systématique de délais de réponse de quatre mois par une autorité de recours¹¹¹. Le Tribunal fédéral n'a en revanche pas admis un retard injustifié à statuer lorsque l'autorité n'a pas encore rendu de décision onze mois après un jugement de renvoi lui imposant de recalculer le montant d'une rente et de compléter l'instruction relative aux prétentions en compensation d'un service d'aide sociale¹¹². Il a qualifié de «limite» une procédure demeurée prête à être traitée pendant seize mois, mettant tout de même à la charge de l'autorité intimée les frais et dépens de la procédure de recours pour déni de justice, devenue sans objet¹¹³.
- 52** Si un assuré souhaite contester le fonctionnement de la plateforme SuisseMED@P pour l'attribution aléatoire des mandats d'expertises pluridisciplinaires – certaines circonstances laissant penser qu'elle ne fonctionne pas, ou pas correctement pour certains types d'expertises –, il lui appartient de saisir l'autorité de surveillance des offices de l'assurance-invalidité dont dépend cette plateforme, à savoir l'Office fédéral des assurances sociales. Il n'appartient pas aux autorités judiciaires de statuer sur ce point dans le cadre d'un recours pour déni de justice. Mais saisi d'un tel recours, les tribunaux doivent néanmoins examiner l'influence du retard pris sur l'ensemble de la procédure et déterminer si le temps écoulé fait apparaître l'absence de décision finale comme un retard injustifié¹¹⁴. Le Tribunal fédéral a notamment considéré qu'un délai de seize mois pour la dé-

106 ATF 124 I 139.

107 CORBOZ, art. 94 N 13, art. 100 N 33.

108 ATF 138 III 190, c. 6 (suspension de la procédure); TF, 3.7.2013, 8C_1014/2012, c. 4, c. 7.2 (expertise; l'arrêt souligne toutefois le large pouvoir d'appréciation de l'autorité sur l'opportunité de compléter l'instruction).

109 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1305. Plus strict: MÜLLER M., art. 46a N 10.

110 ATF 131 V 407.

111 ATF 126 V 244.

112 TFA, 15.6.2005, I 241/04, c. 3.2.2.

113 TF, 24.9.2007, 9C_190/2007.

114 TF, 26.5.2015, 9C_140/2015, c. 5; TF, 22.4.2016, 9C_547/2015, c. 5.2.

signation d'un centre d'expertise par la plateforme SuisseMED@P, depuis la date d'enregistrement du dossier sur cette plateforme, pour une demande de révision déposée près de deux ans auparavant et qui avait jusqu'alors suivi son cours régulier et normal, n'avait pas encore entraîné de retard injustifié à statuer. Le Tribunal fédéral a néanmoins souligné que la procédure d'expertise s'inscrivait dans le contexte transitoire de la mise en place de la plateforme SuisseMED@P, à la suite de l'ATF 137 V 210¹¹⁵. Des exigences plus élevées devraient être posées au terme de cette situation transitoire.

V. Les effets du recours

A. L'effet dévolutif

Le recours au tribunal cantonal des assurances est un moyen de droit ordinaire; il a un effet dévolutif. Dès le dépôt du recours, l'administration perd ainsi la maîtrise sur l'objet du litige, qui passe au tribunal¹¹⁶. Celui-ci est désormais compétent pour ordonner des mesures provisionnelles et statuer sur l'effet suspensif, procéder à des mesures d'instruction, allouer ou refuser l'assistance judiciaire et statuer sur l'objet du litige¹¹⁷. S'il déclare le recours irrecevable, la décision administrative est maintenue et entre en force. S'il entre en matière et statue sur le fond, son jugement remplace la décision administrative et, en cas de recours, constitue l'objet de la contestation devant le Tribunal fédéral¹¹⁸. Cela vaut également si le tribunal se limite, dans le dispositif du jugement, à rejeter le recours. On doit alors admettre que le tribunal reprend à son compte le dispositif de la décision litigieuse¹¹⁹. 53

La portée de l'effet dévolutif est atténuée par l'art. 53 al. 3 LPGA, qui prévoit que l'autorité peut reconsidérer la décision contestée jusqu'à l'envoi de son préavis à l'autorité de recours. Dans ce contexte, l'autorité peut revoir librement sa décision, en faveur du recourant, sans être liée par les conditions restrictives de la reconsidération d'une décision entrée en force (cf. art. 53 al. 2 LPGA; art. 53 N 104)¹²⁰. Si la nouvelle décision rendue *pendente lite* fait entièrement droit aux conclusions du recourant, le recours devient sans objet et la cause doit être radiée du rôle¹²¹. Dans le cas contraire, la procédure se poursuit à propos de ce qui reste litigieux, sans qu'il soit nécessaire de recourir contre la nouvelle décision¹²². Parfois, la cause ne fait que partiellement droit aux conclusions du recourant, mais celui-ci s'en satisfait. En cas de doute, le tribunal clarifiera la situation, par exemple en informant les parties de son intention de radier la cause du rôle et en les invitant à soulever d'éventuelles objections si la cause leur paraît encore avoir un objet. Dans ces circonstances, le consentement à la radiation du rôle peut équivaloir à un retrait partiel du recours. 54

Malgré l'art. 53 al. 3 LPGA, l'administration ne peut pas réformer *pendente lite* la décision contestée au détriment du recourant. Cas échéant, la nouvelle décision est nulle et constitue une simple proposition au tribunal¹²³. Il en va de même si la décision de recon- 55

115 TF, 22.4.2016, 9C_547/2015, c. 6. Voir également TC VD (Casso), 13.12.2016, AI 54/16, c. 7.

116 ATF 136 V 2, c. 2.5; FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 564 N 220.

117 SEILER, Praxiskommentar, art. 54 N 4 ss.

118 ATF 130 V 138, c. 4.2.

119 KIENER, art. 54 N 16; SEILER, Praxiskommentar, art. 54 N 16.

120 ATF 107 V 192.

121 Sur les frais et dépens éventuels, cf. art. 61 N 35, N 123.

122 ATF 113 V 237.

123 ATF 127 V 228, c. 2b/bb; TFA, 12.3.2004, P 7/02, c. 3.2.

sidération est rendue après que l'autorité a déjà donné son préavis sur le recours¹²⁴. On admettra une interprétation large de la notion de préavis, en ce sens qu'elle recouvre toutes les déterminations produites dans le cadre de l'échange d'écriture ordinaire; une reconsidération devrait donc être possible jusqu'à la fin de cet échange¹²⁵.

- 56** L'effet dévolutif n'empêche pas l'administration de procéder à des actes d'instruction simples en vue de se déterminer sur le recours, notamment au regard des arguments éventuellement nouveaux présentés avec le recours¹²⁶. Elle peut demander des avis médicaux sur dossier à son service médical ou à son médecin-conseil, demander des renseignements complémentaires à d'autres médecins ou consulter des pièces auprès d'autres autorités ou assureurs sociaux (art. 32 LPGA)¹²⁷. Elle ne peut pas, en revanche, à tout le moins sans l'accord du recourant et d'éventuels tiers intéressés, procéder à des mesures d'instruction plus longues ou complexes, telles qu'une expertise, en vue d'une reconsidération de la décision contestée¹²⁸. D'éventuels témoins doivent être entendus par le tribunal si leurs affirmations sont contestées¹²⁹.
- 57** Lorsque le tribunal s'est prononcé sur le fond, même s'il a rejeté le recours, l'administration ne peut pas reconsidérer ni procéder à une révision procédurale du jugement. Une fois celui-ci en force, seul le tribunal peut le revoir, aux conditions habituelles de la révision d'un jugement (art. 61 let. i LPGA). En revanche, si le jugement porte sur un rapport de droit durable, l'administration peut adapter le rapport en question à une modification des circonstances, pour la période postérieure à celle sur laquelle s'est prononcé le tribunal (révision au sens de l'art. 17 LPGA)¹³⁰. L'effet dévolutif ne porte en effet que sur l'objet du litige dont le tribunal est saisi, ce qui vaut aussi en ce qui concerne la délimitation de cet objet dans le temps (N 14 ss). Pour le même motif, un recours devant le tribunal cantonal des assurances n'empêche pas l'administration d'instruire et de statuer à propos de la période postérieure à la décision contestée devant le tribunal, en vue de tenir compte d'une éventuelle modification déterminante des circonstances¹³¹. Le jugement à rendre pourrait toutefois constituer un motif de révision procédurale de la nouvelle décision.
- 58** Le recours contre une décision incidente a également effet dévolutif. L'objet du litige étant toutefois limité à la question tranchée par la décision incidente, l'administration reste compétente pour poursuivre l'instruction et statuer sur tous les points non concernés par cette décision. Dans le même sens, l'objet du litige en cas de recours pour déni de justice est limité à la question du refus ou du retard injustifié à statuer. L'administration reste compétente pour instruire et statuer sur la demande dont elle est saisie, ce qui pourra rendre le recours sans objet (N 47)¹³².

124 ATF 109 V 234, c. 2.

125 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1066; MÄCHLER, art. 58 N 12. Plus larges: PFLEIDERER, N 36; HISCHE, 457.

126 SEILER, Praxiskommentar, art. 54 N 11.

127 Cf. ATF 136 V 2.

128 ATF 127 V 228.

129 TF, 14. 6. 2017, 8C_67/2017, c. 5.6.

130 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1067; SEILER, Praxiskommentar, art. 54 N 22.

131 ATF 130 V 90, c. 5; cf. ATF 130 V 138, dans lequel la décision a été jugée nulle parce que le tribunal cantonal avait étendu l'objet du litige à la période postérieure à la décision litigieuse.

132 KIENER, art. 54 N 9.

B. L'effet suspensif et les mesures provisionnelles

Les art. 56 ss LPGA ne contiennent aucune disposition explicite relative à l'effet suspensif du recours devant les tribunaux cantonaux des assurances. Ils ne règlent pas davantage les mesures provisionnelles pour la procédure de recours devant ces tribunaux. **59**

L'art. 55 PA pose le principe, en procédure administrative fédérale, que le recours a effet suspensif (al. 1). L'autorité administrative peut toutefois prévoir qu'un recours éventuel n'aura pas un tel effet, sauf si la décision porte sur une prestation pécuniaire (al. 2). Dans ce cas, l'autorité de recours, son président ou le juge instructeur peut restituer l'effet suspensif (al. 3). Si l'effet suspensif est arbitrairement retiré ou si une demande de restitution est arbitrairement rejetée ou accordée tardivement, la collectivité ou l'établissement autonome au nom de qui l'autorité a statué répond du dommage qui en résulte (al. 4). L'art. 56 PA autorise l'autorité de recours, son président ou le juge instructeur à prendre d'autres mesures provisionnelles après le dépôt du recours, d'office ou sur requête d'une partie, pour maintenir intact un état de fait existant ou sauvegarder des intérêts menacés. **60**

L'art. 1 al. 3 PA, auquel renvoie l'art. 61 LPGA, déclare notamment l'art. 55 al. 2 et 4 PA applicable à la procédure devant les autorités cantonales de dernière instance qui ne statuent pas définitivement en vertu du droit public fédéral. Il ne mentionne pas l'art. 55 al. 1 et 3 ni l'art. 56 PA, mais doctrine et jurisprudence admettent qu'il n'établit pas une liste exhaustive des normes de la PA applicables devant les autorités cantonales de dernière instance qui ne statuent pas définitivement¹³³. On doit en tout cas déduire de l'art. 55 al. 2 PA *a contrario* que les recours contre les décisions sur des prestations pécuniaires ont toujours effet suspensif, sous réserve d'une disposition spéciale de droit fédéral¹³⁴. Le Tribunal fédéral paraît également admettre que les recours devant les tribunaux cantonaux des assurances ont effet suspensif même s'ils portent sur une décision non pécuniaire, conformément à l'art. 55 al. 1 PA¹³⁵. Il paraît considérer, enfin, que les questions, étroitement liées, de la restitution de l'effet suspensif par le juge et des autres mesures provisionnelles après le dépôt du recours sont régies par les art. 55 al. 3 et 56 PA¹³⁶. **61**

En assurance-vieillesse et survivants, l'art. 97 LAVS prévoit, en dérogation à l'art. 55 al. 2 PA, que l'autorité administrative peut retirer l'effet suspensif d'un éventuel recours, y compris si la décision porte sur une prestation pécuniaire; il renvoie pour le surplus à l'art. 55 al. 2 à 4 PA. L'art. 97 LAVS est également applicable dans les domaines de l'as- **62**

133 ATF 117 V 185, c. 1c; MAYHALL, art. 1 N 45; TSCHANEN, art. 1 N 27; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 111.

134 ATF 130 V 407, c. 3.4; BOUCHAT, N 66; SCARTAZZINI, 316. Sont des décisions pécuniaires celles qui imposent une telle prestation à l'administré, non celles qui la lui allouent ou refusent (ATF 109 V 229, c. 2a).

135 ATF 109 V 229, au moins pour les décisions rendues par une autorité mentionnée à l'art. 1 al. 2 let. c PA, telle que la CNA (qui statue également pour l'assurance militaire); cf. SCARTAZZINI, 317. Voir également FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 560 N 207; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 56 N 40, art. 61 N 37; MÜLLER U., *Verwaltungsverfahren*, N 2346.

136 Cf. ATF 117 V 185, c. 1c; ATF 123 V 39, c. 2. Dans le même sens: ATF 119 V 295, c. 4 (mesures provisionnelles ordonnées par le juge dans le domaine de la prévoyance professionnelle); KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1082; LOCHER/GÄCHTER, § 75 N 13; MAYHALL, N 45 (pour l'art. 56 PA uniquement). Plus restrictifs: ATF 102 Ib 224; TF, 29.3.2005, 2A.173/2005, c. 2.1; MAYHALL, *loc. cit.* (pour l'art. 55 al. 1 et 3 PA); SCARTAZZINI, 316 ss. Sur l'évolution de la jurisprudence en la matière: BOUCHAT, N 67.

surance-invalidité (art. 66 LAI), des allocations pour perte de gain en cas de service ou de maternité (art. 29 LAPG), des allocations familiales dans l'agriculture (art. 25 LFA), des prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (art. 27 LPC), de l'assurance-chômage et de l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie¹³⁷. Dans ces différentes branches, on admettra, quelle que soit la portée de l'art. 1 al. 3 PA, que l'autorité administrative peut retirer l'effet suspensif du recours, y compris lorsque la décision porte sur une prestation pécuniaire, mais que le juge peut le restituer conformément à l'art. 55 al. 3 PA¹³⁸. Le Conseil fédéral propose désormais de reprendre le contenu de l'art. 97 LAVS directement dans la LPGA (art. 49 al. 5 et 52 al. 4 P-LPGA 2018¹³⁹). On doit toutefois regretter que le nouvel art. 52 al. 4, tel que proposé, ne prévoie pas expressément le principe de l'effet suspensif au recours, de même qu'un renvoi explicite à l'art. 55 PA pour les questions qu'il ne règle pas¹⁴⁰.

- 63** En assurance-chômage, l'art. 100 al. 4 LACI prévoit que les recours contre les décisions d'incapacité au placement n'ont pas d'effet suspensif, ce qui découle déjà du caractère négatif de ces décisions (N 64)¹⁴¹. Il prévoit également que les recours contre les décisions de suspension du droit à l'indemnité journalière sont dépourvus d'effet suspensif. Le tribunal ne peut pas restituer l'effet suspensif ni allouer les prestations pour la durée de la procédure par voie de mesure provisionnelle¹⁴². En assurance-accidents, les recours contre les décisions mentionnées à l'art. 111 LAA n'ont un effet suspensif que s'il est attribué dans la décision elle-même ou par l'autorité de recours.
- 64** L'effet suspensif empêche l'exécution de la décision contestée et permet le maintien du régime juridique antérieur à cette décision. A défaut, la décision est exécutoire, ce qui signifie que les droits qu'elle confère peuvent être utilisés, et que les obligations qu'elle impose doivent être respectées et peuvent éventuellement faire l'objet d'une exécution forcée¹⁴³. **Les décisions négatives** ne modifient pas la situation existante. Les recours contre de telles décisions n'ont donc jamais d'effet suspensif¹⁴⁴. Constituent notamment des décisions négatives toutes celles par lesquelles l'administration rejette ou déclare irrecevable une demande de prestations. Sont également des décisions «négatives» celles par lesquelles l'administration met fin à des prestations à caractère temporaire ou ne les renouvelle pas, après un réexamen périodique ou au terme de la période pour laquelle elles ont été allouées, parce que les conditions n'en sont plus remplies (indemnités journalières de l'assurance-chômage et décisions constatant l'incapacité au placement¹⁴⁵, prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, sur-

137 ATF 124 V 82, c. 3.

138 Le renvoi de l'art. 27 LPC à l'art. 97 LAVS ne permet toutefois pas de retirer l'effet suspensif d'un recours contre une décision de restitution de prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (ATF 130 V 407).

139 FF 2018 1655, 1656.

140 L'art. 55 al. 1 LPGA (cf. Mess. révision LPGA ad art. 49 al. 5, FF 2018 1597 1625 s.) n'est pas suffisant car il ne concerne que la procédure administrative, non la procédure de recours judiciaire (KIESER, ATSG-Kommentar, art. 55 N 22; ATF 130 V 320, c. 2.2).

141 Un recours du SECO contre une décision constatant l'aptitude au placement a en revanche un effet suspensif (RUBIN, Commentaire, art. 100 N 38).

142 Message du 28 février 2001 concernant la révision de la loi sur l'assurance-chômage, FF 2000 2168, 2182; SEILER, Praxiskommentar, art. 55 N 196; RUBIN, Commentaire, art. 100 N 37. Dans le même sens, ATF 126 V 407; ATF 119 V 503.

143 TANQUEREL, N 1391. Voir également MOOR/POLTIER, 813 ss; BOUCHAT, N 14, N 18.

144 ATF 123 V 39, c. 3; ATF 117 V 185.

145 ATF 126 V 407, c. 3b.

vivants et invalidité¹⁴⁶, indemnités journalières de l'assurance-accidents¹⁴⁷ ou de l'assurance-maladie¹⁴⁸). Sont en revanche des décisions positives celles par lesquelles l'administration suspend ou réduit provisoirement, en raison d'une faute de l'assuré, des prestations dont elle ne conteste pas le droit quant au principe¹⁴⁹. Il en va de même si l'administration compense des prestations dues avec une créance qu'elle soutient avoir contre l'assuré¹⁵⁰.

Une décision par laquelle l'administration supprime ou réduit une prestation à caractère durable (rente allouée pour une durée indéterminée) est une décision qui modifie une situation existante. Un éventuel recours contre une telle décision a un effet suspensif (sous réserve d'un retrait de l'effet suspensif dans la décision elle-même ou par le juge). Une décision qui alloue une rente pour une durée limitée est une décision négative dans la mesure où elle refuse d'emblée une rente de durée indéterminée¹⁵¹. L'effet suspensif d'un éventuel recours ne permet donc pas à l'assuré d'exiger la poursuite du versement de la rente au-delà de la période pour laquelle elle a été allouée. Il en va de même, *mutatis mutandis*, d'une décision allouant une rente échelonnée dans le temps (rente entière pour une durée limitée, puis un quart de rente, par exemple).

Une demande de restitution de l'effet suspensif d'un recours contre une décision négative peut, selon les circonstances, être interprétée comme une demande de mesure provisionnelle tendant à l'octroi des prestations litigieuses pour la durée de la procédure. Dans les deux cas, les **critères d'examen par le juge** sont les mêmes: il s'agit de déterminer si la restitution de l'effet suspensif ou la mesure provisionnelle envisagée est propre et nécessaire à sauvegarder un intérêt public ou privé qui est menacé et qui revêt un caractère prépondérant par rapport aux autres intérêts qu'elle pourrait toucher¹⁵². Le juge procédera à un examen sommaire, le plus souvent sur la base des pièces au dossier. Il pourra prendre en considération l'issue prévisible du litige, lorsque celle-ci est claire¹⁵³. En principe tout au moins, les mesures provisionnelles ne doivent pas anticiper sur le jugement définitif ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond. Elles ne doivent pas aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire le résultat du procès au fond¹⁵⁴. Pour ce motif, en règle générale, le juge n'allouera pas provisoirement des prestations que l'assureur social a refusées. La pesée des intérêts le conduira par ailleurs à rejeter la demande de restitution de l'effet suspensif – retiré par l'autorité intimée – à un recours contre une décision de suppression ou réduction des prestations d'assurance. En effet, ces prestations peuvent être octroyées à titre rétroactif avec le jugement au fond, en cas d'admission du recours,

146 TFA, 8.2.2000, P 62/99, c. 1b; TFA, 14.7.2000, P 9/00, c. 2; TFA, 3.10.2001, P 52/01, c. 2b.

147 TF, 9.7.2009, 8C_339/2009, c. 2.2 (décision négative); SCARTAZZINI, 333 ss; KOBL, § 17 N 24; voir cependant TF, 24.7.2007, U 115/06, c. 5, c. 6.1 (décision positive); TFA, 11.12.2002, U 21/02, c. 5 (question laissée ouverte).

148 ATF 123 V 39.

149 ATF 124 V 82, c. 1a, relatif à une suspension dans l'exercice du droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage.

150 TF, 15.12.2009, 9C_941/2009, c. 5; SCARTAZZINI, 324; SEILER, Praxiskommentar, art. 55 N 28.

151 ATF 105 V 266; ATF 129 V 370, c. 4.4; SEILER, Praxiskommentar, art. 55 N 27. Sur la notion de décisions positives et négatives et la casuistique à ce propos, cf. également MÜLLER U., Verwaltungsverfahren, N 2351 ss.

152 Cf. ATF 117 V 185, c. 2b; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 1076, N 1090; SEILER, Praxiskommentar, art. 55 N 92 ss, art. 56 N 27, N 28, N 43; KIENER, art. 56 N 8.

153 ATF 130 II 149, c. 2.2.

154 ATF 119 V 503, c. 3; CORBOZ, art. 104 N 16.

alors que si le recours est finalement rejeté, l'autorité sera souvent confrontée à de grandes difficultés pour obtenir la restitution des prestations versées provisoirement¹⁵⁵. Une appréciation contraire reste envisageable lorsqu'aucun autre filet social, en particulier l'aide sociale cantonale, ne peut se substituer à l'assurance sociale concernée compte tenu de la nature de la prestation litigieuse¹⁵⁶.

- 67 Le risque que l'assureur social ne puisse plus, ultérieurement, encaisser les cotisations litigieuses en raison de la situation financière difficile du recourant peut justifier une suppression de l'effet suspensif par l'autorité administrative et un refus de sa restitution par le juge¹⁵⁷. Il peut en aller de même en cas de recours contre une décision de restitution des prestations lorsqu'une remise de l'obligation de restituer est d'emblée exclue en raison de l'absence de bonne foi de la personne tenue à restitution. Dans le cas contraire, l'effet suspensif peut le plus souvent être restitué, voire doit l'être dans le domaine des prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité¹⁵⁸.
- 68 La demande de restitution de l'effet suspensif ou la demande de mesures provisionnelles peut être déposée en tout temps pendant la procédure de recours¹⁵⁹. Le juge doit statuer rapidement, mais doit néanmoins entendre les parties préalablement. Il n'est pas tenu de garantir un droit de réplique¹⁶⁰. En cas d'urgence particulière, il peut statuer par voie de mesure pré-provisionnelle ou superprovisionnelle, puis entendre les parties avant de confirmer ou de modifier les mesures ordonnées¹⁶¹. Sa décision revêt quoi qu'il en soit un caractère provisoire et peut être levée ou adaptée en cas d'éléments nouveaux¹⁶². A défaut, elle produit ses effets pendant toute la durée de la procédure de recours. Le retrait de l'effet suspensif au recours dirigé contre une décision de révision ou de reconsidération qui supprime ou diminue une rente ou une allocation pour impotent couvre également, en cas de renvoi de la cause à l'administration, la période jusqu'à la notification de la nouvelle décision¹⁶³.

Art. 57

Tribunal cantonal des assurances

Kantonales Versicherungsgericht

Tribunale cantonale delle assicurazioni

Chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales.

Jeder Kanton bestellt ein Versicherungsgericht als einzige Instanz zur Beurteilung von Beschwerden aus dem Bereich der Sozialversicherung.

Ogni Cantone istituisce un tribunale delle assicurazioni per giudicare come istanza unica i ricorsi in materia di assicurazioni sociali.

155 ATF 119 V 503, c. 4.

156 TF, 17.4.2015, 9C_885/2014, c. 5.1 (moyens auxiliaires); TC VD (Casso), 5.9.2016, AI 204/16 (frais de transport dans le cadre d'une formation professionnelle initiale).

157 Cf. ATF 110 V 46.

158 Cf. ATF 130 V 407.

159 KIENER, art. 55 N 22; SEILER, Praxiskommentar, art. 55 N 154.

160 ATF 139 I 189; BOVAY, 270.

161 SEILER, Praxiskommentar, art. 55 N 158, art. 56 N 68 s.

162 CORBOZ, art. 104 N 25; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 569.

163 ATF 129 V 370, c. 3; ATF 106 V 18; BOUCHAT, N 1176; MEYER/REICHMUTH, art. 30-31 N 130. Les arrêts cités réservent les cas dans lesquels l'administration aurait abusivement statué de manière prématurée, en vue de contourner la réglementation prévue par l'art. 88^{bis} al. 2 let. a RAI.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Un tribunal indépendant et impartial établi par la loi	4
III. Un tribunal supérieur qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales	12

Bibliographie

Cf. aussi bibliographie art. 56 LPG. AUBRY GIRARDIN FLORENCE, art. 34, *in* Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, 236 ss; AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux, 3^e éd., Berne 2013; MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, vol. II, Droits fondamentaux, 3^e éd., Neuchâtel 2015 (cité: Droits fondamentaux); NUSSBAUMER THOMAS, Arbeitslosenversicherung, *in* Meyer (éd.), SBVR, 2227 ss (cité: Arbeitslosenversicherung); STEINMANN GEROLD/LEUENBERGER CHRISTOPH, art. 30, *in* Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (éd.), St. Galler Kommentar – BV, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2014, 693 ss; WURZBURGER ALAIN, art. 86, *in* Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, 981 ss.

I. Introduction

Aux termes de l’art. 29a, 1^{re} phrase, Cst., toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. L’art. 30 al. 1 Cst. précise que toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent et impartial. Les tribunaux d’exception sont interdits. Conformément aux art. 191b al. 1 et 191c Cst., les cantons doivent instituer des autorités judiciaires pour connaître des contestations civiles et de droit public ainsi que des affaires pénales. Dans l’exercice de leurs compétences juridictionnelles, les autorités judiciaires sont indépendantes et ne sont soumises qu’à la loi. 1

Au niveau international, l’art. 6 par. 1 CEDH garantit notamment à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Les litiges relatifs à des prestations ou des cotisations d’assurances sociales sont considérés comme des contestations relatives à des droits à caractère civil au sens de cette disposition¹. 2

L’art. 57 rappelle l’obligation des cantons de mettre concrètement en place l’organisation judiciaire nécessaire au respect de ces exigences de rang constitutionnel. Il ajoute l’exigence d’une instance cantonale unique pour traiter les recours interjetés en vertu des art. 56 ss LPG. Conformément à l’art. 86 al. 2 LTF, cette instance doit être un tribunal supérieur dès lors qu’elle statue comme autorité précédant immédiatement le Tribunal fédéral. Elle doit statuer en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales, ce qui n’exclut pas qu’elle se voie confier d’autres compétences. Par ailleurs, le législateur fédéral écarte parfois la compétence des tribunaux cantonaux des assurances au profit de celle du Tribunal administratif fédéral. 3

¹ ATF 134 V 401, c. 5.3; ATF 131 V 66, c. 3.3.

II. Un tribunal indépendant et impartial établi par la loi

- 4 Il découle des garanties constitutionnelles mentionnées en introduction que l'organisation judiciaire cantonale doit être fondée sur la loi et que la compétence des tribunaux, ainsi que leur composition, doit être déterminée par des normes générales et abstraites. Chaque justiciable a donc le droit d'être jugé par le tribunal compétent *ratione personae, loci, temporis* et *materiae*. L'organisation judiciaire doit reposer sur une loi au sens formel. Mais celle-ci peut ne contenir que les principes fondamentaux relatifs à l'organisation et à la compétence des tribunaux, et confier à l'exécutif le soin de régler les modalités de détail².
- 5 Les tribunaux cantonaux des assurances peuvent être composés exclusivement de magistrats professionnels ou de juges non professionnels. Ils peuvent intégrer pour une part des magistrats professionnels et pour une part des juges suppléants ou assesseurs. Dans certains cantons, les juges assesseurs permettent une composition paritaire du tribunal³; dans d'autres, il s'agit plutôt de recourir à leurs compétences techniques spécifiques (médecins ou actuaires, par exemple)⁴. Dans ce cas, l'assesseur spécialisé peut rendre les autres membres de la Cour attentifs au caractère lacunaire du dossier ou à certaines contradictions qui ne seraient pas forcément décelées par un profane. En revanche, il ne saurait jouer un rôle d'expert; les lacunes ou contradictions mises en évidence devront si nécessaire être levées par une mesure d'instruction, dans le respect du droit d'être entendu des parties⁵.
- 6 Qu'ils soient magistrats professionnels, suppléants ou assesseurs, les membres du tribunal doivent être indépendants et impartiaux. L'indépendance signifie que le juge ne doit recevoir ni ordre, ni instruction ou directive d'une autre autorité, législative ou exécutive en particulier, ni d'autres entités, comme les partis politiques, les groupes de pression ou les parties à la procédure. Cette indépendance doit être assurée au niveau institutionnel, en particulier par des règles relatives au statut personnel des juges (mode de désignation, durée pour laquelle le juge est nommé ou élu, incompatibilités), qui doivent les prémunir contre des influences extérieures⁶. Mais il appartient également aux magistrats de veiller personnellement à cette indépendance en sachant notamment garder la mesure dans leurs relations avec les partis politiques ou d'autres groupes de pression⁷.
- 7 L'impartialité implique que le juge n'ait pas de préférence pour l'une des parties au litige et n'ait pas d'idée préconçue ni de prévention⁸. Les lois cantonales prévoient des règles relatives à la récusation afin de garantir cette impartialité. Elles n'ont de portée propre

2 ATF 134 I 125, c. 3.3

3 Cf. art. 117 al. 7 LOJ-GE: «20 juges assesseurs, représentants paritairement les partenaires sociaux, sont rattachés à la chambre des assurances sociales. Ils doivent bénéficier d'une formation spécifique sur les questions juridiques et d'assurances sociales, dont les modalités sont fixées dans un règlement».

4 Cf. art. 37 al. 1 ROTC-VD: «La Cour des assurances sociales statue à trois juges, à deux juges et un assesseur, ou à un juge et deux assesseurs, en fonction de la nécessité de connaissances techniques ou scientifiques, du degré de complexité de l'affaire ou de l'importance des questions juridiques à résoudre».

5 Cf. TF, 26.6.2009, 8C_837/2008, c. 6.

6 AUER/MALINVERNI/HOTTELLIER, N 1236, N 1241, N 1246; STEINMANN/LEUENBERGER, art. 30 N 15.

7 La seule appartenance à une telle entité ne fonde pas, comme telle, un motif de douter de l'indépendance ou de l'impartialité du magistrat (TF, 22.9.2016, 6F_24/2016, c. 2.2).

8 MAHON, Droits fondamentaux, 310 ss.

que dans la mesure où elles équivalent ou sont plus strictes que les motifs de récusation découlant directement des garanties constitutionnelles mentionnées en introduction⁹. Sont généralement prévus comme motifs de récusation, avec différentes variantes selon les cantons, le fait d'avoir un intérêt personnel direct ou indirect dans la cause, d'avoir déjà agi dans la même cause à un autre titre, notamment comme membre d'une autorité, conseil d'une partie, expert ou témoin, d'avoir des relations de parenté, de mariage ou de partenariat enregistré avec l'une des parties ou une personne qui a agi dans la même cause à un autre titre, ou encore d'avoir une amitié étroite ou une inimitié personnelle avec une partie ou son mandataire¹⁰.

Indépendamment de ces motifs, le juge doit se récuser s'il pourrait être prévenu de toute autre manière. Son impartialité se présume, mais l'apparence de prévention, lorsqu'elle repose sur des circonstances objectives sérieuses, justifie sa récusation¹¹. Des décisions ou des actes de procédure qui se révèlent par la suite erronés ne fondent pas en soi une apparence objective de prévention; seules des erreurs particulièrement lourdes ou répétées, constitutives de violations graves des devoirs du magistrat, peuvent fonder une suspicion de partialité¹². Un avocat peut être juge suppléant ou assesseur d'une juridiction devant laquelle il plaide parfois, mais il doit se récuser, comme juge, si la procédure porte sur une question juridique similaire à une cause qu'il défend comme avocat, ou s'il a représenté ou plaidé contre l'une des parties au procès. Sa fonction de juge suppléant ou assesseur ne justifie pas la récusation de l'ensemble des juges ordinaires de la juridiction lorsqu'il y plaide comme avocat¹³. Il serait toutefois préférable d'exclure, dans les règles cantonales d'organisation judiciaire, qu'un juge suppléant ou assesseur plaide ou soit désigné comme expert devant le tribunal cantonal des assurances dans lequel il exerce ses fonctions¹⁴. Un juge assesseur ou suppléant peut assumer un mandat de médecin-conseil pour un assureur-accidents, pour autant qu'il ne siège pas lorsque cet assureur est partie à la procédure ou lorsqu'il y a un intérêt direct¹⁵. Là encore, il serait toutefois préférable que les règles cantonales d'organisation judiciaire prévoient un motif d'exclusion.

Les greffiers doivent eux aussi être indépendants et impartiaux – y compris en apparence – lorsqu'ils participent à la formation de la décision, ce qui est le cas s'ils assistent à la délibération et peuvent exprimer leur position à titre consultatif¹⁶. Ils doivent donc se récuser pour les mêmes motifs que les juges. Ces motifs s'appliquent aussi aux experts dans la mesure où ils garantissent le droit à une procédure équitable au sens des art. 29 al. 1 Cst. et 6 par. 1 CEDH¹⁷.

Le droit à un tribunal indépendant et impartial établi par la loi garantit celui à une composition correcte de l'autorité. Les juges doivent remplir les conditions légales d'éligibi-

⁹ BOVAY, 151.

¹⁰ Pour les cantons romands, cf. art. 39 et 139 CPA-JU; art. 21 CPJA-FR; art. 9 LPA-VD; art. 15A LPA-GE; art. 9 al. 1 LPJA-BE; art. 11 LPJA-NE; art. 10 LPJA-VS; sur les critères en question, dans la jurisprudence du TF: parmi d'autres, AUBRY GIRARDIN, art. 34 N 10 ss; sur les nuances des différentes législations cantonales: BOVAY, 151 ss.

¹¹ Cf. ATF 141 IV 178, c. 3.2.1; voir aussi, parmi d'autres: AUBRY GIRARDIN, art. 34 N 30 ss; BOVAY, 141 ss.

¹² ATF 143 IV 69, c. 3.2.

¹³ ATF 139 I 121; ATF 139 III 120, c. 3.2; ATF 128 V 82.

¹⁴ Cf. ATF 139 I 121, c. 5.4.2.

¹⁵ TFA, 26.05.2005, U 305/05 c. 5.3.

¹⁶ ATF 140 I 271, c. 8.4.1; ATF 125 V 499, c. 2b; ATF 124 I 255.

¹⁷ Cf. TF, 12.4.2016, 5A_981/2015, c. 3.

lité ou de désignation¹⁸ et avoir été élus ou nommés selon la procédure prévue par la constitution cantonale et la loi¹⁹. Sauf vice grave, la composition incorrecte du tribunal est un motif d'annulation du jugement, non de nullité²⁰. La Cour doit statuer dans une composition comprenant le nombre de juges prévu par la loi²¹, ainsi que le greffier ou secrétaire de Cour disposant d'une voix consultative selon le droit cantonal²². Le droit cantonal peut prévoir la compétence d'un juge unique pour certaines décisions²³. Un changement dans la composition de l'autorité de jugement doit reposer sur des motifs objectifs et doit être communiqué aux parties²⁴. La réattribution d'un dossier d'un magistrat à un autre peut notamment s'imposer en raison d'une maladie, d'une surcharge d'un magistrat ou d'un motif de récusation qui surviendrait en cours de procédure.

- 11 Celui qui a connaissance d'un motif de récusation ou de la composition incorrecte de l'autorité doit l'invoquer aussitôt, sous peine d'être déchu du droit de s'en prévaloir ultérieurement. La composition des cours des tribunaux cantonaux est censée être connue, en tout cas pour le justiciable assisté d'un avocat, dès lors qu'elle fait l'objet d'une publication générale facilement accessible. Il appartient donc à la partie qui connaît l'existence d'un motif de récusation contre l'un des juges ordinaires de la cour de le soulever d'emblée, quand bien même elle ignore si le juge en question fera effectivement partie du collège appelé à statuer²⁵. En revanche, un motif de prévention concernant un juge suppléant ou un juge assesseur peut, en principe, encore être valablement soulevé dans le cadre d'une procédure de recours, car le justiciable pouvait partir de l'idée que le tribunal statuerait dans sa composition ordinaire²⁶. Si la loi cantonale prévoit la communication de la composition de la Cour aux parties avant le jugement, ou si tel est l'usage du tribunal concerné, celui-ci devrait également admettre qu'une partie attende cette communication avant de soulever un éventuel motif de récusation contre un juge ordinaire.

III. Un tribunal supérieur qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales

- 12 L'art. 57 LPGA impose aux cantons de ne désigner qu'une seule autorité judiciaire pour statuer sur tous les recours interjetés conformément aux art. 56 ss LPGA. Les cantons ne peuvent donc pas prévoir de double instance, y compris pour statuer sur des questions accessoires, par exemple sur les frais et dépens²⁷. Cela n'exclut pas que certaines décisions incidentes d'ordonnancement de la procédure prises par le juge délégué à l'instruction de la cause puissent être déférées à une autorité collégiale, pour autant que la procédure reste simple et rapide (cf. art. 61 let. a).

18 ATF 140 II 141, c. 1 (domiciliation dans le canton exigée par le droit cantonal).

19 ATF 130 I 106 (annulation de l'élection, par le Grand Conseil genevois, de seize juges assesseurs du Tribunal cantonal des assurances en lieu et place de l'élection populaire prévue par la constitution cantonale); cf. également ATF 130 I 226, c. 3.

20 ATF 140 II 141, c. 1.1.

21 ATF 129 V 335 (annulation d'un jugement dont le *rubrum* mentionne que la Cour a statué dans une composition à cinq juges, dont l'un était «excusé»).

22 ATF 125 V 499.

23 ATF 137 I 161, c. 4.5; TF, 17.3.2010, 9C_1022/2009, c. 2.

24 ATF 142 I 93.

25 ATF 140 I 271, c. 8.4.3.

26 ATF 128 V 82, c. 2.

27 Cf. ATF 110 V 54.

Le tribunal des assurances doit être compétent pour l'ensemble du canton et pour tous les recours interjetés conformément aux art. 56 ss LPGA. Il n'est donc pas possible de créer différentes juridictions, dans un canton, dont la compétence dépendrait du domicile du recourant ou de la branche d'assurance sociale concernée. Les cantons doivent disposer d'une instance juridictionnelle de recours qui présente une unité organisationnelle; il est néanmoins admissible de créer plusieurs cours au sein de cette instance²⁸. **13**

Les cantons sont tenus d'instituer un tribunal supérieur, au sens de l'art. 86 al. 2 LTF, pour statuer sur les recours interjetés conformément aux art. 56 ss LPGA, puisque ce tribunal précède immédiatement le Tribunal fédéral (art. 62 al. 1 LPGA). Le tribunal des assurances ne doit donc pas dépendre hiérarchiquement d'une autre autorité judiciaire cantonale²⁹. De nombreux cantons ont opté pour une cour des assurances sociales au sein du tribunal cantonal ou du tribunal administratif cantonal, ou encore pour confier le contentieux des assurances sociales à une cour de droit public du tribunal cantonal ou au tribunal administratif cantonal. Cela a pu contribuer, de manière heureuse, à décloisonner le contentieux du droit des assurances sociales pour en faire un contentieux ordinaire; avant l'entrée en vigueur de la LPGA et de l'art. 86 al. 2 LTF, les autorités judiciaires hiérarchiquement supérieures, comme les pouvoirs politiques cantonaux, y accordaient sans doute souvent une importance insuffisante au regard des enjeux personnels et financiers que le contentieux comporte. **14**

Le tribunal des assurances institué conformément à l'art. 57 LPGA est compétent pour statuer non seulement sur les recours interjetés conformément aux art. 56 ss LPGA, mais également sur les litiges entre assureurs-maladie au sens de l'art. 87 LAMal. La procédure est alors celle de l'action de droit administratif et est régie par le droit cantonal, la LPGA n'étant pas applicable (art. 1 al. 2 let. d LAMal)³⁰. Les cantons sont libres d'attribuer encore d'autres compétences au tribunal des assurances³¹. Ils lui confient généralement celle de statuer sur les actions en matière de prévoyance professionnelle (art. 73 LPP), ce qui implique également la compétence de partager les avoirs de prévoyance en cas de divorce, lorsque le juge civil ne peut le faire lui-même (art. 25a LFLP). Les tribunaux arbitraux des assurances prévus par les différentes branches du droit des assurances sociales pour statuer sur les litiges entre assureurs et fournisseurs de prestations sont également fréquemment rattachés aux tribunaux cantonaux des assurances; par ailleurs, selon le choix du législateur cantonal, il appartient à certains tribunaux cantonaux des assurances de statuer sur les recours en matière de financement résiduel des soins et des frais d'hospitalisation par les cantons, dans le domaine de l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (art. 56 N 2)³². Hors contentieux du droit fédéral des assurances sociales, il n'est pas rare que le contentieux de l'aide sociale soit du ressort des tribunaux des assurances. Certains cantons leur attribuent, enfin, la compétence de trancher les litiges relatifs aux assurances complémentaires à l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie; la procédure simplifiée prévue par le CPC est applicable (art. 243 al. 2 let. f CPC), étant précisé que les cantons peuvent prévoir une instance cantonale unique (art. 7 CPC). **15**

28 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 57 N 11 ss.

29 WURZBURGER, art. 86 N 22.

30 ATF 138 V 426, c. 5.2.2; ATF 132 V 166, c. 4; Cf. EUGSTER, Krankenversicherung, N 1587; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 57 N 32.

31 ATF 130 I 366.

32 ATF 140 V 563 c. 4.1 (cf. ATF 140 V 58 c. 4.2; TF, 20.02.2018, 9C_305/2017, non publié in ATF 144 V 84).

- 16 La législation spéciale confie au Tribunal administratif fédéral certains contentieux en droit des assurances sociales. Il s'agit généralement de domaines qui ne sont pas soumis à la LPGa, mais certaines dispositions écartent également la compétence des tribunaux cantonaux des assurances au profit de celle du Tribunal administratif fédéral dans des domaines relevant de la LPGa. Parmi les **contentieux de la compétence du Tribunal administratif fédéral** selon la législation spéciale, on mentionnera les recours contre les décisions des gouvernements cantonaux relatifs à l'admission des fournisseurs de prestations, à la tarification et aux mesures extraordinaires de maîtrise des coûts dans la LAMal (art. 53 al. 1 et 90a al. 2 LAMal), contre les décisions du SECO, de l'organe de compensation ou des autorités cantonales en matière de subventionnement de mesures relatives au marché du travail³³ en assurance-chômage (art. 101 LACI), contre les décisions relatives à la compétence de la CNA d'assurer les travailleurs d'une entreprise, au classement des entreprises et des assurés dans les classes et degrés des tarifs de primes et contre les mesures destinées à prévenir les accidents et maladies professionnelles, dans l'assurance-accidents (art. 109 LAA)³⁴. On mentionnera également certains recours interjetés par des personnes résidant à l'étranger (art. 58 N 9 s., N 12 s., N 16; art. 56 N 30).

Art. 58

Compétence

¹ **Le tribunal des assurances compétent est celui du canton de domicile de l'assuré ou d'une autre partie au moment du dépôt du recours.**

² **Si l'assuré ou une autre partie sont domiciliés à l'étranger, le tribunal des assurances compétent est celui du canton de leur dernier domicile en Suisse ou celui du canton de domicile de leur dernier employeur suisse; si aucun de ces domiciles ne peut être déterminé, le tribunal des assurances compétent est celui du canton où l'organe d'exécution a son siège.**

³ **Le tribunal qui décline sa compétence transmet sans délai le recours au tribunal compétent.**

Zuständigkeit

¹ Zuständig ist das Versicherungsgericht desjenigen Kantons, in dem die versicherte Person oder der Beschwerde führende Dritte zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz hat.

² Befindet sich der Wohnsitz der versicherten Person oder des Beschwerde führenden Dritten im Ausland, so ist das Versicherungsgericht desjenigen Kantons zuständig, in dem sich ihr letzter schweizerischer Wohnsitz befand oder in dem ihr letzter schweizerischer Arbeitgeber Wohnsitz hat; lässt sich keiner dieser Orte ermitteln, so ist das Versicherungsgericht desjenigen Kantons zuständig, in dem das Durchführungsorgan seinen Sitz hat.

³ Die Behörde, die sich als unzuständig erachtet, überweist die Beschwerde ohne Verzug dem zuständigen Versicherungsgericht.

Competenza

¹ È competente il tribunale delle assicurazioni del Cantone dove l'assicurato o il terzo è domiciliato nel momento in cui interpone ricorso.

² Se l'assicurato o il terzo è domiciliato all'estero, è competente il tribunale delle assicurazioni del Cantone dell'ultimo domicilio o in cui il suo ultimo

³³ ATF 133 V 536; NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, N 902.

³⁴ Sur la compétence du TAF pour statuer sur le classement, par la caisse supplétive, d'une entreprise dans les classes et degrés de primes (art. 95 al. 1 LAA): TF, 16. 11. 2016, 8C_250/2016.

datore di lavoro aveva domicilio; se non è possibile determinare alcuna di queste località, la competenza spetta al tribunale delle assicurazioni del Cantone in cui ha sede l'organo d'esecuzione.

³ L'autorità che si considera incompetente trasmette senza indugio il ricorso al competente tribunale delle assicurazioni.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Le for du domicile (al. 1)	4
III. Le for en cas de domicile à l'étranger (al. 2)	7
IV. Les fors spéciaux	9
V. La transmission du recours au tribunal compétent (al. 3)	18

Bibliographie

Cf. aussi bibliographie art. 56; DAUM MICHEL, art. 8, in Auer/Müller/Schindler (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zurich/St-Gall 2008, 122 ss; FLÜCKIGER THOMAS, art. 8, in Waldmann/Weissenberger (éd.), *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2^e éd., Zurich 2016, 153 ss (cité: *Praxiskommentar*); FRETZ MÉLANIE, La responsabilité selon l'art. 52 LAVS: une comparaison avec les art. 78 LPGA et 52 LPP, REAS 2009 238 ss; KIESER UELI, Alters- und Hinterlassenenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, 1173 ss (cité: Alters- und Hinterlassenenversicherung); MEYER-BLASER ULRICH, La LPGA: les règles de procédure judiciaire, in Kahil-Wolff (éd.), *Partie générale*, 23 ss (cité: Les règles de procédure judiciaire); NUSSBAUMER THOMAS, Arbeitslosenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, 2227 ss (cité: Arbeitslosenversicherung).

I. Introduction

L'art. 58 LPGA règle au niveau fédéral la compétence *ratione loci* des tribunaux cantonaux des assurances pour les litiges relevant des art. 56 ss LPGA. Dès lors que les cantons doivent instituer un tribunal des assurances fonctionnant comme instance cantonale unique pour tout le territoire cantonal (art. 57 N 13), il n'y a pas de place pour une législation cantonale complémentaire en la matière. 1

Les fors légaux prévus par l'art. 58 LPGA sont **impératifs**. Les parties ne peuvent donc pas y déroger expressément ou tacitement. L'alinéa 1 énonce la règle générale. L'alinéa 2 prévoit des fors subsidiaires si l'un ou l'autre des points de rattachement auxquels se réfère l'alinéa 1 se trouve à l'étranger. Des fors spéciaux sont par ailleurs prévus par les lois relatives à certaines branches d'assurances sociales, en dérogation à l'art. 58. Ils jouent un rôle important en pratique. L'alinéa 3 n'est pas une disposition attributive de compétence, mais oblige le tribunal qui décline sa compétence *ratione loci* à transmettre le recours au tribunal compétent, ce qui sauvegarde notamment le délai de recours. 2

Il découle de l'art. 58 al. 1 *in fine* que le moment déterminant pour fixer le for est celui du dépôt du recours (et non celui de la décision litigieuse). Sauf disposition contraire, cette règle est valable non seulement pour les points de rattachement définis dans cet alinéa, mais également pour les fors alternatifs ou spéciaux prévus à l'alinéa 2 et dans la législation spéciale. 3

II. Le for du domicile (al. 1)

- 4 L'art. 58 al. 1 LPGA prévoit deux critères de rattachement: le domicile de l'assuré ou celui d'une autre partie au moment du dépôt du recours. Le second critère de rattachement est formulé un peu différemment en allemand et en italien. Il mentionne le for au domicile d'une autre partie recourante («*der Beschwerde führende Dritte*») ou du tiers («*il terzo*»), ce qui exclut le for au siège de la partie intimée (qui n'est pas un «tiers»)¹. Contrairement à ce que laisse entendre le texte légal dans sa version en français, l'art. 58 al. 1 ne prévoit donc pas deux fors alternatifs, en tout cas pour les litiges relatifs à des prestations d'assurance. Pour ce type de litige, le for général exclusif est celui du domicile de l'assuré; le domicile d'une autre partie recourante ne constitue qu'un for subsidiaire et n'entre en considération que s'il n'existe pas de rattachement au domicile de la personne assurée². Pour les litiges relatifs à une créance en responsabilité au sens de l'art. 78 LPGA, le for est celui du domicile ou du siège de la partie recourante³. Pour les litiges relatifs à des cotisations de personne indépendante ou sans activité lucrative, ou à des primes d'assurance-maladie, le tribunal compétent en application de l'art. 58 al. 1 LPGA est celui du domicile de la personne assurée, qui est généralement également la partie recourante. Pour les litiges relatifs aux cotisations paritaires, en revanche, le for devrait être celui du domicile ou du siège de l'employeur, quand bien même les salariés disposent également d'une voie de recours; c'est en effet là, généralement, que l'autorité judiciaire est la plus proche de l'objet du litige⁴. On ne peut toutefois pas exclure qu'un for alternatif au domicile du salarié recourant soit reconnu⁵. Il convient par ailleurs de prêter attention aux nombreuses dérogations dans les dispositions spéciales (N 9 ss).
- 5 La notion de domicile est définie à l'art. 13 al. 1 LPGA par un renvoi aux art. 23 à 26 CC (cf. art. 13 N 6 ss). La jurisprudence a toutefois considéré que le domicile dérivé des personnes sous tutelle ou curatelle de portée générale au siège de l'autorité de protection ne constituait pas un domicile en Suisse comme condition du droit à une rente extraordinaire ou à une allocation pour impotent de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité (art. 25 al. 2 et 26 CC)⁶. En revanche, elle admet que le domicile dérivé constitue un critère valable pour statuer sur la compétence d'un canton pour l'allocation de prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (art. 21 al. 1, 1^{re} phrase, LPC)⁷. Dans ce contexte, le domicile dérivé peut également fonder la compétence *ratione loci* du tribunal cantonal des assurances⁸.
- 6 Lorsque la partie recourante est une autorité, son domicile correspond à son siège, tel que défini par la loi; s'il s'agit d'une personne morale, il correspond au siège défini par ses

1 ATF 135 V 153, c. 4.9; TF, 10.5.2012, 8C_466/2011, c. 5.

2 ATF 143 V 363 (PC, for au domicile de la personne défunte qui était titulaire d'une rente AVS et non au domicile des héritiers qui agissaient comme tels); ATF 139 V 170 (PC, for au domicile de l'assuré titulaire d'une rente AI, pour un recours interjeté par ses enfants domiciliés dans un autre canton); ATF 135 V 153 (AA, for au domicile de l'époux et du fils d'une assurée décédée, qui faisaient valoir un droit propre aux prestations pour survivants). Voir également, KIESER, ATSG-Kommentar, art. 58 N 18. Sur le rapport avec l'art. 58 al. 2, cf. N 8.

3 Cf. TF, 11.3.2011, 8C_162/2010, c. 6 (AC, for au siège de la CNA pour un recours relatif à la responsabilité d'une caisse de chômage).

4 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 58 N 22 s. Sur le droit de recours des salariés: ATF 113 V 1.

5 Dans ce sens: KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, N 768.

6 ATF 135 V 249; 130 V 404.

7 ATF 138 V 23.

8 Voir cependant KIESER, ATSG-Kommentar, art. 58 N 9 *in fine*.

statuts ou, pour une personne morale de droit public, par la loi⁹. Un for alternatif au lieu de l'établissement ou de la succursale, distinct du siège principal, devrait être admis pour autant que le litige présente un lien suffisant avec ce point de rattachement (cf. art. 12 CPC)¹⁰.

III. Le for en cas de domicile à l'étranger (al. 2)

L'art. 58 al. 2 LPGA prévoit deux fors alternatifs subsidiaires, si l'assuré ou «une autre partie recourante» n'a pas de domicile en Suisse. Il s'agit de leur dernier domicile en Suisse ou du domicile de leur dernier employeur suisse. Le recourant a le choix entre ces deux fors, étant précisé que le second n'a de sens que s'il se réfère au domicile du dernier employeur suisse de l'assuré (et non d'une autre partie recourante). Un troisième for, plus subsidiaire encore, est prévu au siège de l'organe d'exécution. Il ne s'applique que si aucun des autres points de rattachement ne peut être déterminé¹¹. 7

Le for du domicile de l'assuré en Suisse reste le for général exclusif, conformément à l'alinéa 1, si une autre partie recourante a son domicile à l'étranger¹². Par ailleurs, si l'assuré est domicilié à l'étranger, le tribunal des assurances à son dernier domicile en Suisse ou au domicile de son employeur suisse (art. 58 al. 2, 1^{re} phrase) devrait être compétent, plutôt que celui d'une autre partie recourante en Suisse (art. 58 al. 1). Il s'agit en effet du tribunal présentant le plus de proximité avec le litige. On aurait ainsi les fors en cascade suivants: a) domicile en Suisse de l'assuré, b) dernier domicile en Suisse de l'assuré à l'étranger ou domicile de son employeur suisse, c) domicile en Suisse d'une autre partie recourante, d) dernier domicile en Suisse d'une autre partie recourante à l'étranger, e) siège de l'organe d'exécution. 8

IV. Les fors spéciaux

La législation spéciale prévoit de nombreuses dérogations à l'art. 58 LPGA. Elle indique parfois qu'en dérogation à cette disposition, le Tribunal administratif fédéral est compétent. Dans ces cas, il s'agit en réalité de normes attributives de compétence matérielle dérogeant aux art. 56 et 57 plutôt qu'à l'art. 58¹³. Nous en traiterons néanmoins dans ce chapitre lorsque la compétence du tribunal administratif est fondée sur un motif tenant au domicile ou à la résidence à l'étranger de la personne assurée ou de la partie recourante (art. 57 N 16). 9

Dans le domaine de l'**assurance-vieillesse et survivants**, les recours contre les décisions et les décisions sur opposition des caisses cantonales de compensation doivent être adressés au tribunal des assurances du canton où la caisse de compensation a son siège (art. 84 LAVS). Le tribunal cantonal compétent pour statuer sur les recours contre les décisions et décisions sur opposition des autres caisses de compensation se détermine conformément à l'art. 58 LPGA. En dérogation à ce qui précède, si le recourant qui est obligatoirement assuré est domicilié à l'étranger, le tribunal des assurances du canton dans lequel son employeur a son siège est compétent (art. 200 RAVS); le Tribunal administratif fédéral est 10

9 Cf. KIESER, Alters- und Hinterlassenversicherung, N 768. Pour la CNA, p.ex., voir art. 61 al. 1 LAA, ainsi que TF, 11.3.2011, 8C_162/2010 c. 6.1 et 6.3.

10 Cf. ATF 124 V 104.

11 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 58 N 33.

12 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 58 N 32.

13 Cf. MEYER-BLASER, Les règles de procédure judiciaire, 30 s.

compétent pour connaître les recours d'autres personnes résidant à l'étranger (art. 85^{bis} al. 1 LAVS). La législation sur les allocations pour **perte de gain en cas de service et de maternité** prévoit une réglementation analogue aux art. 84, 85^{bis} LAVS et art. 200 RAVS (art. 24 LAPG et 42 RAPG).

- 11 Les recours contre les décisions relatives à la **responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS** relèvent de la compétence du tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié ou à son siège (art. 52 al. 5 LAVS). Lorsque l'employeur possède une succursale dont le siège se trouve dans un autre canton que celui de l'établissement principal, l'autorité de recours compétente est celle du canton dans lequel se trouve la caisse de compensation cantonale à laquelle l'employeur est affilié¹⁴. Si l'employeur est affilié à une caisse professionnelle et qu'il possède une ou plusieurs succursales situées dans d'autres cantons que celui de l'établissement principal, il existe un for alternatif au siège de la succursale, à condition que celle-ci soit affiliée à une autre caisse que celle de l'établissement principal (art. 117 al. 3 RAVS)¹⁵. Si l'administrateur ou un autre organe d'une société est recherché à titre subsidiaire, le tribunal des assurances du siège de la société reste compétent quand bien même la personne recherchée en responsabilité est domiciliée dans un autre canton ou à l'étranger; en cas de faillite, le siège de la société jusqu'au moment de la faillite est déterminant¹⁶. Si l'employeur affilié à une caisse de compensation cantonale a déplacé son siège dans un autre canton avant la faillite, le tribunal cantonal au lieu du nouveau siège est compétent¹⁷.
- 12 Les décisions des offices cantonaux de **l'assurance-invalidité** peuvent directement faire l'objet d'un recours devant le tribunal cantonal des assurances au siège de l'office concerné (art. 69 al. 1 let. a LAI). Le recours devant le tribunal des assurances du canton de domicile de l'assuré n'est pas admis. Le Tribunal administratif fédéral statue sur les recours interjetés contre les décisions de l'Office de l'assurance-invalidité pour les personnes résidant à l'étranger (art. 69 al. 1 let. b LAI).
- 13 En matière d'**allocations familiales**, le tribunal des assurances du canton dont le régime d'allocations familiales est appliqué est compétent (art. 22 LAFam). Il s'agit, pour les salariés comme les indépendants, du canton du siège de l'entreprise ou, à défaut d'un tel siège, de leur canton de domicile (art. 12 al. 2 LAFam). Pour le contentieux relatif aux allocations familiales dans l'agriculture, le tribunal des assurances compétent est celui du canton dans lequel la caisse cantonale de compensation a son siège (art. 22 al. 1 LFA). Il s'agit, pour les indépendants, de la caisse de compensation de leur canton de domicile et, pour les salariés, de la caisse cantonale de compensation à laquelle est affilié l'employeur (art. 10 RFA). Le Tribunal administratif fédéral statue sur les recours interjetés par des personnes résidant à l'étranger (art. 22 al. 2 LFA).
- 14 Le tribunal des assurances du canton d'origine du recourant domicilié à l'étranger, ou celui du canton dans lequel il a eu son dernier domicile en Suisse, statue sur les recours contre les décisions de **l'assurance militaire**. Les parties peuvent convenir d'un autre for cantonal (art. 105 LAM).

14 ATF 110 V 351, c. 5c.

15 ATF 124 V 104; FRETZ, 247.

16 ATF 110 V 351, c. 4; ATF 109 V 97.

17 TF, 6.7.2007, H 202/06, c. 4; TFA, 29.1.2001, H 236/00; TFA, 27.4.1995, H 73/95 (VSI 195 197); VALTERIO, Commentaire AVS/AI, N 2483.

En **assurance-chômage**, les recours contre les décisions rendues par une autorité cantonale (art. 85 LACI) sont de la compétence du tribunal des assurances du même canton (art. 100 al. 3 LACI et art. 128 al. 2 OACI; voir cependant art. 57 N 16). Le for en cas de recours contre une décision d'une caisse de chômage se détermine par analogie à l'art. 119 OACI (art. 100 al. 3 LACI et art. 128 al. 1 OACI). Le moment déterminant est celui où la décision litigieuse a été rendue (art. 119 al. 2 OACI)¹⁸.

Dans le domaine de l'**assurance-maladie**, les recours contre les décisions de l'institution commune relatives à l'affiliation d'office ou à la dispense de l'obligation de s'assurer ou à la réduction des primes pour les rentiers et des membres de leur famille qui résident dans un Etat membre de la Communauté européenne, en Islande ou en Norvège, relèvent de la compétence du Tribunal administratif fédéral (art. 18 al. 2^{bis}, art. 18 al. 2^{ter}, art. 18 al. 2^{quinqüies}, art. 90a al. 1 LAMal). L'art. 57 al. 6 LAMal prévoit une dérogation à l'art. 58 al. 1 LPGA qui est en réalité une norme d'attribution de compétence matérielle au tribunal arbitral des assurances pour désigner le médecin appelé à réaliser un examen médical à la place du médecin-conseil. Cette disposition semble viser les cas dans lesquels un désaccord oppose le médecin traitant et le médecin de l'assureur à propos d'un traitement ou du tarif applicable, mais sa portée manque de clarté¹⁹. Le for du tribunal arbitral des assurances n'est pas celui du domicile de l'assuré (art. 89 al. 2 LAMal). On mentionnera encore ici le for prévu par l'art. 87 LAMal au siège du défendeur pour trancher les litiges entre assureurs, bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'une dérogation à l'art. 58 LPGA, cette loi n'étant pas applicable (art. 2 N 20 et N 29; art. 56 N 2; art. 57 N 15).

Il n'y a pas de for spécial en matière de **prestations complémentaires** à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, en dépit de l'art. 21 al. 1 LPC. Cette disposition prévoit que le canton de domicile du bénéficiaire est compétent pour fixer et verser les prestations complémentaires. Le séjour dans un home, un hôpital ou tout autre établissement ne fonde aucune nouvelle compétence; il en va de même du placement dans une famille d'une personne, interdite ou non, décidé par l'autorité de protection de l'enfant ou de l'adulte. Il s'agit de protéger financièrement les cantons disposant d'un grand nombre de ces établissements; par ailleurs, l'art. 21 al. 1 LPC évite les nombreux litiges entre cantons portant sur le point de savoir si l'assuré a transféré ou non son domicile au lieu de l'établissement, cette question devenant caduque. Il en résulte que l'autorité compétente pour allouer les prestations complémentaires n'est pas forcément celle du domicile de l'assuré²⁰. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 21 al. 1 LPC ne fonde toutefois pas un for spécial par rapport à l'art. 58 al. 1 LPGA. Le tribunal des assurances au lieu de domicile de l'assuré est compétent *ratione loci* pour statuer sur les recours contre les décisions rendues par l'autorité compétente selon l'art. 21 al. 1 LPC, qu'il s'agisse d'une autorité du même canton ou non²¹. Cette situation n'est pas heureuse, d'autant que les autorités compétentes en matière d'octroi de prestations complémentaires – généralement les caisses cantonales de compensation – appliquent en la matière non seulement des règles de droit fédéral, mais également de droit cantonal, au vu de la compétence résiduelle des cantons dans ce domaine (art. 2 al. 2, art. 10 al. 2 let. a et b, art. 11 al. 2, art. 14 al. 2, 3 et 7, art. 21 al. 2 LPC; art. 17 al. 6 OPC-AVS/AI).

18 TFA, 15.4.2004, C 245/03; NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, N 906.

19 Cf. EUGSTER, Krankenversicherung, N 265. Cf., également, Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4250.

20 ATF 142 V 67, c. 3.2. En cas de domicile dérivé voir toutefois ATF 138 V 23.

21 ATF 142 V 67, c. 2.2, c. 3.3 (compétence du Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich pour statuer sur un refus de prestations de la Caisse de compensation du canton d'Uri).

V. La transmission du recours au tribunal compétent (al. 3)

- 18 L'art. 58 al. 3 diffère dans ses trois versions linguistiques, puisque les versions en langue allemande et italienne mentionnent «l'autorité» qui décline sa compétence («*die Behörde*», «*l'autorità*»), alors que la version en langue française se réfère au «tribunal» qui décline sa compétence. Dans la mesure où les autres autorités et le Tribunal administratif fédéral sont déjà obligés de transmettre d'office les recours qui leur sont adressés à tort, en application des art. 30 LPGA et 8 PA, on doit admettre que l'art. 58 al. 3 concerne les tribunaux cantonaux des assurances²². La question ne revêt pas une portée déterminante puisque quelle que soit la disposition applicable, l'autorité administrative ou l'assureur qui reçoit un recours alors qu'il n'est pas compétent doit le transmettre au tribunal des assurances compétent²³.
- 19 L'obligation de transmettre d'office le recours au tribunal compétent revêt une importance particulière dès lors qu'il s'agit de sauvegarder le délai de recours (cf. art. 39 al. 2, par renvoi de l'art. 60 al. 2). Elle s'applique si un autre tribunal cantonal des assurances ou le Tribunal administratif fédéral est compétent²⁴. En revanche, le tribunal des assurances saisi d'une demande ou d'un recours relevant de la compétence d'un juge civil ou pénal n'est pas tenu de lui transmettre la cause d'office et peut se limiter à se déclarer incompétent²⁵. On admettra toutefois que les règles de la bonne foi le contraignent à transmettre le recours au juge compétent s'il s'agit uniquement d'une erreur d'adresse.
- 20 En pratique, le tribunal qui se tient pour manifestement incompétent peut rendre une décision d'irrecevabilité ou transmettre directement la cause au tribunal qu'il estime compétent²⁶. En cas de doute, un échange de vue est usuel et permet d'éviter un conflit négatif de compétence. Les parties ne disposent pas du droit de participer à cet échange, qui peut être mené de manière informelle²⁷; elles devraient toutefois être entendues sur la question de la compétence. Si un conflit négatif de compétence survient malgré tout, le délai pour contester la première décision d'irrecevabilité ne court pas avant que le second tribunal saisi ait notifié sa décision²⁸. Le tribunal cantonal des assurances saisi d'un recours dont il estime qu'il relève de la compétence du Tribunal fédéral doit le transmettre à cette autorité, sans échange de vue (art. 48 al. 3 LTF)²⁹; il ne lui appartient pas d'en examiner la recevabilité.
- 21 Au niveau international, les conventions bilatérales de sécurité sociale conclues par la Suisse prévoient généralement que les actes qui auraient dû être remis à une autorité ou un tribunal d'un Etat partie, selon la législation de cet Etat, sont réputés avoir été déposés en temps utile s'ils ont été présentés dans le même délai à une autorité ou à une juridic-

22 Autre avis: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 58 N 36, N 38. En cas de recours adressé à l'assureur social concerné, le TF se réfère parfois simultanément aux trois dispositions citées (TF, 21.9.2015, 9C_211/2015, c. 2.1; TF, 26.11.2014, 9C_758/2014), parfois au seul art. 58 al. 3 LPGA (TF, 19.4.2013, 8C_2/2013, c. 5.2; TF, 4.6.2008, 9C_186/2008, c. 2.1).

23 Sur l'obligation de transmission des autorités cantonales et communales, comme principe général: FLÜCKIGER, Praxiskommentar, art. 8 N 14. Sur la portée de l'art. 39 al. 2 LPGA lorsque l'autorité qui a reçu l'acte n'est pas un assureur: TF, 1.2.2010, 9C_885/2009, c. 4.

24 Transmission du TCAS au TAF, voir p.ex., TF, 6.3.2009, 9C_313/2008.

25 ATF 140 III 636 c. 3.3 et 3.6 *in fine*; TF, 15.4.2011, 2C_707/2010, c. 3.4; DAUM, art. 8 N 3; FLÜCKIGER, Praxiskommentar, art. 8 N 18.

26 ATF 143 V 363, c. 2; ATF 135 V 153, c. 1.2.

27 ATF 126 II 126, c. 3; DAUM, art. 8 N 13.

28 ATF 143 V 363, c. 2; ATF 138 V 127, c. 5.3; ATF 135 V 153, c. 1.2.

29 ATF 126 II 126, c. 3.

tion correspondante de l'autre Etat partie³⁰. C'est également le cas de l'art. 81 du Règlement 883/2004, qui prévoit expressément une obligation de transmission soit directement, soit par l'intermédiaire des autorités compétentes des Etats membres concernés. On prêterait attention au champ d'application personnel et matériel de ces différents accords internationaux (Introduction générale N 62, N 63, N 73, N 74)³¹. Les conventions bilatérales de sécurité sociale, notamment, ne concernent souvent que certaines branches d'assurances sociales.

Art. 59

Qualité pour recourir	Quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir.
Legitimation	Zur Beschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung oder den Einspracheentscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat.
Legittimazione	Ha diritto di ricorrere chiunque è toccato dalla decisione o dalla decisione su opposizione e ha un interesse degno di protezione al suo annullamento o alla sua modificazione.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Capacité d'être partie et capacité d'ester en justice	3
III. Qualité pour recourir	7
A. Principes	7
B. Intérêt digne de protection au recours	11
C. Intérêt digne de protection de divers intervenants	23
IV. Parties intéressées	44

Bibliographie

Cf. aussi bibliographie art. 56 LPG. AUBRY GIRARDIN FLORENCE, art. 89, in Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, 1004 ss; CORBOZ BERNARD, art. 111, in Corboz/Wurzbürger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, 1308 ss; DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014; HÄNER ISABELLE, art. 6 et art. 48, in Auer/Müller/Schindler (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zurich/St-Gall 2008 (cités: art. 6 ou art. 48); HOHL FABIENNE, Procédure civile: Tome I Introduction et théorie générale, 2^e éd., Berne 2016; JEANDIN NICOLAS, art. 66 et art. 70, in Bohnet *et al.* (éd.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, 213 ss, 229 ss; KIESER UELI, Invaliditätsgradfestsetzung; Bindungswirkung des IV-Entscheides für die berufliche Vorsorge; Zustellung des IV-Entscheides an die Vorsorgeeinrichtung, PJA 2003 697 ss (cité: Invaliditätsgradfestsetzung); MARANTELLI VERA/HUBER SAID, art. 48, in Waldmann/Weissenberger (éd.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2^e éd., Zurich 2016, 957 ss; MEYER ULRICH, Die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren als Voraussetzung der Rechtsmittellegitimation, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2004, St-Gall 2004, 9 ss (cité: Teilnahme); MOSER MARKUS, Die berufsvor-

30 Cf. ATF 125 V 503.

31 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 39 N 11.

sorgerechtliche Bindungswirkung von IV-Entscheiden: «Ruhekissen» oder «Prokrustesbett»?; PJA 2002 926 ss (cité: Bindungswirkung); STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014; ZÜND CHRISTIAN, Die Beiladung im Sozialversicherungsprozess, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2004, St-Gall 2004, 35 ss (cité. Beiladung)

I. Introduction

- 1 La recevabilité d'un recours dépend notamment de circonstances liées à la personne du recourant. Bien que les art. 56 ss LPGA ne le précisent pas explicitement, seul peut recourir celui ou celle qui a la **capacité d'être partie et la capacité d'ester en justice**. La partie recourante doit en outre se voir reconnaître la **qualité pour recourir**. L'art. 59 définit les conditions permettant cette reconnaissance, étant précisé que certaines autorités fédérales se voient directement attribuer la qualité pour recourir par d'autres normes de droit fédéral (art. 89 al. 2 let. a LTF, en relation avec l'art. 111 al. 2 LTF).
- 2 Hormis la partie recourante et l'autorité ou l'assureur social intimé, d'autres personnes peuvent être intéressées à la procédure et se voir reconnaître le droit d'y participer. L'art. 111 al. 1 LTF impose ainsi de reconnaître la **qualité de partie**, pour la procédure de recours cantonale, à toute personne ou autorité qui aurait ensuite qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral. Dans le même sens, l'art. 34 LPGA prévoit que toute personne, organisation ou autorité qui dispose d'un moyen de droit contre la décision à rendre doit se voir reconnaître la qualité de partie en procédure administrative. Qualité pour recourir et statut de partie sont donc étroitement liés, à tous les stades de la procédure (procédure administrative, procédure de recours devant les tribunaux cantonaux des assurances et procédure de recours devant le Tribunal fédéral). Conformément au principe d'unité de la procédure, ces notions ne peuvent pas être définies plus étroitement devant les tribunaux cantonaux des assurances qu'elles ne le sont pour la procédure de recours devant le Tribunal fédéral¹. Le droit cantonal ne peut pas davantage les définir plus largement que ce qui découle du droit fédéral (art. 59 LPGA).

II. Capacité d'être partie et capacité d'ester en justice

- 3 La **capacité d'être partie** à une procédure est liée à la jouissance des droits civils dont dispose toute personne physique ou morale au sens du droit civil (art. 11, 52 et 53 CC)². Certaines entités auxquelles le statut de personne morale n'est pas reconnu se voient néanmoins attribuer par la loi la capacité d'être partie (parmi d'autres: communauté des copropriétaires par étages [art. 712l CC], société en nom collectif ou en commandite [art. 562 et 602 CO], caisses de chômage [art. 79 al. 2 LACI]).
- 4 A défaut de capacité d'être partie attribuée par la loi, d'autres formes de communautés dépourvues de personnalité juridique ne peuvent pas être, comme telles, partie à une procédure (société simple et communauté héréditaire, p.ex.); leurs membres doivent agir en leur propre nom, quand bien même ils font valoir des droits dont ils sont titulaires en commun (cf. art. 602 al. 1 et al. 2 CC et art. 544 al. 1 CO). En procédure civile, il est admis qu'ils doivent agir ensemble, comme consorts nécessaires, sous réserve de cas particuliers³. En

¹ CORBOZ, art. 111 N 8 ss.

² STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 39 ss.

³ ATF 142 III 782, c. 3; ATF 121 III 118, c. 3. Sur ces questions, parmi d'autres: HOHL, N 688 ss et N 854 ss; JEANDIN, art. 66 N 3 ss et art. 70 N 4 ss.

procédure administrative, il convient de se montrer plus nuancé. La question ne porte en réalité pas sur la capacité d'être partie de la communauté, mais sur la qualité pour recourir individuellement que l'on reconnaît ou non à l'un de ses membres. Contrairement à ce qui prévaut en procédure civile, la qualité de partie et la qualité pour recourir en procédure administrative ne sont pas limitées au cercle des personnes qui prétendent disposer d'un droit subjectif sur l'objet du litige. La qualité pour recourir est également ouverte à une personne qui est particulièrement touchée par une décision et qui dispose d'un intérêt digne de protection à recourir (N 7 ss), quand bien même elle ne se prétend pas titulaire d'un droit subjectif sur lequel porterait cette décision⁴. On ne peut donc pas forcément nier la capacité d'être partie ou la qualité pour recourir d'un membre d'une communauté au motif qu'il ne peut pas disposer seul d'un bien commun. La jurisprudence fédérale reste néanmoins très restrictive et paraît s'en tenir largement à une consorité nécessaire, hormis si le recourant entend uniquement préserver la communauté d'une charge ou d'une obligation⁵. En droit des assurances sociales, le Tribunal fédéral se montre plus large et admet la recevabilité d'un recours interjeté par un membre individuel d'une communauté héréditaire à propos d'une prestation d'assurance⁶.

La capacité d'ester en justice est la faculté de mener soi-même le procès ou de désigner soi-même un mandataire qualifié pour le faire⁷. Elle constitue l'un des aspects de l'exercice des droits civils dont disposent les personnes physiques majeures et capables de discernement qui ne sont pas sous curatelle de portée générale (art. 13 et 17 CC), ainsi que les personnes morales dès qu'elles possèdent les organes que la loi et les statuts exigent à cet effet (art. 54 CC)⁸. Les entités dépourvues de personnalité juridique, mais auxquelles la loi confère la qualité de partie, disposent également de la capacité d'ester en justice⁹.

La capacité d'être partie et la capacité d'ester en justice du recourant sont des conditions de recevabilité du recours. Le tribunal les examine d'office, mais peut les présumer en l'absence d'indice contraire¹⁰. A défaut de capacité d'ester en justice, la personne concernée doit agir devant le tribunal par l'intermédiaire de son représentant légal (cf. art. 67 al. 2 CPC) ou du moins, si elle est capable de discernement, obtenir son consentement (art. 19 al. 1 CC). Pour le recourant majeur, privé de la capacité d'ester en justice par une mesure de curatelle, le consentement de l'autorité de protection de l'adulte est également nécessaire (art. 416 al. 1 ch. 9 CC). Si une partie qui n'a pas l'exercice des droits civils interjette seule un recours, le juge impartira à son représentant légal un délai pour le ratifier et, si nécessaire, pour produire une décision d'approbation de l'autorité de protection de l'adulte¹¹.

4 MOOR/POLTIER, 719 ss et 724 ss; MEYER, *Teilnahme*, 12 ss.

5 ATF 131 I 153, c. 5; ATF 119 Ib 56, c. 1a; ATF 116 Ib 447, c. 2b.

6 ATF 136 V 7, c. 2.1.2; ATF 99 V 58; TF, 22.4.2008, 8C_146/2008, c. 1. Voir également GYGI FRITZ, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2^e éd., Berne 1983, 182.

7 HOHL, N 702.

8 HOHL, N 705 ss; JEANDIN, art. 66 N 3 ss; STEINAUER/FONTOULAKIS, N 170. Les personnes capables de discernement qui sont mineures ou sous curatelle de portée générale peuvent ester en justice en relation avec certains actes seulement: HOHL, N 734 ss; STEINAUER/FONTOULAKIS, N 262. La capacité d'ester en justice d'une personne sous curatelle de représentation ou de coopération peut être limitée (art. 394 al. 2 et 396 al. 2 CC; STEINAUER/FONTOULAKIS, N 176 ss).

9 HOHL, N 728. Sur la capacité d'être partie et d'ester en justice de l'AVS, ainsi que de l'AI, dans un procès civil relatif à leurs prétentions subrogatoires contre un tiers responsable: ATF 143 III 79, c. 3.

10 MARANTELLI/HUBER, N 6.

11 HOHL, N 741 ss (N 746).

III. Qualité pour recourir

A. Principes

- 7 De même que la capacité d'être partie et la capacité d'ester en justice, la qualité pour recourir constitue, en droit administratif, une condition de recevabilité du recours que le tribunal examine d'office. En limitant le cercle des personnes habilitées à recourir, on évite que tout un chacun puisse contester en justice une décision administrative qui n'a pas ou peu d'effet sur lui. A défaut d'une telle limitation, les tribunaux pourraient se trouver excessivement entravés dans leur activité quotidienne, voire paralysés.
- 8 **L'art. 59 LPGA** ne reconnaît la qualité pour recourir qu'à celui ou à celle qui est atteint (touché) par la décision et qui a un intérêt digne de protection à sa modification ou à son annulation. Bien que les termes utilisés soient légèrement différents, ces notions correspondent à celles utilisées à l'art. 89 al. 1 let. b et c LTF, ce qui garantit notamment le respect du principe d'unité de procédure prévu par l'art. 111 LTF (N 2)¹². Toutefois, contrairement à l'art. 89 al. 1 let. a LTF, l'art. 59 LPGA n'exige pas que la partie recourante ait pris part à la procédure devant l'instance précédente ou qu'elle ait été privée de la possibilité de le faire. Le destinataire principal d'une décision sur opposition peut donc recourir devant le tribunal cantonal des assurances même s'il n'a pas fait opposition à la décision initiale ou participé à la procédure d'opposition. Il en va de même, en assurance-invalidité, s'il n'a pas émis d'objection au projet de décision (préavis) que l'office de l'assurance-invalidité lui a adressé (cf. art. 57a et 69 al. 1 LAI). Des tiers qui, sans être les destinataires principaux de la décision, sont néanmoins touchés et ont un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification peuvent aussi recourir sans avoir participé à la procédure administrative. Cette renonciation à exiger la participation du tiers à la procédure administrative en droit des assurances sociales ne paraît pas justifiée (pour la procédure administrative ordinaire, cf. 48 al. 1 let. a PA). Elle pourrait poser des difficultés en cas d'admission trop large de l'intérêt digne de protection au recours, en favorisant des procédures judiciaires multipartites difficilement conciliables avec les principes de simplicité et de rapidité posés par l'art. 61 let. a LPGA (cf. art. 61 N 5), ainsi qu'une insécurité juridique relative au délai de recours (art. 60 N 8 *i. f.*).
- 9 Une autorité fédérale de surveillance peut recourir devant les tribunaux cantonaux des assurances, indépendamment des conditions posées par l'art. 59 LPGA, si elle a ensuite également qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral conformément à **l'art. 89 al. 2 let. a LTF** (art. 111 al. 2 LTF; cf. art. 61 N 127 et art. 62 N 6). Elle n'est pas tenue d'avoir participé à la procédure administrative qui a conduit à la décision contestée. Il n'est pas nécessaire que l'autorité subisse une atteinte particulière en raison de la décision ni qu'elle se prévale d'un intérêt propre digne de protection. L'autorité doit néanmoins poursuivre, si ce n'est un intérêt propre, du moins l'intérêt à une bonne application du droit fédéral dans son domaine de compétence, de manière concrète, dans un cas déterminé. Il ne s'agit pas de faire trancher abstraitement un point de droit. En ce sens, il doit y avoir un intérêt au recours. Celui-ci doit être actuel ou porter sur une situation pouvant se reproduire à l'avenir¹³.
- 10 Dans les domaines de l'assurance-accidents obligatoire et de l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie, les assureurs dont la décision est annulée ou réformée par un tribunal cantonal peuvent, dans certaines conditions, se prévaloir d'un intérêt digne de

12 Voir également ATF 138 V 292, c. 3; ATF 136 V 7, c. 2.2.2.2.

13 AUBRY GIRARDIN, art. 89 N 45.

protection à recourir devant le Tribunal fédéral (cf. également N 35 ss relatifs à la qualité pour recourir, devant un tribunal cantonal, contre la décision rendue par un autre assureur social). Dans d'autres branches d'assurance, les différents organes d'exécution ne peuvent en principe pas se prévaloir d'un intérêt propre, digne de protection, à recourir. La loi leur confère néanmoins la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral, lorsqu'ils contestent un jugement cantonal relatif à une décision qu'ils ont rendue (cf. art. 62 al. 1^{bis} LPGA et art. 89 al. 2 let. d LTF, ainsi que les dispositions d'application des différentes lois spéciales; cf. art. 62 N 6)¹⁴. Pour l'organe cantonal en matière d'assurance-chômage et pour les caisses de chômage, cette compétence découle de l'art. 102 al. 2 LACI. Les dispositions citées ne confèrent pas pour autant aux organes d'exécution la qualité pour recourir devant un tribunal cantonal contre la décision rendue par un autre assureur social dans une autre branche d'assurance, voire la décision rendue dans la même branche d'assurance par un autre organe d'exécution. Un office cantonal de l'assurance-invalidité ne peut donc pas recourir contre la décision rendue par l'Office de l'assurance-invalidité pour les assurés résidant à l'étranger¹⁵. Une caisse cantonale de compensation AVS/AI ne peut pas recourir contre une décision rendue par un office de l'assurance-invalidité en matière de rente¹⁶. Dans le même sens, les autorités cantonales en matière d'assurance-chômage et les caisses de chômage ne peuvent pas recourir devant les tribunaux cantonaux des assurances en se fondant sur l'art. 102 LACI (al. 1 a *contrario*). Elles ne peuvent pas davantage recourir en se fondant sur l'art. 59 LPGA¹⁷.

B. Intérêt digne de protection au recours

1. En général

L'art. 59 LPGA reconnaît la qualité pour recourir à celui qui dispose d'un **intérêt digne de protection** à l'annulation ou à la modification de la décision litigieuse. L'intérêt doit résider dans l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant, en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait¹⁸. Il peut être factuel ou juridique. Il doit s'agir d'un intérêt propre de la partie recourante (et non pas de l'intérêt d'un tiers ou de la collectivité), d'un intérêt pratique et non pas seulement théorique ou virtuel, et d'un intérêt actuel au moment du dépôt du recours. Si l'intérêt au recours disparaît pendant la procédure, le recours devient sans objet et la cause est rayée du rôle¹⁹. Exceptionnellement, il convient de renoncer à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque la contestation peut se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues, que sa nature ne permet pas de la trancher avant qu'elle ne perde de son actualité et qu'il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse²⁰.

L'art. 59 LPGA exige que la partie recourante soit touchée par la décision litigieuse. Il s'agit d'une précision de la notion d'intérêt digne de protection au recours²¹. Cet intérêt

14 Art. 41 al. 1 let. i RAI; art. 201 RAVS; art. 42 RAPG; art. 38 al. 1 OPC-AVS/AI; art. 19 OAFam; cf. ATF 134 V 53, c. 2.2.2 et 2.3.3 et les arrêts cités en n. 15, 16 et 17.

15 ATF 130 V 514, c. 3 et 4.

16 ATF 127 V 213, c. 1b et 1c.

17 Cf. ATF 122 V 372; ATF 111 V 151, c. 2a.

18 ATF 138 II 162, c. 2.1.2.

19 DUBEY/ZUFFEREY, N 2084 ss.

20 ATF 141 II 14, c. 4.4; ATF 136 II 101, c. 1.1.

21 ATF 133 V 188, c. 4.3.1. Cf. également MOOR/POLTIER, 728; MEYER, Teilnahme, 14 ss.

n'est reconnu qu'à celui qui est atteint par la décision de manière plus importante que la généralité des citoyens, autrement dit celui pour qui la décision entraîne une **atteinte particulière** (cf. art. 89 al. 1 let. b LTF). Il faut pour cela que la partie recourante se trouve dans un rapport étroit, spécial, digne d'être pris en considération, avec l'objet de la décision litigieuse²². La référence à l'atteinte particulière causée par la décision litigieuse met l'accent sur les effets de la décision sur la situation du recourant, alors que la notion d'intérêt digne de protection au recours porte plutôt l'attention sur les effets du recours sur cette situation, en cas d'admission²³.

- 13 L'exigence d'un intérêt direct ou d'une atteinte directe est parfois mentionnée²⁴. Cette notion paraît toutefois difficile à cerner²⁵. En effet, il n'est pas nécessaire que la décision porte sur les droits et obligations de la partie recourante, un simple intérêt de fait à la modification ou à l'annulation de la décision pouvant suffire. L'intérêt devrait être jugé trop lointain ou indirect pour fonder la qualité pour recourir lorsque le rapport étroit de la partie recourante avec l'objet du litige fait défaut (N 12)²⁶. Jurisprudence et doctrine distinguent par ailleurs généralement la qualité du tiers pour recourir en faveur du destinataire principal («*Drittbeschwerde pro Adressat*»), de la qualité du tiers pour recourir contre les intérêts du destinataire principal de la décision («*Drittbeschwerde contra Adressat*»)²⁷. Il s'agit surtout de souligner que l'intérêt du tiers à recourir «en faveur» du destinataire principal doit être un intérêt propre, distinct de celui du destinataire principal, ce qui va de soi en cas de recours contre les intérêts de ce dernier. Ainsi, en droit des assurances sociales, l'exigence d'un intérêt direct est souvent rappelée lorsque la partie recourante n'est pas le destinataire principal de la décision et prend des conclusions «en faveur» de ce dernier (recours «*pro Adressat*»)²⁸. Mais il n'y a pas de motif d'apprécier plus ou moins restrictivement l'intérêt digne de protection selon que le recours est favorable ou défavorable aux intérêts du destinataire principal²⁹.
- 14 Le fait d'être créancier de l'assuré et, éventuellement, de pouvoir demander directement le paiement d'un arriéré de rente en compensation d'avances qui lui ont été versées (art. 22 al. 2 LPGGA) ne suffit pas, à lui seul, à fonder un intérêt digne de protection à recourir contre une décision de refus de rente en faveur de l'assuré. De même, le fait que l'octroi d'une rente conduirait à une diminution ou à la suppression d'une obligation de verser d'autres prestations en faveur de l'assuré ne justifie pas, à lui seul, de reconnaître au débiteur un intérêt digne de protection à recourir. Dans les deux cas, le recourant doit encore se trouver dans un rapport spécial avec l'objet du litige (N 27, 30 ss et 37)³⁰.

22 ATF 143 II 506, c. 5.1; ATF 142 II 451, c. 3.4.1; ATF 138 II 162, c. 2.1.2.

23 DUBEY/ZUFFEREY, N 2083.

24 Cf. ATF 133 V 239, c. 6.2; ATF 121 II 176, c. 2a.

25 Voir à ce propos les interprétations différentes qu'en donnent, p.ex., MOOR/POLTIER, 731 et KÖLZ/HÄNER/BERSTCHLI, N 945. Cf. également HÄNER, art. 48 N 12.

26 Voir également ATF 143 II 506, c. 5.1; ATF 142 II 451, c. 3.4.1; ATF 139 II 279, c. 2.2; ATF 131 II 361, c. 1.2 (cf. ATF 133 II 468, c. 1; ATF 133 V 239, c. 6.2).

27 Cf. ATF 134 V 153, c. 5.1 et, parmi d'autres: HÄNER, art. 48 N 13 ss et N 17 ss; MARANTELLI/HUBER, N 26 ss et N 34 ss.

28 P.ex.: ATF 138 V 292, c. 3.2 *i. f.* et c. 4 *in initio*; ATF 130 V 560, c. 3.5.

29 Dans ce sens également: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 16 N 116, art. 59 N 19. TRAUB (Gerichtsverfahren, N 5.99 ss) renonce à mentionner la distinction. Voir toutefois: ATF 134 V 153, c. 5.6 et 130 V 560, c. 3.5.

30 ATF 130 V 560, c. 3.5/4.1/4.2.

L'intérêt digne de protection ne doit pas se recouper avec l'intérêt protégé par la norme invoquée à l'appui du recours³¹. Savoir si un intérêt digne de protection existe ne dépend donc pas de la motivation du recours, mais plutôt des conclusions prises par le recourant. Dans le même ordre d'idée, l'intérêt au recours doit porter sur la modification ou sur l'annulation du dispositif de la décision et non uniquement sur une rectification de la motivation de la décision³². Ainsi la partie recourante ne peut-elle en principe pas se prévaloir d'un intérêt digne de protection à la rectification du taux d'invalidité fixé dans la décision litigieuse, si la rectification n'entraîne aucun changement du droit à la rente³³. Demeurent réservées des circonstances particulières qui pourraient justifier une décision de constatation sur ce point (N 16 ss).

2. En cas de conclusions tendant à un jugement déclaratif

Les considérations relatives à l'intérêt digne de protection au recours sont également valables lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne peut se prévaloir **d'un intérêt digne de protection à une décision de constatation** (art. 49 al. 2 LPGA). Selon la jurisprudence, un tel intérêt n'existe que lorsque le requérant a un intérêt actuel, de fait ou de droit, à la constatation immédiate d'un droit, sans que s'y opposent de notables intérêts publics ou privés, et à condition que cet intérêt digne de protection ne puisse pas être préservé au moyen d'une décision formatrice, c'est-à-dire constitutive de droits et d'obligations (voir également art. 49 N 22 ss)³⁴. Il arrive que la loi prévoie expressément une décision de constatation dans certaines situations³⁵.

Les conditions restrictives posées à une décision de constatation répondent à un objectif d'économie de procédure. Elles évitent à l'administration et, en cas de recours, aux tribunaux, de devoir trancher des questions théoriques ou de devoir statuer à titre «préventif», sans être certains que le jugement aura au final des conséquences pratiques. Ainsi, le constat qu'une condition du droit aux prestations est remplie n'est généralement pas nécessaire si une autre condition cumulative n'est de toute façon pas remplie. Par ailleurs, la priorité accordée aux décisions formatrices permet de s'assurer qu'au moment de statuer, l'administration et, en cas de recours, le tribunal, sont en mesure de cerner au mieux tous les enjeux. Il en va de même pour le destinataire de la décision au moment de décider s'il entend ou non recourir.

Si une partie recourt contre une décision de constatation rendue alors que les conditions n'en étaient pas remplies, le tribunal doit en principe le constater et annuler, pour ce motif, la décision litigieuse³⁶. Saisi d'un recours contre une décision formatrice, mais contenant uniquement des conclusions tendant à un jugement déclaratif, le tribunal examinera si ces conclusions peuvent être interprétées comme des conclusions tendant à un jugement formateur. A défaut, il vérifiera si les conditions d'un jugement déclaratif sont remplies³⁷.

31 ATF 133 V 188, c. 4.3.1; TRAUB, Gerichtsverfahren, N 5.97.

32 ATF 131 II 587, c. 4.2.1.

33 ATF 106 V 91; TF, 3.2.2012, 9C_822/2011, c. 3.2.1/3.2.2; TF, 17.5.2011, 9C_858/2010, c. 2.3.2; TF, 7.4.2009, 8C_841/2008, c. 2.2; TFA, 9.6.2006, I 808/05; TFA, 27.10.2005, I 586/04; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 59 N 15.

34 ATF 142 V 2, c. 1.1.

35 P.ex.: art. 85 al. 1 let. d LACI, relatif au constat d'aptitude ou d'inaptitude au placement par l'autorité cantonale.

36 ATF 129 V 289.

37 ATF 115 V 416, c. 3b/aa (intérêt admis pour la constatation précise du taux d'invalidité lors de l'allocation d'une rente complémentaire de l'assurance-accidents); TF, 31.8.2016, 9C_246/2016, c. 3.1; TF, 17.5.2011, 9C_858/2010, c. 1.1.

- 19 Le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts concernant l'intérêt digne de protection à faire constater précisément le **taux d'invalidité** d'un assuré par le tribunal cantonal, dans une procédure de recours contre une décision en matière d'assurance-invalidité, quand bien même ce constat n'aurait aucune influence sur le droit aux prestations qui ont été allouées ou refusées. Le Tribunal fédéral a le plus souvent nié la recevabilité du recours dans de telles circonstances (N 15)³⁸. Toutefois, il a parfois admis un intérêt digne de protection à une constatation précise du taux d'invalidité par le tribunal cantonal, au motif qu'à défaut d'une telle constatation, l'institution de prévoyance professionnelle de la personne assurée, de même que cette personne elle-même, seraient par la suite liées par le taux d'invalidité fixé par l'office de l'assurance-invalidité. La jurisprudence admet en effet qu'en matière de prévoyance professionnelle obligatoire, l'institution de prévoyance et la personne assurée sont liées par la décision rendue en matière d'assurance-invalidité, en raison de l'uniformité de la notion d'invalidité dans l'assurance-invalidité et la prévoyance professionnelle obligatoire³⁹. Il convient toutefois de soulever plusieurs objections à cette conception. D'abord, les prestations de l'assurance-invalidité sont allouées de manière échelonnée, par seuils, de sorte que des taux d'invalidité différents ne conduisent pas forcément à des prestations différentes (art. 28 al. 2 LAI; p.ex., un taux d'invalidité inférieur à 40% n'ouvre pas droit à une rente alors qu'un taux d'invalidité situé dans une fourchette de 40 à 49% ouvre droit à un quart de rente). Ensuite, la décision de rente ou de refus de rente d'un office de l'assurance-invalidité porte sur le droit à une prestation et non sur le taux d'invalidité, qui ne constitue formellement qu'un élément de motivation de la décision (art. 56 N 11). Il ne se justifie donc pas de lier formellement une institution de prévoyance, de même que la personne assurée, à cet élément de motivation, alors que sa rectification n'entraînerait aucune modification de la décision sur le droit aux prestations. Par conséquent, si un lien doit être admis pour la prévoyance professionnelle, il ne peut l'être, tout au plus, que dans la mesure où le taux d'invalidité fixé en matière d'assurance-invalidité est déterminant pour le droit aux prestations de cette assurance⁴⁰. En d'autres termes, l'institution de prévoyance devrait pouvoir déduire, de l'octroi d'un quart de rente de l'assurance-invalidité, que le taux d'invalidité de la personne assurée se situe entre 40 et 49%, ni plus ni moins. Il n'y a donc pas lieu d'admettre un intérêt digne de protection à recourir pour obtenir uniquement un jugement déclaratif relatif au taux d'invalidité. Le contraire pourrait au demeurant réserver de très mauvaises surprises à la personne assurée si elle renonce à interjeter un recours pourtant sans effet sur le droit aux prestations allouées par l'assurance-invalidité (cf. N 21 *i.f.*).
- 20 Le Tribunal fédéral a également admis la qualité pour recourir d'un assuré qui contestait une décision lui allouant une rente entière de l'assurance-invalidité, fondée sur un taux d'invalidité de 83%. L'assuré concluait au constat, par le tribunal cantonal, d'un taux d'invalidité de 100% (sans influence sur le droit à la rente allouée par l'assurance-invalidité). Le Tribunal fédéral a cette fois admis l'intérêt digne de protection au motif que l'as-

38 Cf. n. 33.

39 ATF 138 V 409, c. 3.1; 132 V 1, c. 3.2. Le TF admet également un effet obligatoire de la décision de l'office de AI pour les institutions pratiquant la prévoyance plus étendue, lorsqu'elles reprennent la même notion d'invalidité qu'en AI (ATF 115 V 208, c. 2c). La jurisprudence concède toutefois de nombreuses exceptions, en prévoyance obligatoire comme en prévoyance plus étendue; cf. MOSER, Bindungswirkung, 926 ss; KIESER, Invaliditätsgradfestsetzung, 699 ss; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 16 N 123.

40 Parmi d'autres: TF, 11.2.2016, 9C_651/2015, c. 4.1; TF, 31.8.2015, 8C_406/2015, c. 4; TF, 30.3.2009, 9C_8/2009; TFA, 9.6.2006, I 808/05, c. 3 *i.f.*; TFA, 26.1.2001, B 79/99 et B 4/00, c. 6; TFA, 14.8.2000, B 50/99, c. 2b.

suré serait présumé, en prévoyance professionnelle, pouvoir encore réaliser un revenu correspondant au «revenu d'invalidé» pris en considération par l'assurance-invalidité. Dans un calcul de surindemnisation opéré par l'institution de prévoyance, cette présomption conduirait à l'imputation d'un revenu hypothétique correspondant à ce «revenu d'invalidé», avec pour conséquence éventuelle une réduction des prestations de prévoyance (art. 34a al. 1 LPP et art. 24 al. 1 let. d *i. f.* OPP 2)⁴¹. Ce raisonnement ne convainc pas, pour les motifs déjà exposés au paragraphe précédent. Par ailleurs, on voit mal pourquoi il ne serait pas raisonnablement exigible de l'assuré qu'il saisisse le tribunal cantonal d'une demande contre son institution de prévoyance en prenant des conclusions formatrices, plutôt que de recourir contre la décision en matière d'assurance-invalidité pour obtenir un jugement déclaratif. Il n'est de loin pas exclu que l'imputation d'un revenu hypothétique dans le calcul de surindemnisation serait alors écartée d'emblée pour des motifs liés au marché du travail ou à d'autres facteurs étrangers à l'invalidité, sans nécessité de fixer plus précisément le taux d'invalidité⁴².

Au vu de ce qui précède, il convient de renoncer à faire trancher préventivement, par les offices de l'assurance-invalidité et les tribunaux, dans des procédures relatives à des prestations de l'assurance-invalidité, des questions qui ne sont pas déterminantes pour statuer sur ces prestations, mais qui se posent ou pourraient éventuellement se poser dans une autre branche d'assurance sociale. Un tel développement serait contraire au principe d'économie de procédure. Un assuré peut raisonnablement estimer que l'office de l'assurance-invalidité a sous-estimé son taux d'invalidité, mais qu'une rectification n'aurait aucune influence sur le droit aux prestations qui ont été allouées (et qui, éventuellement, correspondent à sa demande). Il n'a dans ce cas aucun motif sérieux de contester uniquement la motivation de la décision de l'office de l'assurance-invalidité. On peut admettre qu'en l'absence de recours, l'assuré ou son institution de prévoyance soient liés par la décision de l'assurance-invalidité en ce sens qu'ils ne pourront plus se prévaloir, ultérieurement, d'un taux d'invalidité incompatible avec les prestations allouées. En revanche, il n'y a pas lieu de les contraindre à recourir préventivement contre la motivation seule de la décision, en prévision d'un hypothétique litige en matière de prévoyance professionnelle. En particulier, il n'est pas exigible d'un assuré qu'il cerne, au moment de se voir notifier une décision de l'assurance-invalidité dont il accepte le dispositif, tous les enjeux potentiels de la motivation de cette décision pour la prévoyance professionnelle (N 17)⁴³.

La décision par laquelle une caisse de compensation AVS/AI détermine le **statut de cotisant** d'un assuré (salarié ou indépendant) n'est pas une décision en constatation, mais une décision formatrice. L'assuré dispose d'un intérêt digne de protection au recours, de même que son employeur, si la caisse admet un statut de salarié et refuse l'affiliation comme indépendant⁴⁴.

41 TF, 31.8.2016, 9C_246/2016. Sur cette présomption et ses limites: ATF 140 V 399; 134 V 64; TF, 28.9.2010, 9C_73/2010, c. 3.

42 Sur la prise en considération de tels facteurs dans le calcul de surindemnisation: ATF 140 V 399, c. 5.2.2.

43 Dans le même sens: TFA, 9.6.2006, I 808/05, c. 4.3.

44 ATF 132 V 257, c. 2.5.

C. Intérêt digne de protection de divers intervenants

1. Destinataire principal de la décision

- 23** Le destinataire principal d'une décision est celui dont les droits et obligations sont fixés ou constatés dans cette décision (l'assuré à qui l'on alloue ou refuse des prestations ou dont on détermine les cotisations, p.ex.). Il est directement atteint par cette décision dans sa situation juridique et la reconnaissance de son intérêt digne de protection au recours ne prête que rarement à discussion (voir toutefois N 15 et N 18 ss)⁴⁵.
- 24** La partie à qui l'on a refusé l'octroi de l'assistance juridique pour la procédure administrative dispose d'un intérêt digne de protection pour contester ce refus; en revanche, elle n'est pas la destinataire principale de la décision fixant le **montant de l'indemnité allouée à l'avocat d'office**, qui seul peut contester cette décision en justice, non pas comme représentant de la partie assistée, mais en son propre nom⁴⁶. A l'inverse, la partie représentée ou assistée a qualité pour recourir contre la **répartition d'éventuels frais et dépens** ainsi que contre le **montant des dépens** alloués, à l'exclusion de son mandataire privé ou de son avocat d'office⁴⁷.

2. Autres intéressés

a) Membres de la famille et héritiers

- 25** La jurisprudence reconnaît l'intérêt digne de protection d'une personne à recourir contre une décision en matière d'assurance-vieillesse et survivants ou d'assurance-invalidité concernant son **conjoint**, si cette décision pourrait avoir, immédiatement ou ultérieurement, un effet sur le montant de sa propre rente (décision d'allocation de rente, décision relative au statut de cotisant ou à une rectification du compte individuel de l'assurance-vieillesse et survivants, notamment)⁴⁸.
- 26** Il n'est pas rare que l'ayant droit prioritaire aux allocations familiales (art. 7 al. 1 LAFam; voir également art. 22 al. 1 let. b LACI) n'ait pas la garde et l'autorité parentale sur l'**enfant** qui ouvre droit à ces allocations. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de l'intérêt digne de protection de l'enfant ou de son représentant légal pour déposer une demande d'allocation auprès de la caisse compétente, en lieu et place de l'ayant droit prioritaire, et pour recourir en cas de refus⁴⁹. L'ordre de priorité défini par les art. 7 al. 1 LAFam et 22 al. 1 let. b LACI place l'ayant droit secondaire dans un rapport spécial et étroit avec les prestations en faveur de l'ayant droit principal. **Le parent** qui n'est pas prioritaire devrait donc se voir reconnaître le droit de déposer la demande de prestations pour l'ayant droit principal, de même que la qualité pour recourir.
- 27** Le Tribunal fédéral admet que **toute personne ou autorité qui est légitimée à déposer une demande de prestations** pour un tiers dispose de la qualité pour recourir en cas de refus⁵⁰. Le Tribunal fédéral tire cette conclusion du principe d'unité de la procédure.

⁴⁵ Voir toutefois, p.ex.: ATF 127 V 1 (intérêt digne de protection admis pour des conclusions tendant au paiement d'une rente de l'AI le 1^{er} jour du mois plutôt qu'entre le 5^e et le 7^e jour).

⁴⁶ ATF 131 V 153, c. 1 (qualité pour recourir de l'avocat d'office); TF, 14.1.2016, 9C_854/2015, c. 1; TF, 18.5.2009, 9C_991/2008, c. 2.2.1; TF, 3.10.2006, U 63/04, c. 2.1 (absence de qualité pour recourir de la partie assistée; voir toutefois ATF 135 IV 43, c. 1.1.1).

⁴⁷ TF, 18.5.2009, 9C_991/2008, c. 2.2.2.

⁴⁸ ATF 127 V 119; ATF 126 V 455, c. 2.

⁴⁹ ATF 142 V 583, c. 4.3.

⁵⁰ ATF 143 V 9, c. 1; ATF 138 V 292, c. 4.3.

Cette jurisprudence ne convainc pas entièrement: le principe d'unité de la procédure justifie, certes, de reconnaître la qualité de partie à la procédure administrative à celui qui aurait ensuite, qualité pour recourir (cf. art. 34 LPGA, qui renvoie à l'art. 59 LPGA)⁵¹. Mais il ne permet pas forcément, à l'inverse, de reconnaître la qualité pour recourir à toute personne qui se verrait attribuer, par voie d'ordonnance ou de règlement, le droit d'annoncer un cas d'assurance. Seul le tiers qui est particulièrement atteint par la décision, c'est-à-dire seul celui qui présente un lien spécial, étroit, avec l'objet du litige, dispose de la qualité pour recourir et doit se voir reconnaître la qualité de partie à la procédure administrative. Le cercle des personnes et autorités en droit d'annoncer une personne à l'assurance-vieillesse et survivants ainsi qu'à l'assurance-invalidité est défini de manière très large, par voie d'ordonnance (cf. art. 67 al. 1 RAVS et art. 66 al. 1 RAI). La procédure, en assurance-invalidité tout au moins, implique ensuite l'autorisation de l'employeur de l'assuré, de son médecin, ainsi que d'autres assureurs ou instances officiels, de collaborer à l'instruction (art. 6a al. 2 LAI). Dans ces conditions, on doit sérieusement se demander si l'on ne met pas ainsi en place une forme de curatelle de représentation (art. 394 CC), sans toutefois suivre la procédure permettant de vérifier que les conditions en sont remplies. Il serait souhaitable que les personnes et autorités mentionnées aux art. 66 al. 1 RAI et 67 al. 1 RAVS se voient certes reconnaître le droit d'annoncer un cas d'assurance ou de déposer une demande au nom de la personne assurée, mais sans bénéficier ensuite de la qualité de partie et de la qualité pour recourir, hormis si elles présentent un lien particulièrement étroit avec l'objet du litige⁵². Le seul fait d'allouer des prestations d'assistance ou d'être débiteur de contributions d'entretien qui pourraient être réduites en cas d'allocation de prestations de l'assurance-invalidité ou de l'assurance-vieillesse et survivants ne devrait pas suffire⁵³. Au demeurant, le législateur a expressément renoncé à reprendre à l'art. 59 LPGA toutes les personnes auparavant mentionnées à l'art. 84 al. 1 aLAVS, en considérant que cette disposition était «dépassée»⁵⁴. L'art. 67 al. 1 RAVS n'a pas été adapté en conséquence.

Conformément à la jurisprudence mentionnée au paragraphe précédent, le Tribunal fédéral a reconnu la qualité pour recourir d'un **enfant** en vue d'obtenir la reconnaissance, en faveur de son père, du droit à une prestation complémentaire à une rente de l'assurance-invalidité⁵⁵. Il a également admis la qualité pour recourir d'un **époux** en vue d'obtenir une rente de l'assurance-invalidité en faveur de son épouse, dont il vivait séparé et était débiteur d'entretien⁵⁶. Cette dernière jurisprudence mériterait d'être revue. Une demande de prestations déposée éventuellement contre la volonté de l'ayant droit, pendant une procédure de séparation ou de divorce pouvant être très conflictuelle, comporte un risque

28

51 ATF 135 V 106 c. 6.2.2 et c. 6.3; ATF 133 V 188; ATF 98 V 54.

52 Dans ce sens, voir la jurisprudence nuancée relative à la qualité pour recourir de l'employeur en AA et en AI, N 31 s. Cette jurisprudence met également en évidence les problèmes de protection des données qui peuvent résulter d'une reconnaissance trop large de la qualité de partie (ATF 131 V 298, c. 6; cf. également ATF 130 V 560, c. 4.4; ATF 120 V 435, cité n. 56).

53 Voir cependant ATF 106 V 153, c. 1.

54 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4272. Cf. TF, 27.1.2009, 8C_68/2008, c. 2.2.

55 ATF 138 V 292, c. 4.3.

56 ATF 120 V 435, c. 2a (l'arrêt, qui a été rendu avant l'entrée en vigueur de l'art. 6a al. 2 LAI, précise toutefois que l'ayant droit doit consentir à la communication d'informations le concernant par son médecin traitant); ATF 98 V 54 (l'arrêt date de 1972 et concerne la demande de rente d'un conjoint, pour son épouse refusant de déposer elle-même une demande de prestations. Le couple vivait séparément et l'époux était débiteur d'une contribution d'entretien qui aurait pu être réduite en cas d'allocation d'une rente à son épouse. Cette dernière, qui refusait de déposer une demande de prestations, n'avait pas été reconnue incapable de discernement).

important d'instrumentalisation. Le fait que le conjoint séparé doit payer une contribution d'entretien ne permet pas de considérer qu'il se trouve dans un rapport particulièrement étroit avec le droit aux prestations assurées. On peut même se demander s'il assiste régulièrement ou prend soin de l'ayant droit de manière permanente au sens de l'art. 66 al. 1 RAI. Il appartient au juge civil d'apprécier les conséquences d'un refus du conjoint de déposer une demande de prestations.

- 29 Un arriéré de prestations d'assurance, pour une période antérieure au décès de l'assuré, tombe dans la masse successorale, y compris une éventuelle rente complémentaire pour conjoint ou une rente pour enfant. Chaque **héritier** a qualité pour recourir contre une décision relative à ces prestations. Les membres de la communauté héréditaire ne forment pas des consorts nécessaires. Si un héritier répudie la succession, il perd sa qualité pour recourir. Le fait qu'un éventuel solde après la liquidation de la succession pourrait lui être versé (art. 573 al. 2 CC) ne fonde pas un intérêt digne de protection au recours, s'il n'a pas déclaré accepter la succession avant la clôture de la procédure de liquidation (art. 196 LP; N 4)⁵⁷. En revanche, les prestations d'assurances sociales en faveur des survivants (rentes de veuve et d'orphelin) leur sont dues en raison du décès de la personne assurée. Les **survivants** sont les destinataires principaux de la décision relative à ces prestations, dont ils sont les ayant droit directs. Comme tels, ils ont donc qualité pour recourir.

b) Employeur-employé

- 30 L'employeur est le destinataire principal d'une décision relative à son obligation d'acquitter des **cotisations paritaires** aux différentes assurances sociales. Il a donc qualité pour recourir contre une décision fixant le montant des cotisations dues à une caisse de compensation AVS/AI. Les employés ont également un intérêt digne de protection à recourir. La décision fixant le **statut de salarié** d'un assuré peut également faire l'objet d'un recours de cet assuré comme de son employeur⁵⁸. En revanche, l'employeur non soumis à cotisations n'a pas d'intérêt digne de protection à recourir contre une décision constatant que ses employés n'auraient pas dû être affiliés à l'AVS et prévoyant de leur restituer les cotisations individuelles qu'ils ont versées à tort, par son intermédiaire⁵⁹.
- 31 L'employeur est responsable d'annoncer à l'assurance-accidents tout accident dont l'un de ses salariés serait victime. Cette obligation d'annonce ne lui confère pas automatiquement la qualité de partie à la procédure et la qualité pour recourir. La jurisprudence reconnaît néanmoins à l'employeur un intérêt digne de protection pour recourir contre une décision refusant d'allouer des **indemnités journalières de l'assurance-accidents ou de l'assurance-maladie** auprès de laquelle il a collectivement assuré ses employés. Il se trouve en effet dans un rapport particulier avec l'objet du litige puisqu'il est preneur d'assurance, qu'il acquitte les primes, ou une partie des primes, et qu'à défaut de prestations de l'assureur-accidents ou de l'assureur-maladie, il serait temporairement tenu de verser le salaire pendant la période d'incapacité de travail (art. 324a ss CO)⁶⁰. L'employeur n'a en revanche pas d'intérêt digne de protection au recours contre une décision relative au droit à la **rente de l'assurance-accidents**. Contrairement aux indemnités journalières, qui ne sont versées qu'aussi longtemps que l'on peut attendre de la continuation du trai-

57 ATF 136 V 7.

58 ATF 132 V 257, c. 2.5; ATF 113 V 1.

59 ATF 110 V 145.

60 ATF 131 V 298, c. 5.3.1 ss (AA); ATF 120 V 38 (AMal).

tement médical une amélioration sensible de l'état de santé de l'assuré (art. 16 al. 2 et 19 al. 1 LAA), la rente ne revêt pas un caractère temporaire. Elle est d'ailleurs généralement allouée à un moment où le droit au salaire a cessé. Et même si dans certains cas particuliers, l'employeur serait effectivement tenu de poursuivre le paiement du salaire à défaut d'allocation d'une rente de l'assurance-accidents, ce ne serait que pour une durée relativement brève par rapport à celle pendant laquelle la rente serait versée. Le lien avec l'objet du litige n'est donc pas suffisamment étroit⁶¹.

L'employeur n'a pas qualité pour recourir contre une décision relative au droit de l'un de ses employés à des **prestations de l'assurance-invalidité**. Dès lors que l'assurance-invalidité est une assurance universelle, qui n'est pas liée à l'exercice d'une activité salariée, contrairement à l'assurance-accidents notamment, le seul intérêt de l'employeur à être dispensé de payer le salaire si des prestations de l'assurance-invalidité sont allouées n'est pas suffisant pour fonder sa qualité pour recourir. Le fait que l'employeur pourrait demander le paiement direct d'un arriéré de rente en ses mains, en compensation d'avances de salaire qu'il a faites, conformément aux art. 22 al. 2 let. a LPGA et 85^{bis} RAI, ne suffit pas davantage à fonder un intérêt digne de protection à recourir à propos du droit aux prestations. En revanche, si une rente est allouée, l'employeur peut recourir contre un éventuel **refus de procéder à une compensation**, en tant que destinataire principal de la décision sur ce point⁶². 32

En **assurance-chômage**, l'employeur comme le salarié ont qualité pour recourir contre une décision relative à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail ou à l'indemnité en cas d'intempéries (art. 31 ss et 42 ss LACI)⁶³. Il est douteux que l'employeur dispose de la qualité pour recourir contre un refus d'allocations d'initiation au travail (art. 65 ss LACI). Ces allocations sont en effet allouées uniquement dans l'intérêt du travailleur⁶⁴. En revanche, l'employeur peut recourir contre une révocation de cette décision au motif qu'il n'aurait pas respecté les conditions posées par l'autorité, car il pourrait être tenu de restituer les allocations qui ont été versées en ses mains. 33

L'employeur dispose d'un intérêt digne de protection à recourir contre une décision de refus d'**allocation familiale dans l'agriculture** au motif que le salaire versé ne correspond pas aux usages locaux (art. 4a LFA)⁶⁵. Cette jurisprudence ne devrait pas pouvoir être transposée en assurance-chômage, en cas d'imputation d'un revenu fictif correspondant aux usages professionnels et locaux, comme gain intermédiaire (art. 24 al. 3 LACI). 34

c) Autre assureur social

L'art. 49 al. 4 LPGA prévoit que l'assureur qui rend une décision touchant l'obligation d'un autre assureur d'allouer des prestations doit lui en communiquer un exemplaire. L'autre assureur dispose des mêmes voies de droit que l'assuré. Pour déterminer si les conditions d'application de cette disposition sont remplies, il convient de se référer aux critères développés par la jurisprudence en relation avec l'art. 59 LPGA. Il s'agit donc de vérifier si l'autre assureur social est particulièrement atteint par la décision, autrement dit s'il se trouve dans rapport étroit, spécial et digne d'être pris en considération avec l'objet de la décision⁶⁶. 35

61 ATF 131 V 298, c. 5.3.3.

62 Cf. ATF 130 V 560.

63 ATF 111 V 387.

64 Autre avis: RUBIN, Commentaire, art. 102 N 14.

65 ATF 120 V 496.

66 ATF 133 V 549, c. 3; ATF 132 V 74, c. 3.1.

- 36 Lorsque le cumul des prestations de deux assureurs sociaux est exclu**, la coordination matérielle entre ces deux assureurs peut reposer sur une condition commune qui fonde l'obligation de prester de l'un ou de l'autre selon qu'elle est remplie ou ne l'est pas. Par exemple, soit l'atteinte à la santé est d'origine accidentelle et l'assurance-accidents doit couvrir le cas, à l'exclusion de l'assurance-maladie, soit l'atteinte est d'origine maladie et l'assurance-maladie doit intervenir, à l'exclusion de l'assurance-accidents (cf. art. 3 et 4 LPGA, art. 6 LAA et art. 1a al. 2 let. a LAMal). Cette condition commune fonde un rapport étroit de chacun des assureurs avec l'objet du litige, qui justifie de lui reconnaître la qualité pour recourir contre le refus de prester de l'autre assureur. Dès lors qu'il renonce à recourir contre une décision qui lui a été dûment notifiée, il est lié par la décision, ce qui évite des conflits négatifs de compétence⁶⁷. L'assureur-maladie a ainsi qualité pour recourir contre une décision de refus de traitement médical ou d'indemnités journalières de l'assureur-accidents, au motif que l'atteinte à la santé n'est pas d'origine accidentelle⁶⁸. Dans le même sens, mais au niveau intra-systémique, le Tribunal fédéral a admis la qualité d'une autorité cantonale en matière de prestations complémentaires pour recourir contre la décision de l'autorité d'un autre canton déclinant sa compétence *ratione loci*. Il s'agissait là aussi d'éviter un conflit de compétence⁶⁹. On mentionnera encore la qualité pour recourir d'un assureur-accidents contre la décision par laquelle un autre assureur-accidents décline sa compétence, toujours en vue d'éviter un conflit négatif⁷⁰.
- 37** Indépendamment d'une condition commune à deux assureurs sociaux, le Tribunal fédéral a parfois admis qu'un assureur se trouve dans un rapport étroit avec la décision rendue par un autre assureur social lorsque le refus de prester de l'un implique, en principe, l'obligation de prester «subsidaire» de l'autre assureur, dans des branches d'assurance pour lesquelles un cumul de prestations est exclu. Un assureur-maladie s'est ainsi vu reconnaître la qualité pour recourir contre le refus de l'assurance-invalidité de prendre en charge un traitement médical⁷¹. Il est toutefois discutable d'admettre un rapport spécial avec l'objet de la décision dans une telle situation. L'office de l'assurance-invalidité statue sur une condition propre à l'assurance-invalidité. Sa décision ne lie l'assurance-maladie à propos d'aucune condition du droit aux prestations dans son domaine de compétence⁷². Le fait qu'à défaut de prestation de l'assurance-invalidité, l'assurance-maladie devrait elle-même couvrir le cas, ne paraît pas suffisant, à lui seul, pour établir un intérêt digne de protection (N 14; voir toutefois N 38).
- 38 Lorsque les prestations de plusieurs assureurs sociaux peuvent être cumulées** jusqu'à concurrence d'une limite de surindemnisation (art. 66 al. 1 et 2 LPGA, art. 69 LPGA, art. 20 al. 2 LAA), les prestations allouées par un assureur peuvent conduire un autre assureur à réduire ses prestations. Le premier assureur statue toutefois uniquement sur les conditions fondant le droit aux prestations dans sa branche d'assurance. Le second assureur peut encore statuer librement sur les conditions du droit aux prestations dans son

67 Cf. ATF 134 V 153, c. 4.1.1 et 4.1.2.

68 ATF 125 V 339, c. 2. Voir également ATF 127 V 107 et 126 V 183 (relatif à une maladie professionnelle).

69 ATF 132 V 74. Il paraît toutefois douteux de considérer qu'une autorité cantonale puisse formellement lier, par sa décision, une autre autorité cantonale. Il serait sans doute préférable d'adopter une solution comparable à celle retenue en cas de conflit négatif de compétence entre deux tribunaux cantonaux des assurances (art. 58 N 20).

70 TF, 27.8.2008, 8C_606/2007, c. 9.

71 ATF 114 V 94 c. 3c et art. 88^{quater} RAI (sauf délégation de compétence, la définition de la qualité pour recourir ne devrait toutefois pas être réglée par voie d'ordonnance; cf. N 27).

72 Cf. ATF 134 V 153, c. 4.1.2.

domaine et il n'y a pas de risque de conflit négatif de compétence⁷³. Son seul intérêt à pouvoir éventuellement réduire ses prestations ne devrait pas constituer un intérêt digne de protection au recours, car il s'agit d'un simple effet réflexe (N 14 et N 41)⁷⁴. Le second assureur ne se trouve pas dans une situation différente de l'employeur ou de l'assureur privé (N 31 ss et N 41). En ce sens, le Tribunal fédéral a nié la qualité pour recourir d'un assureur-maladie contre une décision de refus de rente de l'assurance-invalidité⁷⁵. La jurisprudence a toutefois évolué et le Tribunal fédéral considère désormais que tout assureur social peut recourir contre la décision rendue par un autre assureur social dès lors qu'il pourrait obtenir, par ce moyen, une diminution de sa propre obligation de prester, en raison des règles de coordination matérielle entre les différentes branches d'assurance sociale. Le Tribunal fédéral admet ainsi la qualité d'un assureur-accidents pour contester, «en faveur de l'assuré», une suppression de rente de l'assurance-invalidité, de même que la qualité pour recourir d'une institution de prévoyance pour contester une décision d'un assureur-accidents refusant des prestations ou allouant des prestations insuffisantes à ses yeux⁷⁶.

L'assurance-accidents n'est pas liée par le taux d'invalidité fondant une décision d'octroi d'une rente de l'assurance-invalidité. Elle n'a donc pas qualité pour recourir au motif que la rente allouée serait trop élevée (recours «contre les intérêts de l'assuré»)⁷⁷. Un office de l'assurance-invalidité peut également s'écarter du taux d'invalidité retenu dans une décision d'un assureur-accidents et n'a donc pas qualité pour recourir contre cette décision⁷⁸. En revanche, une institution de prévoyance professionnelle (2^e pilier) est liée par une décision allouant une rente de l'assurance-invalidité, tant en ce qui concerne le taux d'invalidité que le début de l'incapacité de travail invalidante, pour autant que ces éléments étaient déterminants pour le droit aux prestations de l'assurance-invalidité. Dans cette mesure, l'institution de prévoyance a qualité pour recourir contre la décision de l'office de l'assurance-invalidité⁷⁹. Une institution de prévoyance individuelle liée (3^e pilier A) n'est pas liée par les décisions de l'assurance-invalidité, sous réserve d'une disposition contractuelle, et n'a pas donc pas qualité pour recourir⁸⁰.

En assurance-accidents, il arrive que deux assureurs soient liés par un accord de collaboration aux termes duquel l'un assure les prestations de courte durée (soins médicaux et indemnités journalières), alors que l'autre assure les prestations de longue durée. Dans un tel cas, chaque assureur rend sa propre décision sur les prestations qu'il assure. Cette décision est opposable à l'autre assureur, qui n'a toutefois pas qualité pour recourir⁸¹. Il appartient aux deux assureurs de régler entre eux leur mode de collaboration, qui ne doit pas conduire à une complication de la procédure vis-à-vis des tiers, en particulier vis-à-vis de l'assuré. En revanche, lorsqu'une personne travaille pour deux employeurs affi-

73 Cf. ATF 134 V 153, c. 4.1.2.

74 Dans ce sens également: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 49 N 80 ss (N 82 ss).

75 ATF 114 V 94, c. 3e.

76 ATF 134 V 153, c. 5 et TF, 2.8.2007, I 249/06. Voir également MEYER, Teilnahme, 29 ss.

77 ATF 131 V 362.

78 ATF 133 V 549.

79 ATF 138 V 409, c. 3.1; ATF 129 V 150, c. 2.5. De nombreuses exceptions sont admises: cf. N 19 ss et n. 39

80 ATF 141 V 439. En l'absence de norme de coordination matérielle entre le 2^e et le 3^e pilier, pouvant constituer selon la jurisprudence un rapport étroit avec l'objet du litige (cf. N 38), même une condition contractuelle liant l'institution de prévoyance à la décision d'un office de l'assurance-invalidité ne devrait pas fonder la qualité pour recourir de l'institution de prévoyance.

81 Cf. ATF 138 V 161; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 886.

liés auprès de deux assureurs-accidents différents et subit un accident non professionnel, l'un des assureurs peut être amené à avancer la totalité des prestations pour se faire ensuite rembourser par l'autre au prorata du gain assuré (art. 99 al. 2 OLAA). Le second assureur, qui sera tenu à remboursement, peut alors recourir contre la décision d'allocation de prestations rendue par le premier assureur⁸².

d) Assureur privé

- 41 Un assureur privé n'a pas d'intérêt digne de protection à recourir contre une décision de refus de rente de l'assurance-accidents obligatoire. Le fait que selon ses conditions générales, il pourrait réduire ses prestations pour cause de surindemnisation en cas d'allocation d'une rente de l'assureur social ne constitue qu'un effet réflexe insuffisant pour fonder sa qualité pour recourir⁸³.

e) Autorités cantonales et communales

- 42 Le Tribunal fédéral admet la qualité pour recourir de la commune qui alloue une aide sociale à une personne assurée contre une décision de refus de prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse et survivants. Il fonde cette qualité pour recourir sur le fait que la commune peut déposer elle-même une demande de prestations complémentaires, conformément aux art. 20 al. 1 OPC-AVS/AI et 67 al. 1 RAVS (sur ce point, N 27)⁸⁴. La commune qui a avancé des prestations d'aide sociale et demande ensuite qu'un arriéré de rente de l'assurance-invalidité lui soit versé directement en compensation des prestations d'assistance versées pendant la même période (cf. art. 22 al. 2 let. a LPG) dispose également de la qualité pour recourir contre le refus de l'office de l'assurance-invalidité d'opérer cette compensation⁸⁵. L'autorité qui prend en charge des primes d'assurance-maladie impayées dispose d'un intérêt digne de protection à recourir contre une décision de l'assureur-maladie relative à la suspension des prestations d'assurance pour non-paiement des primes⁸⁶. Un canton ou une commune ont qualité pour recourir contre une décision de remise de l'obligation de payer la cotisation minimale à l'assurance-vieillesse et survivants, dès lors que cette décision entraîne leur obligation d'acquitter eux-mêmes la cotisation en question (art. 11 al. 2 LAVS et 32 al. 3 RAVS)⁸⁷.
- 43 L'autorité communale qui alloue une aide sociale n'a en revanche pas qualité pour recourir contre une décision relative aux indemnités journalières de l'assurance-chômage demandées par la personne assistée. Elle ne peut notamment pas contester une décision qualifiant de gain intermédiaire (art. 24 LACI) les montants versés par l'autorité en contrepartie de divers travaux qu'elle considérerait comme des mesures d'intégration socio-professionnelle. Son intérêt à voir diminuer ses propres prestations d'assistance, voire d'en obtenir le remboursement en cas d'admission du recours ne constitue pas un intérêt suffisamment direct et concret⁸⁸.

82 ATF 144 V 29.

83 ATF 125 V 339, c. 4d.

84 ATF 143 V 9, c. 1.

85 ATF 135 V 2.

86 Cf. ATF 133 V 188. L'arrêt concerne la procédure prévue par l'art. 90 aOAMal en cas de non-paiement des primes par l'assuré. Sur la réglementation actuelle, cf. art. 64a LAMal.

87 ATF 123 V 113.

88 ATF 133 V 188, c. 4.4.2; TFA, 14.10.2004, C 12/04.

IV. Parties intéressées

La procédure de recours devant les tribunaux cantonaux des assurances implique le plus souvent deux parties: le destinataire principal de la décision litigieuse, qui est la partie recourante, et l'autorité ou l'assureur social qui a rendu cette décision, qui est la partie intimée. 44

Il arrive toutefois que la procédure de recours comporte plus de deux parties. De nombreuses variantes sont envisageables, en raison de la définition ouverte de la qualité pour recourir et du lien étroit entre qualité pour recourir et qualité de partie (N 2)⁸⁹. La partie recourante ou intimée peut demander qu'un tiers soit appelé en cause (cf. toutefois N 47). Le tiers peut lui-même demander à intervenir dans la procédure. Enfin, le tribunal peut, voire doit, dans certaines circonstances, inviter d'office le tiers à participer à la procédure. Dans les différentes variantes possibles, on peut désigner le tiers sous le terme général de «partie intéressée» à la procédure (par opposition aux parties recourante et intimée). On peut également envisager d'impliquer un «tiers intéressé» qui ne disposerait pas de la qualité de partie, mais la situation est relativement peu fréquente en assurances sociales. 45

Le tiers qui intervient dans la procédure de recours devant le tribunal cantonal, et qui aurait qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral, doit se voir reconnaître tous les **droits et obligations** liés à la qualité de partie (droit d'être entendu, de consulter le dossier et de participer à l'administration des preuves, droit à l'assistance judiciaire, droit aux dépens ou obligation de verser des dépens et de participer aux frais judiciaires), hormis les droits liés à la disposition même de l'objet du litige⁹⁰. Il n'a pas la possibilité de retirer le recours ou de le rendre sans objet par une transaction. A défaut de recours, le jugement entré en force lui est opposable⁹¹. En cas de retrait du recours par la partie recourante, la cause est radiée du rôle sans que le tiers puisse s'y opposer. Demeure réservé le cas dans lequel le tiers a été invité à participer à la procédure de recours de manière à guérir une violation de son droit d'être entendu en procédure administrative⁹². Si le tiers invité à participer à la procédure renonce à y prendre activement part, notamment à prendre des conclusions, il ne devrait pas encourir de frais et dépens. 46

L'intervention d'une tierce partie en procédure est limitée par l'objet du litige. Ni le recourant ni l'intimé ne peuvent en principe prendre des conclusions contre le tiers intervenant, qui s'écarteraient de l'objet du litige déterminé par la décision litigieuse et les conclusions du recours. Il n'y a donc pas d'appel en cause au sens du Code de procédure civile (art. 81 ss CPC). De même, le tiers intervenant ne peut pas prendre de conclusions, en sa faveur ou en faveur des autres parties, qui ne porteraient pas sur l'objet du litige⁹³. 47

Dans la plupart des litiges où un tiers a qualité pour recourir, le destinataire principal de la décision devrait être invité à participer à la procédure, en tout cas si elle peut conduire à un jugement moins favorable pour lui. D'autres situations ont fait l'objet de jurispru- 48

89 Cf. MEYER, *Teilnahme*, 18.

90 HÄNER, art. 6 N 12 et 14 ss; ZÜND, *Beiladung*, 49 ss. Le droit de consulter le dossier n'est pas sans poser des difficultés de protection de la personnalité de l'assuré (cf. N 27) et peut être restreint: ATF 115 V 297, c. 2 f. Sur les frais judiciaires et les dépens, voir également art. 61 N 25 et 102. Sur la maxime de disposition limitée dans les procédures de recours au sens des art. 56 ss LPGa: art. 61 N 72.

91 HÄNER, art. 6 N 13.

92 ZÜND, *Beiladung*, 55.

93 ATF 130 V 501.

dences du Tribunal fédéral. Ainsi, dans le domaine de la responsabilité d'un employeur pour le non-paiement de cotisations sociales (art. 52 LAVS), plusieurs personnes peuvent être co-responsables solidaires. La caisse de compensation AVS/AI compétente peut rechercher l'une d'entre elles seulement ou plusieurs d'entre elles. Si elle ne recherche qu'une seule personne en responsabilité, il n'y a pas lieu d'inviter d'autres co-responsables potentiels à participer à la procédure. En revanche, si la caisse de compensation recherche plusieurs responsables, mais que seul l'un d'entre eux conteste sa responsabilité jusque devant le tribunal cantonal des assurances, ce dernier doit inviter les autres responsables à participer à la procédure. En effet, leurs prétentions récursoires contre le recourant pourraient se trouver fortement compromises en cas d'admission du recours⁹⁴.

- 49** Lorsqu'un assuré recourt contre une décision d'une caisse de compensation AVS/AI ou de l'assurance-invalidité et que l'issue de la procédure peut avoir des effets sur le droit à la rente de son époux, ce dernier peut, voire doit être invité à participer à la procédure en qualité de partie intéressée (N 25)⁹⁵.
- 50** En cas de recours contre une décision relative à des cotisations paritaires, l'employeur et les employés de l'entreprise dont les cotisations sont en cause doivent être invités à participer à la procédure s'ils ne sont pas déjà parties recourantes. Le tribunal peut y renoncer si les employés sont nombreux, si leur domicile est à l'étranger ou s'il n'est pas connu, ou encore si les montants en jeu sont faibles⁹⁶.

Art. 60

Délai de recours

¹ Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours.

² Les art. 38 à 41 sont applicables par analogie.

Beschwerdefrist

¹ Die Beschwerde ist innerhalb von 30 Tagen nach der Eröffnung des Einspracheentscheides oder der Verfügung, gegen welche eine Einsprache ausgeschlossen ist, einzureichen.

² Die Artikel 38–41 sind sinngemäss anwendbar.

Termine di ricorso

¹ Il ricorso deve essere interposto entro 30 giorni dalla notificazione della decisione o della decisione contro cui l'opposizione è esclusa.

² Gli articoli 38–41 sono applicabili per analogia.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Le délai de recours	3
III. Les délais fixés par le juge	10

⁹⁴ ATF 134 V 306, c. 3.2; TFA, 16.10.2006, H 72/06.

⁹⁵ ATF 127 V 119, c. 1a; 126 V 455, c. 2d. Les deux arrêts précisent que l'époux a la qualité de partie s'il prend des conclusions et qu'il est simplement tiers intéressé s'il y renonce. De notre point de vue, la question dépend surtout de savoir s'il prend activement part à la procédure ou non (cf. N 46, en relation avec les frais et dépens).

⁹⁶ ATF 132 V 257; ATF 113 V 1.

Bibliographie

Cf. Aussi la bibliographie de l'art. 56; AMSTUTZ KATHRIN/ARNOLD PETER, art. 45 et art. 46, in Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (éd.), *Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz*, 2^e éd., Bâle 2011, 391 ss, 400 ss (cité: BSK BGG-AMSTUTZ/ARNOLD); CAVELTI URS PETER, art. 20, in Auer/Müller/Schindler (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zurich/St-Gall 2008, 266 ss; DAUM MICHEL, art. 8, in Auer/Müller/Schindler (éd.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zurich/St-Gall 2008, 122 ss; EGLI PATRICIA, art. 20 et art. 22a, in Waldmann/Weissenberger (éd.), *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2^e éd., Zurich 2016, 427 ss, 481 ss; FRÉSARD JEAN-MAURICE, art. 45, 46, 48 et 49, in Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, *Commentaire de la LTF*, 2^e éd., Berne 2014; GÜNGERICH ANDREAS, art. 45, in Seiler/von Werdt/Güngerich/Oberholzer, *Bundesgerichtsgesetz (BGG)*, 2^e éd., Berne 2015, 165 ss; HÜRZELER MARC, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht (AHV/IV/EO/berufliche Vorgorge) in den Jahren 2008 und 2009 (BGE 134 und 135)*, RJB 2010 700 ss (cité: Rechtsprechung); MEYER-BLASER ULRICH, *La LPGa – Les règles de procédure judiciaire*, in Kahil-Wolff (éd.), 23 ss (cité: Règles de procédure judiciaire); ROLLI BERNARD, *La Partie Générale du droit des Assurances sociales, Les points forts de la nouvelle LPGa*, in dubio 2003 12 ss; VOLTZ MELCHIOR, in Zünd/Pfiffner Rauber (éd.), *Kommentar*, 92 ss.

I. Introduction

L'art. 60 al. 1 LPGa prévoit un délai de recours uniforme pour le contentieux relevant des art. 56 ss. Il n'y a pas d'exception selon la branche d'assurance sociale en cause ni selon l'objet ou la nature incidente ou finale de la décision contestée. L'al. 2 renvoie pour le surplus aux art. 38 à 41 relatifs à la computation et à l'observation des délais, aux périodes de suspension des délais ainsi qu'à la prolongation et à la restitution des délais. Le lecteur est donc renvoyé, pour l'essentiel, aux commentaires de ces dispositions. Quelques précisions doivent être apportées en ce qui concerne plus spécifiquement la procédure de recours devant les tribunaux. **1**

L'art. 60, en relation avec les art. 38 à 41, ne régit pas seulement le délai de recours. Il régit, de manière exhaustive, la question des délais de procédure devant les tribunaux cantonaux des assurances, y compris les délais fixés par le juge. Les règles sont désormais les mêmes en procédure administrative et en procédure judiciaire¹. Hormis en ce qui concerne la définition des jours officiellement fériés (art. 38 al. 3), le droit fédéral ne laisse donc pas de place au droit cantonal en la matière². **2**

II. Le délai de recours

Le délai de recours de l'art. 60 al. 1 étant un délai légal, il ne peut pas être prolongé (art. 40 al. 1 LPGa). L'acte de recours doit être remis au plus tard au tribunal compétent ou, à son adresse, à la Poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire **3**

1 Cf. LOCHER/GÄCHTER, § 75 N 11; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 60 N 14 et art. 61 N 14; MEYER-BLASER, *Règles de procédure judiciaire*, 31; voir également TF, 6.6.2016, 9C_122/2016, c. 4. Autre avis: VOLZ, § 13 N 105. Question laissée ouverte: TF, 12.1.2009, 8C_767/2008, c. 4.3.2.

2 Voir cependant ATF 133 V 96 et ATF 131 V 314. Ces arrêts laissaient, à notre avis à tort (cf. également ROLLI, 39), un délai transitoire aux cantons pour adapter leur législation aux art. 38 à 41, ainsi qu'à l'art. 60, dans certaines branches d'assurance sociale (pour les autres branches: ATF 132 V 361).

suisse (art. 39 al. 1, par analogie). S'il est remis en temps utile à une autorité administrative fédérale ou cantonale, à un assureur social, ou encore à un tribunal incompétent, le délai de recours est sauvegardé et l'autorité, l'assureur ou le tribunal concerné doit transmettre sans délai le recours au tribunal compétent (art. 30 et 58 al. 3 LPGA, art. 8 PA; cf. art. 30 N 1 ss, art. 39 N 12 ss, art. 58 N 18 ss; en cas de remise à une autorité étrangère: art. 58 N 21). Le cas le plus fréquent est celui dans lequel le recours est adressé à l'autorité qui a rendu la décision contestée. Si la volonté de recourir ressort de l'acte qui lui est adressé ou en cas de doute sur ce point, elle doit le transmettre au tribunal compétent. Il appartient à ce dernier de statuer sur la recevabilité du recours³.

- 4 L'obligation de transmission prévue par les art. 30 et 58 al. 3 LPGA, de même que par l'art. 8 PA, découle du principe de bonne foi en procédure et de l'interdiction du formalisme excessif. Celui qui s'adresse délibérément à une autorité incompétente prend le risque de se voir opposer un refus, par cette autorité, de transmettre l'acte au tribunal compétent. Selon les circonstances, il n'est pas exclu que le recours adressé ultérieurement au tribunal soit considéré comme tardif⁴. En revanche, si un recours adressé de manière reconnaissable à un tribunal est remis à une autre autorité, qui l'accepte, le recourant pourra partir du principe, de bonne foi, qu'elle le transmettra et que le délai de recours est sauvegardé⁵. On conseillera néanmoins au recourant, et surtout à son mandataire qualifié, de se montrer prudent sur ce point⁶.
- 5 L'acte de recours doit manifester l'intention de son auteur de recourir. Si l'acte déposé dans les 30 jours dès la notification de la décision n'est pas motivé ou s'il ne contient pas de conclusions, le juge doit impartir au recourant un délai convenable pour y remédier (art. 61 let. b). Le délai de recours est sauvegardé. Il convient également de procéder ainsi en cas de doute sur la volonté de recourir. En revanche, si l'acte ne manifeste aucune volonté de recourir, son dépôt dans le délai de 30 jours dès la notification de la décision ne sauvegarde pas le délai de recours. Par ailleurs, le recourant qui dépose un acte dont il sait d'emblée qu'il ne remplit pas les conditions de forme risque de se voir refuser l'octroi d'un délai supplémentaire pour le corriger, en raison de l'interdiction de l'abus de droit (cf. art. 61 N 46). Dans toutes ces situations, le tribunal procédera et tranchera en se laissant guider par les règles de la bonne foi et de l'interdiction du formalisme excessif.
- 6 Le délai de recours commence à courir le lendemain de la notification de la décision litigieuse (art. 38 al. 1 LPGA; cf. art. 38 N 8 ss). Le fardeau de la **preuve de la notification** et de la date de celle-ci incombe à l'autorité qui entend en tirer des conséquences juridiques. L'autorité supporte donc les conséquences de l'absence de preuve. Une preuve par indices est admissible, l'attitude du destinataire pouvant notamment être prise en considération⁷. Le Tribunal fédéral exige, pour les litiges relevant des art. 56 ss, que la notification soit établie au stade de la vraisemblance prépondérante, soit le degré de preuve généralement applicable en droit des assurances sociales⁸. En pratique, toutefois, les critères appliqués pour la preuve de la notification sont sensiblement les mêmes en assurances sociales que dans les autres domaines du droit et vont au-delà de la simple

3 TF, 21.9.2015, 9C_211/2015, c. 2; TF, 26.11.2014, 9C_758/2014, c. 2; DAUM, art. 8 N 2.

4 Cf. ATF 111 V 406, c. 2 *i.f.* et TFA, 3.8.2001, U 179/01, c. 2d.

5 TF, 1.2.2010, 9C_885/2009, c. 4 (remise d'un recours à un poste de douane); TF, 12.1.2009, 1C_379/2008, c. 1.2 et TFA, 3.8.2001, U 179/01, c. 2d (remise d'un recours à un poste de police).

6 Cf. FRÉSARD, art. 48 N 22.

7 ATF 142 IV 125, c. 4.3 s.

8 ATF 136 V 295, c. 5.9; ATF 121 V 5 c. 3b.

vraisemblance prépondérante⁹. C'est tout à fait justifié, dans la mesure où la preuve de la notification d'une décision ne présente pas plus de difficulté selon la branche du droit applicable. Le fait qu'il s'agisse d'une administration de masse permet de renoncer à une notification par lettre-signature¹⁰, mais ne justifie pas de se contenter d'une date de notification simplement plus vraisemblable qu'une autre, compte tenu des conséquences très importantes attachées au délai de recours. Un doute relatif à la réception ou à la date de notification d'un envoi sous pli simple est donc suffisant pour que l'on se fonde sur les déclarations plausibles du destinataire de l'envoi¹¹. On ne peut pas présumer qu'un envoi sous pli A ou B est parvenu à son destinataire dans les délais usuels d'acheminement postal¹².

La partie recourante doit pouvoir établir la date à laquelle elle a remis le recours à la Poste suisse ou au tribunal. La preuve doit être rapportée de manière stricte, l'envoi étant toutefois présumé remis à la Poste suisse à la date mentionnée sur le tampon apposé sur l'enveloppe par l'office postal ou à la date mentionnée lors du premier enregistrement électronique de l'envoi par la Poste suisse (*Track & Trace*). Cette présomption peut être levée par d'autres moyens de preuve, par exemple en faisant attester la date de l'envoi par un ou plusieurs témoins mentionnés sur l'enveloppe¹³. Si le recours est adressé à l'assureur social qui a rendu la décision, il lui appartient de conserver l'enveloppe qui contenait le recours et de la transmettre au tribunal. A défaut, le recourant ne supporte pas les conséquences de l'absence de preuve de la date à laquelle le recours a été déposé¹⁴.

Une **notification irrégulière** ne doit pas préteriter le destinataire de l'acte, mais elle n'est pas nulle pour autant. L'intéressé doit agir dans un délai raisonnable après avoir pris connaissance, de quelque manière que ce soit, de la décision qu'il entend contester. Il arrive qu'un assureur social notifie, à tort, un acte directement à la personne assurée plutôt qu'au mandataire auprès duquel celle-ci avait constitué un domicile de notification. Dans une telle situation, la jurisprudence considère que le délai de recours commence à courir dès le lendemain du jour où l'assureur social ou le destinataire de la décision l'a communiquée à son mandataire¹⁵. De manière générale, l'intéressé doit, en vertu de son devoir de diligence, se renseigner auprès de son mandataire sur la suite donnée à son affaire au plus tard le 30^e jour après avoir reçu la décision. Le délai de recours commence donc à courir au plus tard dès le lendemain, soit dès le 31^e jour après réception de la décision par son destinataire¹⁶ (et non dès le 30^e jour¹⁷). Le mandataire ne peut pas se limiter à exiger une nouvelle notification en ses mains avant d'agir devant le tribunal. Si toutefois l'administration notifie une nouvelle décision avant l'échéance du délai de recours, en indiquant sans réserve les voies de droit, la partie est en principe fondée à considérer qu'elle dispose d'un délai de recours de 30 jours dès la deuxième notification¹⁸. Une seconde notification après l'échéance du délai de recours ne fait en revanche pas naître un

9 Voir TF, 15.1.2013, 9C_744/2012, c. 5.4. Le TF y admet que la preuve de la notification d'un acte n'est pas rapportée quand bien même il est peu probable – mais pas impossible – que les deux courriers successivement envoyés sous pli simple ne soient pas parvenus à leur destinataire.

10 Cf. art. 138 al. 1 CPC et art. 85 al. 2 CPP.

11 ATF 136 V 295, c. 5.9; ATF 124 V 400, c. 2a; ATF 121 V 5 c. 3b *i.f.*

12 ATF 142 IV 125, c. 4.4. En cas d'envoi sous pli A-plus: ATF 142 III 599, c. 2.4.1.

13 ATF 142 V 389, c. 2; TF, 21.11.2011, 2C_404/2011, c. 2.3.

14 ATF 124 V 372, c. 3.

15 TF, 10.11.2010, 9C_791/2010, c. 4.1.

16 TF, 12.12.2012, 9C_741/2012, c. 2.

17 Cf. parmi d'autres, TF, 2.12.2013, 9C_529/2013, c. 4; TF, 28.2.2012, 9C_296/2011, c. 5.1.

18 ATF 115 Ia 12; FRÉSARD, art. 49 N 16.

nouveau délai¹⁹. Par ailleurs, si **la décision n'est pas notifiée, à tort, à un tiers** qui aurait qualité pour recourir, les conséquences du défaut de notification doivent être définies en pondérant l'intérêt à la sécurité du droit, d'une part, et l'intérêt digne de protection du tiers à recourir sans subir les conséquences d'un défaut de notification, d'autre part. Ces conséquences varient selon les différentes situations envisageables. Dans certains cas, le tiers peut encore recourir dans les 30 jours après avoir reçu – tardivement – la décision. Il doit si nécessaire agir dans un délai raisonnable pour en obtenir la communication²⁰. Dans d'autres cas, le défaut de notification a pour seul effet que le tiers ne sera pas lié par la décision en question. Celle-ci entre en force à l'échéance du délai de recours dont dispose le destinataire principal, si celui-ci ne la conteste pas²¹.

- 9 Il arrive qu'un assureur social notifie une décision portant, par erreur, une date postérieure à celle de son envoi. Dans ce cas, on doit en règle générale admettre que le mandataire consulté par le destinataire de la décision parte du principe que celle-ci n'a pas été notifiée avant la date qu'elle porte. Sauf circonstances particulières, on ne saurait exiger de lui qu'il mette en doute cette date et qu'il demande à son mandant – ou au précédent mandataire de son mandant – de préciser la date exacte de réception. Les principes d'égalité de traitement et de sécurité juridique n'imposent pas un tel écart entre le niveau de diligence exigé de l'avocat et celui exigé de l'administration, même dans une administration de masse. Au contraire, ils justifient d'admettre que le recourant n'a pas à supporter les conséquences d'une décision postdatée²².

III. Les délais fixés par le juge

- 10 Les délais fixés par le juge sont également régis par les art. 38 à 41, par analogie (art. 60 al. 2). Il s'agit le plus souvent de délais d'ordre. Leur non-respect n'entraîne pas la perte du droit d'accomplir encore l'acte omis, mais il peut entraîner des frais s'il dénote une attitude empreinte de légèreté (art. 61 let. a). En pratique, des frais entrent essentiellement en considération en cas de manquements répétés ou d'attitude dilatoire. Selon les circonstances, le tribunal pourra interpréter l'omission comme une renonciation de la partie concernée à accomplir l'acte en question. Le juge n'est pas tenu d'impartir d'office un nouveau délai. Il ne le fera généralement que s'il l'estime nécessaire compte tenu de son devoir d'instruire la cause d'office.
- 11 Lorsque le juge impartit un délai impératif, il doit informer les parties des conséquences qu'entraînerait une omission d'accomplir l'acte dans le délai (art. 40 al. 2). En fixant un délai pour effectuer une avance de frais dans un litige relatif à des prestations de l'assurance-invalidité (art. 69 al. 1^{bis} LAI), par exemple, le juge avertira le recourant qu'à défaut d'avance dans le délai imparti, le recours sera déclaré irrecevable²³. La partie qui s'est vue impartir un délai impératif pour accomplir un acte de procédure doit pouvoir apporter la preuve qu'elle a agi en temps utile. La preuve stricte est exigible²⁴.

19 TF, 8.8.2016, 9C_815/2015, c. 4.3.

20 ATF 134 V 306 c. 4.

21 ATF 132 V 1, relatif au défaut de notification d'une décision de rente de l'assurance-invalidité à une institution de prévoyance professionnelle. Sur ces questions, cf. HÜRZELER, *Rechtsprechung*, 751.

22 Cf. TF, 4.9.2007, 8C_50/2007, c. 5; TFA, 13.6.2001, I579/98. Voir cependant, excessivement formaliste: TF, 14.10.2014, 8C_84/2014 (critique également: KIESER, *ATSG-Kommentar*, art. 61 N 40).

23 Sur l'exigence d'une base légale cantonale relative à l'avance de frais: ATF 133 V 402.

24 ATF 121 V 5, c. 3b; 119 V 7, c. 3c/bb.

Les délais fixés en jours ou en mois ne courent pas pendant les périodes de suspension prévues par l'art. 38 al. 4²⁵. En revanche, si le juge ordonne l'accomplissement d'un acte au plus tard à un terme fixe, la partie doit agir jusqu'à ce terme, indépendamment de toute période de suspension des délais selon l'art. 38 al. 4²⁶.

Si un délai échoit un samedi, un dimanche ou un jour férié selon le droit fédéral ou cantonal, son terme est reporté au premier jour ouvrable qui suit (art. 38 al. 3). En procédure de recours judiciaire, comme en procédure administrative, les jours fériés cantonaux sont ceux définis par le canton de domicile ou du siège de la partie concernée (art. 38 al. 3). Le siège du tribunal n'est pas déterminant²⁷. L'échéance d'un délai peut donc varier, devant un même tribunal, selon le domicile de la partie tenue de le respecter ou selon le domicile (professionnel) de son mandataire. La règle, qui correspond à celle des art. 20 al. 3 PA et 45 al. 2 LTF, n'est pas alternative: si une partie est représentée, c'est exclusivement le domicile du mandataire qui est déterminant²⁸.

Art. 61

Procédure

Sous réserve de l'art. 1, al. 3, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, la procédure devant le tribunal cantonal des assurances est réglée par le droit cantonal. Elle doit satisfaire aux exigences suivantes:

- a. elle doit être simple, rapide, en règle générale publique, ainsi que gratuite pour les parties; des émoluments de justice et les frais de procédure peuvent toutefois être mis à la charge de la partie qui agit de manière téméraire ou témoinne de légèreté;
- b. l'acte de recours doit contenir un exposé succinct des faits et des motifs invoqués, ainsi que les conclusions; si l'acte n'est pas conforme à ces règles, le tribunal impartit un délai convenable au recourant pour combler les lacunes, en l'avertissant qu'en cas d'inobservation le recours sera écarté;
- c. le tribunal établit avec la collaboration des parties les faits déterminants pour la solution du litige; il administre les preuves nécessaires et les apprécie librement;
- d. le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties; il peut réformer, au détriment du recourant, la décision attaquée ou accorder plus que le recourant n'avait demandé; il doit cependant donner aux parties l'occasion de se prononcer ou de retirer le recours;
- e. si les circonstances le justifient, les parties peuvent être convoquées aux débats;
- f. le droit de se faire assister par un conseil doit être garanti; lorsque les circonstances le justifient, l'assistance judiciaire gratuite est accordée au recourant;
- g. le recourant qui obtient gain de cause a droit au remboursement de ses frais et dépens dans la mesure fixée par le tribunal; leur montant est déterminé sans égard à la valeur litigieuse d'après l'importance et la complexité du litige;

25 Sur le calcul de l'échéance en cas de suspension d'un délai fixé en mois: ATF 131 V 314, c. 4.6.

26 TF, 6.6.2016, 9C_122/2016, c. 4 (délai d'avance de frais fixé au 18 décembre par le juge); voir également ATF 97 I 851 (relatif à l'art. 34 aOJ); FRÉSARD, Commentaire LTF, art. 46 N 5; BSK BGG-AMSTUTZ/ARNOLD, art. 46 N 2; EGLI PATRICIA, art. 22a N 3.

27 Cf. ATF 98 V 62; TF, 17.12.2002, 1A.232/2002, c. 2 (relatifs à l'art. 32 aOJ).

28 FRÉSARD, Commentaire LTF, art. 45 N 10; BSK BGG-AMSTUTZ/ARNOLD, art. 45 N 14; EGLI PATRICIA, art. 20 N 62. Autre avis: CAVELTI, art. 20 N 43; GÜNGERICH, art. 45 N 2.

- h. les jugements contiennent les motifs retenus, l'indication des voies de recours ainsi que les noms des membres du tribunal et sont notifiés par écrit;**
- i. les jugements sont soumis à révision si des faits ou des moyens de preuve nouveaux sont découverts ou si un crime ou un délit a influencé le jugement.**

Verfahrensregeln

Das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht bestimmt sich unter Vorbehalt von Artikel 1 Absatz 3 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 nach kantonalem Recht. Es hat folgenden Anforderungen zu genügen:

- a. Das Verfahren muss einfach, rasch, in der Regel öffentlich und für die Parteien kostenlos sein; einer Partei, die sich mutwillig oder leichtsinnig verhält, können jedoch eine Spruchgebühr und die Verfahrenskosten auferlegt werden.
- b. Die Beschwerde muss eine gedrängte Darstellung des Sachverhaltes, ein Rechtsbegehren und eine kurze Begründung enthalten. Genügt sie diesen Anforderungen nicht, so setzt das Versicherungsgericht der Beschwerde führenden Person eine angemessene Frist zur Verbesserung und verbindet damit die Androhung, dass sonst auf die Beschwerde nicht eingetreten wird.
- c. Das Versicherungsgericht stellt unter Mitwirkung der Parteien die für den Entscheid erheblichen Tatsachen fest; es erhebt die notwendigen Beweise und ist in der Beweiswürdigung frei.
- d. Das Versicherungsgericht ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden. Es kann eine Verfügung oder einen Einspracheentscheid zu Ungunsten der Beschwerde führenden Person ändern oder dieser mehr zusprechen, als sie verlangt hat, wobei den Parteien vorher Gelegenheit zur Stellungnahme sowie zum Rückzug der Beschwerde zu geben ist.
- e. Rechtfertigen es die Umstände, so können die Parteien zur Verhandlung vorgeladen werden.
- f. Das Recht, sich verbeiständen zu lassen, muss gewährleistet sein. Wo die Verhältnisse es rechtfertigen, wird der Beschwerde führenden Person ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bewilligt.
- g. Die obsiegende Beschwerde führende Person hat Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streit Sache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen.
- h. Die Entscheide werden, versehen mit einer Begründung und einer Rechtsmittelbelehrung sowie mit den Namen der Mitglieder des Versicherungsgerichts schriftlich eröffnet.
- i. Die Revision von Entscheiden wegen Entdeckung neuer Tatsachen oder Beweismittel oder wegen Einwirkung durch Verbrechen oder Vergehen muss gewährleistet sein.

Regole di procedura

Fatto salvo l'articolo 1 capoverso 3 della legge federale del 20 dicembre 1968 sulla procedura amministrativa, la procedura dinanzi al tribunale cantonale delle assicurazioni è retta dal diritto cantonale. Essa deve soddisfare le seguenti esigenze:

- a. deve essere semplice, rapida, di regola pubblica e gratuita per le parti; la tassa di giudizio e le spese di procedura possono tuttavia essere imposte alla parte che ha un comportamento temerario o sconsiderato;
- b. il ricorso deve contenere, oltre alle conclusioni, una succinta relazione dei fatti e dei motivi invocati. Se l'atto non è conforme a queste regole, il tribunale delle assicurazioni accorda un termine adeguato all'autore per colmare le lacune, avvertendolo che in caso di inosservanza non si entrerà nel merito del ricorso;

- c. il tribunale delle assicurazioni, con la collaborazione delle parti, stabilisce i fatti determinanti per la soluzione della controversia; raccoglie le necessarie prove e le valuta liberamente;
- d. il tribunale delle assicurazioni non è legato alle conclusioni delle parti. Può cambiare una decisione o una decisione su opposizione a sfavore del ricorrente o accordargli più di quanto abbia chiesto; deve comunque dare alle parti la possibilità di esprimersi e di ritirare il ricorso;
- e. se le circostanze lo giustificano le parti possono essere convocate all'udienza;
- f. deve essere garantito il diritto di farsi patrocinare. Se le circostanze lo giustificano, il ricorrente può avere diritto al gratuito patrocinio;
- g. il ricorrente che vince la causa ha diritto al rimborso delle ripetibili secondo quanto stabilito dal tribunale delle assicurazioni. L'importo è determinato senza tener conto del valore litigioso, ma secondo l'importanza della lite e la complessità del procedimento;
- h. le decisioni, accompagnate da una motivazione, dall'indicazione dei rimedi giuridici e dai nomi dei membri del tribunale delle assicurazioni, sono comunicate per scritto;
- i. le decisioni devono essere sottoposte a revisione se sono stati scoperti nuovi fatti o mezzi di prova oppure se il giudizio è stato influenzato da un crimine o da un delitto.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Une procédure simple, rapide, gratuite et, en règle générale, publique (let. a)	5
A. Simplicité	5
B. Célérité	7
C. Publicité	13
D. Gratuité	20
III. Acte de recours (let. b), échange d'écritures et exigences formelles	37
A. Langue de procédure	37
B. Domicile de notification	39
C. Acte de recours	42
D. Echange d'écritures et droit de réplique	47
IV. Constatation des faits, administration et appréciation des preuves (let. c) ...	52
A. Maxime inquisitoire	52
B. Objet de la preuve	57
C. Degré de preuve requis	61
D. Administration et appréciation des preuves	63
V. Pouvoir d'examen du tribunal (let. d)	72
A. Grievs et conclusions	72
B. Maxime d'office	74
VI. Débats (let. e)	79
VII. Représentation et assistance judiciaire (let. f)	80
A. Représentation en justice	80
B. Assistance judiciaire	82
VIII. Dépens (let. g)	98
A. Principe du droit aux dépens	98
B. Aspects procéduraux et montant des dépens	103
IX. Jugement (let. h)	107
A. Forme écrite	107
B. En-tête du jugement (« <i>Rubrum</i> »)	111

	N
C. Motivation	112
D. Dispositif	121
E. Notification et indication des voies de droit	125
X. Révision (let. i), interprétation et rectification	128
A. Interprétation et rectification	128
B. Révision	133

Bibliographie

Cf. aussi la bibliographie des art. 56 et 60. ACKERMANN THOMAS, Tat- und Rechtsfrage – wo steht die Rechtsprechung?, in Kieser (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2015, Referate der Tagungen vom 9. Juni und 25. August 2015, Zurich/St-Gall 2016, 1 ss (cité: Tat- und Rechtsfrage); ACKERMANN THOMAS, Verfahrenskosten in der Sozialversicherung, in Kieser (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2013, St-Gall 2014, 191 ss (cité: Verfahrenskosten); ACKERMANN THOMAS, Der Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs: Mittel und Methoden, in Riemer-Kafka (éd.), Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, 95 ss (cité: Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs); AUBRY GIRARDIN FLORENCE, art. 39, in Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, 271 ss; AUER CHRISTOPH, art. 12, in Auer/Müller/Schindler (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zurich/St-Gall 2008, 188 ss; BETTEX BJÖRN, L'expertise judiciaire, Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, Berne 2006; BOLT TOBIAS, Zur reformatio in peius im Einsprache – und im kantonalen Beschwerdeverfahren – Kommentar zum Urteil des Bundesgerichtes 8C_127/2016 vom 20. Juni 2016, in RSAS 2016 621 ss; BOVAY BENOÎT, Procédure administrative, 2^e éd., Berne 2015; BÜHLER ALFRED, Betreibungs- und prozessrechtliches Existenzminimum, in PJA 2002 644 ss (cité: Existenzminimum); CORBOZ BERNARD, art. 64, art. 65, art. 68, art. 99, art. 105 et art. 112, in Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, 512 ss, 537 ss, 571 ss, 1133 ss, 1205 ss, 1318 ss; DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014; DUPONT ANNE-SYLVIE, Le droit de réplique en assurances sociales, in Bohnet (éd.), Le droit de réplique, Neuchâtel 2013, 83 ss (cité: Réplique); FERRARI PIERRE, art. 123, in Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, 1416; FRÉSARD JEAN-MAURICE, art. 61, art. 113, in Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne, 2014, 482 ss, 1339 ss (cité: Commentaire LTF); FRÉSARD JEAN-MAURICE, L'applicabilité de l'art. 6 § 1 CEDH au contentieux de l'assurance sociale et ses conséquences sous l'angle du principe de la publicité des débats (En relation avec l'arrêt Schuler-Zraggen c. Suisse), RSAS 1994 191 ss (cité: Applicabilité de l'art. 6 § 1 CEDH); FRÉSARD JEAN-MAURICE/MÉTRAL JEAN, Le détachement de travailleurs salariés en matière de sécurité sociale, La réglementation en droit communautaire et en droit suisse, in RIEMER-KARKA/RUMO-JUNGO (éd.), 163 ss; GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Schmerzrechtsprechung 2.0, Bemerkung zur grundlegenden Praxisänderung im Urteil des Bundesgerichts 9C_492/2014 vom 3. Juni 2015, zur Publikation vorgesehen, Jusletter du 29 juin 2015 (cité: Schmerzrechtsprechung); GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Praxisänderung zu Depressionen und anderen psychischen Leiden, Bedeutung, Einordnung, Folgen – Bemerkungen zu den Leitentscheiden 8C_841/2016 und 8C_130/2017 vom 30. November 2017 (beide zur Publikation vorgesehen), Jusletter du 15 janvier 2018 (cité: Praxisänderung); HÄBERLI THOMAS, art. 62, in Waldmann/Weissenberger (éd.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2^e éd., Zurich 2016, 1291 ss; JEANNERAT ELOI/MAHON PASCAL, Le droit de répliquer en droit public et en procédure administrative en général, in Bohnet (éd.), Le droit de réplique, Neuchâtel 2013, 29 ss; KAHIL-WOLFF BETTINA, La coordination européenne des systèmes nationaux de sécurité sociale, in Meyer (éd.), SBVR, 167 ss (cité: SBVR); KAYSER MARTIN, art. 65, in Auer/Müller/Schindler (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zurich/St-Gall 2008, 829 ss; KIESER UELI, Der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit in Sozialversicherungsrecht, in Riemer-Kafka (éd.), Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Zurich 2013, 71 ss (cité: Beweisgrad); KNEUBÜHLER LORENZ, art. 35, in Auer/Müller/Schindler (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zurich/St-Gall 2008, 507 ss; LENDFERS MIRIAM, Eintretensfragen im kantonalen Beschwerdeverfahren – Ein Blick auf einige Klippen, in Kieser/Lendfers (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2012, Referate der Tagungen vom 6. Juni und 23. August 2012 in Luzern, St-Gall 2013, 247 ss; LEU-

ZINGER SUSANNE, Beweismittel und Beweiswürdigung, in Riemer-Kafka (éd.), Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, 31 ss (cité: Beweismittel); LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Bundesrechtliche Verfahrensbedingungen betreffend Verfahrenskosten, Parteientschädigung und unentgeltlichen Rechtsbeistand im Sozialversicherungsrecht, RSAS 1991 176 ss (cité: Bundesrechtliche Verfahrensbedingungen); Meyer Ulrich, Die Rechtspflege in der Sozialversicherung, BJM 1989 1 ss; MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4^e éd., Berne 2008; MÜLLER URS, Die natürliche Vermutung in der Invalidenversicherung, in Riemer-Kafka/Rumo-Jungo, 549 ss (cité: Natürliche Vermutung); REICH JOHANNES, art. 30, in Waldmann/Belser/Epiney (éd.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Bâle 2015, 631 ss (cité: BSK BV-REICH JOHANNES); SCHALLER ROXANE/MAHON PASCAL, Le droit de réplique: un aller-retour sans fin entre Strasbourg et Lausanne?, in Bohnet (éd.), Le droit de réplique, Neuchâtel 2013, 1 ss; SCHWEIZER PHILIPPE, art. 334, in Bohnet et al. (éd.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, 1307 ss; STEINMANN GEROLD/LEUENBERGER CHRISTOPH, art. 30, in Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (éd.), St. Galler Kommentar – BV, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2014, 693 ss; SUMMERMATTER DANIEL, Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts zur unentgeltlichen Rechtspflege: eine geglückte Rechtsfortbildung mit Wermutstropfen, REAS 2016 204 ss; SUTTER PATRICK, art. 32, in Auer/Müller/Schindler (éd.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zurich/St-Gall 2008, 454 ss; TAPPY DENIS, art. 123, in Bohnet et al. (éd.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, 503 ss; VOLTZ MELCHIOR, Vorbemerkungen zu §§ 13-28, in Zünd/Pfiffner Rauber (éd.), Kommentar, 75 ss; WALDMANN BERNHARD/BICKEL JÜRIG, art. 32, in Waldmann/Weissenberger (éd.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2^e éd., Zurich 2016, 725 ss; WILHELM GEORG, in Zünd/Pfiffner Rauber (éd.), Kommentar, 329 ss.

I. Introduction

Le droit fédéral définit quels sont les actes attaquables devant les tribunaux cantonaux des assurances (art. 56), quels sont les fors (art. 58), les conditions (art. 59) et les délais (art. 60) applicables. Il laisse aux cantons le soin de déterminer l'organisation judiciaire adéquate et le déroulement de la procédure de recours, sous réserve des exigences minimales fixées par les art. 57 (organisation judiciaire) et 61 (déroulement de la procédure). En pratique, les exigences du droit fédéral relatives au déroulement de la procédure jouent un rôle déterminant et ne laissent que peu de compétences résiduelles aux cantons. Elles régissaient déjà en grande partie la procédure de recours avant l'entrée en vigueur de la LPGA. En effet, l'art. 61 let. a à i LPGA consacre pour l'essentiel des principes généraux déjà reconnus précédemment par la jurisprudence du Tribunal fédéral et figurant dans des dispositions spéciales éparées des différentes branches du droit des assurances sociales¹.

L'art. 61 LPGA réserve d'abord l'art. 1 al. 3 PA, qui renvoie notamment aux art. 34 à 38 PA ainsi qu'à l'art. 61 al. 2 et 3 PA relatifs à la notification et à la forme des décisions. Ces dispositions sont complétées, en ce qui concerne les jugements des tribunaux cantonaux des assurances, par l'art. 61 let. h LPGA (N 107 ss). L'art. 1 al. 3 PA renvoie encore à l'art. 55 al. 2 et 4 PA relatif à l'effet suspensif du recours, tout en réservant l'art. 97 LAVS. La liste des renvois de l'art. 1 al. 3 PA n'est pas exhaustive et l'art. 55 al. 1 et 3 PA ainsi que l'art. 56 PA (restitution de l'effet suspensif et mesures provisionnelles) peuvent notamment trouver application dans la procédure de recours devant les tribunaux cantonaux des assurances (cf. art. 56 N 59 ss).

¹ Cf. FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 557 ss N 201; MEYER-BLASER, Règles de procédure judiciaire, 31 ss; LEUZINGER-NAEF, Bundesrechtliche Verfahrensbedingungen, 177 ss.

- 3 Parmi les règles de droit fédéral limitant la compétence des cantons pour définir la procédure de recours devant les tribunaux cantonaux des assurances, on mentionnera encore les art. 110 ss LTF ainsi que l'art. 69 al. 1^{bis} LAI (cf. N 30 ss [art. 69 al. 1^{bis} LAI], N 63 et N 74 [art. 110 LTF], N 112 ss [art. 112 LTF] et art. 59 N 2 et N 8 [art. 111 LTF])². Par ailleurs, les art. 29 à 30 Cst., de même que l'art. 6 § 1 CEDH (sur l'application de l'art. 6 § 1 CEDH en droit des assurances sociales: art. 57 N 2) confèrent aux justiciables des garanties procédurales qui sont intégrées dans une large mesure dans les exigences posées par l'art. 61 let. a à i LPGa. Ils revêtent néanmoins une importance notable pour le déroulement de la procédure, en rapport avec le droit à un procès équitable, comprenant le droit d'être entendu, en particulier le droit à la réplique (N 49 ss), ainsi que le droit pour chacune des parties de s'opposer à armes égales à la partie adverse (« *Waffengleichheit* »; voir également N 55)³. Ils ont également une influence déterminante sur la publicité de la procédure (droit à des débats publics; N 13 ss).
- 4 Les accords bilatéraux en matière de sécurité sociale, de même que l'ALCP, offrent certaines garanties aux justiciables dans un contexte international. En particulier, l'ALCP interdit aux Etats parties de prévoir des modalités procédurales moins favorables, dans le cadre de son champ d'application, que celles concernant des recours similaires de nature purement interne (principe d'équivalence); il interdit également d'aménager les voies de recours de manière à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'accord (principe d'effectivité)⁴.

II. Une procédure simple, rapide, gratuite et, en règle générale, publique (let. a)

A. Simplicité

- 5 Une procédure simple doit pouvoir être menée par un recourant sans avocat et se caractérise par un faible niveau de formalisme⁵. Le principe de simplicité se trouve concrétisé dans les autres normes de procédure posées par les art. 56 ss LPGa et dans leur interprétation par la jurisprudence⁶. Les exigences relatives à la forme du recours (art. 61 let. b), notamment, ne sont pas totalement supprimées, mais fortement atténuées (N 44). L'administration a la possibilité de revoir sa décision en faveur du recourant jusqu'à l'envoi de son préavis à l'autorité de recours, sans être liée par les conditions d'une reconsidération (art. 56 N 54 s.)⁷. La possibilité d'intégrer des tiers dans la procédure est limitée pour éviter les complications inévitablement liées à une procédure impliquant de multiples parties (art. 59 N 44 ss, N 47)⁸. L'ouverture de plusieurs voies de droit différentes contre une décision (« *Verfahrensgabelung* ») doit également être évitée autant que possible⁹.

2 Voir également l'art. 86 al. 2 LTF (cf. art. 57 N 3).

3 ATF 137 V 210, c. 2.1.2.1.

4 ATF 130 V 132, c. 3 ss; ATF 128 V 315.

5 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 558 N 202; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 40; MAESCHI, Kommentar, art. 106 N 8.

6 LOCHER/GÄCHTER, § 76 N 3.

7 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 40; MEYER, Rechtspflege, 14.

8 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 40; MEYER, Rechtspflege, 14.

9 ATF 126 V 143, c. 2b; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 40; MEYER, Rechtspflege, 13. Le TF admet néanmoins que si un office de AI alloue une rente avec effet rétroactif et compense l'arriéré de rente avec les montants avancés par un tiers, l'assuré ne peut pas contester le bien-fondé ou le montant de la créance invoquée par le tiers dans un recours contre la décision de l'office de AI. Il doit agir par la voie de droit usuelle, civile ou administrative, relative à la créance invoquée par ce

L'exigence de simplicité de la procédure se heurte souvent à la complexité matérielle des causes à instruire et à trancher par les tribunaux¹⁰. Lorsqu'il s'agit de statuer sur une prestation de longue durée, en se prononçant sur des documents médicaux et expertises souvent nombreux, il n'est pas toujours possible de conserver à la procédure un caractère informel. Par ailleurs, si le principe de simplicité doit permettre à une partie de procéder sans avocat, le juge ne peut pas assumer le rôle de conseiller d'une partie. On ne saurait donc trop recommander aux parties à une procédure de recours devant les tribunaux cantonaux des assurances de consulter un mandataire qualifié, à tout le moins pour les causes présentant une valeur litigieuse élevée ou revêtant, pour d'autres motifs, une certaine importance.

B. Célérité

Le principe de célérité de la procédure se recoupe avec le droit de toute personne à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable (art. 29 al. 1 Cst.; art. 6 § 1 CEDH)¹¹. Pour apprécier le caractère raisonnable ou non de la durée de la procédure, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances, en particulier de la complexité de la procédure, du temps nécessaire à son instruction, du comportement des parties et de l'urgence de l'affaire compte tenu des intérêts en jeu¹². Ce dernier point implique de prendre en considération la nature particulière des procédures de recours en droit des assurances sociales, dans lesquelles la partie recourante se trouve souvent démunie – ou du moins réduite à l'aide sociale – pendant la durée de la procédure, ou dans lesquelles le droit à une mesure de réadaptation, s'il est reconnu, devrait être ouvert rapidement. L'objectif de célérité doit néanmoins être concilié, notamment, avec le droit d'être entendu des parties (N 49 ss et N 67 ss) et l'obligation du tribunal d'instruire la cause d'office (N 52 ss)¹³. A l'instar de ce qui a déjà été constaté à propos de la simplicité de la procédure, on doit donc observer que la complexité matérielle des causes à instruire et à trancher par les tribunaux dans le domaine des assurances sociales, ainsi que les autres exigences procédurales s'imposant à ces tribunaux, relativisent fortement la notion de rapidité de la procédure mentionnée à l'art. 61 let. a LPGA.

L'avancement de la procédure peut être favorisé par des délais brefs et par la renonciation à un second échange d'écriture (cf. toutefois N 48)¹⁴. L'octroi systématique d'un délai de réponse de quatre mois contrevient ainsi au principe de célérité¹⁵. Des délais raisonnables permettent néanmoins aux parties de se déterminer de manière approfondie, ce qui peut contribuer utilement à la clarification de l'état de fait et des points litigieux avec, au final, un gain de temps. Par ailleurs, l'exigence de simplicité de la procédure impose souvent de prolonger un délai lorsque la demande est faite en temps utile, voire d'impartir d'of-

dernier (TF, 16.6.2014, 9C_287/2014, c. 2.2). Déterminer si les conditions d'une compensation sont réunies (art. 22 al. 2 LPGA, art. 85^{bis} RAI) relève en revanche de la procédure de recours contre la décision de l'AI (ATF 136 V 381; TF, 1.9.2016, 9C_232/2016, c. 5).

10 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 41.

11 VOLZ, Vorbemerkungen zu §§ 13-28, N 7. Voir également KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 43.

12 ATF 131 V 407, c. 1.1; ATF 130 I 312, c. 5.2; ATF 125 V 188, c. 2a; CORBOZ, art. 94 N 10.

13 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 558 N 202; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 43; MAESCHI, Kommentar, art. 106 N 9. Cf. également ATF 136 V 113, c. 5.2.

14 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 42; LOCHER/GÄCHTER, § 76 N 6; TRAUB, Gerichtsverfahren, N. 5.68; VOLZ, Vorbemerkungen zu §§ 13-28, N 7.

15 ATF 126 V 244.

fi ce un nouveau délai pour rectifier un acte de procédure (art. 61 let. b). Enfin, le droit de réplique n'impose pas au juge d'ordonner un second échange d'écriture, mais il permet au recourant de répliquer spontanément s'il le souhaite, puis à la partie adverse de dupliquer si elle l'estime utile (N 49 ss).

- 9 Des « temps morts » ne justifient pas d'emblée un constat de retard injustifié à statuer, mais seront intégrés dans une appréciation globale de la durée de la procédure¹⁶. La surcharge de travail de l'autorité ou le manque de moyens techniques sont dépourvus de pertinence pour déterminer s'il y a violation ou non du principe de célérité et retard injustifié¹⁷. Il appartient en effet aux cantons de veiller à donner aux tribunaux cantonaux des assurances les moyens suffisants, notamment en personnel, pour respecter le principe de célérité¹⁸.
- 10 Certaines lois cantonales prévoient une durée de procédure maximale¹⁹. Il s'agit de délais d'ordre, car ils ne peuvent pas prévaloir sur les autres exigences procédurales du droit fédéral. Ils ne peuvent donc pas fonder, à eux seuls, le constat d'une violation du principe de célérité et d'un retard injustifié à statuer au sens des art. 61 let. a LPGA et 29 al. 1 Cst., sans analyse des autres circonstances de la cause²⁰. On doit s'interroger, au demeurant, sur l'opportunité de tels délais. En effet, indépendamment des obligations procédurales découlant du droit fédéral (N 7), l'une des tâches d'un tribunal confronté à un nombre conséquent de dossiers est d'établir un ordre de priorité. L'ancienneté du dossier est un critère important, mais n'est pas le seul. D'autres entrent en considération, tels que la date de la fin de l'échange d'écriture ou de la fin de l'instruction, l'issue probable et la nature du litige, la durée globale de la procédure (y compris la procédure administrative), ainsi que l'attitude des parties. Il est souhaitable de laisser au tribunal une marge d'appréciation pour pondérer ces critères, les parties disposant d'une voie de recours devant le Tribunal fédéral pour se plaindre d'un éventuel retard injustifié dans un cas particulier (art. 62 al. 1 LPGA et 94 LTF).
- 11 Une suspension de procédure ne doit être admise qu'avec retenue et doit se fonder sur des motifs objectifs. Peut constituer tel motif le fait d'attendre la décision d'une autre autorité qui permettrait de trancher une question décisive pour l'issue du litige dans un délai raisonnable. Une suspension peut également se justifier par des motifs d'économie de procédure, par exemple pour éviter un enchevêtrement des procédures et la répétition de mesures d'instruction par les différentes juridictions saisies. Le juge saisi dispose d'une certaine marge d'appréciation, dont il doit faire usage en procédant à une pesée des intérêts en cause²¹.
- 12 Le Tribunal fédéral a notamment admis une violation du principe de célérité et un retard injustifié pour une procédure de recours ayant duré 33 mois depuis le dépôt du recours et en état d'être jugée depuis 27 mois²², ainsi que pour des procédures de recours ne présentant pas de complexité particulière dans lesquelles un délai de 24 mois s'était écoulé entre la fin de l'échange d'écriture et le prononcé du jugement cantonal ou le dépôt du recours

16 ATF 130 I 312, c. 5.2; ATF 124 I 139.

17 ATF 130 I 312, c. 5.2; ATF 125 V 188, c. 2a.

18 Tel ne paraît pas toujours être le cas: cf. en particulier, Conseil de la magistrature du canton de Fribourg, Rapport annuel 2015, Fribourg 2015, 5 et 12 ss.

19 P.ex.: art. 77 al. 1 et 3 et 89F LPA-GE; art. 98a LPA-VD.

20 Cf. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 257.

21 Cf. ATF 130 V 90, c. 5; ATF 119 II 386, c. 1b; TF, 5.7.2010, 8C_982/2009, c. 2.2.

22 ATF 125 V 373.

pour déni de justice (situation limite)²³. Il a en revanche nié un retard injustifié pour une procédure de recours d'une durée totale de 20 mois, dont l'échange d'écriture était achevé depuis 18,5 mois²⁴. Le Tribunal fédéral prend notamment en considération l'attitude des parties, dont on peut attendre qu'elles entreprennent ce qui est en leur pouvoir pour que l'autorité de recours fasse diligence, en l'interpellant à ce propos avant le dépôt d'un recours pour déni de justice²⁵. Il tient également compte de l'attitude du tribunal, qui ne peut pas promettre à plusieurs reprises de rendre un jugement dans un délai déterminé, puis s'écarter de ces engagements sans explication ni motif objectif²⁶.

C. Publicité

Les art. 6 § 1 CEDH et 30 al. 3 Cst. posent le principe de la publicité de la procédure. Il s'agit d'assurer la transparence de la procédure judiciaire et la possibilité pour le public et les médias d'exercer un contrôle sur l'activité des tribunaux. Ce principe joue un rôle protecteur pour le justiciable directement partie à une procédure et permet plus généralement une forme de contrôle social du bon fonctionnement de la justice, en excluant toute forme de «justice de cabinet». Il préserve ainsi la confiance des citoyens dans les tribunaux²⁷. Il comporte un double aspect, à savoir le droit à des débats publics, d'une part (N 15), et la garantie de la publicité du jugement, d'autre part (N 19). Le Tribunal fédéral donne toutefois une interprétation restrictive de l'art. 30 al. 3 Cst., en ce sens que celui-ci ne confère pas au justiciable de droit à des débats publics, mais se limite à garantir que, lorsqu'il y a lieu de tenir une audience, celle-ci se déroule publiquement, sauf exceptions prévues par la loi. Un droit, comme tel, à des débats publics (oraux), n'existe donc pour les causes bénéficiant de la protection de l'art. 6 § 1 CEDH ou lorsque les règles de procédure applicables le prévoient, ou encore lorsque sa nécessité découle des exigences du droit à la preuve²⁸. Le Tribunal fédéral admet en revanche que l'art. 30 al. 3 Cst. garantit la publicité du jugement dans toute procédure judiciaire²⁹.

Le principe de publicité de la procédure ne figurait pas dans le Rapport sur une partie générale du droit suisse des assurances sociales élaboré par la Société suisse de droit des assurances (Rapport SSDA), ni dans le projet initial de loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (P-LPGA). Il a été introduit pendant les travaux parlementaires, en vue de tenir compte de la garantie de publicité de la procédure prévue par l'art. 6 § 1 CEDH³⁰. On peut en conclure que l'art. 61 let. a revêt, en ce qui concerne la publicité de la procédure, une portée identique à celle de l'art. 6 § 1 CEDH³¹. Les termes «en règle générale» permettent d'y renoncer dans les rares procédures de recours devant les tribu-

23 TF, 22.2.2010, 8C_613/2009, c. 3; TF, 12.12.2008, 9C_831/2008, c. 2.2.

24 TFA, 24.10.2000, I 574/00, c. 3. Pour une casuistique plus détaillée: VOLZ, Vorbemerkungen zu §§ 13-28, N 19 s.

25 TF, 6.4.2011, 9C_441/2010, c. 3. Voir également ATF 130 I 312, c. 5.2; ATF 125 V 373, c. 2 (refus d'une indemnité de dépens malgré le constat d'un retard injustifié à statuer).

26 TF, 6.4.2011, 9C_441/2010, c. 2.4; TF, 9.6.2009, 9C_107/2009, c. 2.2.

27 ATF 143 IV 151, c. 2.4; ATF 143 I 194, c. 3.1; ATF 139 I 129, c. 3.3.

28 ATF 128 I 288, c. 2.6. La doctrine majoritaire estime au contraire que cette disposition garantit en principe le droit à des débats publics dans toute procédure judiciaire, y compris en dehors du champ d'application de l'art. 6 § 1 CEDH (parmi d'autres: MÜLLER/SCHEFER, 966 s.; BSK BV-REICH, art. 30 N 45; STEINMANN/LEUENBERGER, art. 30 N 50).

29 ATF 139 I 129, c. 3.3 *if.*

30 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4275; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 50 ss.

31 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 50 ss; LOCHER/GÄCHTER, § 76 N 41.

naux cantonaux des assurances ne portant pas sur un « droit à caractère civil » au sens de l'art. 6 § 1 CEDH (cf. art. 57 N 2)³² ou, dans les autres procédures, aux conditions restrictives admises par la jurisprudence relative à cette disposition (N 16.). L'art. 30 al. 3 Cst. garantit toutefois la publicité du jugement, y compris en dehors du champ d'application de l'art. 6 § 1 CEDH (N 13 *if.*).

- 15 Le droit à des débats publics** garantit aux parties de pouvoir s'exprimer oralement, lors des débats principaux, dans une procédure ouverte au public et aux médias. Il ne s'étend pas à d'éventuelles mesures d'administration des preuves, mais les parties peuvent, lors des débats, s'exprimer sur les preuves administrées, dûment verbalisées lorsqu'elles ont été produites oralement³³. Le droit à des débats public ne permet pas d'exiger une délibération publique par le tribunal³⁴.
- 16** Il est possible pour les parties au procès de renoncer expressément ou tacitement aux débats publics³⁵. Dans le contentieux des assurances sociales, le Tribunal fédéral admet une renonciation tacite si aucune partie au procès ne demande une audience publique de manière claire et indiscutable (voir cependant N 18). Une requête de preuve (demande tendant à la comparution personnelle, à l'interrogatoire des parties, à l'audition de témoins ou à une inspection locale) n'équivaut pas à une telle demande³⁶. Saisi d'une demande de débats publics, le juge doit en principe y donner suite. Il peut cependant s'en abstenir lorsque la demande est abusive (chicanière ou dilatoire), lorsqu'il apparaît clairement que le recours est infondé, irrecevable ou, au contraire, manifestement bien fondé, ou encore lorsque l'objet du litige porte sur des questions hautement techniques³⁷. Cette dernière exception ne revêt qu'une portée limitée en droit des assurances sociales, étant admis qu'il ne peut être renoncé à des débats publics au motif qu'une procédure écrite conviendrait mieux pour discuter de questions médicales, sur la base d'avis spécialisés au sujet de l'état de santé et de l'incapacité de travail d'un assuré³⁸. Enfin, une demande de débats publics peut être rejetée si elle est tardive. Il convient toutefois de n'admettre que restrictivement le caractère tardif d'une telle demande. La référence à la fin de l'échange d'écritures ne paraît pas appropriée³⁹. Une partie peut estimer, après l'échange d'écriture, que les preuves administrées méritent finalement d'être discutées en débats publics, sans qu'elle ait à se justifier sur ce point.
- 17** Le droit à des débats publics implique le droit pour le justiciable de plaider publiquement sa cause lui-même ou par l'intermédiaire de son mandataire. Il n'ouvre pas le droit à une audition de partie à titre de moyen de preuve. Cette question relève plutôt du droit d'être entendu, en particulier du droit de participer à l'instruction et de proposer des moyens de preuve⁴⁰. Le tribunal peut ainsi refuser à un mandataire le droit de poser des questions à

32 Recours contre une décision incidente de refus d'assistance juridique en procédure administrative, p.ex.: TF, 27.5.2014, 4A_39/2014, c. 6.

33 LOCHER/GÄCHTER, § 76 N 42.

34 ATF 122 V 47, c. 2c; MÜLLER/SCHERER, 970.

35 ATF 142 I 188, c. 3.1.

36 ATF 122 V 47, c. 3a.

37 ATF 136 I 279, c. 1.

38 ATF 136 I 279, c. 3; cf. également TF, 1.9.2016, 9C_220/2016, c. 2.1.

39 Mentionnent une telle limite, p.ex.: LOCHER/GÄCHTER, § 76 N 44. Cf. ATF 134 I 331, qui ne pose pas cette limite, mais précise que la demande n'est en tout cas pas tardive si elle est formulée pendant l'échange d'écritures.

40 Cf. ATF 122 II 464, c. 4; TF, 10.9.2010, 2C_153/2010, c. 3.2; STEINMANN/LEUENBERGER, art. 30 N 54.

son mandant en audience de débats publics, avant les plaidoiries, s'il estime valablement, sur la base d'une appréciation anticipée des preuves, que cette mesure d'instruction est inutile (sur la question de l'appréciation anticipée des preuves, N 71)⁴¹. En revanche, à défaut d'entendre la partie concernée au titre de mesure d'instruction, le tribunal devrait au moins accepter de lui céder la parole après la plaidoirie de son mandataire si elle souhaite s'exprimer personnellement.

Une demande de comparution personnelle ou d'audition personnelle («*persönliche Befragung*») constitue une demande de débats publics pour autant qu'il s'agisse pour le recourant d'exposer son point de vue sur le résultat des preuves administrées, et non de son audition à titre de moyen de preuve⁴². Une demande de débat oral («*mündliche Verhandlung*»), dans un canton prévoyant la publicité de tels débats, doit être interprétée comme une demande de débat public⁴³. Une demande de comparution personnelle, mais à huis clos, relève du droit d'être entendu et d'une question d'appréciation anticipée des preuves (N 17), voire du droit à une procédure équitable (art. 29 al. 1 Cst.); elle ne relève pas du droit à des débats publics, ces derniers étant précisément destinés à garantir la publicité du procès⁴⁴. L'équité de la procédure exige d'entendre oralement la partie concernée lorsque le tribunal doit pouvoir se faire une impression personnelle de cette partie⁴⁵, ce qui est principalement le cas dans des procédures à caractère pénal. Une telle nécessité ne devrait être qu'exceptionnellement admise en droit des assurances sociales, où il s'agit surtout pour le tribunal de statuer en se fondant sur des avis médicaux spécialisés⁴⁶.

La garantie de la publicité du jugement impose aux tribunaux de prononcer publiquement le jugement ou, à défaut, d'ouvrir d'autres possibilités au public d'en prendre connaissance (consultation au greffe du tribunal, consultation sur le site internet du tribunal, par exemple)⁴⁷. Le public doit pouvoir consulter l'ensemble du jugement (composition de la cour, état de fait, motivation en droit et dispositif). Toutefois, une anonymisation des parties – mais non des magistrats composant la cour – peut être justifiée dans certaines circonstances afin de protéger leur sphère privée⁴⁸.

D. Gratuité

1. Principe

La gratuité de la procédure de recours devant les tribunaux cantonaux des assurances interdit de mettre des frais à la charge de la partie recourante comme de la partie intimée, indépendamment de l'objet de la procédure. Elle est également applicable en cas de recours contre une décision incidente d'ordonnement de la procédure rendue en marge de la procédure principale. La gratuité concerne même les procédures auxquelles l'assuré n'est pas partie, par exemple un litige portant sur la rémunération d'un avocat d'office

41 TF, 20.4.2016, 9C_607/2015, c. 2.

42 TF, 10.10.2012, 8C_390/2012, c. 2.3.

43 TF, 26.10.2010, 2C_370/2010, c. 2.7.

44 ATF 142 I 188, c. 3.2.1 et 3.3; STEINMANN/LEUENBERGER, art. 30 N 54; MÜLLER/SCHÉFER, 970.

45 ATF 142 I 188, c. 3.3.

46 Cf. FRÉSARD, Applicabilité de l'art. 6 § 1 CEDH, 194. Cet auteur souligne néanmoins l'absence de distinction claire, dans la jurisprudence de la CEDH, entre publicité et oralité des débats (195 ss).

47 ATF 139 I 129, c. 3.3; BSK BV-REICH, art. 30 N 54; STEINMANN/LEUENBERGER, art. 30 N 66.

48 ATF 139 I 129, c. 3.6. Sur la pratique du TF relative à la publicité de ses jugements: ATF 133 I 106, c. 8.

pour son activité en procédure administrative, un litige entre assureurs, un litige relatif à la responsabilité de l'employeur selon l'art. 52 LAVS ou un litige relatif à la responsabilité d'une corporation de droit public, d'une organisation fondatrice privée ou d'un assureur à l'égard de tiers selon l'art. 78 LPGA⁴⁹. On peut s'interroger sur les raisons qui justifient la gratuité de telles procédures, qui ne portent pas sur des prestations d'assurance et n'impliquent pas une partie réputée faible, qui sont parfois de nature à entraîner des frais d'instruction considérables (en particulier en cas d'expertise comptable) et dans lesquelles la recherche de solutions transactionnelles raisonnables devrait être encouragée. Le projet de révision de la LPGA remet en question la gratuité de la procédure dans les branches du droit des assurances sociales soumises à cette loi. Dans sa première version, il prévoit toutefois d'exonérer les assureurs sociaux des frais de justice et ne mentionne que les procédures relatives à des prestations ou à des cotisations, alors que les litiges mentionnés ci-avant, pour lesquels la perception de frais de justice serait la plus justifiée, paraissent oubliés⁵⁰. Après consultation, le Conseil fédéral a remanié le projet et propose désormais que les litiges relatifs à des prestations soient soumis à des frais de justice si une loi (fédérale) spéciale le prévoit, sous réserve de témérité ou de légèreté d'une partie. Pour les autres litiges, notamment les procès en responsabilité, la question serait réglée par le droit cantonal⁵¹.

- 21 La gratuité de la procédure principale de recours emporte également celle d'éventuelles procédures incidentes devant les tribunaux cantonaux (voir également N 31)⁵². En revanche, il n'est pas exclu de percevoir des frais de justice pour une procédure de révision d'un jugement rendu à la suite d'un recours interjeté conformément aux art. 56 ss, compte tenu du caractère extraordinaire de la révision⁵³.
- 22 La gratuité interdit en principe d'exiger une avance de frais ainsi que de mettre des frais à la charge de l'une des parties en fin de cause, qu'il s'agisse d'un émolument ou de frais d'instruction assumés par le tribunal. La jurisprudence en déduit également l'interdiction de mettre des dépens à la charge de la partie recourante, en faveur de l'assureur social qui obtient gain de cause, sous réserve de légèreté ou de témérité⁵⁴.

2. Exceptions

a) Procédé téméraire ou empreint de légèreté

- 23 L'art. 61 let. a autorise les tribunaux cantonaux des assurances à mettre des frais à la charge de la partie qui agit de manière téméraire ou fait preuve de légèreté. Il s'agit de notions de droit fédéral⁵⁵ que le droit cantonal ne peut pas étendre ou réduire. La partie

49 ATF 133 V 441, c. 5.

50 Rapport P-LPGA 2017, ad art. 61.

51 Art. 61, let. a et f^{bis} P-LPGA 2018, FF 2018 1597, 1657, et Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1628. Le projet ne prévoit toutefois pas, concrètement, la modification d'une loi spéciale en vue de l'introduction des frais dans une autre branche que l'assurance-invalidité. Pour les litiges relevant de la LPP, par ailleurs, le Conseil fédéral rejette expressément l'introduction de frais de justice (Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1616). L'introduction de tels frais pour les litiges en matière de responsabilité (art. 52 et 56a LPP) serait toutefois particulièrement souhaitable, pour les motifs déjà évoqués. Sur la notion de témérité ou légèreté, cf. N 23 ss. Pour la notion de litige relatif à des prestations d'assurance, cf. N 31 s.

52 ATF 121 V 178 (décision relative à la récusation d'un membre du tribunal).

53 Cf. ATF 121 V 178, c. 3b; ATF 111 V 51.

54 Cf. ATF 126 V 143, c. 4b.

55 ATF 128 V 323, c. 1b; MEYER-BLASER, Règles de procédure judiciaire, 32.

concernée supporte ainsi les frais qu'elle entraîne inutilement lorsque cela résulte d'une attitude téméraire ou empreinte de légèreté⁵⁶. Les frais qui, bien qu'évitables, ont été occasionnés par un comportement ne dénotant ni témérité ni légèreté ne justifient en revanche pas une exception au principe de gratuité.

Fait preuve de témérité ou de légèreté la partie qui, de manière consciente ou grossièrement négligente, adopte une position insoutenable en procédure, se fonde sur un état de fait dont elle sait ou devrait savoir qu'il est faux, ou adopte une attitude purement dilatoire⁵⁷. Une violation de l'obligation de collaborer à l'instruction de la cause peut également justifier des frais de procédure⁵⁸. On recommandera toutefois au tribunal d'aviser préalablement la partie concernée du fait qu'elle encourt des frais en cas de défaut de collaboration (cf. art. 60 N 10 ss)⁵⁹. L'attitude d'une partie avant la procédure peut être prise en considération, par exemple si elle a déjà interjeté des recours qui ont été régulièrement rejetés, dans des causes analogues. Le caractère dénué de chances de succès du recours ne suffit pas à le qualifier de téméraire ou empreint de légèreté, à moins d'être aisément reconnaissable par un recourant faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible. Le fait de maintenir un point de vue après que le juge a rendu l'intéressé attentif au fait qu'il ne paraissait pas conforme au droit n'est pas téméraire ou léger, pour autant que ce point de vue ne soit pas insoutenable⁶⁰.

La partie intimée peut aussi se voir mettre des frais à charge pour cause de témérité ou de légèreté⁶¹, de même que des tiers agissant en procédure comme partie ou tiers intervenants⁶². En revanche, la sanction d'une violation de ses obligations par un mandataire ou par un tiers ne participant pas à la procédure, mais invité à y collaborer (témoin, autorité ou assureur appelé à communiquer des documents ou des renseignements, p.ex.) ne devrait pas relever de l'art. 61 let. a, mais plutôt du droit cantonal de procédure⁶³.

L'art. 61 let. a ne précise pas le montant des frais pouvant être mis à la charge de la partie faisant preuve de témérité ou de légèreté. Ce montant peut comprendre un émoulement et des débours. Le tribunal doit respecter les principes d'équivalence et de couverture des frais⁶⁴. La base légale permettant de fixer plus précisément le montant des frais devrait figurer dans le droit cantonal, que le Tribunal fédéral n'examine que sous l'angle de l'arbitraire⁶⁵. Aux frais de justice peuvent s'ajouter des dépens en faveur de la partie adverse. La témérité ou la légèreté d'une partie peut en effet justifier de s'écarter de la règle de répartition des dépens fixée par l'art. 61 let. g. Elle peut également justifier de mettre exceptionnellement à la charge de la partie recourante des dépens en faveur de l'assureur social représenté par un mandataire qualifié ou qui a dû faire face à une charge de travail supérieure à la normale dans une procédure complexe, présentant une valeur litigieuse élevée (N 101).

56 Cf. ACKERMANN, *Verfahrenskosten*, 194 ss, 196.

57 Cf. ATF 128 V 323, c. 1b; ATF 124 V 285, c. 4b; WILHELM, § 33 N 5.

58 ATF 124 V 285, c. 4b; LEUZINGER-NAEF, *Bundesrechtliche Verfahrensbedingungen*, 179.

59 TFA, 3.7.2006, B 57/05, c. 3.

60 Cf. ATF 112 V 333, c. 5a; KIESER, *ATSG-Kommentar*, art. 61 N 69; WILHELM, § 33 N 6.

61 ATF 112 V 333, c. 4c. LOCHER/GÄCHTER, § 76 N 62. Sur la question des frais d'expertise judiciaire mis à charge de l'assureur intimé, cf. N 27 ss.

62 WILHELM, § 33 N 7.

63 ACKERMANN, *Verfahrenskosten*, 196 s. Un renvoi du droit cantonal aux règles du CPC en matière de preuve peut conduire à l'application de l'art. 167 CPC à titre de droit cantonal supplétif.

64 WILHELM, § 33 N 9.

65 ATF 118 V 316, c. 3d.

b) Violation de l'obligation d'instruire d'office en procédure administrative et frais d'instruction en procédure de recours

- 27 Avant l'entrée en vigueur de la LPGA, la jurisprudence considérait qu'une violation, par l'administration, de son obligation d'instruire la cause d'office pouvait justifier de mettre à sa charge les frais d'une expertise judiciaire, lorsque cette violation était grossière au point de dénoter une forme de témérité ou de légèreté⁶⁶. Dans un ATF 137 V 210 (c. 4.4.2), le Tribunal fédéral a fait un pas supplémentaire en considérant que le tribunal cantonal des assurances peut mettre à la charge de l'assureur intimé les frais d'une expertise judiciaire qui s'est avérée nécessaire en raison d'une lacune d'instruction pendant la procédure administrative. Le Tribunal fédéral fonde cette répartition des frais sur l'art. 45 al. 1, 2^e phrase, LPGA: en ordonnant une expertise judiciaire en raison d'une instruction insuffisante par l'autorité intimée, le tribunal cantonal des assurances intervient à la place de cette autorité qui aurait dû, en principe, ordonner la mesure d'instruction. Il n'est plus nécessaire que la lacune d'instruction en procédure administrative soit grossière au point de dénoter de la témérité ou de la légèreté. Cet assouplissement atténué le transfert de charges qu'implique le renforcement de l'obligation des tribunaux cantonaux d'instruire la cause, introduit par l'ATF 137 V 210 (N 55 ss). Il n'en reste pas moins que la lacune d'instruction en procédure administrative doit être caractérisée et qu'il doit exister un lien entre cette lacune et la nécessité de mettre en œuvre une expertise judiciaire. Lorsque l'autorité intimée a respecté le principe inquisitoire et fondé son opinion sur des éléments objectifs convergents ou sur les conclusions d'une expertise qui répondait aux réquisits jurisprudentiels, les frais d'une expertise judiciaire ordonnée, pour quelque motif que ce soit, par le tribunal cantonal ne peuvent être mis à la charge de l'autorité intimée⁶⁷.
- 28 L'autorité intimée peut être condamnée à supporter les honoraires de l'expert judiciaire, aux conditions mentionnées ci-avant, indépendamment du sort du litige sur le fond. Elle peut également se voir mettre à sa charge les frais d'une expertise privée, même lorsque le recours est finalement rejeté, pour autant que l'expertise ait été nécessaire pour établir les faits⁶⁸. Une décision préalable de l'administration, sur ce point, paraît obligatoire lorsque l'expertise privée a été produite en procédure administrative déjà. En revanche, si l'expertise privée est produite avec le recours ou pendant la procédure de recours, le tribunal devrait pouvoir statuer directement après avoir entendu les parties. Il s'agit alors d'une forme de dépens⁶⁹.
- 29 En assurance-invalidité, le tribunal n'est pas lié par la fourchette de CHF 200.– à CHF 1 000.– prévue par l'art. 69 al. 1^{bis} LAI (N 30 ss). Il peut mettre à la charge de l'intimé les honoraires effectifs de l'expert. Il lui incombe d'en vérifier le caractère raisonnable, comme il le fait lorsque les frais d'expertise restent à sa charge. Les conventions conclues entre l'OFAS et les différents centres d'observation médicale de l'assurance-invalidité (COMAI), relatives au tarif des expertises confiées à ces centres en procédure administrative, ne sont pas applicables en cas d'expertise judiciaire⁷⁰. Au vu des principes du fédéralisme et de la séparation des pouvoirs, et en l'absence de base légale expresse, l'OFAS n'a pas la compétence de négocier des tarifs d'expertise judiciaire pour les tribunaux cantonaux. Par ailleurs, les conventions entre l'OFAS et les COMAI pré-

66 ATF 112 V 333, c. 4b; ATF 98 V 272.

67 ATF 143 V 269 c. 3.3; ATF 140 V 70, c. 6; ATF 139 V 496, c. 4.3 ss.

68 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 45 N 21.

69 ATF 115 V 62.

70 ATF 143 V 269, c. 6 et 7.

voient un tarif unique en fonction du nombre d'experts mandatés, de sorte que la rémunération de certaines expertises «simples» en procédure administrative compense une éventuelle rémunération insuffisante pour des expertises plus complexes. Cela n'est pas possible pour les expertises judiciaires en raison du nombre moins important d'expertises et de la diversité des experts mandatés. Les expertises judiciaires sont par ailleurs, en moyenne, plus complexes que celles ordonnées en procédure administrative, puisqu'elles portent sur des dossiers par nature plus litigieux, ce qui peut justifier un surcoût (cf. art. 45 N 17).

c) Art. 69 al. 1^{bis} LAI

En dérogation à l'art. 61 let. a LPGA, l'art. 69 al. 1^{bis} LAI prévoit que la procédure de recours en matière de contestations portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'assurance-invalidité devant le tribunal cantonal des assurances est soumise à des frais de justice. Le montant des frais est fixé en fonction de la charge liée à la procédure, indépendamment de la valeur litigieuse, et doit se situer entre CHF 200.– et CHF 1000.–. Pour le contentieux en question, le législateur fédéral a, d'une part, souhaité rendre onéreuse la procédure pour s'assurer que les justiciables prennent conscience de l'importance d'une procédure de recours et ne l'entreprennent pas sans peser mûrement le pour et le contre. Il a, d'autre part, tenu compte de motifs de politique sociale en fixant une limite maximale relativement basse⁷¹. 30

Seules les procédures de recours portant sur l'**octroi ou le refus de prestations** sont concernées par cette disposition. Le Tribunal fédéral interprète cette notion en se référant à sa jurisprudence relative à l'art. 132 aOJ⁷². On peut également se référer à la jurisprudence relative à l'art. 134 aOJ. Les litiges concernant directement l'octroi ou le refus de prestations de l'assurance-invalidité, ou un droit accessoire à de telles prestations (intérêts)⁷³, sont onéreux. Il en va de même des procédures de recours contre des décisions incidentes directement liées à la clarification du droit aux prestations de l'assurance-invalidité (décision en matière de preuve, suspension du droit aux prestations à titre provisoire)⁷⁴. Le caractère onéreux ou gratuit d'une procédure incidente, incluse dans la procédure de recours devant le tribunal cantonal des assurances, dépend de la nature du litige principal⁷⁵, étant précisé que la totalité des frais mis à la charge des parties ne devrait pas excéder CHF 1000.– en fin de procédure. 31

Ne sont pas des décisions relatives à des prestations d'assurance celles qui portent sur le principe du versement de prestations en main de tiers⁷⁶, sur le droit à des dépens ou à un avocat d'office en procédure administrative, ainsi que sur le montant des dépens ou de l'indemnité à l'avocat d'office pour la procédure administrative⁷⁷. La procédure de recours contre de telles décisions est donc gratuite, y compris en assurance-invalidité, conformément à la règle générale de l'art. 61 let. a LPGA. Ne portent pas davantage sur l'octroi ou le refus de prestations les décisions incidentes sur une question purement procédurale (avance de frais, suspension de procédure, récusation, restitution d'un dé- 32

71 Message du Conseil fédéral du 4 mai 2005 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (mesures de simplification de la procédure; FF 2005 2899, 2905 ss).

72 TF, 30.8.2012, 9C_639/2011, c. 3.2.

73 ACKERMANN, *Verfahrenskosten*, 206; KIESER, *ATSG-Kommentar*, art. 61 N 61.

74 ATF 121 V 178, c. 4; ACKERMANN, *Verfahrenskosten*, 210.

75 Cf. ATF 133 V 441, c. 5.3; ATF 121 V 178, c. 3b; LOCHER/GÄCHTER, § 76 N 58. Autre avis: ACKERMANN, *Verfahrenskosten*, 210 ss.

76 ATF 121 V 17, c. 2.

77 ATF 130 V 570, c. 3; TF, 30.8.2012, 9C_639/2011, c. 3.2; ACKERMANN, *Verfahrenskosten*, 207.

lai)⁷⁸. La décision exigeant la restitution d'une prestation indûment versée porte sur l'octroi ou le refus de prestations (recours onéreux), contrairement à la décision relative à la remise de l'obligation de restituer (recours gratuit)⁷⁹. Le recours pour déni de justice ou retard injustifié ne porte pas directement sur l'octroi ou le refus de prestations de l'assurance-invalidité, de sorte qu'il ne donne pas lieu à des frais de justice⁸⁰.

- 33 L'art. 69 al. 1^{bis} LAI limite la compétence des cantons en matière de procédure en ce qui concerne le principe même de l'absence de gratuité de la procédure et la fourchette des montants pouvant être prélevés. En revanche, les cantons demeurent libres de prévoir ou non la possibilité de demander une **avance de frais** pour la procédure devant le tribunal cantonal des assurances. En l'absence d'une base légale de droit cantonal prévoyant une telle possibilité et les conséquences du défaut d'avance de frais, le tribunal cantonal des assurances concerné ne peut pas exiger une telle avance ni déclarer le recours irrecevable en cas de défaut de paiement. Ces questions doivent être réglées dans une loi au sens formel⁸¹. Si une base légale existe, le tribunal impartira un délai au recourant pour effectuer l'avance de frais, en l'avertissant des conséquences du défaut de paiement en temps utile (art. 40 al. 2, en relation avec l'art. 60 al. 2). Il n'y a pas de formalisme excessif à déclarer le recours irrecevable faute de paiement à l'échéance, sans impartir de délai supplémentaire⁸².
- 34 Le caractère onéreux de la procédure prévu par l'art. 69 al. 1^{bis} LAI s'applique à toutes les parties. Les frais de justice doivent, en règle générale, être mis à la charge de la partie qui succombe, quel que soit son rôle – recourant ou intimé – dans la procédure⁸³. Le renvoi de la cause à la partie intimée pour instruction complémentaire équivaut à une admission du recours, de sorte qu'aucun frais ne peut être mis à la charge de la partie recourante⁸⁴. Le Tribunal fédéral précise que ces règles découlent du principe même du caractère onéreux de la procédure et qu'elles s'imposent aux cantons, non sans ajouter que ces derniers sont libres, pour le surplus, de légiférer sur la question de la répartition des frais comme ils l'entendent⁸⁵. Ils peuvent notamment prévoir de mettre à la charge d'une partie qui obtient gain de cause les frais inutiles qu'elle a occasionnés⁸⁶. En réalité, les règles déduites par le Tribunal fédéral du caractère onéreux de la procédure sont bien des règles de répartition des frais. Celles permettant de les nuancer ou d'y déroger devraient également être déduites directement des art. 69 al. 1^{bis} LAI et 61 let. a et g LPG. D'autres arrêts du Tribunal fédéral se prononcent d'ailleurs directement sur la répartition des frais sans égard à une éventuelle règle cantonale sur ce point. Ainsi, le recourant qui voit ses conclusions rejetées au terme d'une procédure de recours qui a toutefois permis de combler les lacunes d'une violation du droit d'être entendu ne doit pas supporter la totalité des frais, mais une partie seulement⁸⁷. Celui qui a contesté un refus de prestations en concluant à l'octroi d'une rente de durée indéterminée et qui obtient, en procédure de recours, une rente d'une durée limitée à trois mois peut se voir mettre à charge une partie des frais,

78 ATF 121 V 178, c. 4; ACKERMANN, *Verfahrenskosten*, 210.

79 ATF 122 V 221, c. 2; ATF 112 V 97, c. 1b.

80 ACKERMANN, *Verfahrenskosten*, 207.

81 ATF 133 V 402.

82 TF, 30.4.2012, 9C_893/2011, c. 5.

83 Parmi d'autres: TF, 13.3.2009, 8C_40/2009, c. 3.1; TF, 11.7.2008, 9C_714/2007, c. 3; TF, 20.11.2007, 9C_428/2007, c. 5.

84 ATF 137 V 57.

85 ATF 137 V 57, c. 2.2.

86 Cf. TF, 27.1.2014, 9C_813/2013, c. 2.

87 TF, 4.2.2014, 9C_670/2013, c. 3.3.1.

car il n'obtient que partiellement gain de cause⁸⁸. De manière générale, une partie obtient gain de cause et n'encourt pas de frais lorsque sa position au terme de la procédure de recours est notablement améliorée par rapport à celle qui résulterait de la décision administrative litigieuse si elle était entrée en force. Une partie des frais peut être mise à sa charge si elle n'obtient gain de cause que sur certaines de ses conclusions – lorsque le litige porte sur plusieurs objets – ou si elle a pris, sur un objet, des conclusions notablement excessives qui ont entraîné un surcoût (ce qui peut également entraîner une limitation de l'indemnité de dépens allouée conformément à l'art. 61 let. g)⁸⁹.

Si la cause devient sans objet et doit être radiée du rôle, le tribunal doit statuer sur les frais en prenant essentiellement en considération, sur la base d'un examen sommaire, l'issue probable si un jugement avait dû être prononcé. Il peut également tenir compte de l'attitude des parties en procédure administrative et dans la procédure de recours⁹⁰. **35**

Le montant des frais, comprenant les émoluments et les débours, doit se situer entre CHF 200.– et CHF 1000.– et doit être fixé en fonction de la charge liée à la procédure⁹¹. La fourchette de CHF 200.– à CHF 1000.– s'impose aux cantons, vers le haut comme vers le bas, mais n'exclut pas que le droit cantonal prévoie des motifs d'exemption de tout ou partie des frais⁹². Ces motifs ne sauraient toutefois être trop larges ni concerner de manière générale une catégorie de parties, sous peine de vider de son sens l'art. 69 al. 1^{bis} LAI⁹³. Des frais plus élevés peuvent éventuellement être prélevés en cas de procédé téméraire ou empreint de légèreté (N 26)⁹⁴. **36**

III. Acte de recours (let. b), échange d'écritures et exigences formelles

A. Langue de procédure

La langue de la procédure est régie par le droit cantonal et correspond en règle générale à la langue officielle ou à l'une des langues officielles du canton concerné. En effet, conformément au principe de territorialité (art. 70 al. 2 Cst.), les cantons peuvent imposer leur langue officielle comme langue de procédure judiciaire et imposer aux parties la traduction des actes de procédure rédigés dans une autre langue, fût-elle l'une des langues officielles de la Confédération. La pratique est plus ou moins stricte selon les cantons⁹⁵. Dans les cantons connaissant plusieurs langues officielles, le justiciable peut généralement s'adresser au tribunal cantonal des assurances dans l'une de ces langues, selon son choix, indépendamment de la langue de procédure⁹⁶. **37**

88 TF, 11.12.2007, I 74/07, c. 5.

89 ATF 117 V 401, c. 2; TF, 2.11.2016, 8C_449/2016, c. 3.1.1 et c. 4.

90 ATF 142 V 551, c. 8.2; ATF 125 V 373.

91 Sur les frais d'expertise judiciaire en cas de violation de son obligation d'instruire d'office par l'autorité intimée, N 27 ss.

92 ATF 138 V 122.

93 Autre avis: ACKERMANN, *Verfahrenskosten*, 216, à propos de l'exemption des frais de justice en faveur de l'administration.

94 ACKERMANN, *Verfahrenskosten*, 214 ss.

95 Cf. ATF 128 V 34, c. 2b, relatif à l'exigence, par un tribunal cantonal des assurances, d'une traduction en français de l'expertise rédigée en italien figurant au dossier de l'autorité intimée. Voir cependant TF, 20.6.2011, 9C_37/2011.

96 ATF 136 I 149, c. 7 (c. 7.5), relatif à la situation dans les cantons des Grisons, de Berne et de Fribourg ainsi qu'à l'interprétation de l'art. 17 al. 2 de la Constitution fribourgeoise.

- 38 En dérogation à ce qui précède, l'ALCP implique pour les tribunaux cantonaux d'accepter les actes de procédure rédigés dans une langue officielle d'un autre Etat partie et qui est reconnue comme langue officielle des institutions de la Communauté européenne⁹⁷. La plupart des conventions bilatérales de sécurité sociale conclues par la Suisse prévoient un régime analogue⁹⁸. Il s'agit de garantir l'application effective des voies de droit en permettant aux ressortissants de l'une des parties de procéder devant une autorité de l'autre partie dans la langue (ou l'une des langues) de son pays d'origine, sans avoir à supporter des frais de traduction ou risquer de se voir débouter d'entrée de cause. Certaines conventions prévoient en outre la possibilité d'utiliser l'anglais⁹⁹. D'autres, enfin, permettent de s'adresser aux autorités de chacun des deux Etats parties à la convention dans l'une des langues officielles de l'un de ces deux Etats¹⁰⁰. Dans ces derniers cas, le tribunal d'un canton dont la langue officielle est le français doit aussi admettre un acte de procédure rédigé en allemand ou en italien, quelle que soit la langue officielle de l'autre Etat partie à la convention bilatérale applicable¹⁰¹. On prêtera toutefois attention aux champs d'application respectifs de l'ALCP et des conventions bilatérales de sécurité sociale, en particulier aux champs d'application matériels de ces dernières, souvent limités à certaines branches d'assurances sociales (Introduction générale N 62, N 63, N 73, N 74)¹⁰². Il n'est pas possible de les invoquer en dehors de toute situation d'extranéité. Par ailleurs, ces conventions internationales n'imposent pas au tribunal de s'adresser aux parties ni de faire traduire des pièces, à l'intention d'une partie, dans une autre langue que celle de la procédure¹⁰³.

B. Domicile de notification

- 39 Le tribunal peut en principe notifier valablement un acte de procédure à l'adresse indiquée par une partie en Suisse, sans vérifier s'il s'agit effectivement de son domicile civil ou de son siège. La partie doit veiller à relever régulièrement son courrier à cette adresse ou, si elle s'absente, à ce que celui-ci lui parvienne néanmoins en temps utile. Elle doit si nécessaire désigner un représentant, faire suivre son courrier, informer les autorités de son absence ou leur indiquer une nouvelle adresse de notification¹⁰⁴.
- 40 La plupart des codes de procédure cantonaux prévoient l'obligation, pour la partie domiciliée à l'étranger, d'élire en Suisse un domicile de notification. A défaut, les actes sont notifiés au siège de l'autorité ou par publication¹⁰⁵. Il s'agit de permettre au tribunal de

97 Art. 76 ch. 7 du Règlement 883/2004, applicable par renvoi des art. 8 ALCP et de l'art. 1 de l'Annexe II à l'ALCP.

98 P.ex.: art. 25 al. 1 de la Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et l'Australie, conclue le 9 octobre 2006 (RS 0.831.109.158.1), art. 21 al. 2 de la Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et le Canada, conclue le 24 février 1994 (RS 0.831.109.232.1).

99 P.ex.: art. 15 al. 1 de la Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et l'Etat d'Israël, conclue le 23 mars 1984 (RS 0.831.109.449.1).

100 P.ex.: art. 20^{bis} de la Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République Populaire Fédérative de Yougoslavie relative aux assurances sociales, conclue le 8 juin 1962 (RS 0.831.109.818.1).

101 TF, 18. 11. 2008, 8C_687/2008, c. 4.

102 Sur le champ d'application de l'ALCP, voir également KAHIL-WOLFF, SBVR, N 30 ss. Sur le champ d'application des conventions bilatérales de sécurité sociale et les interactions éventuelles avec l'ALCP, cf. FRÉSARD/MÉTRAL, 174 ss.

103 ATF 131 V 35, c. 3.1.

104 Cf. ATF 139 IV 228, c. 1.

105 Au niveau suisse, cf. art. 39 al. 3 LTF et art. 11b PA.

notifier à la partie des actes judiciaires sans passer par la voie diplomatique qui serait régulièrement nécessaire en cas de notification à l'étranger¹⁰⁶. De manière à assurer la simplicité de la procédure (art. 61 let. a), le tribunal renoncera à cette exigence lorsqu'une convention internationale autorise la notification à l'étranger directement par voie postale, sous réserve de difficultés ou coûts particuliers dans certains pays.

Dans le domaine des assurances sociales, certaines conventions bilatérales de sécurité sociale autorisent la notification directe d'un acte judiciaire par les tribunaux d'un Etat partie sur le territoire de l'autre Etat partie¹⁰⁷. L'ALCP admet la communication directe des autorités administratives d'un Etat partie avec les intéressés dans un autre Etat partie, par voie postale, mais n'autorise pas la notification d'actes judiciaires. L'ALCP ne fait toutefois pas obstacle à l'application d'une éventuelle convention bilatérale de sécurité sociale réglant cette question¹⁰⁸. Par ailleurs, de nombreux Etats admettent la notification directe d'un acte judiciaire sur leur territoire, par voie postale, sur la base de l'art. 10 let. a de la Convention de la Haye relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, conclue le 15 novembre 1965 (CLaH65)¹⁰⁹, même en l'absence de réciprocité de la part de la Suisse¹¹⁰. La notion de «matière civile ou commerciale» au sens de cette convention est large et comprend notamment le contentieux des assurances sociales¹¹¹.

41

C. Acte de recours

1. Forme

Le tribunal cantonal des assurances examine d'office la recevabilité des recours dont il est saisi, notamment en ce qui concerne les conditions de forme. Bien que l'art. 61 let. b ne le précise pas, le recours doit être déposé par écrit¹¹². Les règles cantonales de procédure le prévoient généralement expressément, mais même en l'absence de base légale cantonale expresse, il n'est pas excessivement formaliste ni contraire au principe de simplicité de la procédure d'exiger une signature manuscrite originale et de refuser, par exemple, une photocopie ou une télécopie¹¹³. Les cantons peuvent toutefois admettre, selon leur droit de procédure, un recours déposé oralement, pour autant que celui-ci fasse alors l'objet d'un procès-verbal par le tribunal¹¹⁴. Le dépôt d'un recours par voie électro-

42

106 AUBRY GIRARDIN, art. 39 N 25.

107 P.ex.: art. 32 de la Convention sur la sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne, conclue le 25 février 1964 (RS 0.831.109.136.1).

108 ATF 135 V 293.

109 RS 0.274.131.

110 Parmi d'autres, on mentionnera la Belgique, l'Espagne, les Etats-Unis, la France, la Grande-Bretagne, l'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal et la Suède. Le site de l'Office fédéral de la justice tient une liste complète à jour (<https://www.rhf.admin.ch>) sous la rubrique droit civil/directives et aide-mémoire/voie de transmission selon art. 10 let. a CLaH65 (alternative art. 10a; date de consultation: 5.4.2018).

111 Cf. Conclusions et recommandations adoptées par la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des conventions apostille, obtention des preuves et notification (28 octobre au 4 novembre 2003), point 69. Ce document peut être consulté sur le site de l'Office fédéral de la justice (<https://www.rhf.admin.ch>), sous la rubrique droit civil/directives et aide-mémoire/voie de transmission selon art. 10 let. a CLaH65 (alternative art. 10a)/documentation (date de consultation: 5.4.2018).

112 ATF 116 V 353, c. 2b; LENDFERS, 260.

113 ATF 121 II 252, c. 3 et 4a; ATF 120 V 413.

114 Cf. art. 252 al. 2 CPC; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 73.

nique est admissible si le droit cantonal le prévoit; le recours doit alors être muni d'une signature électronique au sens de la loi fédérale sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique (SCSE)¹¹⁵.

- 43** Pour être en présence d'un recours, il faut que le recourant s'identifie et manifeste clairement sa volonté de recourir contre une décision déterminée, c'est-à-dire qu'il exprime de manière reconnaissable sa volonté de modifier la situation juridique résultant de cette décision¹¹⁶. L'acte de recours doit contenir un exposé succinct des faits et des motifs invoqués, ainsi que des conclusions. Il suffit que le tribunal puisse déduire de l'acte de recours ce que souhaite le recourant et pour quels motifs la décision contestée est, d'après lui, erronée sur le plan factuel ou juridique. Si les conclusions manquent, le tribunal examinera s'il peut les déduire de la motivation. Cette dernière permet également d'interpréter, conformément au principe de la bonne foi, des conclusions qui seraient formulées de manière peu claire¹¹⁷.
- 44** Les exigences du droit fédéral relatives aux conclusions et à la motivation du recours sont limitées au minimum pour éviter tout formalisme excessif et garantir la simplicité de la procédure¹¹⁸. Le droit cantonal ne peut donc pas poser d'exigence supplémentaire en la matière¹¹⁹. Il peut en revanche poser d'autres conditions de forme ne portant pas sur les conclusions ou la motivation, par exemple la production de la décision contestée¹²⁰ ou d'une procuration¹²¹. Un tribunal cantonal ne peut toutefois pas déclarer irrecevable un recours pour défaut de production de la décision litigieuse s'il connaît l'autorité qui a statué et si la décision administrative peut facilement être recherchée dans le dossier car cela serait excessivement formaliste¹²².

2. Délai pour réparer un vice de forme

- 45** Si la motivation ou les conclusions du recours sont insuffisantes, le tribunal doit impartir au recourant un délai convenable pour y remédier, en l'informant qu'à défaut, le recours pourrait être déclaré irrecevable. Le tribunal doit procéder de même si d'autres conditions de forme, y compris celles posées par le droit cantonal, ne sont pas remplies¹²³. Le caractère convenable ou non du délai s'apprécie en tenant compte d'un éventuel délai de garde par la poste (art. 38 N 15 s.)¹²⁴. Le tribunal ne doit toutefois impartir un délai complémentaire que s'il est effectivement saisi d'un recours dans le délai légal. S'il reçoit une écriture n'exprimant pas la volonté de son auteur de recourir, il n'y a pas lieu d'impartir un délai complémentaire¹²⁵. En cas de doute sur la volonté de recourir, sur la personne du recourant ou sur la décision attaquée, un délai devrait être impartit pour lever ce doute¹²⁶.

115 Loi sur la signature électronique (RS 943.03); cf. ATF 143 I 187; ATF 142 V 152, c. 2.4.

116 ATF 116 V 353, c. 2b.

117 ATF 136 V 131, c. 1.2; ATF 123 IV 125, c. 1; TF, 20.11.2012, 4A_375/2012, c. 1.2 non publié in ATF 139 III 24; TRAUB, Gerichtsverfahren, N 5.110.

118 Parmi d'autres: TF, 3.5.2016, 9C_761/2015, c. 4.

119 Cf. TF, 18.11.2008, 8C_687/2008, c. 5.1 et 5.2.

120 ATF 116 V 353, c. 3a et 3b.

121 ATF 119 V 264, c. 2b.

122 ATF 116 V 353, c. 3c; TF, 19.4.2013, 8C_2/2013, c. 5.2.

123 ATF 142 V 152, c. 2.3; ATF 119 V 264, c. 2b.

124 ATF 143 V 249.

125 ATF 116 V 353, c. 2b.

126 LENDFERS, 255.

Celui qui dépose abusivement un recours dont il sait qu'il ne remplit pas les conditions de forme ne peut pas obtenir de délai complémentaire (interdiction de l'abus de droit). Le Tribunal fédéral se montre strict s'agissant de la forme écrite. Un délai pour compléter l'acte de recours doit certes être impartie à celui qui a involontairement omis de le signer¹²⁷. Si l'acte de recours ou la procuration envoyée par voie postale n'est qu'une photocopie, le Tribunal fédéral admet que l'absence de signature originale peut résulter d'une omission involontaire¹²⁸. En revanche, il considère que la partie recourante – même non représentée par un avocat – sait ou doit savoir qu'un recours adressé au tribunal par télécopie ou courrier électronique ne remplit pas l'exigence de la forme écrite. Le recours est donc irrecevable, sans qu'un délai complémentaire pour le rectifier doive être impartie. Si un recours signé peut encore être déposé avant l'échéance du délai légal, le tribunal doit néanmoins rendre attentive la partie concernée¹²⁹. Le Tribunal fédéral se montre moins sévère en ce qui concerne les conclusions et la motivation du recours, puisqu'il admet qu'un délai complémentaire doit être accordé non seulement en cas de recours insuffisamment motivé, mais également si le recours ne contient aucune motivation. Le juge ne renoncera à impartir un tel délai qu'en cas d'abus de droit manifeste. Ne commet pas un tel abus de droit l'avocat consulté au dernier moment par son client et qui, faute de pouvoir consulter le dossier à temps, dépose un recours non motivé pour sauvegarder le délai en demandant à pouvoir le compléter après avoir pris connaissance du dossier¹³⁰.

D. Echange d'écritures et droit de réplique

A réception du recours, le tribunal impartit en principe à la partie intimée un délai pour se déterminer et pour produire son dossier. Il peut toutefois également rejeter d'emblée un recours irrecevable ou manifestement mal fondé. Si le tribunal impartit un délai de réponse, l'autorité peut reconsidérer sa décision en faveur de la partie recourante, ce qui peut rendre le recours entièrement ou partiellement sans objet. Dans le cas contraire, une éventuelle décision *pendente lite* n'a qu'une valeur de proposition au tribunal et n'a pas d'autre effet juridique (cf. art. 53 N 101 ss et art. 56 N 54 s.).

Il est généralement admis que le principe de célérité de la procédure implique de n'ordonner, autant que possible, qu'un seul échange d'écriture (N 8). Toutefois, la charge de travail des tribunaux cantonaux des assurances ne leur permet souvent pas de travailler en flux tendu, c'est-à-dire d'administrer les preuves nécessaires immédiatement après la fin d'un simple échange d'écritures, puis d'ordonner un débat ou de statuer à bref délai, sans aucun temps mort. Pour les tribunaux concernés, il est donc rare qu'un second échange d'écritures occasionne un réel allongement de la procédure, hormis dans certaines causes simples, si le tribunal fixe ensuite ses priorités en tenant dûment compte de la date de dépôt du recours.

Le droit d'être entendu de chacune des parties, garanti par les art. 29 al. 2 Cst. et 6 § 1 CEDH, implique celui de pouvoir prendre connaissance de toute argumentation (de la partie adverse, d'une autorité de surveillance ou d'un tiers) présentée au tribunal et de se

127 ATF 142 I 10; ATF 120 V 413.

128 TFA, 26.5.2000, U 401/99.

129 ATF 143 I 187; ATF 142 V 152, c. 4.4 à 4.6.

130 ATF 134 V 162. Moins formaliste encore: TF, 23.6.2010, 9C_248/2010, concernant un avocat mandaté bien avant la décision contestée. Abus de droit admis dans l'arrêt TF, 16.9.2013, 8C_291/2013.

déterminer à son propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre (**droit de réplique**). Toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit ainsi être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer¹³¹. Il s'agit d'un droit formel dont disposent les parties indépendamment du point de savoir si la détermination sur laquelle elles entendent s'exprimer revêt une quelconque pertinence aux yeux du tribunal. Selon l'usage que les parties font de ce droit, un second échange d'écritures, non ordonné par le tribunal, peut en résulter¹³².

- 50** Le droit de réplique n'impose pas forcément au tribunal d'impartir un délai à la partie concernée pour prendre position sur une nouvelle détermination. Une simple communication de la détermination pour information peut être suffisante lorsque l'on peut raisonnablement attendre de la partie qu'elle s'exprime spontanément ou qu'elle demande un délai pour le faire si elle l'estime nécessaire. Tel sera notamment le cas si elle est représentée par un avocat ou assistée par une autre personne disposant de connaissances juridiques. En l'absence de réaction en temps raisonnable, la renonciation à exercer le droit de réplique est présumée¹³³. Le point de savoir si et dans quelles circonstances un délai doit être fixé d'office par le tribunal à une partie non assistée est encore incertain¹³⁴. Le tribunal doit en tout cas s'abstenir de laisser entendre qu'une détermination est exclue, par exemple en annonçant que l'échange d'écritures est clos¹³⁵. Une formulation ouverte, avec ou sans fixation de délai, mais avec l'annonce qu'un jugement sera rendu sauf nouvelle détermination ou nouvelle réquisition, paraît adéquate. Elle devrait permettre d'attendre de la partie concernée, même non juriste, qu'elle se détermine spontanément si elle le souhaite, sans pour autant l'inciter à déposer une détermination inutilement.
- 51** Le délai dans lequel la partie ayant reçu une détermination pour information doit exercer spontanément son droit de réplique n'a pas été clairement fixé par la jurisprudence. Le Tribunal fédéral considère que l'autorité doit attendre au moins dix jours avant de statuer et qu'un délai supérieur à vingt jours est en règle générale suffisant¹³⁶. Toutefois, le tribunal ne pourra pas ignorer de nouvelles déterminations pertinentes, même après vingt jours, aussi longtemps qu'il n'a pas statué sur le litige, conformément à la maxime inquisitoire et à la maxime d'office (sur ces notions, voir également N 52 ss et N 74 ss)¹³⁷. Il doit en principe communiquer ces déterminations – même non pertinentes – à la partie adverse pour qu'elle puisse donner son point de vue si elle le souhaite.

131 ATF 139 I 189, c. 3.2. Sur l'évolution de la jurisprudence du TF à la suite de jurisprudences de la CourEDH: SCHALLER/MAHON, 10 ss N 29 ss.

132 TRAUB, Gerichtsverfahren, N 5.68.

133 ATF 138 I 484.

134 SCHALLER/MAHON, 22 N 56 et 26 N 67.

135 ATF 132 I 42, c. 3.3.2.

136 TF, 17.12.2013, 8C_1032/2012, c. 3.2; TF, 22.7.2013, 9C_193/2013, c. 2.1.2. Cf. BOHNET FRANÇOIS, Le droit de réplique en procédure civile, in Bohnet (éd.), Le droit de réplique, Neuchâtel 2013, 151 ss, N 17; SCHALLER/MAHON, 21, N 55.

137 KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 547; JEANNERAT/MAHON, 68 ss, N 61; SUTTER, art. 32 N 10 ss; WALDMANN/BICKEL, art. 32 N 15 et N 17. Cf. ATF 133 V 196, c. 1.4.

IV. Constatation des faits, administration et appréciation des preuves (let. c)

A. Maxime inquisitoire

1. Principe

La procédure de recours est régie par le **principe inquisitoire** («*Untersuchungsgrundsatz*»), selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le tribunal. Le tribunal doit administrer d'office les preuves nécessaires. Toutefois, lorsque la preuve d'un fait est impossible, ou si l'on ne peut raisonnablement exiger de l'autorité qu'elle la recueille¹³⁸, c'est à la partie qui entend en déduire un droit d'en supporter les conséquences, sauf si l'impossibilité peut être imputée à la partie adverse (voir également: art. 43 N 43 ss)¹³⁹. Le risque qu'un fait ne puisse pas être établi est limité par une atténuation du degré de preuve exigé pour la constatation des faits en droit des assurances sociales (vraisemblance prépondérante; N 61). 52

2. Limites

Le principe inquisitoire n'est pas absolu. D'abord, le tribunal cantonal des assurances ne part pas de zéro au moment d'établir les faits, puisque l'autorité intimée a rendu une décision et constitué un dossier conformément à sa propre obligation d'instruire la cause d'office (art. 43 LPGA). Le juge examinera par conséquent, avant toute autre mesure d'instruction, s'il a des raisons suffisantes de douter des faits constatés dans la décision contestée ou de compléter ces faits, au regard de la motivation du recours et du dossier de l'autorité intimée¹⁴⁰. Son devoir d'examen d'office est, dans ce contexte, limité par celui de la partie recourante d'alléguer les faits déterminants et de motiver son recours («*Rügeprinzip*»)¹⁴¹. Le point de savoir si le dossier justifie ou non un complément d'instruction sur certains faits, malgré l'absence de tout grief sur ce point dans l'acte de recours, relève d'une appréciation du juge, qui prendra en considération notamment l'intérêt public ou privé en jeu, d'une part, et le principe d'économie de procédure, d'autre part¹⁴². Même en l'absence de grief de la partie recourante sur les constatations de fait et l'instruction en procédure administrative, un complément d'instruction doit être ordonné d'office au moins dans les cas où la lacune ressort clairement du dossier et dans lesquels il est probable qu'un complément d'instruction aurait une influence notable sur l'issue du litige. 53

Ensuite, le principe inquisitoire est limité par le **devoir des parties de collaborer à l'instruction**. Dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les parties doivent en particulier apporter les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, avec pour corollaire le risque de supporter les conséquences de l'absence de preuve¹⁴³. La violation de l'obligation de collaborer peut avoir pour conséquence un renversement du fardeau de la preuve¹⁴⁴ ou, dans d'autres cas, entraîner des frais à la charge de la partie concernée, par exemple si le juge a dû procéder à d'autres mesures d'instruction. 54

138 ATF 112 Ib 65, c. 3.

139 ATF 139 V 176, c. 5.2; ATF 117 V 261, c. 3b.

140 ATF 129 V 245, c. 3.1; ATF 110 V 40, c. 4a.

141 BOVAY, 614 ss; MOOR/POLTIER, 806; TRAUB, Gerichtsverfahren, N 5.127.

142 MOOR/POLTIER, 821.

143 ATF 125 V 193, c. 2. Voir également ATF 139 V 176, c. 5.2.

144 TF, 30.11.2009, 9C_961/2008, c. 6.3.

tion pour y remédier (N 24). Le juge avertira alors préalablement la partie concernée du risque qu'elle encourt. Dans ce contexte, l'attitude des parties et du juge doit être empreinte de bonne foi et de proportionnalité¹⁴⁵. Dans certaines circonstances, le juge pourra considérer qu'une partie ne pouvait ignorer la pertinence d'un fait ou d'un moyen de preuve. Si le fait n'est pas allégué ou le moyen de preuve pas produit spontanément, le juge conclura à leur inexistence et renoncera à toute mesure d'instruction à leur propos. Dans d'autres circonstances, en revanche, il ne pourra tirer d'emblée cette conclusion et devra interpellier la partie concernée, en lui impartissant un délai pour apporter une précision ou produire un moyen de preuve, en règle générale en l'avertissant des conséquences d'une omission (art. 60 N 11).

- 55 Enfin, si le tribunal estime que la cause est insuffisamment instruite, il peut renoncer à compléter lui-même l'instruction et renvoyer la cause à la partie intimée pour qu'elle y procède et statue à nouveau (**jugement de renvoi**). Selon le Tribunal fédéral, toutefois, il appartient en principe au tribunal cantonal, lorsqu'il constate qu'une expertise est encore nécessaire, d'administrer une expertise judiciaire plutôt que de renvoyer la cause à l'administration pour instruction complémentaire et nouvelle décision. Il s'agit plus particulièrement de garantir une procédure équitable dans laquelle les parties s'opposent à armes égales («*Waffengleichheit*») – étant admis que le choix de l'expert par le juge plutôt que par l'administration peut avoir une importance sur ce point¹⁴⁶ –, ainsi que de respecter le principe de célérité de la procédure¹⁴⁷. Il paraîtrait cependant préférable de garantir l'égalité des chances en s'assurant mieux de l'indépendance des experts désignés en procédure administrative, y compris en vérifiant leur niveau de dépendance économique vis-à-vis du mandant ou le nombre d'expertises dont ils sont chargés par un assureur social, en émettant si nécessaire des lignes directrices ou des directives administratives sur ce point¹⁴⁸. Remédier à d'éventuels doutes sur cette indépendance en ordonnant un complément d'instruction sous forme d'expertise judiciaire conduit à multiplier les expertises et ne sert pas le principe d'économie de procédure. Une meilleure reconnaissance des droits de participation des assurés aux expertises administratives, la désignation des centres d'expertise pluridisciplinaire par tirage au sort, de même que le principe de la désignation consensuelle des experts mandatés pour des expertises mono ou bi-disciplinaire vont dans la bonne direction¹⁴⁹. La création d'un organisme composé paritairement et chargé de désigner les experts en procédure administrative garantirait mieux encore leur indépendance¹⁵⁰ et assurerait probablement une meilleure répartition des expertises pluridisciplinaires entre les différents centres disponibles que ne le permet le système SwissMed@p actuellement en place¹⁵¹.
- 56 Dans le contexte de la nécessité d'une nouvelle expertise médicale, le Tribunal fédéral n'admet désormais un renvoi pour instruction complémentaire que s'il s'agit de trancher une question qui n'a jusqu'alors fait l'objet d'aucun éclaircissement, ou d'obtenir une

145 Cf. ATF 139 V 585, c. 6.3.7.5.

146 EGLI, 187 ss.

147 ATF 137 V 210, c. 2.1.2 et 4.4.1.2.

148 EGLI, 227 s., 230 s., 256 ss; voir cependant ATF 137 V 210, c. 1.3.3.

149 ATF 137 V 210, c. 3.4.2.6 à 3.4.2.8. En net recul sur ce point: Projet de modification de la LAI «Développement continu de l'assurance-invalidité pour les enfants, les jeunes et les assurés atteints dans leur santé psychique», mis en consultation par le Conseil fédéral du 4 décembre 2015 au 18 mars 2016 (cf. art. 44 N 9 ss).

150 Dans ce sens, parmi d'autres: EGLI, 196 s. et 199 s.

151 Cf. TC VD, 13.12.2016, AI 54/16-346/2016, c. 7d.

clarification, une précision ou un complément quant à l'avis des experts interpellés par l'autorité administrative¹⁵². Pris à la lettre, ces critères sont trop restrictifs et conduiraient rapidement à un engorgement des tribunaux cantonaux. Ces derniers ne doivent certes pas se décharger de leurs responsabilités en renvoyant systématiquement la cause à l'administration sans jamais – ou exceptionnellement seulement – mettre en œuvre d'expertise judiciaire¹⁵³. Mais quelle que soit la mesure d'instruction requise, ils devraient disposer d'une marge d'appréciation importante pour décider de renvoyer la cause ou de compléter l'instruction en procédure de recours. Il peut arriver que le juge soit le mieux placé pour compléter l'instruction ou, au contraire, que la partie intimée dispose de services spécialisés mieux à même de le faire. Selon les circonstances, le principe d'économie de procédure peut conduire le tribunal à statuer lui-même directement, alors que l'intérêt de la partie recourante à pouvoir disposer d'une nouvelle possibilité de recours peut, au contraire, l'emporter. Par ailleurs, le point de savoir si l'administration a respecté son devoir d'instruire la cause d'office au vu des pièces dont elle disposait pour statuer, quand bien même le tribunal ne partage pas son appréciation des preuves, devrait être un critère important. En effet, le législateur fédéral a choisi de faire reposer prioritairement la charge de l'instruction sur les assureurs sociaux et l'administration¹⁵⁴. Les tribunaux cantonaux ne devraient pas être tenus de s'y substituer lorsque la violation de l'obligation d'instruire la cause d'office par l'assureur social est patente, sous réserve de circonstances particulières. A défaut, le risque est réel d'inciter bon nombre d'assureurs sociaux à se décharger de leurs obligations en instruisant de manière sommaire, dans l'idée que le tribunal éclaircira les faits comme il convient en cas de recours. En pratique, une telle tendance aboutira à l'inverse du but recherché par la jurisprudence, à savoir l'économie de procédure et le renforcement des droits procéduraux des assurés. Ces derniers seront plus souvent contraints de recourir pour obtenir une instruction correcte.

B. Objet de la preuve

La preuve doit porter sur des faits, non sur du droit. Par ailleurs, le tribunal ne doit établir d'office que les faits pertinents pour statuer sur l'objet du litige. D'un point de vue temporel, cela signifie que les faits à établir sont en principe ceux qui se sont produits jusqu'au moment de la décision (sur opposition) contestée (art. 56 N 14)¹⁵⁵. En cas de recours contre un refus d'entrer en matière sur une nouvelle demande ou une demande de révision, les preuves admissibles sont limitées à celles dont disposait l'administration au moment de statuer, puisqu'il s'agit de déterminer si la modification des circonstances fondant la demande avait alors été rendue plausible (cf. art. 56 N 18).

Il n'est pas nécessaire d'administrer des preuves pour constater des **faits notoires**, par exemple ceux connus du tribunal et des parties ensuite d'une précédente procédure, ceux connus de tous ou ceux que l'on peut élucider immédiatement en consultant un document

152 ATF 137 V 210, c. 4.4.1.4.

153 Cf. ATF 137 V 210, c. 4.1.

154 ATF 137 V 210, c. 2.2.2; ATF 136 V 376, c. 4.2.1: «*Nach der Rechtsauffassung, wie sie in der gesetzlichen Ordnung über die Amtsermittlungspflicht des Sozialversicherungsträgers zum Ausdruck kommt, wird Beweis über sozialversicherungsrechtliche Ansprüche schergewichtig auf der Stufe des Administrativverfahrens geführt, nicht im gerichtlichen Prozess. Hierin liegt eine Grundentscheidung des Gesetzgebers, deren Abänderung im formellen Gesetz vollzogen werden müsste*».

155 ATF 131 V 242, c. 2.1.

à portée de tous¹⁵⁶. Il n'est pas davantage nécessaire d'administrer la preuve d'un fait que l'on peut déduire d'une **règle générale d'expérience**. Lorsqu'elles sont consacrées par la jurisprudence, sous une forme générale et abstraite, de telles règles revêtent une portée analogue à celle d'une règle de droit (présomption naturelle qualifiée)¹⁵⁷. Tel est souvent le cas en droit des assurances sociales (art. 43 N 21)¹⁵⁸. L'application de la règle d'expérience peut faire l'objet d'une expertise si elle implique des connaissances spécialisées ou s'il est nécessaire de vérifier qu'elle reste actuelle compte tenu de l'évolution des connaissances scientifiques. La présomption tirée d'une règle d'expérience peut être réfutée¹⁵⁹.

- 59 De nombreux arrêts du Tribunal fédéral portent sur la **distinction entre fait et droit**, généralement en relation avec le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral¹⁶⁰. L'importance de la distinction est moindre dans la procédure de recours cantonale, dès lors que les tribunaux cantonaux apprécient librement les preuves et jouissent d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (N 52 ss [maxime inquisitoire], N 63 ss [libre appréciation des preuves] et N 74 ss [maxime d'office]). Il convient donc de relativiser son importance dans ce contexte. Elle revêt sans doute le plus de poids **dans le domaine de l'expertise médicale**, puisque le juge ne devrait pas s'écarter sans motifs sérieux d'une constatation de fait posée par l'expert (p.ex. à propos du lien de causalité naturelle entre un accident et une atteinte à la santé), alors qu'il n'est pas lié par l'appréciation juridique que poserait cet expert (p.ex. à propos du lien de causalité adéquate¹⁶¹). Mais, précisément dans ce domaine, fait et droit sont particulièrement intriqués et ne peuvent souvent pas être totalement distingués. Ainsi, théoriquement, il revient à l'expert de constater une atteinte à la santé (diagnostic, étiologie) et les limitations fonctionnelles qui en découlent (impossibilité d'effectuer un mouvement ou déclenchement d'une douleur si le mouvement est effectué, capacité ou non de l'assuré à mobiliser encore ses ressources psychiques, p.ex.)¹⁶². Il revient ensuite au juge de déterminer si, compte tenu des constatations de fait posées par l'expert, l'exercice d'une activité lucrative est raisonnablement exigible ou non (caractère raisonnablement exigible de supporter un certain seuil de douleur pour exercer l'activité en question, p.ex.)¹⁶³. En pratique, il n'est pas possible d'appliquer cette distinction à la lettre et l'expert sera généralement invité à constater l'état de santé de la

156 CORBOZ, art. 99 N 13b, qui cite plusieurs exemples. En droit des assurances sociales, on admettra comme faits que l'on peut élucider immédiatement, p.ex., ceux tirés de l'ESS (LEUZINGER, Beweismittel, 41). Voir également ATF 141 V 557, c. 3.1, relatif à la prise en considération par un tribunal de la liste des médecins agréés par une partie, figurant sur le site internet de cette partie, sans l'interpeller à ce propos. Sur l'usage d'internet: ATF 143 IV 380.

157 ATF 137 V 64, c. 1.2; ACKERMANN, Tat- und Rechtsfragen, 6. Plus nuancés, à juste titre: ATF 117 II 258, c. 2b; CORBOZ, art. 105 N 34; BETTEX, 68; MÜLLER U., Natürliche Vermutung, 551 ss.

158 P.ex.: ATF 132 V 393, c. 3.3 (règles générales sur l'utilisation de l'ESS pour déterminer la capacité résiduelle de gain); ATF 129 V 222, c. 4.3.1 (présomption que l'assuré aurait poursuivi son activité lucrative habituelle s'il n'avait pas subi d'atteinte à la santé). Pour d'autres ex.: ACKERMANN, Beweis des natürlichen Kausalzusammenhangs, 114 ss; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 43 N 25; LEUZINGER, Beweismittel, 43 ss; MÜLLER U., Natürliche Vermutung, 564 ss.

159 BETTEX, 68; LEUZINGER, Beweismittel, 43; MÜLLER U., Natürliche Vermutung, 553.

160 Pour une présentation détaillée dans le domaine des assurances sociales: ACKERMANN, Tat- und Rechtsfrage, 34 ss.

161 ATF 142 V 435 c. 1; ATF 112 V 30, c. 1.

162 ATF 132 V 393, c. 3.2.

163 Cf. ATF 139 V 442, c. 6.2; ACKERMANN, Tat- und Rechtsfrage, 9 s.

personne assurée et d'éventuelles limitations fonctionnelles, ainsi qu'à donner une appréciation de la capacité de travail raisonnablement exigible (taux d'activité dans une activité adaptée aux limitations fonctionnelles). Le juge devra vérifier si l'avis exprimé est motivé de manière convaincante ou non. Il ne devrait s'écarter de cet avis qu'avec retenue. Il le fera notamment si l'expert accorde un poids déterminant à des circonstances étrangères à la notion d'invalidité (facteurs psycho-sociaux [cf. art. 7 N 31], notamment)¹⁶⁴.

Dans ce contexte, la jurisprudence n'a pas toujours accordé un poids suffisant au rôle de l'expert dans l'appréciation de la capacité résiduelle de travail d'un assuré, en particulier en posant une présomption naturelle qualifiée que certaines atteintes à la santé psychique n'entraînent pas d'incapacité et en fixant des critères – juridiques – permettant de s'en écarter¹⁶⁵. Le Tribunal fédéral a récemment abandonné cette présomption et rééquilibré sa jurisprudence pour tenir compte des critiques justifiées formulées par la doctrine (cf. art. 8 N 15 ss)¹⁶⁶. Il a réaffirmé le rôle central de l'expert et de ses constatations dans chaque cas d'espèce, tout en définissant un cadre normatif général permettant de garantir une appréciation de la capacité de travail reposant sur une série d'indicateurs objectifs, faisant dûment l'objet de constatations par l'expert. Le juge doit vérifier le respect de ce cadre normatif, s'assurer que les constatations de l'expert relatives à la capacité de travail ne comportent pas de contradictions et qu'elles correspondent aux limitations fonctionnelles constatées sur la base d'indicateurs objectifs¹⁶⁷. Le cadre normatif est utile – dans les cas complexes tout au moins –, notamment pour garantir l'égalité de traitement entre assurés¹⁶⁸. Il a déjà conduit à une amélioration de la qualité des expertises. Il est toutefois relativement lourd et le risque est grand qu'il fasse régulièrement l'objet de précisions, toujours plus détaillées, auxquelles on reconnaîtrait un caractère général et abstrait, parfois sans motivation suffisante. Il existe aussi un risque que les tribunaux procèdent à une analyse juridique de la capacité de travail sur la base d'une analyse sommaire de certains diagnostics et indicateurs, en négligeant le contexte global¹⁶⁹. Cela réduirait à nouveau excessivement l'objet de l'expertise. Une fois défini un cadre normatif général, dans ce domaine d'expertise comme dans d'autres, l'expérience et les connaissances spécialisées de l'expert, de même que ses constatations lors de l'examen clinique restent de première importance pour procéder à une analyse de la capacité résiduelle de travail dans un cas d'espèce. Dans ce contexte, déterminer si les constatations de l'expert sont convaincantes relève, dans une large mesure, de l'appréciation des preuves¹⁷⁰.

164 ATF 127 V 294, c. 5a.

165 ATF 137 V 64, c. 1.2 (troubles somatoformes douloureux). Sur la qualification de présomption naturelle qualifiée, laissée ouverte par le TF, cf. ATF 141 V 281, c. 3.3.1 à 3.3.4.

166 ATF 143 V 418; ATF 143 V 409; ATF 141 V 281. Sur les critiques de la doctrine relatives à l'ancienne jurisprudence: ATF 141 V 281, c. 3.3 et 3.4.2; voir également GÄCHTER/MEYER, Praxisänderung, N 3 ss.

167 GÄCHTER/MEYER, Schmerzrechtsprechung, N 84 et 86, 20 et N 105 ss, 24.

168 On devrait en revanche pouvoir s'en passer dans les cas plus clairs, où les constatations de l'expert peuvent s'avérer probantes même au terme d'une analyse moins détaillée. Dans ce sens: ATF 143 V 409, c. 4.5.3; GÄCHTER/MEYER, Praxisänderung, N 23 ss, N 56..

169 Cf. MÜLLER U., Natürliche Vermutung, 569; GÄCHTER/MEYER, Praxisänderung, N 60 ss. P.ex.: ATF 142 V 106, c. 4.2, à propos du diagnostic de «trouble douloureux chronique avec des facteurs somatiques et psychiques» ATF 140 V 358 c. 4 et TF, 15.5.2017, 8C_753/2016, c. 4, à propos de l'influence d'un trouble dépressif léger à moyen dans un contexte d'atteintes somatiques. Ces arrêts ont toutefois été rectifiés par les ATF 143 V 418 et 143 V 409.

170 Dans ce sens: GÄCHTER/MEYER, Praxisänderung, N 69 s.

C. Degré de preuve requis

- 61** Dans le domaine des assurances sociales, le juge doit généralement fonder sa décision sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de **vraisemblance prépondérante**. Il ne suffit pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de faits allégués ou envisageables, le juge doit retenir ceux qui lui paraissent les plus probables¹⁷¹. Selon une autre formulation, qui semble désormais s'imposer, la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération¹⁷².
- 62** La loi ou la jurisprudence admettent quelques exceptions à cet allègement du fardeau de la preuve ou au contraire, attachent certaines conséquences juridiques à des faits simplement rendus vraisemblables ou plausibles (cf. art. 43 N 24 et art. 60 N 6 s.)¹⁷³.

D. Administration et appréciation des preuves

1. Moyens de preuve et libre appréciation des preuves

- 63** Le tribunal administre et apprécie librement les preuves des faits pertinents. Il n'est pas lié par les faits constatés dans la décision litigieuse. Cette règle découle de l'art. 61 let. c LPGa comme de l'art. 110 LTF. Le tribunal peut fonder ses constatations sur tous les moyens de preuves usuels tels que l'audition des parties, de témoins ou de tiers appelés à donner des renseignements, les titres, l'expertise ou la vision locale (cf. art. 43 N 14 ss)¹⁷⁴. Les renseignements d'ordre médical sont le plus souvent recueillis par écrit (attestations et renseignements demandés au médecin traitant, expertise), mais il est parfois utile de les compléter en entendant l'expert ou le médecin traitant, comme témoin, lors d'une audience. Si une expertise judiciaire est nécessaire, le tribunal cantonal désigne librement l'expert, après avoir entendu les parties. Il n'est pas obligé de s'en tenir à des experts ou centres d'expertise préalablement agréés par l'administration (COMAI, en particulier)¹⁷⁵, ce qui serait clairement contraire aux principes de libre appréciation des preuves et de séparation des pouvoirs.
- 64** Une base légale est nécessaire pour tout moyen de preuve qui imposerait au justiciable un comportement ou qui restreindrait sa sphère privée¹⁷⁶. Cette base légale doit être recherchée dans l'obligation des parties de collaborer à l'instruction de la cause, dans les diverses lois spéciales ainsi que dans les codes de procédure cantonaux. Une preuve illicite peut néanmoins être administrée et se voir reconnaître une valeur probante lorsqu'elle aurait pu être recueillie de manière licite et si une pesée des intérêts en présence le justifie (art. 43 N 27 et 39).

171 ATF 126 V 353, c. 5b; ATF 125 V 193, c. 2.

172 ATF 139 V 176, c. 5.3; ATF 135 V 39, c. 6.1. Cf. également KIESER, Beweisgrad, 88; MÜLLER U., Verwaltungsverfahren, N 1547. Sur les motifs de l'allègement du degré de preuve: art. 43 N 23; KIESER, Beweisgrad, 86.

173 KIESER, Beweisgrad, 76 ss et 91 ss.

174 LEUZINGER, Beweismittel, 51 ss.

175 ATF 143 V 269, c. 3.5; TF, 23.11.2016, 8C_442/2016, c. 2.2.2 et 3.2.

176 MOOR/POLTIER, 296 s.

Le juge apprécie les preuves recueillies sans être lié par des règles formelles. Il doit examiner objectivement, de manière complète et rigoureuse, tous les moyens de preuve à disposition, quelle que soit leur provenance, puis décider s'ils permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. En cas d'avis médicaux contradictoires, il ne peut trancher l'affaire sans indiquer les raisons pour lesquelles il se fonde sur une opinion plutôt que sur une autre¹⁷⁷. La provenance d'un document médical ne constitue pas un motif de l'écarter d'emblée, ce qui n'exclut toutefois pas d'en tenir compte, parmi d'autres critères, au moment d'apprécier sa valeur probante¹⁷⁸. Par exemple, le fait qu'une expertise a été réalisée lors d'une procédure contradictoire, par un expert désigné par le juge et non par une partie, plaide clairement en faveur d'une valeur probante accrue de ce moyen de preuve, par rapport à d'autres documents médicaux au dossier. Mais cela ne dispense pas le juge de procéder à une appréciation plus complète pour vérifier que l'expertise judiciaire est réellement plus convaincante.

65

Le Tribunal fédéral a développé une vaste jurisprudence relative à l'établissement des faits et à l'appréciation des preuves, en particulier dans le domaine médical (art. 43 N 28 ss, voir également art. 61 N 59 s.). La densité de cette jurisprudence, qui n'a son pareil dans aucun autre domaine du droit¹⁷⁹, réduit fortement la portée du principe de libre appréciation des preuves et l'on doit s'interroger sur sa compatibilité avec ce principe¹⁸⁰. Pour éviter toute incompatibilité, les lignes directrices devraient être considérées comme telles, et non comme des règles de droit qui justifieraient une intervention du Tribunal fédéral sans égard à une éventuelle limitation de son pouvoir d'examen en relation avec les constatations de fait¹⁸¹. Il n'y a violation du droit que si l'appréciation des preuves est manifestement erronée dans son résultat. La liberté prise avec une ligne directrice en matière d'appréciation des preuves peut y conduire, mais pas forcément. Il s'agit par ailleurs d'une question distincte de celle d'une éventuelle violation du droit à une procédure équitable, ainsi que de celle d'éventuelles présomptions naturelles qualifiées tirées de règles d'expérience¹⁸². Le principe de libre appréciation des preuves cède le pas à ces présomptions naturelles, qui doivent toutefois être motivées et désignées comme telles lorsqu'elles sont posées¹⁸³. Le nombre de présomptions naturelles mériterait au demeurant d'être limité pour éviter tout schématisme excessif dans la constatation des faits, un tel schématisme pouvant conduire à traiter de façon égale des situations en réalité différentes¹⁸⁴.

66

2. Droit des parties de participer à l'administration des preuves et appréciation anticipée

Le droit d'être entendu du justiciable (art. 29 al. 2 Cst. et 6 § 1 CEDH) comprend non seulement celui de s'exprimer avant qu'une décision soit rendue à son détriment, mais également celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la

67

177 ATF 125 V 351, c. 3a.

178 EGLI, 260 ss et 262 s.

179 LEUZINGER, Beweismittel, 62.

180 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 43 N 54; MÜLLER U., Verwaltungsverfahren, N 1593.

181 Dans ce sens: TF, 18. 7. 2006, I 159/06, c. 4.2; MÜLLER U., Verwaltungsverfahren, N 1593. Voir cependant, parmi d'autres, TF, 4. 7. 2008, 9C_833/2007, c. 2.2; ACKERMANN, Tat- und Rechtsfrage, 8 et 21; LEUZINGER, Beweismittel, 62.

182 Voir cependant LEUZINGER, Beweismittel, 62.

183 MÜLLER U., Natürliche Vermutung, 569.

184 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 43 N 24.

décision, celui d'avoir accès au dossier ainsi que celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos¹⁸⁵.

- 68** Le tribunal peut garantir le **droit de prendre connaissance du dossier** d'une partie en lui envoyant l'original de celui-ci et en lui laissant le soin d'en tirer des copies. Les tribunaux procèdent souvent ainsi, sur demande, lorsque la partie concernée est assistée d'un avocat à qui le dossier peut être envoyé; ils ne peuvent alors pas adopter une pratique différente selon que l'avocat est établi dans le canton de siège du tribunal ou dans un autre canton. Le droit de prendre connaissance du dossier peut également être garanti par sa mise à disposition pour consultation au greffe du tribunal, de manière à éviter que des pièces ne soient perdues, altérées ou détruites. Dans ce cas, la partie doit pouvoir obtenir du greffe une copie de tout ou partie du dossier¹⁸⁶. Suivant le droit cantonal applicable, un émoulement peut être exigé¹⁸⁷. Toutefois, hormis lorsque la réalisation de copies entraîne des complications particulières que la partie pourrait éviter, par exemple en opérant une sélection des pièces nécessaires dans un dossier volumineux, aucun émoulement ne devrait être perçu dans une procédure gratuite¹⁸⁸. Les dossiers disponibles sous forme informatisée devraient progressivement lever cette difficulté. Enfin, des intérêts publics ou privés prépondérants peuvent justifier des modalités de communication particulières (envoi d'un rapport médical ou d'une expertise à un médecin de choix plutôt que directement à la personne concernée), voire le refus de communiquer certaines pièces (cf. art. 47 N 28 ss, N 46 ss)¹⁸⁹.
- 69** Si le tribunal entend une partie, des témoins, un tiers appelé à donner des renseignements ou un expert, leurs déclarations à l'audience doivent faire l'objet d'un **procès-verbal**¹⁹⁰. Les parties ont le **droit de participer à l'audience** et de poser des questions, directement ou par l'intermédiaire du juge. Si un témoin est entendu par écrit, les parties ont également le droit de poser des questions ou de faire poser des questions complémentaires¹⁹¹. En cas d'**expertise judiciaire**, le tribunal doit leur donner la possibilité de se déterminer sur la personne de l'expert et de proposer des questions avant la réalisation de l'expertise. Le tribunal peut toutefois y mettre des limites, en vérifiant notamment que les questions sont formulées de manière neutre et portent sur des faits pertinents. La personne assurée n'a pas de droit à être assistée par son mandataire ou par un tiers lors de la réalisation de l'expertise (examen clinique et entretien avec l'expert; art. 44 N 52).
- 70** Le droit d'être entendu implique également que le tribunal informe d'office les parties de toute **pièce nouvelle** versée au dossier, qu'il en permette la consultation et qu'il autorise les parties à se déterminer à son propos si elles le souhaitent. On renverra, sur la manière de garantir ce droit, aux considérations relatives au droit de réplique (N 49 ss). Compte tenu de la maxime inquisitoire, les moyens de preuve pertinents produits par les parties ou par des tiers avant le jugement, même tardivement, doivent être pris en considération (N 51).

185 ATF 141 V 557, c. 3.1.

186 ATF 122 I 109. Voir également ATF 127 V 219.

187 ATF 117 Ia 424, c. 28b; WILHELM, § 22, N 8.

188 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 47 N 46.

189 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 47 N 24 ss et N 39 ss; MÜLLER U., *Verwaltungsverfahren*, N 1453 ss.

190 ATF 124 V 389.

191 ATF 124 V 90, c. 4b.

Le tribunal peut renoncer à de nouvelles mesures d'instruction lorsqu'il est convaincu que l'état de fait déterminant peut être établi sur la base des preuves dont il dispose déjà et que l'administration de nouvelles preuves ne le conduirait pas à des constatations différentes. Il peut rejeter une demande de preuve dépourvue de pertinence parce qu'elle porte sur une circonstance sans rapport avec le litige ou qu'une **appréciation anticipée des preuves** déjà administrées démontre qu'elle ne serait pas de nature à emporter la conviction¹⁹². Il tiendra compte, dans ce contexte, du degré de preuve requis, généralement la vraisemblance prépondérante¹⁹³.

71

V. Pouvoir d'examen du tribunal (let. d)

A. Grieffs et conclusions

Le tribunal cantonal des assurances ne peut statuer sur un rapport juridique que s'il est requis de le faire par une partie. En ce sens, la procédure de recours est soumise à une **maxime de disposition limitée**¹⁹⁴. La partie recourante détermine l'objet du litige en choisissant si elle veut ou non soumettre un rapport juridique à l'examen du juge. Elle fait ce choix en prenant des **conclusions** à propos de ce rapport juridique. Si plus tard elle retire son recours, le juge n'est plus en droit de statuer sur cet objet (sur les notions d'objet de la contestation, d'objet du litige et sur leur rapport avec le pouvoir d'examen du juge, N 75 et art. 56 N 11 ss; sur l'extension de l'objet du litige par le juge, cf. art. 56 N 23).

72

Le recourant peut soulever les **grieffs** de violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, de constatation inexacte ou incomplète des faits ou d'inopportunité¹⁹⁵. En ce qui concerne l'opportunité de la décision en cause, l'examen du tribunal porte sur le point de savoir si une autre solution aurait été plus judicieuse que celle que l'autorité a adoptée, dans un cas concret, bien qu'elle l'ait fait dans le cadre de son pouvoir d'appréciation et en respectant les principes généraux du droit. Le juge des assurances sociales ne peut, sans motif pertinent, substituer sa propre appréciation à celle de l'administration. Il doit s'appuyer sur des circonstances de nature à faire apparaître sa propre appréciation comme la mieux appropriée¹⁹⁶. Au-delà d'une simple obligation de motivation du jugement, cette exigence souligne que les tribunaux cantonaux ne doivent procéder à un contrôle d'opportunité qu'avec retenue. Cette retenue est nécessaire pour des motifs d'égalité de traitement. Il faut en effet que l'administration puisse développer une pratique et l'appliquer à l'ensemble des administrés, dans des circonstances semblables. En droit des assurances sociales, cette pratique fait l'objet de directives administratives qui ne lient pas le juge, mais dont il ne s'écartera que s'il a de bons motifs de le faire¹⁹⁷. Par ailleurs, si la directive n'est pas conforme aux dispositions légales ou réglementaires applicables, son application constitue une violation du droit fédéral et doit être refusée indépendamment de tout examen de l'opportunité.

73

192 ATF 141 I 60, c. 3.3; ATF 140 I 285, c. 6.3.1; ATF 131 I 153, c. 3.

193 ATF 124 V 90, c. 4b; DUPONT, Réplique, N 29.

194 TRAUB, Gerichtsverfahren, N 5.37 ss. Sur les notions de maxime de disposition et de maxime d'office, parmi d'autres: DUBEY/ZUFFEREY, N 1931 s.; TANQUEREL, N 1523 s.

195 ATF 137 V 71, c. 5.2; LOCHER/GÄCHTER, § 76 N 33 ss; FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 561 N 213.

196 ATF 137 V 71, c. 5.2.

197 ATF 138 V 346, c. 6.2.

B. Maxime d'office

- 74 Une fois saisi d'un recours, le tribunal applique le droit d'office (*jura novit curia*), conformément aux art. 61 let. d LPGA et 110 LTF. Il peut annuler, réformer ou confirmer la décision litigieuse pour d'autres motifs que ceux invoqués par la partie recourante ou pris en considération par la partie intimée. Il doit toutefois respecter le droit d'être entendu des parties lorsqu'il envisage de se fonder sur une norme ou sur un motif juridique non évoqué dans la procédure antérieure et dont aucune des parties ne s'est prévalué et ne devait envisager la pertinence dans le cas d'espèce¹⁹⁸. Par **substitution de motifs**, le tribunal peut notamment confirmer la révision d'une décision de rente entrée en force (suppression ou diminution de rente fondée sur l'art. 17 LPGA ou sur la let. a, al. 1, des dispositions finales de la modification du 18 mars 2011 de la LAI [6^e révision, premier volet]), en considérant que la décision initiale d'allocation de rente est manifestement erronée et que sa modification revêt une importance notable (reconsidération fondée sur l'art. 53 al. 2 LPGA; cf. art. 17 N 50, art. 53 N 69 ss et N 111 ss). Il s'agit de différentes motivations juridiques portant sur l'objet du litige, à savoir la modification du droit à la rente d'invalidité. Mais le tribunal doit préalablement informer les parties de la substitution de motifs envisagée et leur donner la possibilité de se déterminer¹⁹⁹.
- 75 L'art. 61 let. d LPGA prévoit en outre que le tribunal statue sur l'objet du litige sans être lié par les conclusions des parties. Il peut examiner l'ensemble des aspects du rapport juridique litigieux, y compris ceux qui n'ont soulevé aucune contestation entre les parties. Dans le cadre de l'objet du litige déterminé par les conclusions de la partie recourante (N 72 et art. 56 N 11 ss), il peut allouer plus que ce que demande cette partie (*reformatio in melius*) ou au contraire réformer la décision contestée à son détriment (*reformatio in pejus*). La procédure de recours est donc en partie régie par la **maxime d'office**, même si celle-ci n'est pas intégrale²⁰⁰.
- 76 S'il n'est pas lié par les arguments et griefs soulevés par les parties, le juge n'est toutefois pas tenu de soulever d'office toutes les questions juridiques qui pourraient théoriquement se poser en relation avec l'objet du litige. Comme en matière d'établissement des faits, son devoir d'examen d'office est limité par celui de la partie recourante de motiver son recours («*Rügeprinzip*»)²⁰¹. Si un grief pertinent est soulevé tardivement, mais avant le prononcé du jugement, le juge ne pourra pas l'ignorer (N 51).
- 77 Le tribunal cantonal a la possibilité de réformer la décision entreprise au détriment de la partie recourante, mais il n'est pas tenu d'y procéder. Il doit fonder son choix sur des motifs objectifs et n'optera pour une *reformatio in pejus* qu'avec retenue, en particulier si des questions d'opportunité ou d'appréciation sont en jeu²⁰². Il doit auparavant en informer les parties, leur donner la possibilité de se déterminer et rendre la partie recourante attentive à son droit de retirer le recours²⁰³. En dépit du texte clair de l'art. 61 let. d, le Tribunal fédéral considère que l'autorité de recours cantonale ne doit pas seulement faire preuve de retenue avant de réformer une décision au détriment de la partie recourante,

198 ATF 131 V 9, c. 5.4.1.

199 ATF 140 V 85, c. 4.2; ATF 128 V 272, c. 5b/bb; ATF 125 V 368, c. 3b TF, 17.7.2015, 9C_361/2015, c. 5.

200 Cf. N 72.

201 ATF 119 V 347, c. 1a; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 998; LOCHER/GÄCHTER, § 75 N 27. Voir également AUER, art. 12 N 12.

202 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 156; HÄBERLI, art. 62 N 26 ss.

203 ATF 137 V 314.

mais qu'elle ne peut le faire que si la décision contestée est manifestement erronée et que sa rectification revêt une importance notable. Autrement dit, les conditions d'une reconsidération de la décision (art. 53 al. 2) doivent être remplies²⁰⁴. Cette exigence était initialement posée pour la *reformatio in pejus* d'un jugement cantonal par le Tribunal fédéral²⁰⁵. Ce dernier l'a reprise purement et simplement dans le contexte de l'art. 61 let. d, ce qui ne prend pas suffisamment en considération les rôles et pouvoirs d'examen différents du Tribunal fédéral et d'une autorité de recours de première instance²⁰⁶.

Il y a une réformation au détriment de la partie recourante lorsque le jugement place cette partie dans une situation moins favorable que celle dans laquelle elle se trouverait si la décision contestée était exécutoire. Il en va ainsi, par exemple, lorsque le jugement alloue à la partie recourante des prestations inférieures à celles que lui attribuait la décision contestée. Constitue notamment une forme de *reformatio in pejus* l'annulation d'une décision allouant une rente partielle et le renvoi de la cause à l'administration pour instruction complémentaire et nouvelle décision²⁰⁷.

78

VI. Débats (let. e)

La procédure devant de nombreux tribunaux cantonaux des assurances se déroule le plus souvent entièrement par écrit. Si toutefois le tribunal estime nécessaire de tenir une audience d'instruction ou de débats, il doit y convier toutes les parties, de manière à garantir leur droit d'être entendues. Le droit fédéral n'impose pas la publicité des audiences d'instruction (sur la publicité de la procédure, N 13 ss). En revanche, il impose que les principales déclarations des parties soient consignées au procès-verbal²⁰⁸. Il arrive également que le tribunal convoque les parties en vue de tenter une conciliation. Dans ce cas, il peut renoncer à verbaliser le contenu des discussions transactionnelles afin de ne pas les entraver²⁰⁹. Si la conciliation aboutit, son résultat doit toutefois être verbalisé. Cas échéant, le tribunal veillera également à inscrire au procès-verbal les déclarations essentielles des parties qui lui permettront de motiver, serait-ce sommairement, la ratification de la transaction (N 119). Selon le droit cantonal, les audiences d'instruction ou de conciliation peuvent être déléguées à l'un des membres du tribunal. La présence de tous les juges composant l'autorité de jugement est en revanche requise pour les audiences de débats finaux, publics ou non. Les parties peuvent s'assurer d'un minimum d'oralité en exigeant une audience de débats publics (N 15 ss), puisque ceux-ci sont nécessairement oraux.

79

204 ATF 142 V 337, c. 3.

205 Cf. TF, 6.8.2007, H 161/06, c. 5.6 non publié in ATF 133 V 569, auquel se réfère l'ATF 142 V 337.

206 HÄBERLI, art. 62 N 30. Voir également la critique de l'ATF 142 V 337 par BOLT, 624 ss. La doctrine relative à l'art. 61 let. d LPGa et antérieure à l'ATF 142 V 337 ne mentionne pas les conditions d'une reconsidération: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 156 ss; FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 561 s. N 213 s.; LOCHER/GÄCHTER, § 76 N 31; TRAUB, Gerichtsverfahren, N 5.130. La jurisprudence fédérale sur ce point n'est au demeurant pas exempte de contradictions (cf. ATF 138 V 339 c. 6).

207 ATF 137 V 314. Critique, à juste titre: HÄBERLI, art. 62 N 39.

208 ATF 124 V 389.

209 Cf. art. 205 CPC.

VII. Représentation et assistance judiciaire (let. f)

A. Représentation en justice

- 80** Chaque partie a le droit d'être assistée ou représentée dans la procédure de recours par un mandataire de son choix. Le droit cantonal peut toutefois conférer à certaines catégories professionnelles, en particulier aux avocats, le monopole de la représentation en justice²¹⁰. Le tribunal peut exiger qu'une procuration écrite lui soit remise, mais l'exigence d'une procuration avec une signature légalisée est excessivement formaliste²¹¹. Si la procuration n'est pas jointe à l'acte de recours, ou seulement sous la forme d'une photocopie, le juge ne peut pas déclarer le recours irrecevable mais doit impartir un délai pour la produire en original, conformément à l'art. 61 let. b LPGA (N 46).
- 81** Sous réserve de dispositions cantonales contraires, si une partie désigne un représentant, le tribunal doit notifier les actes de procédure à ce représentant et n'est pas tenu de les adresser, en copie, à la partie représentée²¹². Il peut exiger que cette dernière accomplisse certains actes personnellement lorsque les besoins de l'instruction l'imposent (participation à une expertise, comparution personnelle à une audition de partie; sur l'absence de droit à être assisté par son mandataire lors de l'examen par l'expert médical, voir art. 44 N 52).

B. Assistance judiciaire

1. Principe

- 82** Conformément à l'art. 29 al. 3 Cst., la partie qui ne dispose pas des ressources suffisantes pour faire face aux frais de la procédure a droit à l'assistance judiciaire, pour autant que sa position dans la procédure ne soit pas d'emblée dépourvue de chances de succès. L'art. 61 let. f LPGA concrétise cette disposition constitutionnelle pour les procédures de recours relevant des art. 56 ss LPGA. Il ne revêt pas une portée plus étendue (N 94). L'assistance judiciaire comprend la dispense de verser une avance de frais ainsi que celle d'acquitter les frais de justice en fin de procédure. Elle comprend également la dispense de fournir des sûretés en garantie des dépens de la partie adverse, ce qui ne revêt qu'une portée très marginale en droit des assurances sociales. L'assistance judiciaire comprend, enfin, l'assistance d'un avocat d'office si celle-ci est nécessaire. Les conditions donnant droit à l'assistance judiciaire sont fixées par le droit fédéral, mais le droit cantonal peut admettre ce droit à des conditions plus favorables.

2. Conditions

a) Personne physique partie à la procédure

- 83** L'assistance judiciaire n'est en principe allouée qu'à une personne physique, à l'exclusion des personnes morales, à moins que le litige porte sur le seul actif d'une personne morale et que les personnes physiques qui en sont les ayants droit économiques soient toutes sans ressources²¹³. Les assureurs sociaux ne peuvent y prétendre. L'art. 61 let. f

210 LOCHER/GÄCHTER, § 76 N 48; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 169.

211 ATF 114 V 203.

212 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 172.

213 ATF 131 II 306, c. 5.2.1; ATF 119 Ia 337, c. 4; CORBOZ, art. 64 N 9. Pour la situation particulière des sociétés de personnes (société en nom collectif et en commandite), cf. ATF 116 II 651, c. 2; CORBOZ, art. 64 N 10.

LPGA ne mentionne que l'octroi de l'assistance judiciaire à la partie recourante. Le législateur est parti du principe que la partie intimée était en effet l'assureur social qui avait rendu la décision contestée et que celui-ci n'avait en aucun cas besoin de l'assistance judiciaire. Il est toutefois possible qu'une personne physique participe à la procédure en qualité de tiers intéressé et qu'elle ait besoin d'un avocat d'office, par exemple en cas de recours d'une institution de prévoyance contre une décision d'octroi de rente de l'assurance-invalidité. L'assistance judiciaire doit être ouverte à cette partie intéressée lorsque les conditions usuelles sont remplies²¹⁴.

b) Absence de ressources suffisantes

L'assistance judiciaire n'est allouée que si la partie requérante ne dispose pas des ressources suffisantes pour assumer les frais de la procédure sans porter atteinte au minimum nécessaire à son entretien et à celui de sa famille. Il convient de prendre en considération l'ensemble de la situation financière du requérant au moment où la demande est présentée²¹⁵. Le tribunal peut également tenir compte de l'évolution de cette situation entre le dépôt de la demande et sa décision relative à l'assistance judiciaire²¹⁶. La part des ressources excédant ce qui est nécessaire à la couverture des besoins personnels doit être comparée, dans chaque cas, aux frais prévisibles de la procédure pour laquelle l'assistance judiciaire est demandée. Le soutien de la collectivité publique n'est en principe pas dû lorsque cette part disponible permet d'amortir les frais judiciaires et d'avocat en une année au plus, pour les procès relativement simples, et en deux ans pour les autres. Cependant, il convient de tenir compte, cas échéant, de la nécessité où le requérant se trouve d'agir dans un délai relativement court qui ne lui permet pas de faire des économies en vue d'avancer les frais du procès²¹⁷. La perception de prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité ne constitue qu'un indice que le requérant ne dispose pas des ressources suffisantes pour assumer les frais de procès²¹⁸. Si une assurance de protection juridique couvre le cas, la condition de l'indigence n'est pas remplie²¹⁹.

En ce qui concerne les **ressources**, seules celles qui sont effectivement disponibles entrent en considération. Le tribunal prendra en compte l'ensemble des **revenus** nets du requérant (revenus tirés de l'exercice d'une activité lucrative et revenus de remplacement en cas de chômage ou d'incapacité de travail, rentes de l'assurance-vieillesse et survivants ou de la prévoyance professionnelle, revenus de la fortune, contributions d'entretien du droit de la famille, etc.)²²⁰. Il prendra également en considération sa **fortune**, pour autant qu'elle puisse être mobilisée en temps utile²²¹. On peut notamment exiger

214 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 175.

215 ATF 120 Ia 179, c. 3a.

216 ATF 122 I 5; ATF 108 V 265, c. 4.

217 ATF 141 III 369, c. 4.1; ATF 135 I 221, c. 5.1. Voir également TF, 7.12.2016, 8C_310/2016, c. 5.2 (assistance judiciaire malgré un excédent de revenu de CHF 118.–, permettant d'acquitter par acomptes, pendant 23 mois, les frais de justice et d'avocat prévisibles; aucune fortune disponible par ailleurs).

218 TF, 21.4.2017, 4A_696/2016, c. 3.2; TF, 25.9.2008, 8C_530/2008, c. 4.2.

219 TF, 28.11.2013, 8C_607/2013, c. 6.2 et 6.3 (*in casu*, l'assurance a refusé de prester en raison d'une violation répétée de ses conditions générales [consultation d'un avocat sans son accord préalable]; dans ce contexte, le TF a estimé que la demande d'assistance judiciaire était abusive).

220 CORBOZ, art. 64 N 23.

221 ATF 118 Ia 369.

que soient mis à contribution la prestation de sortie d'une institution de prévoyance professionnelle, si elle est exigible²²², ainsi que le patrimoine immobilier du requérant, s'il peut servir de garantie permettant un emprunt²²³. On admet cependant que le requérant puisse conserver une réserve de secours sans l'entamer pour faire face aux frais de procédure. Le montant concédé à ce titre se situe généralement dans une fourchette de CHF 10 000.– à 20 000.– pour une personne seule, étant précisé qu'un montant plus élevé peut entrer en considération selon les circonstances²²⁴. Le montant de la réserve de secours nécessite ainsi un examen de cas en cas, en fonction notamment de l'âge du requérant, de son état de santé, de sa situation familiale et de son revenu²²⁵.

- 86** Les **charges** à prendre en considération se composent d'un montant de base correspondant au minimum vital du droit des poursuites²²⁶, majoré de 25 %²²⁷. A ce minimum vital élargi s'ajoutent divers suppléments pour des charges non comprises dans le montant de base, mais que la partie requérante doit assumer ou dont il n'est pas raisonnablement exigible qu'elle renonce à s'acquitter. Seules les charges effectivement payées sont prises en considération. On mentionnera à ce titre les frais de logement (loyer et charges accessoires, ou intérêts hypothécaires, taxes et amortissements contractuellement obligatoires), les frais professionnels, les primes d'assurances obligatoires (après déduction d'une éventuelle subvention pour le paiement de ces primes), les frais médicaux non couverts par une assurance-maladie ou accidents (traitements dentaires, franchise et quote-part des frais non à la charge de l'assurance obligatoire des soins)²²⁸. Les dettes échues et qui font effectivement l'objet de paiement, y compris les dettes d'impôt, sont également prises en considération²²⁹. Les primes d'assurances non obligatoires relatives à une assurance vie devraient entrer en considération pour les personnes qui ne sont pas affiliées à une institution de prévoyance obligatoire²³⁰ ou qui ne peuvent pas interrompre le paiement sans inconvénient majeur. Les primes d'assurance facultative d'indemnité journalière en cas de maladie ou les primes d'assurance-accidents ou de prévoyance professionnelle facultative pour les indépendants devraient également entrer dans le calcul. Enfin, les primes d'assurances complémentaires à l'assurance obligatoire des soins en

222 ATF 135 I 288.

223 ATF 119 Ia 11, c. 5.

224 Cf., parmi d'autres, TF, 20.6.2011, 9C_147/2011 (CHF 20 000.– à 40 000.–); TFA, 9.8.2005, I 362/05, c. 5.3; CORBOZ, art. 64 N 24 (CHF 10 000.–); KAYSER, art. 65 N 19 et n. 71 (CHF 15 000.– dans une situation normale); MÜLLER U., *Verwaltungsverfahren*, N 1995; TAPPY, art. 117 N 25 (CHF 10 000.– à 20 000.–). Cf. également, pour la procédure administrative (art. 37 al. 4 LPG), la Circulaire de l'OFAS sur le contentieux dans l'AVS, l'AI, les APG et les PC, dont l'annexe 2 se réfère à l'art. 11 al. 1 let. c LPC sur la fortune non prise en considération dans le calcul du droit aux prestations complémentaires (CHF 37 500.– pour une personne seule).

225 TF, 8.8.2016, 8C_377/2016, c. 2.2; TF, 25.2.2016, 9C_26/2016, c. 9.1.

226 Cf. art. 93 LP, ainsi que les lignes directrices pour le calcul du minimum vital du droit des poursuites selon l'art. 93 LP, édictées le 1^{er} juillet 2009 par la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse.

227 TF, 16.12.2016, 8C_470/2016, c. 5.5. Le TF a toutefois déjà confirmé des majorations moins élevées (TFA, 2.11.2006, I 770/05, c. 5.4 et 5.8 [15%]; TF, 5.2.2007, P 48/06, c. 5.2.3 [15%]; TF, 25.9.2008, 8C_530/2008, c. 4.3.2 et 4.5 [20%], cités par MÜLLER U., *Verwaltungsverfahren*, N 1997); cf. également BÜHLER, *Existenzminimum*, 660. Pour la procédure administrative (art. 37 al. 4 LPG), la circulaire de l'OFAS sur le contentieux dans l'AVS, l'AI, les APG et les PC (annexe 2) se réfère au minimum vital du droit des poursuites, majoré de 30%.

228 Cf. BÜHLER, *Existenzminimum*, 647 ss; MÜLLER U., *Verwaltungsverfahren*, N 1998.

229 ATF 135 I 221; BÜHLER, *Existenzminimum*, 655 ss; CORBOZ, art. 64 N 26.

230 BÜHLER, *Existenzminimum*, 652 ss; MÜLLER U., *Verwaltungsverfahren*, N 1998.

cas de maladie devraient être admises, jusqu'au terme de résiliation ou au-delà, si la résiliation entraînait un inconvénient majeur et irréversible pour le requérant, ce qui pourrait être régulièrement le cas d'assurés sociaux atteints dans leur santé²³¹.

L'obligation d'entretien des époux l'un envers l'autre, de même que celle des parents à l'égard de leurs enfants (art. 276 ss CC) entraîne leur devoir de subvenir aux frais du procès, pour autant que leur situation financière le permette²³². Une telle charge ne peut en revanche pas être imposée au concubin ou à un parent comme dette alimentaire au sens de l'art. 328 CC²³³. Si les époux ainsi que l'enfant titulaire d'une créance d'entretien vivent ensemble, leur situation financière fait l'objet d'une évaluation globale. S'ils vivent séparément, leurs situations respectives sont évaluées séparément, en tenant compte de la créance d'entretien du requérant dans la mesure où l'époux ou le parent débiteur peut s'en acquitter sans entamer les ressources nécessaires à son propre entretien²³⁴. En cas de concubinage, les revenus de celui qui vit en ménage commun avec le requérant n'entrent en considération dans le calcul que dans la mesure où ils lui permettent d'acquitter sa part des charges du ménage commun (moitié du minimum vital majoré pour un couple et moitié du loyer). On peut, enfin, exiger de l'enfant mineur ou majeur qui vit avec ses parents qu'il consacre une partie de ses revenus éventuels aux frais du ménage²³⁵.

c) Chances de succès

Le droit à l'assistance judiciaire n'est pas ouvert à la partie dont la position en procédure est dépourvue de chance de succès au moment du dépôt de la requête²³⁶. Un recours est dépourvu de chance de succès lorsque les chances de le gagner sont sensiblement inférieures aux risques de le perdre. La question déterminante est celle de savoir si une partie disposant des ressources financières nécessaires se lancerait ou non dans le procès après une analyse raisonnable de la situation²³⁷. Si le requérant n'est pas la partie recourante, mais qu'il est seulement partie intéressée à la procédure et qu'il conclut au rejet du recours, ses chances de succès doivent en principe être admises, à moins que la décision contestée soit très grossièrement erronée²³⁸.

d) Nécessité d'un avocat

Un avocat d'office n'est désigné, sur demande, que si la représentation de l'assuré par un mandataire qualifié est nécessaire. Pour évaluer si cette condition est remplie, il faut prendre en considération la difficulté et l'importance de la cause pour le requérant ainsi que sa situation personnelle (âge, ressources psychiques, connaissances linguistiques et juridiques)²³⁹. Il convient également de vérifier si un justiciable qui disposerait des ressources financières nécessaires, sans être très aisé, serait prêt à rémunérer un avocat pour le représenter dans les mêmes circonstances ou s'il estimerait préférable d'agir seul pour

231 Cf. BÜHLER, Existenzminimum, 651.

232 ATF 142 III 36, c. 2.3; ATF 127 I 202; CORBOZ, art. 64 N 25.

233 ATF 142 III 36 (concubinage); ATF 115 Ia 193, c. 3a (dette alimentaire).

234 BÜHLER, Existenzminimum, 658 ss. Si le conjoint refuse, l'assistance judiciaire peut être soumise à la condition du dépôt d'une demande de mesures protectrices de l'union conjugale.

235 BÜHLER, Existenzminimum, 659 ss.

236 ATF 140 V 521.

237 ATF 139 III 396, c. 1.2; CORBOZ, art. 64 N 33.

238 Cf. ATF 139 III 475.

239 ATF 125 V 32, c. 4b; ATF 123 I 145, c. 2b/cc; CORBOZ, art. 64 N 53; KAYSER, art. 65 N 29 ss.

des motifs économiques²⁴⁰. Contrairement à ce qui prévaut en procédure non contentieuse (art. 37 al. 4 LPG; cf. art. 37 N 32), la nécessité d'un avocat d'office doit être fréquemment admise dans les procédures de recours en droit des assurances sociales, en particulier lorsque des prestations de longue durée (rente, indemnités journalières sur plusieurs mois) sont litigieuses.

3. Assistance judiciaire partielle et recouvrement

- 90** Selon les circonstances, il est possible de n'allouer qu'une assistance judiciaire partielle, soit en la limitant à la dispense d'avancer et d'acquitter tout ou partie des frais de justice, sans désignation d'un avocat d'office, soit en la limitant à la désignation d'un avocat d'office²⁴¹. L'assistance judiciaire peut également être limitée quant à l'objet du recours, lorsque celui-ci comporte des conclusions portant sur plusieurs objets, certaines d'entre elles étant jugées dénuées de chances de succès. Si le recours n'a qu'un seul objet, le tribunal allouera en principe l'assistance judiciaire sans la restreindre au motif que les conclusions prises sur cet objet paraissent excessives, bien qu'elles ne soient en soi pas dénuées de chances de succès. Si en revanche, ces conclusions sont manifestement très exagérées, le tribunal doit refuser purement et simplement l'assistance judiciaire²⁴².
- 91** Les frais dont la partie au bénéfice de l'assistance judiciaire est exonérée, de même que l'indemnisation de son avocat d'office, sont, au moins provisoirement, supportés par le canton. Si la partie qui a bénéficié de l'assistance judiciaire revient ultérieurement à meilleure fortune, le canton peut exiger d'elle qu'elle s'acquitte des montants pris en charge provisoirement par la collectivité. S'il y a contestation, notamment sur le retour à meilleure fortune, le remboursement doit en principe faire l'objet d'une décision susceptible de recours. La procédure de recouvrement forcé implique ensuite, en cas d'opposition au commandement de payer, une mainlevée définitive s'appuyant sur cette décision, et non une mainlevée provisoire²⁴³. Le versement d'acomptes mensuels, dès le début de la procédure, ne devrait être exigé que des parties qui ont effectivement les moyens de s'en acquitter et constitue en réalité une forme d'assistance judiciaire partielle. Il permet de rendre les parties concernées attentives au fait que l'assistance judiciaire n'implique pas la gratuité ni la prise en charge définitive de leurs frais d'avocat par l'Etat. Il est admissible, par ailleurs, de faire dépendre l'octroi de l'assistance judiciaire de la cession du gain éventuel du procès jusqu'à concurrence du montant des frais judiciaires échéant au requérant et des frais de représentation par un avocat²⁴⁴. Avant de se prévaloir de la cession en fin de procédure, il appartient toutefois à l'autorité de vérifier qu'elle n'entame pas les ressources nécessaires pour couvrir les besoins personnels de la partie qui a été mise au bénéfice de l'assistance judiciaire, ainsi que les besoins de sa famille (N 84 ss)²⁴⁵. La cession ne devrait avoir d'effet réel que si la partie au bénéfice de l'assistance judiciaire n'obtient que partiellement gain de cause dans son procès, de sorte que les frais et dépens ne sont pas entièrement mis à la charge de la partie adverse²⁴⁶. Une telle situation est relativement rare dans les procédures de recours en droit des assurances sociales.

240 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 183.

241 ATF 141 III 369, c. 4.3.2.

242 Cf. ATF 142 III 138, c. 5.5 ss.

243 TF, 7.12.2017, 2C_350/2015.

244 ATF 142 III 131.

245 ATF 142 III 131, c. 4.1 et 4.2; ATF 135 I 91, c. 2.4.2.3.

246 SUMMERMATTER, 206.

4. Aspects procéduraux et rémunération de l'avocat d'office

L'assistance judiciaire doit en principe faire l'objet d'une **demande** et n'est pas allouée d'office. Le requérant peut solliciter une assistance judiciaire partielle, portant uniquement sur la désignation d'un avocat d'office ou sur l'exonération des frais judiciaires²⁴⁷. Le tribunal n'est pas tenu d'informer d'office les parties du droit à l'assistance judiciaire. En revanche, s'il ressort des déclarations d'une partie qu'elle ne peut acquitter une avance de frais en raison de sa situation financière, il doit la rendre attentive à la possibilité de déposer une demande d'assistance judiciaire. Il en va de même si la partie expose au tribunal qu'elle souhaiterait être représentée par un avocat mais qu'elle y renonce faute de moyens²⁴⁸.

Sauf disposition cantonale contraire, le tribunal n'est pas tenu de statuer sur la requête d'assistance judiciaire avant le dépôt du recours. Il n'est tenu de statuer, avant le jugement sur le fond, que si la partie requérante doit encore accomplir d'autres actes de procédure avant ce jugement²⁴⁹. Dans la mesure où l'avocat n'est pas en droit d'exiger une avance d'honoraires s'il a demandé sa désignation d'office (N 95), il est souhaitable que le tribunal statue à titre incident sur la requête d'assistance judiciaire lorsqu'il peut estimer les chances de succès du recours, c'est-à-dire au plus tard lorsqu'il est en possession du mémoire de recours et de la réponse de la partie intimée. Par ailleurs, le tribunal ne peut pas exiger le paiement d'une avance de frais avant d'avoir statué sur la requête d'assistance judiciaire²⁵⁰. S'il la rejette, il doit en principe impartir un délai complémentaire pour acquitter l'avance de frais.

L'assistance judiciaire peut être demandée en tout temps. Sous réserve d'une disposition cantonale contraire et à moins de circonstances exceptionnelles, la désignation d'un avocat d'office prend effet au jour de la demande et ne couvre que les opérations accomplies depuis cette date ainsi que les démarches urgentes entreprises peu auparavant. Si la demande est déposée avec l'acte de recours, les actes nécessaires à la préparation du recours sont couverts, même s'ils ont été accomplis peu avant la demande²⁵¹. En droit des assurances sociales, le Tribunal fédéral va plus loin et considère que la désignation de l'avocat d'office couvre tous les actes accomplis par l'avocat pour la procédure, y compris ceux antérieurs au dépôt de la demande d'assistance judiciaire, si les conditions d'octroi de l'assistance judiciaire étaient remplies à l'époque où ils ont été effectués. Le Tribunal fédéral admet que l'art. 61 let. f LPGa est, sur ce point, plus large que l'art. 29 al. 3 Cst. en raison de l'exigence de simplicité de la procédure de recours en droit des assurances sociales²⁵². Cette argumentation ne convainc pas: si un avocat de choix est mandaté, il lui appartient de clarifier d'emblée avec son mandant les conséquences financières possibles de la procédure et le dépôt éventuel d'une demande d'assistance judiciaire. La jurisprudence en question revient à admettre que l'avocat accomplisse certains actes de procédure – allant au-delà de ceux revêtant un caractère urgent –, sans clarifier ces questions

247 CORBOZ, art. 64 N 14 et 16.

248 TF, 14.7.2009, 9C_246/2009, c. 4.1.

249 TF, 10.7.2017, 9C_423/2017, c. 4; TF, 14.1.2014, 9C_628/2013, c. 2.2; TF, 4.7.2012, 8C_911/2011, c. 6.1.

250 ATF 138 III 163.

251 ATF 122 I 203, c. 2f; CORBOZ, art. 64 N 15; KAYSER, art. 65 N 34. Cf. également art. 119 al. 4 CPC.

252 TF, 22.6.2012, 9C_735/2011, c. 3 (pour la période avant l'entrée en vigueur de la LPGa, cf. art. 85 al. 2 let. f aLAVS et art. 4 aCst., auxquels se réfèrent les arrêts TFA, 7.7.1994, I 84/94, c. 3, SVR 1994 IV n° 29 75 et TFA, 30.4.1999, U 301/97, SVR 2000 UV n° 3 7.

financières, ce qui est contraire aux obligations légales et déontologiques de l'avocat²⁵³. La simplicité de la procédure, alors même qu'un avocat est mandaté, ne saurait favoriser ce type de pratique qui pourrait finir par nuire aux intérêts du mandant²⁵⁴.

- 95** L'avocat désigné d'office exerce une tâche de droit public à laquelle il ne peut se soustraire (art. 12g LLCA). Il n'en est délié que sur décision du tribunal. Son activité lui ouvre une prétention de droit public à une rémunération équitable. En dépit de ce rapport particulier avec l'Etat, l'avocat d'office n'est obligé que par les intérêts de l'assisté, dans les limites toutefois de la loi et des règles de sa profession. Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire n'est pas lié à l'avocat d'office par une obligation de rémunération. Même lorsque sa situation s'améliore ultérieurement, il ne peut être amené à rembourser que l'Etat. L'avocat d'office ne peut donc en aucun cas demander une avance d'honoraires de la part de la partie qu'il assiste ni lui demander, en fin de procédure, le paiement d'honoraires qui n'auraient pas été couverts par l'indemnité qui lui a été allouée par le tribunal pour son activité²⁵⁵. **Un avocat employé par une organisation d'utilité publique** (art. 8 al. 2 LLCA) peut être désigné d'office si l'organisation en question poursuit un but d'intérêt public, met à disposition un service d'aide juridique à moindre frais et défend des intérêts spécifiques au domaine du droit social²⁵⁶.
- 96** Le **montant de la rémunération** de l'avocat d'office relève du droit cantonal. Le Tribunal fédéral n'en examine l'application que sous l'angle de l'arbitraire²⁵⁷. La rémunération peut être inférieure à celle du mandataire de choix, mais elle doit être équitable et permettre à l'avocat de couvrir ses frais tout en réalisant un revenu modeste qui ne soit pas uniquement symbolique²⁵⁸. Elle doit tenir compte de la nature et de l'importance de la cause, des difficultés particulières que celle-ci peut présenter en fait et en droit, du temps que l'avocat lui a consacré, de la qualité de son travail, du nombre des conférences et audiences auxquelles il a pris part, du résultat obtenu et de la responsabilité qu'il a assumée²⁵⁹. Seuls les actes en relation avec la défense des intérêts de la partie assistée dans la procédure sont couverts, s'ils étaient nécessaires et proportionnés aux intérêts en cause. La lecture du jugement et la discussion de ce jugement avec la partie assistée sont également couverts²⁶⁰. Jusqu'à ce jour, le Tribunal fédéral considère qu'une rémunération horaire de CHF 180.– (hors TVA) pour un avocat et de CHF 110.– pour un avocat stagiaire, travaillant dans un canton dans lequel les frais généraux d'une étude ne sont pas supérieurs à la moyenne suisse, n'est pas arbitraire²⁶¹. L'indemnité d'office tiendra compte du fait que l'avocat est en principe soumis à la TVA, y compris lorsqu'il défend une personne domiciliée à l'étranger²⁶². Pour un avocat exerçant son activité au sein d'une organisation d'utilité publique (art. 8 al. 2 LLCA), l'indemnité doit permettre une couverture des frais, sans réalisation d'un bénéfice, et correspondre à un tarif horaire de

253 Cf. art. 12 let. i LLCA et art. 18 du Code de déontologie de la Fédération suisse des avocats.

254 L'arrêt TF, 22.6.2012, 9C_735/2011 concernait en réalité des actes nécessaires à la préparation du recours, pour une demande d'assistance judiciaire déposée avec le recours, de sorte que l'application de la jurisprudence consacrée par l'ATF 122 I 203 aurait suffi pour trancher le litige.

255 ATF 141 III 560, c. 3.2.2; ATF 141 IV 344, c. 4.2.

256 ATF 135 I 1.

257 ATF 141 I 70, c. 2.1.

258 ATF 132 I 201.

259 ATF 122 I 1, c. 3a.

260 TF, 26.9.2012, 9C_387/2012, c. 3.2 et c. 4.

261 ATF 132 I 201 (canton d'Argovie); ATF 137 III 185 (canton de Vaud); voir également ATF 141 I 124, c. 3.2.

262 ATF 141 III 560; ATF 141 IV 344.

CHF 130.– à 180.– de l'heure²⁶³. Sous réserve de dispositions cantonales ou d'un usage cantonal contraire, le tribunal peut fixer d'office l'indemnité et n'est pas tenu d'inviter l'avocat à produire une note d'honoraires ou une liste des opérations accomplies dans le cadre de son mandat d'office. Si toutefois l'avocat en produit une, le tribunal doit, cas échéant, expliquer les motifs pour lesquels il s'en écarte²⁶⁴. A défaut de note d'honoraires ou de liste des opérations, le tribunal n'est pas tenu de motiver sa décision s'il s'en tient à un tarif ou à sa pratique usuelle²⁶⁵.

Si la partie au bénéfice de l'assistance judiciaire obtient entièrement gain de cause, les frais judiciaires éventuels, ainsi qu'une indemnité de dépens, sont mis à la charge de la partie adverse (N 98). Cette indemnité doit couvrir intégralement celle qui serait allouée au mandataire au titre de l'assistance judiciaire (N 105). Dans la mesure où la solvabilité des parties intimées ne prête généralement pas à discussion, l'indemnité de dépens rend en principe sans objet la question de l'indemnité d'office. Il peut en aller différemment dans les rares cas où seule une indemnité de dépens partielle est allouée parce que la partie au bénéfice de l'assistance judiciaire n'obtient pas entièrement gain de cause. Il peut alors être nécessaire de compléter les dépens par une indemnité d'office²⁶⁶. 97

VIII. Dépens (let. g)

A. Principe du droit aux dépens

L'art. 61 let. g LPGA pose le principe que **la partie recourante** a droit à une indemnité de dépens si elle obtient gain de cause. En ne mentionnant que la partie recourante, le législateur avait pour but d'exclure l'octroi de dépens en faveur de l'assureur social intimé dont la décision serait confirmée par le tribunal. La gratuité de la procédure (art. 61 let. a LPGA) serait en effet largement privée d'effet si la partie recourante devait compter avec des dépens en faveur de la partie intimée (N 22). Il en irait de même pour la limitation des frais à un plafond de CHF 1000.– dans certaines procédures (art. 69 al. 1^{bis} LAI). Sur le point de savoir si une partie a obtenu gain de cause ou non, entièrement ou partiellement, le lecteur est renvoyé au commentaire de l'art. 61 let. a (N 34). 98

Par exception au principe énoncé par l'art. 61 let. g, il est possible d'allouer des dépens à la partie recourante dont les conclusions sont rejetées, si la partie intimée a provoqué le recours par une attitude contraire au droit²⁶⁷. Les frais d'une expertise privée produite par la partie recourante peuvent être mis à la charge de la partie intimée, sous forme de dépens, quand bien même le recours est finalement rejeté, si l'expertise était nécessaire pour établir les faits correctement (art. 45 al. 1, 2^e phrase; N 27 ss et art. 45 N 12 ss)²⁶⁸. A l'inverse, des dépens peuvent être refusés au recourant qui obtient gain de cause, mais qui aurait pu éviter le dépôt d'un recours en agissant plus diligemment en procédure administrative²⁶⁹. 99

263 TF, 19.11.2009, 9C_688/2009, c. 5.1; TF, 12.8.2009, 9C_415/2009, c. 5.4.

264 ATF 141 I 70, c. 5.2.

265 TF, 21.11.2016, 9C_411/2016, c. 6.2 (indemnité toutefois jugée arbitrairement basse dans le cas d'espèce).

266 Cf. ATF 124 V 301, c. 6.

267 ATF 112 V 81, c. 4.

268 ATF 115 V 62.

269 Cf. ATF 125 V 373.

- 100** Indépendamment de la gratuité de la procédure prévue par l'art. 61 let. a, le Tribunal fédéral considère que **les institutions chargées de tâches de droit public**, agissant pour l'accomplissement de ces tâches, ne peuvent en principe pas prétendre à des dépens devant les tribunaux cantonaux des assurances, y compris si elles ne procèdent pas comme partie intimée²⁷⁰. A cet égard, le Tribunal fédéral donne à l'art. 61 let. g LPGA une portée similaire à celle de l'art. 68 al. 3 LTF²⁷¹. En droit des assurances sociales, ce principe paraît pleinement justifié. En effet, les autorités et assureurs chargés de tâches de droit public qui participent aux procédures devant les tribunaux cantonaux des assurances disposent en règle générale d'un service juridique à même d'agir devant ces tribunaux sans l'assistance d'un mandataire externe, quand bien même il ne leur est pas interdit d'y recourir²⁷². Ainsi l'institution de prévoyance professionnelle qui recourt contre une décision de rente d'un office de l'assurance-invalidité ou l'assureur-maladie qui recourt contre une décision d'un assureur-accidents niant le caractère accidentel d'une atteinte à la santé ne peuvent-ils pas obtenir de dépens, même si le recours est admis. Il serait d'ailleurs inéquitable, dans une telle situation, que l'institution recourante puisse prétendre à des dépens à la charge de l'institution intimée, mais pas l'inverse. En revanche, un assureur privé agissant en tant que tel comme partie recourante peut obtenir des dépens s'il était représenté par un avocat et si le recours est admis. Le tribunal doit ainsi allouer des dépens à l'assureur privé qui a avancé des indemnités journalières en cas de perte de gain, sur la base d'un contrat soumis à la LCA, et qui conteste ensuite avec succès le refus d'un office de l'assurance-invalidité de compenser ces indemnités avec un arriéré de rente conformément à l'art. 85^{bis} RAI²⁷³.
- 101** Exceptionnellement, des dépens peuvent être alloués à une autorité ou à un assureur social agissant dans l'exercice de ses attributions officielles et qui était représenté par un avocat, si la partie adverse a fait preuve de **témérité ou de légèreté** (N 23 ss)²⁷⁴. Lorsque l'institution concernée n'était pas représentée par un avocat, des dépens ne peuvent lui être alloués, toujours en cas de témérité ou de légèreté de la partie adverse, que si la cause justifiait un volume de travail excédant largement ce qui est usuel, compte tenu de sa complexité et des enjeux du procès²⁷⁵. En l'absence de témérité ou de légèreté de la partie adverse, et compte tenu du principe de gratuité de la procédure, le tribunal cantonal ne devrait pas allouer de dépens à l'autorité ou à l'assureur social concerné même si la difficulté et les enjeux de la cause pouvaient rendre nécessaire, exceptionnellement, le recours à un avocat (N 98)²⁷⁶.
- 102** Des dépens peuvent être alloués à un tiers qui est intervenu comme **partie intéressée** à la procédure et qui voit ses conclusions admises. L'assuré peut obtenir des dépens, à la charge de l'institution de prévoyance professionnelle qui a recouru, en vain, contre une décision d'allocation de rente de l'assurance-invalidité²⁷⁷. Si un office de l'assurance-

270 Cf. ATF 126 V 143, c. 4; TRAUB, Gerichtsverfahren, N 5.199.

271 TF, 16.2.2009, 9C_67/2008, c. 2.3.

272 Cf. ATF 134 II 117, c. 7.

273 TF, 16.2.2009, 9C_67/2008, c. 2.2 *i. f.* et c. 3.

274 Cf. ATF 128 V 323, c. 1 et ATF 126 V 143; KIESER (art. 61 N 199) et LOCHER/GÄCHTER (§ 76 N 64) estiment au contraire que l'art. 61 let. g LPGA proscribit désormais l'octroi de dépens aux assureurs sociaux intimés, y compris en cas de témérité ou de légèreté de la partie adverse.

275 ATF 128 V 323, c. 1a; ATF 127 V 205, c. 4b.

276 Cf., à propos de l'art. 68 al. 3 LTF relatif aux dépens pour la procédure (onéreuse) devant le TF: ATF 128 V 124; ATF 119 V 448, c. 6b et TF, 28.5.2009, 9C_15/2009, c. 4, ainsi que CORBOZ, art. 68 N 30.

277 TF, 26.8.2014, 9C_277/2014.

invalidité a accepté de verser une rente complémentaire pour enfant en mains du parent séparé ou divorcé titulaire de l'autorité parentale, l'assuré invalide qui a contesté en justice cette décision et dont le recours est rejeté peut être condamné au paiement de dépens en faveur du parent séparé ou divorcé qui a participé à la procédure comme partie intéressée²⁷⁸.

B. Aspects procéduraux et montant des dépens

Les dépens comprennent une indemnité pour les **frais de représentation par un avocat** 103 ou un autre mandataire qualifié. Ces frais comprennent les honoraires et débours du mandataire. Sont également compris dans les dépens les frais rendus nécessaires par une mesure d'instruction qui aurait en réalité dû être ordonnée en procédure administrative par la partie intimée (frais d'expertise privée, par exemple; cf. art. 45 al. 1, 2^e phrase; N 27, 99 et art. 45 N 12 ss). Les autres frais d'une partie non représentée par un mandataire qualifié, de même que le temps qu'elle a consacré au procès, ne donnent qu'exceptionnellement droit à des dépens. Il faut que l'importance de la cause et sa complexité aient objectivement rendu nécessaires des frais ou un volume de travail excédant ce qu'un particulier peut ordinairement et raisonnablement prendre sur lui pour la défense de ses intérêts²⁷⁹.

Sous réserve des cas dans lesquels il conteste l'indemnité qui lui a été allouée pour son activité d'office en procédure administrative, l'avocat qui défend ses intérêts dans sa propre cause ne peut obtenir des dépens que si les conditions posées à l'octroi de dépens à la partie non représentée sont remplies (N 103)²⁸⁰. En revanche, s'il agit comme exécuteur testamentaire ou en qualité de conseil légal d'une partie et qu'il obtient gain de cause, des dépens doivent lui être alloués ou être alloués à la partie représentée²⁸¹. La partie représentée par une assurance de protection juridique ou par le service juridique d'une association ou d'une fondation privée y a également droit²⁸². 104

Le tribunal cantonal doit statuer d'office sur les dépens, même en l'absence de demande²⁸³. Il n'est pas tenu de requérir une note de frais et d'honoraires, sous réserve du droit cantonal²⁸⁴. Il n'est tenu de motiver le montant des dépens que s'il s'écarte d'un tarif ou de sa pratique usuelle, ou bien s'il entend s'écarter d'une note de frais et d'honoraires produite par le mandataire spontanément ou sur demande²⁸⁵. Le montant de l'indemnité doit être fixé en fonction de l'importance et de la complexité de la cause, sans égard à la valeur litigieuse. Sous réserve de ce principe, le montant de l'indemnité de dépens relève du droit cantonal. Le Tribunal fédéral n'en revoit l'application que sous l'angle de l'arbitraire²⁸⁶. S'il n'est pas obligatoire pour les cantons de prévoir une indem- 105

278 TFA, 28.12.2005, I 840/04, c. 7; TFA, 7.8.2001, I 245/01, c. 4. Voir également ATF 109 V 60. Autre avis: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 201.

279 ATF 127 V 205, c. 4b.

280 ATF 125 II 518.

281 ATF 129 V 113 (exécuteur testamentaire); ATF 124 V 338 (curateur ou tuteur).

282 ATF 135 V 473 (protection juridique); ATF 126 V 11 (c. 2: droit aux dépens en cas de représentation par diverses associations et fondations, avec de nombreux ex.; c. 3: pas de droit aux dépens en cas de représentation par une institution publique d'assistance [Hospice général, institution genevoise d'action sociale]); cf. également TF, 14.4.2010, 9C_178/2010, c. 2 (dépens pour les frais d'expertise privée pris en charge par une assurance de protection juridique).

283 ATF 118 V 139.

284 TF, 26.8.2010, 9C_338/2010, c. 5.1.

285 Cf. ATF 139 V 496, c. 5.

286 TF, 21.3.2017, 9C_485/2016 et 9C_486/2016, c. 3.2; TF, 2.11.2016, 8C_449/2016, c. 3.1.2.

nisation couvrant l'intégralité des honoraires de l'avocat indépendant, celle-ci doit néanmoins correspondre au moins à des honoraires lui permettant de couvrir ses frais et de réaliser un revenu modeste, à l'instar de l'indemnité allouée à l'avocat d'office. A défaut, la partie concernée devrait encore supporter une trop large part des honoraires de son avocat et le principe même du droit aux dépens prévu par l'art. 61 let. g serait vidé de son sens²⁸⁷. Le Tribunal fédéral considère qu'une indemnité correspondant, dans son résultat, à des honoraires de CHF 160.– à 320.– de l'heure (TVA incluse) n'est pas arbitraire en cas de représentation par un avocat indépendant²⁸⁸. Quand bien même la jurisprudence s'y réfère encore, cette fourchette remonte à des arrêts antérieurs à celui fixant à CHF 180.– de l'heure (hors TVA) le tarif minimum pour l'avocat d'office (N 96)²⁸⁹. Ce tarif horaire de CHF 180.– (hors TVA) paraît désormais un minimum²⁹⁰.

- 106** Il est en revanche possible d'allouer des dépens correspondant à un tarif inférieur si la partie est représentée par un conseiller juridique qui n'est pas avocat²⁹¹. Pour une partie représentée par un avocat employé au sein d'une organisation d'utilité publique (art. 8 al. 2 LLCA), une indemnité correspondant, dans son résultat, à un tarif horaire de CHF 130.– au minimum et CHF 180.– au maximum est admise²⁹².

IX. Jugement (let. h)

A. Forme écrite

- 107** L'art. 61 let. h LPGA prévoit expressément que le jugement doit être notifié par écrit. Cette exigence couvre l'ensemble des éléments essentiels du jugement, dont la motivation. La forme écrite ne concerne pas le jugement comme tel, qui peut être arrêté lors d'une délibération orale, mais plutôt la manière dont le jugement est communiqué aux parties. Elle implique que le jugement soit signé par une personne qui atteste ainsi de la conformité du jugement adressé aux parties à ce qui a été décidé par le tribunal²⁹³. La procédure menant au jugement (par voie de circulation ou de délibération orale), la manière dont la date du jugement est arrêtée ainsi que le point de savoir qui est habilité à signer le jugement dépendent du droit cantonal²⁹⁴.
- 108** Un jugement peut être approuvé par voie de circulation ou par délibération orale. Les cantons admettent généralement les deux procédures. En cas de jugement par voie de circulation, la date à laquelle le jugement est prononcé correspond usuellement au jour auquel le Président de l'autorité concernée atteste que la décision de cette autorité est venue à chef, c'est-à-dire le jour où il constate que la proposition a obtenu l'unanimité ou emporté une majorité qui n'est plus susceptible d'être renversée. Ce jour ne coïncide pas nécessairement avec celui de la date de signature du jugement²⁹⁵. Rien n'empêche toutefois

287 Cf. TF, 24.8.2016, 8C_210/2016, c. 7.5 *i. f.*; TF, 19.11.2009, 9C_688/2009, c. 5.1 et 5.2.1.

288 ATF 131 V 153; TF, 7.7.2015, 9C_787/2014, c. 6.2; TFA, 11.6.2001, C 130/99, c. 4c.

289 ATF 132 I 201.

290 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 214; cf. ATF 131 V 153, qui confirme les dépens fixés par un tribunal cantonal pour la représentation d'un assuré en procédure administrative et correspondant, dans leur résultat, à un tarif horaire de CHF 200.–.

291 TF, 21.3.2017, 9C_485/2016 et 9C_486/2016, c. 3 (tarif horaire de CHF 145.–, hors TVA, admis dans le canton de Zurich, contre CHF 220.– pour un avocat indépendant).

292 TF, 19.11.2009, 9C_688/2009, c. 5.2.

293 Cf. ATF 131 V 483, c. 2.3.3.

294 TFA, 14.7.2006, I 252/06, c. 1.

295 TF, 19.8.2009, 9C_185/2009, c. 2.1.5.

le droit cantonal de prévoir, au contraire, que le jugement n'est réputé approuvé qu'une fois signé.

L'exigence d'une notification sous forme écrite n'interdit pas au tribunal de communiquer le dispositif à l'issue de l'audience de délibération et de notifier ensuite par écrit le jugement complet, comprenant la motivation. Le Tribunal fédéral admet que la motivation écrite puisse alors différer sur certains points de celle qui a été exprimée en délibération orale. Il appartient au droit cantonal de prévoir des règles d'organisation et de procédure permettant de s'assurer que la motivation écrite notifiée aux parties correspond à la volonté de la majorité des membres de l'autorité de jugement²⁹⁶. 109

Les **décisions incidentes d'ordonnement de la procédure** peuvent être notifiées oralement, mais doivent être confirmées par écrit si une partie le requiert séance tenante. Le délai de recours ne commence à courir qu'au lendemain de la notification de la décision écrite (art. 34 al. 2 PA, par renvoi des art. 1 al. 3 PA et 61 LPGA). 110

B. En-tête du jugement («*Rubrum*»)

La première page du jugement comprend en principe la désignation de l'autorité de jugement, la date du jugement, le nom des membres du tribunal, celui des parties et de leurs représentants ainsi que la mention de la décision faisant l'objet du recours. En règle générale, le nom des autres participants à la procédure (tiers intéressés) y figure également. L'art. 61 let. h exige expressément que tous les membres du tribunal soient nommés, ce par quoi il faut comprendre tous les juges ayant participé au jugement, ainsi que le greffier ou secrétaire de cour, en tout cas s'il participe à la formation de la volonté de l'autorité de jugement à titre consultatif (art. 57 N 9 s.). 111

C. Motivation

Le droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. comprend celui d'obtenir un jugement motivé²⁹⁷. Pour la procédure de recours devant les tribunaux cantonaux des assurances, les art. 61 let. h LPGA, 61 al. 2 PA (en relation avec les art. 1 al. 3 PA et 61 LPGA) et 112 al. 1 let. a et b LTF définissent les exigences du droit fédéral en la matière. L'art. 112 al. 1 let. a et b LTF est la disposition la plus précise sur ce point. Elle s'applique à tous les jugements rendus par les tribunaux cantonaux des assurances à la suite de recours interjetés conformément aux art. 56 ss LPGA, puisque tous peuvent potentiellement faire l'objet d'un recours en matière de droit public ou d'un recours constitutionnel subsidiaire (l'art. 112 LTF est applicable par analogie dans cette seconde hypothèse, conformément à l'art. 117 LTF). Quoiqu'il en soit, l'art. 61 let. h LPGA contient, implicitement, les mêmes exigences. Celles-ci sont nécessaires pour permettre aux parties de contester le jugement devant le Tribunal fédéral et, cas échéant, pour permettre à celui-ci d'exercer son contrôle²⁹⁸. 112

Le jugement doit exposer les conclusions, les allégués, les moyens de preuves offerts et les déterminations des parties lorsqu'ils ne résultent pas des pièces du dossier (art. 112 al. 1 let. a LTF). Dans la mesure où le recours doit être déposé par écrit ou, au moins, faire l'objet d'un procès-verbal et où les principales déclarations des parties en audience 113

296 ATF 138 V 154.

297 ATF 141 V 557, c. 3.2.1.

298 Cf. CORBOZ, art. 112 N 24.

doivent être portées au procès-verbal, cette exigence ne revêt qu'une portée marginale²⁹⁹.

- 114** Le tribunal doit ensuite indiquer les motifs déterminants de fait et de droit sur lesquels le jugement est fondé, notamment les dispositions légales appliquées (art. 112 al. 1 let. b LTF). Le jugement doit donc présenter **les constatations de fait** du tribunal. Il ne s'agit pas de reprendre *in extenso* ou sous forme d'extraits ou de résumés les allégations des parties ni le contenu des moyens de preuve (déclarations de témoins ou reprise du texte d'une expertise, p.ex.). Il s'agit d'indiquer sur quel état de fait le jugement est fondé, autrement dit quelles allégations et quels autres faits pertinents le tribunal tient pour établis. Le tribunal doit motiver son appréciation des preuves en exposant, si des faits pertinents sont contestés, pourquoi il considère qu'ils sont prouvés ou non, en particulier pourquoi il estime que tel document médical a davantage de valeur probante que tel autre. Il doit motiver l'appréciation anticipée qui le conduit à refuser l'administration d'une preuve requise.
- 115** Le tribunal est tenu d'exposer la **motivation juridique** de son jugement. Il doit préciser les dispositions légales sur lesquelles il se fonde et pour quelles raisons ces dispositions, appliquées aux faits constatés, conduisent au dispositif du jugement. Il n'est pas tenu de reprendre dans le jugement le texte des dispositions légales, un simple renvoi peut suffire. La partie essentielle de la motivation en droit réside dans le syllogisme judiciaire où, partant de la base légale, on examine si l'état de fait concret y correspond et quelle conclusion on tire de cet examen. Elle n'est pas forcément longue. Une fois le contexte posé, l'essentiel tient souvent, pour chaque question juridique discutée, en un ou deux arguments présentés en quelques phrases-clés.
- 116** Le tribunal n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige. Il doit toutefois traiter les allégations, offres de preuve, griefs soulevés par les parties et qui présentent une certaine importance³⁰⁰. Il peut traiter sommairement, voire passer sous silence, certains faits ou moyens de preuve manifestement dépourvus de pertinence. De même peut-il renoncer à traiter certains arguments évidemment sans pertinence, en particulier s'il est confronté à un recours soulevant, en vrac, autant de griefs que possible sans véritablement les développer. En pratique, le degré de motivation requis de la part du tribunal est souvent étroitement lié à celui de la motivation présentée par les parties elles-mêmes à l'appui de leurs conclusions.
- 117** Les **décisions incidentes** d'ordonnancement de la procédure doivent également être motivées. Toutefois, hormis peut-être pour les décisions relatives à la compétence ou à la récusation (cf. art. 92 LTF), le tribunal se limitera à une motivation succincte. La décision incidente ne revêt en effet qu'un caractère provisoire et le tribunal statue souvent sur la base d'une analyse sommaire du dossier et des arguments des parties. Le principe d'économie de procédure, autant que le souci d'éviter d'éveiller le soupçon de préjuger du fond du litige, impliquent de limiter la motivation à ce qui est strictement nécessaire pour que les parties puissent recourir si elles l'estiment opportun pour éviter un risque de préjudice irréparable ou une procédure probatoire longue et coûteuse (cf. art. 93 LTF)³⁰¹.

299 Cf. CORBOZ, art. 112 N 21.

300 ATF 141 V 557, c. 3.2.1.

301 Cf. TRAUB, Gerichtsverfahren, N 5.193; TF, 20.11.2007, 8C_276/2007, c. 3.3; TF, 10.11.2009, 5A_472/2009, c. 6.4.1.

Si le droit cantonal le prévoit, le tribunal cantonal des assurances peut notifier un **jugement non motivé**. Les parties peuvent alors en demander une expédition complète dans les 30 jours. Le jugement n'est pas exécutoire avant que ce délai soit échu sans avoir été utilisé ou avant que le jugement motivé soit notifié (art. 112 al. 2 LTF). Le Tribunal fédéral admet que le droit cantonal prévoit une telle possibilité pour les procédures de recours au sens des art. 56 ss LPGA³⁰². Un tel procédé ne paraît toutefois adapté que pour les cas clairs. Il est possible de prévoir la gratuité si aucune motivation n'est demandée et de prélever des frais auprès de la partie qui demande une expédition complète du jugement, pour autant que la procédure ne soit pas soumise au principe général de gratuité (N 20 ss). En l'absence de disposition cantonale sur ce point, il n'est pas possible de se fonder directement sur l'art. 35 al. 3 PA (par renvoi des art. 1 al. 3 PA et 61 LPGA). Cette disposition permet à l'administration de rendre une décision non motivée lorsqu'elle fait entièrement droit aux conclusions des parties et qu'aucune d'entre elles ne demande une motivation. Elle vise spécifiquement la procédure administrative de première instance, à l'exclusion de la procédure de recours judiciaire, pour laquelle les art. 61 al. 2 PA (applicable par renvoi des art. 1 al. 3 PA et 61 LPGA) et 61 let. h LPGA ne prévoient pas une telle possibilité³⁰³.

En cas de **transaction** mettant fin au litige, le tribunal doit motiver la décision de radiation du rôle en exposant succinctement pourquoi la transaction est conforme à l'état de fait et au droit³⁰⁴. Une motivation exhaustive n'est pas nécessaire et serait contraire au principe d'économie de procédure. Il suffit qu'elle permette de statuer ultérieurement sur une éventuelle demande de révision au sens de l'art. 17 LPGA, d'une part, et qu'elle permette à l'autorité de surveillance de la partie intimée, qui est habilitée à recourir, de déterminer si un examen plus approfondi des pièces du dossier est nécessaire. Il est raisonnablement exigible de cette autorité de surveillance qu'elle consulte ensuite le dossier complet pour se déterminer plus précisément sur la conformité de la transaction à l'état de fait et au droit et pour motiver un éventuel recours³⁰⁵.

Hors transaction, si la partie intimée conclut elle-même à l'admission des conclusions de la partie recourante pendant l'échange d'écriture, le tribunal devrait l'inviter à **reconsidérer la décision faisant l'objet du recours**, conformément à l'art. 53 al. 3 LPGA. Si la nouvelle décision rend le recours sans objet, le tribunal doit radier la cause du rôle sans autre motivation (art. 56 N 54 ss). Il en va de même en cas de **retrait du recours**, puisque le tribunal n'est alors plus en droit de statuer sur l'objet qui lui a été soumis initialement, quel que soit le motif du retrait (maxime de disposition limitée; N 72)³⁰⁶.

D. Dispositif

Le dispositif présente ce que le tribunal a finalement décidé: recours déclaré irrecevable, rejet du recours, admission avec annulation ou réforme de la décision litigieuse, éventuellement renvoi à la partie intimée pour nouvelle décision. Sauf en cas d'irrecevabilité du recours ou de renvoi, le tribunal doit préciser, dans le dispositif, quelle est sa décision sur le rapport juridique litigieux (art. 56 N 11 ss), éventuellement quelle est sa constatation de droit, lorsqu'un jugement en constatation de droit est admissible (art. 56 N 16 et

302 ATF 135 V 353.

303 Dans ce sens également: ATF 135 V 353, c. 5.3.3; KNEUBÜHLER, art. 35 N 28. Autre avis: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 61 N 221.

304 ATF 135 V 65.

305 TF, 19.10.2010, 9C_662/2010; TRAUB, Gerichtsverfahren, N 5.185.

306 Voir cependant TF, 26.1.2012, 9C_197/2011.

art. 59 N 16 ss). Dans certains cas, le tribunal peut également se limiter à annuler la décision litigieuse s'il n'est pas nécessaire de la remplacer (p.ex. : annulation d'une sanction prononcée contre le recourant). Le dispositif comprend également la décision du tribunal sur d'éventuels frais et dépens, ainsi que sur l'indemnité allouée à l'avocat d'office.

- 122** L'autorité de chose jugée ne s'attache qu'au seul dispositif du jugement, à l'exclusion des considérants (motivation), à moins que le dispositif y renvoie. Il faut toutefois souvent recourir aux considérants pour déterminer la portée exacte du dispositif³⁰⁷. Par ailleurs, la partie intimée à qui la cause est renvoyée pour nouvelle décision ne peut pas se fonder sur des motifs que le tribunal a expressément ou implicitement rejetés. De même le tribunal est-il lié par ses précédents considérants si après un jugement de renvoi, il est saisi d'un nouveau recours dans la même cause³⁰⁸.
- 123** Si le tribunal constate que **le recours est sans objet**, le dispositif se limitera à une radiation de la cause du rôle et à une décision sur les frais et dépens, éventuellement sur l'indemnité à l'avocat d'office. En cas de **transaction**, le tribunal doit également radier la cause du rôle et statuer sur les frais et dépens, ainsi que sur l'indemnité à l'avocat d'office. Il doit néanmoins rendre un jugement susceptible de recours, par lequel il constate que la transaction n'est pas contraire à l'état de fait et au droit (art. 50 al. 3; N 119)³⁰⁹. Il lui appartient de reprendre le contenu de la transaction dans le dispositif ou, à défaut, de le mentionner dans la motivation et d'y renvoyer dans le dispositif, sans quoi la transaction ne revêt pas le caractère d'un titre exécutoire³¹⁰.
- 124** Le règlement d'une procédure de recours par voie de transaction est possible si le litige porte sur des prestations d'assurance (art. 50 al. 1, par renvoi de l'art. 50 al. 3). Dans la mesure où l'art. 50 al. 1 LPGa n'est applicable que par analogie, le Tribunal fédéral admet également des transactions dans des litiges ne portant pas exclusivement sur des prestations d'assurances, mais sur des créances réciproques invoquées par les parties (prestations d'assurance et cotisation)³¹¹. Il admet des transactions dans des procédures relatives au statut de cotisant dans l'assurance-vieillesse et survivants³¹², à une créance d'une caisse de compensation en réparation du dommage au sens de l'art. 52 LAVS³¹³ ou à la suspension d'un assuré dans l'exercice du droit aux indemnités journalières de l'assurance-chômage³¹⁴. Une application à la lettre de l'art. 50 al. 1 LPGa en procédure judiciaire ne se justifie pas, dans la mesure où le risque de pression sur les autorités d'application et sur le tribunal chargé de vérifier la légalité de la transaction est fortement limité. Par ailleurs, les différents types de litiges mentionnés ci-avant ont en commun de laisser une marge d'appréciation importante aux autorités³¹⁵. Une transaction n'est en revanche pas possible si la procédure porte exclusivement sur le montant de cotisations, dès lors que les autorités sont alors tenues par des règles légales strictes³¹⁶.

307 ATF 142 III 210, c. 2.2.

308 ATF 135 III 334, c. 2; FRÉSARD, Commentaire LTF, art. 61 N 16 s.

309 Le recours pourra être interjeté par un tiers intéressé ou par une autorité de surveillance de la partie intimée (N 127), éventuellement par l'une des parties en invoquant un vice de procédure ou un vice de volonté.

310 ATF 135 V 65, c. 2.7.

311 ATF 131 V 417.

312 ATF 140 V 108.

313 ATF 135 V 65, c. 1.

314 ATF 133 V 593.

315 Cf. ATF 140 V 108, c. 6; ATF 135 V 65, c. 1.7.

316 ATF 131 V 417, c. 4.3.2 *i. f.*

E. Notification et indication des voies de droit

Le jugement doit être notifié par écrit (N 107 ss). Il doit comprendre l'indication des voies de recours, c'est-à-dire au moins l'indication de la voie de recours ordinaire qui est ouverte, de l'autorité à laquelle le recours doit être adressé et du délai pour recourir (art. 35 al. 2 PA, par renvoi des art. 1 al. 3 PA et 61 LPGA). Si une valeur litigieuse minimale est requise, le tribunal doit le préciser (art. 112 al. 1 let. d LTF). Pour les jugements rendus conformément aux art. 56 ss LPGA, cette indication peut être nécessaire dans les litiges en matière de responsabilité étatique (art. 85 al. 1 let. a LTF)³¹⁷. Le recours en matière de droit public comme le recours constitutionnel devant le Tribunal fédéral sont considérés comme des voies de droit ordinaires et doivent être mentionnés³¹⁸. 125

Une **notification par publication** dans une feuille officielle est possible aux conditions de l'art. 36 PA (par renvoi des art. 1 al. 3 PA et 61 LPGA; en cas d'absence de domicile de notification en Suisse, N 40 ss). Une **notification par voie électronique** est également possible si le droit cantonal le prévoit, pour les parties qui ont accepté ce mode de transmission. Le jugement doit alors être muni d'une signature électronique au sens de la SCSE. Pour le surplus, les modalités dépendent du droit cantonal. En effet, le champ d'application de l'Ordonnance sur la communication électronique dans le cadre des procédures administratives, du 18 juin 2010 (OCEI-PA)³¹⁹ est limité aux seules procédures devant les autorités administratives fédérales (art. 1 al. 1). Une harmonisation au niveau suisse paraît toutefois nécessaire dans ce domaine, à l'instar de ce qui existe en procédure civile et pénale, ainsi qu'en matière de poursuite pour dettes et de faillite³²⁰. 126

Le jugement doit être notifié à toutes les parties ainsi qu'aux autorités fédérales ayant qualité pour recourir (art. 112 al. 4 LTF et Ordonnance concernant la notification des décisions cantonales de dernière instance en matière de droit public, du 8 novembre 2006³²¹). D'après l'art. 89 al. 2 let. a LTF, il s'agit des départements fédéraux ou, pour autant que le droit fédéral le prévoit, des unités qui leur sont subordonnées, si l'acte attaqué est susceptible de violer la législation fédérale dans leur domaine d'attribution. Pour les jugements rendus par les tribunaux cantonaux des assurances dans le cadre du champ d'application de la LPGA, cette compétence a été déléguée à l'OFSP, pour les litiges en matière d'assurance-maladie, d'assurance-accidents ou d'assurance militaire³²², à l'OFAS, pour les litiges en matière d'assurance-vieillesse et survivants, d'assurance-invalidité, de prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité et d'allocations familiales³²³, et au SECO, pour les litiges en matière d'assurance-chômage³²⁴. 127

317 Cf. art. 78 LPGA (ATF 134 V 138), art. 52 LAVS (ATF 137 V 51); FRÉSARD Commentaire LTF, art. 113 N 31.

318 CORBOZ, art. 112 N 37.

319 RS 172.021.2.

320 Ordonnance sur la communication électronique dans le cadre de procédures civiles et pénales et de procédures en matière de poursuite pour dettes et de faillite, du 18 juin 2010 (OCEI-PCPP; RS 272.1); Ordonnance du DFJP concernant la communication électronique dans le domaine des poursuites pour dettes et des faillites, du 9 février 2011 (RS 281.112.1).

321 RS 173.110.47.

322 Art. 27 OAMal, art. 140a OLAA, art. 34 OAM. Voir cependant ATF 124 V 296 (compétence du DFI pour recourir contre un jugement ne relevant pas des art. 56 ss LPGA, dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire).

323 Art. 201 RAVS, art. 89 RAI, art. 28 al. 1 LPC et 38 OPC-AVS/AI, art. 27 al. 2 LAFam et 19 OAFam.

324 Art. 102 al. 2 LACI.

X. Révision (let. i), interprétation et rectification

A. Interprétation et rectification

- 128** Une fois le jugement rendu et communiqué aux parties, le tribunal est dessaisi et ne peut plus le corriger s'il s'aperçoit qu'au regard des allégations et moyens de preuve dont il disposait, il a commis une erreur de fait ou de droit. Si toutefois le dispositif du jugement n'exprime pas clairement ce que le tribunal veut dire parce qu'il est contradictoire, peu clair ou incomplet, ou parce qu'il exprime, par inadvertance manifeste, autre chose que ce que le tribunal veut dire, celui-ci doit pouvoir le rectifier ou l'interpréter, d'office ou sur requête des parties³²⁵.
- 129** Par l'interprétation, le tribunal reformule ou précise le sens d'un dispositif qui est peu clair, contradictoire ou incomplet. La contradiction peut résider dans le dispositif lui-même ou se trouver entre le dispositif et la motivation. Un dispositif est incomplet, par exemple, et peut donner lieu à une interprétation ou à une rectification, s'il indique qu'une partie est condamnée aux dépens sans toutefois en fixer le montant. Il est en contradiction avec la motivation si celle-ci indique qu'une partie a droit aux dépens, mais que le dispositif passe cette question sous silence ou attribue les dépens à la partie adverse³²⁶. L'interprétation ne permet en aucun cas de modifier le jugement, c'est-à-dire de changer ce qui a été décidé. Elle a uniquement pour objet de reformuler clairement et complètement une décision qui ne l'a pas été, alors même qu'elle a été clairement et pleinement pensée et voulue³²⁷.
- 130** Par la rectification, le tribunal peut corriger une erreur manifeste dans le dispositif, due à une inadvertance (faute de calcul, faute de frappe, erreur de désignation d'une partie, p. ex.). Là encore, il ne s'agit pas de modifier ce qui a été décidé, mais au contraire d'exprimer quelle était la volonté réelle du tribunal lorsqu'il a statué.
- 131** Les art. 56 ss LPGa ne prévoient expressément aucune procédure d'interprétation ou de rectification d'un jugement cantonal. Le droit cantonal peut prévoir de telles procédures explicitement, voire les admettre implicitement. Par ailleurs, indépendamment du droit cantonal et malgré le silence des art. 56 ss sur ce point, le Tribunal fédéral admet que le droit d'obtenir la rectification d'un jugement dont le dispositif est erroné ensuite d'une simple erreur de calcul découle d'un principe général du droit des assurances sociales³²⁸. Il admet également, dans une certaine mesure tout au moins, que le droit d'obtenir l'interprétation d'un jugement cantonal découle de l'art. 8 Cst.³²⁹. On pourrait aussi le déduire de l'art. 29 al. 1 Cst., dès lors qu'un jugement dont le dispositif n'est pas compréhensible ne peut pas être exécuté et constitue une forme de déni de justice³³⁰. Toutefois, si le dispositif est clair et ne prête pas à discussion, quand bien même il entre en contradiction avec la motivation, il appartient à la partie concernée de s'assurer en temps utile que le tribunal entrera en matière sur une demande d'interprétation et, à défaut, d'utiliser les voies de droit ordinaires qui sont à sa disposition. Si elle ne le fait pas, elle ne pourra pas forcément se prévaloir d'un droit constitutionnel à une interprétation de son jugement

325 Cf. art. 334 al. 1 CPC et, sur cette disposition, SCHWEIZER, art. 334 N 2. Voir également art. 69 al. 1 et 3 PA et art. 129 al. 1 LTF.

326 Cf. SCHWEIZER, art. 334 N 9.

327 ATF 143 III 420, c. 2.2; ATF 130 V 320, c. 3.1; TF, 27.7.2011, 2C_724/2010 et 2C_796/2010, c. 2.2

328 ATF 99 V 62, c. 2b.

329 ATF 139 III 379, c. 2.1; ATF 130 V 320, c. 2.3.

330 Cf. SCHWEIZER, art. 334 N 22.

par le tribunal cantonal³³¹. En l'absence de réglementation cantonale ou de pratique cantonale claire sur ce point, on recommandera au demeurant cette règle de prudence à toute partie envisageant une demande d'interprétation ou de rectification d'un jugement cantonal, quel que soit le motif invoqué.

Si le tribunal interprète un jugement ou le rectifie, un nouveau délai de recours commence à courir dès la notification du jugement interprétatif ou rectificatif. S'il refuse de le faire, un délai de recours s'ouvre contre ce refus, mais le recours portera alors uniquement sur le point de savoir si le refus est fondé ou non, à l'exclusion de l'objet du jugement initial³³².

132

B. Révision

L'art. 61 let. i LPGA impose aux cantons d'admettre la révision d'un jugement lorsqu'un fait ou un moyen de preuve nouveau est découvert ou si un crime ou un délit a influencé le jugement. Il s'agit d'un moyen de droit extraordinaire, non dévolutif, par lequel le tribunal peut être amené à réexaminer son jugement sur la base de nouveaux éléments portés à sa connaissance. La procédure de révision est régie par le droit cantonal, qui peut également prévoir d'autres motifs de révision que ceux mentionnés à l'art. 61 let. i LPGA (cf. art. 66 al. 2 PA, art. 121 LTF). Les règles posées par l'art. 61 let. a à h LPGA ne s'appliquent pas à la procédure de révision compte tenu de son caractère de moyen de droit extraordinaire³³³. La demande de révision doit en règle générale être déposée dans les 90 jours qui suivent la découverte du motif de révision et, s'il s'agit d'invoquer un fait ou un moyen de preuve nouveau, au plus tard dans les dix ans après la notification du jugement³³⁴.

133

La révision est possible non seulement si le jugement est entré en force, mais également s'il peut encore faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral. Dans cette seconde hypothèse, le Tribunal fédéral et le tribunal cantonal peuvent être saisis simultanément d'un recours et d'une demande de révision, concernant tous deux le même jugement. Le Tribunal fédéral suspend alors la procédure de recours jusqu'à droit connu sur la procédure de révision devant l'instance cantonale. Le tribunal cantonal ne peut pas refuser d'entrer en matière ou suspendre la procédure de révision au motif qu'un recours est pend-ant devant le Tribunal fédéral³³⁵.

134

La notion de **faits ou moyens de preuve nouveaux** s'apprécie de la même manière en cas de révision (procédurale) d'une décision administrative (art. 53 al. 1; art. 53 N 43 ss), de révision d'un jugement cantonal (art. 61 let. i) ou de révision d'un arrêt du Tribunal fédéral fondée sur l'art. 123 al. 2 let. a LTF³³⁶. Sont nouveaux, au sens de ces dispositions, les faits qui se sont produits jusqu'au moment où, dans la procédure principale, des allégations de fait étaient encore recevables, mais qui n'étaient pas connus du requérant malgré toute sa diligence³³⁷. En outre, les faits nouveaux doivent être importants, c'est-à-dire qu'ils doivent être de nature à modifier l'état de fait qui est à la base de l'arrêt entrepris et à conduire à un jugement différent en fonction d'une appréciation juridique

135

331 ATF 130 V 320, c. 3.2 à 3.4.

332 Cf. ATF 130 V 320, c. 3.4; ATF 117 II 508, c. 1a.

333 Cf. ATF 121 V 178, c. 3b; ATF 111 V 51.

334 Cf. art. 67 al. 1 et 3 PA.

335 ATF 138 II 386. Voir toutefois ATF 139 III 466, c. 3.4 et ATF 139 III 120, c. 3.1.1 (concernant tous deux la découverte d'un motif de récusation après la notification du jugement).

336 TF, 20.4.2017, 8C_120/2017, c. 2.

337 ATF 134 III 669, c. 2.2.

correcte. Les preuves, quant à elles, doivent servir à établir soit les faits nouveaux importants qui motivent la révision, soit des faits qui étaient certes connus lors de la procédure précédente, mais qui n'avaient pas pu être prouvés, au détriment du requérant. Dans ce contexte, le moyen de preuve ne doit pas servir à l'appréciation des faits seulement, mais à l'établissement de ces derniers. Ainsi, il ne suffit pas qu'un nouveau rapport médical donne une appréciation différente des faits; il faut bien plutôt des éléments de fait nouveaux, dont il résulte que les bases de la décision entreprise comportaient des défauts objectifs. Pour justifier la révision d'une décision, il ne suffit pas que le médecin ou l'expert tire ultérieurement, des faits connus au moment du jugement principal, d'autres conclusions que le tribunal³³⁸.

- 136** Bien qu'elle soit souvent mentionnée comme un motif de révision distinct³³⁹, la découverte d'un **motif de récusation** d'un membre de l'autorité de jugement ou de la **composition irrégulière** de cette autorité, après que le jugement a été rendu, constitue un fait nouveau important dont on doit présumer qu'il a eu une influence importante sur le jugement. Un **changement de pratique** judiciaire ou administrative ne constitue pas un fait nouveau pouvant justifier une révision fondée sur l'art. 61 let. i LPGA. Le Tribunal fédéral admet néanmoins – à titre exceptionnel – qu'il puisse constituer un motif de revenir sur une décision entrée en force, relative une prestation durable. Il faut que la nouvelle pratique revête une portée générale et que l'ancienne pratique ne trouve plus à s'appliquer qu'à un nombre restreint de personnes, au point d'apparaître désormais comme discriminatoire, ou alors que le maintien sans changement de la décision initiale apparaisse tout simplement insoutenable au regard de la nouvelle pratique³⁴⁰.
- 137** **Un crime ou un délit** ne constitue un motif de révision que s'il a exercé une influence effective, directe ou indirecte, sur le dispositif du jugement (et non uniquement sur la motivation). Il appartient au requérant de démontrer le crime ou le délit, en principe par une procédure pénale. Une simple contravention ne suffit pas³⁴¹. Sont principalement visés les crimes et délits contre l'administration de la justice, ainsi que les infractions de faux dans les titres au sens du Titre 11 du Code pénal, les faux commis dans l'exercice d'une fonction publique (art. 317 CP) et les faux certificats médicaux (art. 318 CP)³⁴².

Art. 62

Tribunal fédéral

¹ Les jugements rendus par les tribunaux cantonaux des assurances peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral, conformément à la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral.

^{1bis} Le Conseil fédéral règle la qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral des organes d'exécution des assurances sociales.

² L'art. 54 s'applique par analogie à l'exécution des jugements rendus par les autorités de recours précédant le Tribunal fédéral.

Bundesgericht

¹ Gegen Entscheide der kantonalen Versicherungsgerichte kann nach Massgabe des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 beim Bundesgericht Beschwerde geführt werden.

338 ATF 127 V 353, c. 5b.

339 Cf. art. 121 al. 1 let. a LTF, art. 66 al. 2 let. c PA et art. 51 CPC.

340 ATF 141 V 585, c. 5.2; ATF 135 V 201, c. 6.1.1; ATF 127 V 10, c. 4c; ATF 121 V 157, c. 4a.

341 Cf. art. 10 et 103 CP.

342 FERRARI, art. 123 N 8 ss.

^{1bis} Der Bundesrat regelt das Beschwerderecht der Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen vor dem Bundesgericht.

² Für die Vollstreckbarkeit der vorinstanzlichen Beschwerdeentscheide ist Artikel 54 sinngemäss anwendbar.

Tribunale federale

¹ Contro le decisioni emanate dai tribunali cantonali delle assicurazioni è ammissibile il ricorso al Tribunale federale secondo la legge del 17 giugno 2005 sul Tribunale federale.

^{1bis} Il Consiglio federale disciplina il diritto degli organi d'esecuzione delle singole assicurazioni sociali di ricorrere al Tribunale federale.

² Per l'esecuzione delle decisioni su ricorso di prima istanza è applicabile per analogia l'articolo 54.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Le recours en matière de droit public au Tribunal fédéral	2
A. Les limites relatives à l'objet du recours	2
B. Les limites relatives à la qualité pour recourir	5
C. Les limites relatives à la nature de la décision ou du jugement contesté	7
D. Les limites relatives au pouvoir d'examen du Tribunal fédéral	17
III. L'exécution des jugements rendus par les tribunaux cantonaux des assurances	20

Bibliographie

Cf. aussi bibliographie art. 56. AUBRY GIRARDIN, art. 89, in Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2^e éd. Berne 2014, 1004 ss; CORBOZ BERNARD, art. 91, art. 93 et art. 97, in Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2^e éd. Berne 2014, 1049 ss, 1063 ss, 1110 ss; DORMANN JOHANNA, Verfahrensrechtliche Fragen zur Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten – Ein Blick auf die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung, in Kieser/Lendfers (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2012, St-Gall 2013, 273 ss; FLEISCHANDERL PETRA, Die Anfechtbarkeit von Vor- und Zwischenentscheiden gemäss Art. 92 f. BGG, insbesondere im Sozialversicherungsrecht, RSAS 2013 305 ss (cité: Anfechtbarkeit); MEYER ULRICH, Die Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren als Voraussetzung der Rechtsmittellegitimation, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2004, St-Gall 2004, 9 ss (cité: formelle Beschwer); MOSER-SZELESS MARGIT, Le recours en matière de droit public au Tribunal fédéral dans le domaine des assurances sociales – aspects choisis, REAS 2010 335 ss (cité: Le recours en matière de droit public); SEILER HANSJÖRG, art. 89, in Seiler et al. (éd.), Bundesgerichtsgesetz, 2^e éd., Berne 2015, 442 ss (cité: Bundesgerichtsgesetz); WURZBURGER ALAIN, art. 85, in Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin, Commentaire de la LTF, 2^e éd., Berne 2014, 974 ss.

I. Introduction

Contrairement aux autres dispositions du chapitre 4, section 3 de la LPGA, l'art. 62 ne traite pas de la procédure de recours devant les tribunaux cantonaux des assurances, mais des voies de recours contre les jugements rendus par ces tribunaux, ainsi que de l'exécution de ces jugements. L'alinéa 1 indique comme moyen de droit le recours devant le Tribunal fédéral, conformément à la LTF. En réalité, deux voies de recours différentes sont envisageables selon les situations: le recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF) et le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF). Les conditions de receva-

bilité et la procédure devant le Tribunal fédéral sont régies par la LTF. L'art. 62 al. 1 LPGa n'a pas d'autre portée qu'un simple renvoi à cette loi et nous nous limiterons donc, sur les voies de recours, à décrire certaines particularités du recours en matière de droit public qui sont étroitement liées aux jugements rendus en application des art. 56 ss LPGa (sur les autres contentieux confiés aux tribunaux cantonaux des assurances, cf. art. 57 N 15)¹.

II. Le recours en matière de droit public au Tribunal fédéral

A. Les limites relatives à l'objet du recours

- 2 Les jugements rendus par les tribunaux cantonaux des assurances en application des art. 56 ss LPGa sont des décisions rendues dans des causes de droit public au sens de l'art. 82 let. a LTF. Le recours en matière de droit public est donc ouvert, *ratione materiae*, sous réserve des exceptions prévues par l'art. 83 LTF. En pratique, la seule **exception** entrant en considération dans le champ d'application de cette disposition est celle énoncée à la let. m, relative aux décisions sur la remise de contributions ou l'octroi d'un sursis au paiement. Les jugements cantonaux relatifs à une **remise ou une réduction de cotisations sociales** (art. 11 LAVS; art. 3 al. 2 LAI; art. 27 al. 3 LAPG) ne peuvent donc pas faire l'objet d'un recours en matière de droit public². Un recours constitutionnel subsidiaire entre en revanche en considération. Un litige relatif à la remise de l'obligation de restituer des prestations indûment versées au sens de l'art. 25 al. 1 LPGa ne tombe pas dans le champ d'application de l'art. 83 let. m LTF. Il peut donc faire l'objet d'un recours en matière de droit public³.
- 3 Le recours en matière de droit public peut être interjeté en cas de contestation pécuniaire ou non pécuniaire. Si la contestation est de nature pécuniaire, le recours est recevable sans égard à la **valeur litigieuse**, sous réserve des exceptions prévues par l'art. 85 al. 1 LTF. Dans le contexte de l'art. 62 al. 1 LPGa, seul entre en considération l'art. 85 al. 1 let. a LTF. Selon cette disposition, le recours est en principe irrecevable en matière de **responsabilité étatique** si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30 000.–. Sont notamment concernés les litiges relatifs à la responsabilité de l'employeur pour le défaut de paiement de cotisations d'assurances sociales (art. 52 LAVS; art. 66 LAI; art. 21 al. 2 LAPG; art. 25 let. c LAFam; art. 25 al. 3 LFA; art. 6 LACI) ainsi que les procédures relatives à la responsabilité des corporations de droit public, des organisations fondatrices privées et des assureurs, en leur qualité de garants de l'activité des organes d'exécution des assurances sociales (art. 78 LPGa)⁴. L'art. 85 al. 2 LTF prévoit néanmoins la recevabilité du recours en matière de droit public, malgré une valeur litigieuse inférieure à CHF 30 000.–, si la contestation soulève une question juridique de principe.

1 Pour une présentation plus large du recours en matière de droit public au TF dans le domaine des assurances sociales, cf. MOSER-SZELESS, Le recours en matière de droit public, 335 ss; DORMANN, 273 ss; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 62 N 11 ss.

2 TF, 26. 11. 2007, 9C_690/2007, c. 1.

3 TF, 30. 3. 2011, 9C_4/2011, c. 1.2.

4 ATF 137 V 51, c. 4; ATF 134 V 138; pour une mention d'autres normes de responsabilité dans différentes branches d'assurances sociales, mais dont le contentieux ne relève pas des art. 56 ss LPGa, cf. WURZBURGER, art. 85 N 13; voir également, MOSER-SZELESS, Le recours en matière de droit public, 342.

Si le recours en matière de droit public est irrecevable en raison de l'art. 83 LTF ou de l'art. 85 LTF, le recours constitutionnel subsidiaire est ouvert aux conditions des art. 113 ss LTF. 4

B. Les limites relatives à la qualité pour recourir

L'art. 89 al. 1 LTF reconnaît aux personnes physiques ou morales, de droit privé ou de droit public, la qualité pour recourir contre un jugement rendu par un tribunal cantonal des assurances, pour autant qu'elles aient pris part à la procédure devant ce tribunal ou qu'elles aient été privées de la possibilité de le faire (let. a), qu'elles soient particulièrement atteintes par la décision ou l'acte normatif attaqué (let. b) et qu'elles aient un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c). Hormis la participation à la procédure devant l'instance précédente, ces conditions correspondent à celles posées par l'art. 59 LPG pour pouvoir recourir contre une décision ou une décision sur opposition, devant le tribunal cantonal des assurances. Il convient donc, pour l'essentiel, de renvoyer au commentaire de cette disposition (art. 59 N 8 ss, N 11 ss). La condition relative à la participation à la procédure devant l'instance précédente n'est pas réalisée si l'intéressé aurait pu intervenir devant cette instance en faisant preuve de la diligence raisonnablement exigible, mais qu'il s'en est abstenu, notamment s'il y a renoncé parce que d'autres ont agi dans le sens qu'il souhaitait, mais en leur nom⁵. L'expert judiciaire peut recourir contre le jugement fixant ses honoraires, quand bien même il n'avait pas la qualité de partie en procédure cantonale⁶. 5

L'art. 89 al. 2 LTF reconnaît également la qualité pour recourir, indépendamment des conditions définies à l'alinéa 1, à diverses personnes, organisations et autorités. Il s'agit d'abord de la Chancellerie fédérale et des départements fédéraux, ainsi que des unités qui leur sont subordonnées, lorsque le droit fédéral le prévoit (**art. 89 al. 2 let. a LTF**). En droit des assurances sociales, la loi délègue cette compétence à l'OFAS, à l'OFSP et au SECO, dans leurs domaines d'attribution respectifs, en tant qu'**autorités de surveillance** (cf. art. 59 N 9; art. 61 N 127). Il s'agit ensuite, notamment, d'autres personnes, organisations et autorités auxquelles une loi fédérale attribue la qualité pour recourir (**art. 89 al. 2 let. d LTF**). Sont plus particulièrement concernés par cette disposition les **organes d'exécution** des différentes branches d'assurances sociales, qui peuvent ainsi contester les jugements rendus par les tribunaux cantonaux à la suite de recours interjetés contre leurs décisions. L'art. 89 al. 2 let. d LTF impose en principe que leur droit de recours soit consacré par une loi au sens formel. Il est toutefois possible de déléguer au Conseil fédéral, dans une loi spéciale, le soin de définir la qualité pour recourir d'un organe d'exécution. En droit des assurances sociales, la délégation de compétence figure à l'**art. 62 al. 1^{bis} LPG**⁷. La qualité pour recourir des organes d'exécution est donc réglée au niveau des ordonnances d'application des différentes lois spéciales, sauf en assurance-chômage (art. 102 LACI; cf. art. 59 N 10). Contrairement aux autorités mentionnées à l'art. 89 al. 2 let. a LTF, les organes d'exécution doivent avoir participé à la procédure devant le tribunal cantonal et avoir vu leurs conclusions entièrement ou partiellement rejetées⁸. 6

5 ATF 134 V 306, c. 4; TF, 5.6.2009, 9C_1050/2008, c. 1; AUBRY GIRARDIN, art. 89 N 21; MOSER-SZELESS, Le recours en matière de droit public, 343; SEILER, Bundesgerichtsgesetz, art. 89 N 31.

6 ATF 134 I 159.

7 ATF 134 V 53, c. 2.

8 ATF 138 V 339, c. 2.3.

C. Les limites relatives à la nature de la décision ou du jugement contesté

- 7 Le recours en matière de droit public est recevable contre les décisions qui mettent fin à la procédure (décisions finales; art. 90 LTF). Il est également recevable contre les décisions partielles, c'est-à-dire celles qui statuent sur un objet dont le sort est indépendant de celui qui reste en cause (art. 91 al. 1 let. a LTF) ou qui mettent fin à la procédure à l'égard d'une partie des consorts (art. 91 al. 1 let. b LTF). Il s'agit en réalité de décisions «partiellement finales», en ce sens que le jugement met fin à la procédure en ce qui concerne l'un des objets litigieux ou certaines des parties qui s'opposent⁹.
- 8 Le recours est également recevable contre les décisions préjudicielles et incidentes qui sont notifiées séparément et qui portent sur la compétence ou sur une demande de récusation. Ces décisions ne peuvent plus être attaquées ultérieurement (art. 92 al. 1 et 2 LTF). On renverra sur ce point au commentaire de l'art. 56 LPGa (art. 56 N 29 ss).
- 9 Enfin, le recours en matière de droit public est recevable contre les autres décisions incidentes (sur cette notion: art. 56 N 27, N 34 ss), mais à des conditions restrictives. En effet, le recours ne peut être interjeté que si la décision incidente comporte un risque de préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF) ou si l'admission du recours pourrait conduire immédiatement à une décision finale qui permettrait d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 let. b LTF). La jurisprudence est stricte à ce propos. D'abord, le Tribunal fédéral considère, en ce qui concerne l'art. 93 al. 1 let. a LTF, que le jugement incident doit entraîner le risque d'un dommage juridique qui ne puisse plus être réparé ultérieurement par un jugement final ou une autre décision favorable au recourant¹⁰. Ensuite, il estime qu'une procédure d'expertise médicale qui pourrait éventuellement être évitée, en cas d'admission du recours, ne constitue en principe pas une procédure probatoire longue et coûteuse au sens de l'art. 93 al. 1 let. b LTF¹¹. Enfin, le seul fait qu'une telle procédure probatoire puisse être évitée ne suffit pas pour que le recours soit recevable. Encore faut-il que le recours puisse conduire immédiatement à une décision finale du Tribunal fédéral.
- 10 Les questions relatives à la qualification d'une décision finale, partielle ou incidente, ainsi qu'à la recevabilité des recours contre les décisions incidentes ont donné lieu à une abondante jurisprudence¹². En ce qui concerne le recours en matière de droit public, celle-ci s'est plus particulièrement concentrée sur les jugements par lesquels les tribunaux cantonaux renvoient la cause à l'administration pour instruction complémentaire et nouvelle décision. De tels **jugements de renvoi** sont en principe des décisions incidentes au sens de l'art. 93 LTF, car ils ne mettent pas fin à la procédure¹³. Ils sont néanmoins qualifiés de jugements finaux s'ils contiennent des instructions à ce point précises à l'assureur social concerné que ce dernier ne dispose plus d'aucune latitude pour statuer, de sorte que la décision à rendre ne sert qu'à concrétiser le jugement de l'autorité de recours. Dans ce cas, chacune des parties peut interjeter un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral aux conditions ordinaires de l'art. 90 LTF. Par exemple, est un jugement final celui par lequel un tribunal cantonal fixe le taux de la rente et le début du droit, mais renvoie la cause à l'assureur social concerné pour qu'il calcule et fixe le mon-

9 CORBOZ, art. 91 N 7.

10 ATF 142 III 798, c. 2.2; 140 V 321, c. 3.6.

11 Parmi d'autres: TF, 12.11.2015, 9C_703/2015, c. 4.2; TF, 19.1.2012, 9C_652/2011, c. 3.1; TF, 27.9.2011, 9C_329/2011, c. 3.3.

12 Pour une casuistique: FLEISCHANDERL, 305 ss.

13 ATF 133 V 477, c. 4.

tant de la rente, cette dernière question n'étant généralement plus réellement litigieuse entre les parties¹⁴.

Un jugement de renvoi par lequel le tribunal cantonal se limite à exiger une mesure d'instruction complémentaire par l'assureur social concerné, sans statuer matériellement sur aucun des aspects du rapport juridique litigieux, est un jugement incident qui ne comporte pas de risque de préjudice irréparable pour les parties. Celles-ci ne peuvent notamment pas recourir pour demander le renvoi de la cause au tribunal cantonal afin qu'il procède lui-même au complément d'instruction, le Tribunal fédéral se réservant toutefois d'entrer en matière s'il devait être démontré qu'une Cour cantonale ignore régulièrement sa propre obligation d'instruire la cause conformément à l'art. 61 let. c LPGA (cf. art. 61 N 52 ss, N 55 s.)¹⁵. Dans le même sens, les jugements cantonaux rendus à la suite de recours contre des décisions incidentes d'un assureur social en matière de preuve n'entraînent pas de risque de préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF et ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral se réservant toutefois d'entrer en matière si une pratique régulièrement contraire aux exigences d'une procédure équitable devait être constatée¹⁶. Si le recourant entend récuser formellement un expert désigné en procédure administrative ou en procédure de recours, le Tribunal fédéral entre en matière conformément à l'art. 92 LTF¹⁷ (sur la distinction entre motifs formels de récusation et griefs matériels contre la désignation de l'expert, art. 56 N 40).

Lorsqu'un tribunal cantonal renvoie la cause à l'assureur social concerné après avoir statué sur l'un des aspects matériels du rapport juridique litigieux, cet assureur est lié par les instructions données sur ce point. Il lui reste à examiner d'autres aspects du rapport juridique en question, de sorte que le jugement de renvoi est bien une décision incidente au sens de l'art. 93 LTF. Comme l'assureur social ne pourra pas s'écarter du jugement cantonal sur le point de fait ou de droit tranché par l'autorité de recours, il peut se prévaloir d'un risque de préjudice irréparable et contester le jugement cantonal en tant qu'il tranche matériellement un aspect du litige. Il est en effet condamné à intégrer cet élément dans la décision qu'il doit encore rendre et contre laquelle il ne pourra pas recourir¹⁸. Par exemple, un office de l'assurance-invalidité peut recourir devant le Tribunal fédéral pour contester un jugement cantonal lui renvoyant la cause pour instruction complémentaire tout en lui imposant d'appliquer la méthode ordinaire de comparaison des revenus plutôt que la méthode mixte¹⁹. Cette jurisprudence peut conduire le Tribunal fédéral à n'entrer en matière que partiellement sur un recours contre un jugement incident, par exemple en limitant son examen à la méthode d'évaluation de l'invalidité déterminée en procédure cantonale, à l'exclusion des griefs soulevés par le recourant quant à la nécessité d'une instruction complémentaire sur d'autres aspects du rapport juridique litigieux²⁰.

14 ATF 134 II 124, c. 1.3; TF, 27.12.2007, 9C_684/2007, c. 1.1.

15 ATF 139 V 99; TF, 9.2.2018, 9C_580/2017, c. 3; cf. également, TF, 11.12.2014, 8C_633/2014, où le TF a admis la recevabilité et le bien-fondé du recours contre un deuxième jugement successif de renvoi, en raison de la durée totale de la procédure depuis le dépôt de la demande initiale.

16 ATF 138 V 271; voir également, ATF 140 V 507.

17 ATF 138 V 271; 138 V 318.

18 ATF 140 V 282.

19 ATF 133 V 477; autre exemple: ATF 137 V 424 (renvoi pour l'examen d'une éventuelle diminution ou augmentation du droit aux prestations de l'AI à l'âge de la majorité sous l'angle d'une révision plutôt que d'une nouvelle demande, ce qui a un effet sur le début de la modification du droit).

20 TF, 28.9.2007, 9C_301/2007, c. 2; MOSER-SZELESS, Le recours en matière de droit public, 337.

- 13 Contrairement à la partie intimée à qui le tribunal cantonal a renvoyé la cause pour nouvelle décision, la partie recourante et l'autorité de surveillance ne peuvent pas se prévaloir d'un risque de préjudice irréparable pour contester le jugement de renvoi au motif qu'il trancherait l'un des aspects matériels du litige. Elles doivent attendre la décision finale, contre laquelle elles pourront recourir si elles l'estiment nécessaire²¹. Elles devront alors agir à nouveau devant le tribunal cantonal des assurances puis, en dernière instance, devant le Tribunal fédéral. Ce dernier admet toutefois d'entrer en matière sur un recours qui lui serait directement adressé contre la décision administrative finale, lorsque la seule question encore litigieuse est celle qui a déjà été tranchée par le tribunal cantonal dans le jugement de renvoi²². Par ailleurs, si l'assureur social interjette un recours contre la décision incidente en se prévalant d'un risque de préjudice irréparable, la partie adverse – qui ne pouvait pas elle-même interjeter de recours aux conditions de l'art. 93 al. 1 let. a LTF – est en droit, exceptionnellement, de prendre dans sa réponse des conclusions allant au-delà du simple rejet du recours, bien que le recours joint ne soit en principe pas admis. Elle peut ainsi remettre en cause des aspects du rapport juridique litigieux sur lesquels le tribunal cantonal lui a donné tort dans la décision incidente. A défaut, elle se trouverait finalement privée de tout droit de recours²³.
- 14 Constitue notamment un jugement incident celui par lequel le tribunal cantonal alloue une rente pour une période déterminée, mais renvoie la cause à l'assureur social concerné pour instruction complémentaire et nouvelle décision sur le droit à la rente pour une période antérieure (par exemple, un droit à la rente reconnu pour la période dès le 1^{er} janvier 2017, mais assorti d'un renvoi pour nouvelle décision sur le droit à la rente pour la période antérieure à cette date)²⁴. Il en va différemment si le tribunal cantonal reconnaît le droit à une rente d'invalidité pour une période déterminée, mais renvoie la cause à l'assureur social pour qu'il complète l'instruction et statue sur le droit à la prestation pour une période postérieure (par exemple, un droit à la rente reconnu pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2016, mais assorti d'un renvoi pour nouvelle décision sur le droit à la rente dès le 1^{er} janvier 2017). Dans ce cas, le Tribunal fédéral qualifie de décision partielle, au sens de l'art. 91 al. 1 let. a LTF, la partie du jugement allouant les prestations pour une première période et de décision incidente, au sens de l'art. 93 LTF, la partie du jugement relative à la période postérieure. Si le jugement partiel concernant la première période ne fait pas l'objet d'un recours immédiat, il entre en force et ne peut plus être remis en cause ultérieurement²⁵.
- 15 La décision accessoire sur les **frais et dépens** de la procédure de recours cantonale ainsi que sur le montant de l'**indemnité accordée à l'avocat d'office** est qualifiée de la même manière que le jugement principal auquel elle se rattache. Si le jugement principal est incident et que les conditions de recevabilité d'un recours contre ce jugement ne sont pas remplies, la partie concernée doit attendre qu'un jugement final soit rendu²⁶. En cas de renvoi de la cause à l'assureur social pour nouvelle décision, la décision incidente sur les frais et dépens ou sur l'indemnité d'office pourra être contestée avec le recours contre la nouvelle décision, finale, à rendre par l'assureur social. Si la cause n'est plus portée, sur le fond,

21 ATF 140 V 321.

22 ATF 143 III 290; cf. TF, 27.1.2017, 9C_151/2016, 9C_153/2016, 9C_155/2016 et 9C_507/2016, c. 2.

23 ATF 138 V 106. Le recours joint devrait être limité à cette hypothèse, à l'exclusion des cas dans lesquels la partie intimée aurait pu elle-même recourir dans le délai, mais y a renoncé (dans ce sens, mais plus restrictif encore: CORBOZ, art. 93 N 39).

24 ATF 135 V 148.

25 ATF 135 V 141.

26 ATF 133 V 645.

devant le tribunal cantonal, par exemple parce que l'assuré a finalement obtenu les prestations demandées, il est encore possible de contester le jugement incident relatif aux frais et dépens ou à l'indemnité d'office par un recours direct au Tribunal fédéral, dans un délai de trente jours dès la notification de la décision finale (art. 100 al. 1 LTF)²⁷. Le **refus d'allouer l'assistance juridique**, en particulier de désigner un avocat d'office, pour la procédure administrative ou judiciaire constitue une décision incidente qui ne comporte pas de risque de préjudice irréparable si la procédure est close au moment de ce refus²⁸; en revanche, si la procédure au fond n'est pas terminée, on admettra en principe un risque de préjudice irréparable dans la mesure où la partie concernée pourrait être empêchée de faire valoir correctement ses droits sans assistance juridique²⁹.

Une décision relative à l'**effet suspensif** d'un recours ou à des **mesures provisionnelles** 16 peut entraîner pour l'assureur social un risque de préjudice irréparable si elle implique, pour la durée de la procédure principale, le versement de prestations en espèces dont l'assureur pourrait, au final, ne pas obtenir la restitution en raison de la situation financière de la personne assurée³⁰. A l'inverse, la personne assurée n'encourt le plus souvent pas un risque identique dans la mesure où ces prestations pourront lui être allouées à titre rétroactif si elle obtient finalement gain de cause³¹. Quoiqu'il en soit, le recours n'est recevable que si les griefs soulevés portent sur la violation de droits constitutionnels (art. 98 LTF).

D. Les limites relatives au pouvoir d'examen du Tribunal fédéral

Le recours en matière de droit public peut notamment être formé pour violation du droit fédéral, du droit international et de droits constitutionnels cantonaux (art. 95 let. a à c LTF). Lorsque le jugement contesté porte sur l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire, le recours peut également porter sur une constatation incomplète ou erronée des faits. Dans toutes les autres hypothèses, le Tribunal fédéral est lié par les faits établis par le tribunal cantonal et ne peut s'en écarter que s'ils ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 97, art. 105 LTF; sur la distinction entre fait et droit, cf. art. 61 N 59 s.). Il ne peut pas prendre en considération des faits ou moyens de preuve nouveaux, à moins qu'ils ne résultent du jugement contesté (art. 99 LTF). 17

La constatation manifestement inexacte des faits constitue un cas particulier d'arbitraire. 18 Le Tribunal fédéral n'admettra le grief que si le tribunal cantonal n'a pas pris en compte, sans raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier le jugement contesté, lorsqu'il s'est manifestement trompé sur son sens et sa portée, ou encore lorsqu'en se fondant sur les éléments recueillis, il en a tiré des conclusions insoutenables. L'appréciation des preuves doit être arbitraire non seulement en ce qui concerne les motifs évoqués par le tribunal cantonal, mais également dans son résultat³². Par ailleurs, hormis le cas de l'arbitraire, les faits sont constatés en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF si le tribunal

27 ATF 143 III 290, c. 1.3; ATF 142 II 363.

28 ATF 139 V 600; ATF 133 V 645, c. 2.2.

29 TF, 7.4.2017, 8C_669/2016, c. 1; TF, 3.2.2016, 8C_911/2015, c. 1; TF, 25.9.2008, 8C_530/2008, c. 2; cf. également, ATF 133 IV 335, c. 4.

30 TF, 1.5.2014, 9C_207/2014, c. 1.

31 TF, 1.10.2015, 9C_647/2015, c. 3; voir toutefois TF, 17.4.2015, 9C_885/2014, c. 1.3, c. 5 (moyens auxiliaires).

32 ATF 136 III 552, c. 4.2; ATF 134 V 53, c. 4.3; CORBOZ, art. 97 N 29, N 37; MOSER-SZELESS, Le recours en matière de droit public, 345 s.

n'a pas appliqué correctement les règles relatives au fardeau de la preuve (art. 8 CC) et à l'obligation d'instruire d'office (art. 61 let. c LPGA; cf. art. 61 N 52 ss), des règles sur le droit à la preuve et à la manière d'administrer des preuves (droit d'être entendu; art. 61 N 67 ss), ou encore s'il a considéré être lié par une règle stricte d'appréciation d'un moyen de preuve contrairement au principe de libre appréciation des preuves (art. 61 let. c LPGA). On soulignera dans ce contexte, que le principe même de libre appréciation des preuves ne peut conduire à transformer l'établissement des faits en une question de droit³³; il s'oppose par ailleurs à l'interprétation des lignes directrices dégagées par la jurisprudence relative à la valeur probante d'un rapport médical comme des règles de droit au sens de l'art. 95 LTF (cf. art. 61 N 66). Si le tribunal cantonal a pris en considération la provenance d'un rapport médical dans le cadre d'une appréciation globale de sa valeur probante, dûment motivée, le Tribunal fédéral n'examine cette appréciation que si elle est entachée d'arbitraire. Il en va de même du refus du tribunal cantonal de compléter l'instruction par une nouvelle expertise sur la base d'une **appréciation anticipée des preuves**, lorsque le recourant soulève les griefs de violation de l'obligation d'instruire la cause d'office (art. 61 let. c LPGA) ou de violation du droit d'être entendu (droit à la preuve; cf. art. 61 N 67 ss, N 71)³⁴.

- 19 Le Tribunal fédéral n'est pas lié par les faits constatés en première instance lorsque le litige porte sur l'octroi ou le refus de **prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire** (art. 97 al. 2, art. 105 al. 3 LTF). Tel n'est pas le cas, selon la jurisprudence fédérale, d'un litige relatif au point de savoir si la victime d'un accident est au bénéfice d'une couverture d'assurance³⁵ ou d'un litige relatif aux modalités de paiement d'une prestation en espèces³⁶. La prise en charge d'un traitement médical en Suisse par l'assurance-accidents ou l'assurance militaire n'est pas une prestation en espèces, mais en nature (art. 14 LPGA)³⁷. Si le litige porte à la fois sur des prestations en espèces et en nature, le Tribunal fédéral constate avec un plein pouvoir d'examen les faits communs aux deux objets du litige, par exemple l'indemnité pour atteinte à l'intégrité et le traitement médical, et se fonde sur ces constatations pour statuer, en droit, sur ces deux points. En revanche, il ne revoit que dans les limites définies par les art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF les faits qui ne seraient pertinents que pour statuer sur le droit aux prestations en nature³⁸.

III. L'exécution des jugements rendus par les tribunaux cantonaux des assurances

- 20 L'art. 62 al. 2 LPGA déclare l'art. 54 LPGA applicable par analogie. Il découle de ce renvoi que les jugements cantonaux entrent en force et sont exécutoires s'ils ne font pas l'objet d'un recours au Tribunal fédéral dans le délai de 30 jours fixé par l'art. 100 al. 1 LTF. Si un recours est interjeté, il n'a en principe pas d'effet suspensif (art. 103 al. 1 LTF), de sorte qu'il n'empêche pas le caractère exécutoire du jugement cantonal. Le juge instructeur du Tribunal fédéral peut toutefois attribuer l'effet suspensif au recours, d'office ou sur requête d'une partie (art. 103 al. 3 LTF).

33 ATF 140 III 264; TF, 18.5.2012, 5A_250/2012, c. 7.4; ATF 132 V 393, c. 4.1; CORBOZ, art. 97 N 33.

34 ATF 140 I 285, c. 6.3.1; TF, 11.1.2010, 8C_15/2009, c. 3.2.

35 ATF 141 V 313, c. 1; 135 V 412.

36 ATF 140 V 136.

37 ATF 140 V 130, c. 2.

38 TF, 2.8.2017, 8C_656/2016, c. 2; TF, 2.7.2010, 8C_584/2009, c. 4.

Chapitre 5: Règles de coordination

Section 1: Coordination des prestations

Art. 63

Généralités	<p>¹ Les règles de coordination prévues dans la présente section s'appliquent aux prestations allouées par plusieurs assurances sociales.</p> <p>² L'AVS et l'AI sont considérées comme une seule assurance sociale.</p> <p>³ La coordination des prestations d'une même assurance sociale est régie par la loi spéciale concernée.</p>
Allgemeines	<p>¹ Die Koordinationsbestimmungen dieses Abschnitts beziehen sich auf Leistungen verschiedener Sozialversicherungen.</p> <p>² Die Alters- und Hinterlassenenversicherung und die Invalidenversicherung gelten zusammen als eine Sozialversicherung.</p> <p>³ Die Koordination von Leistungen innerhalb einer Sozialversicherung richtet sich nach dem jeweiligen Einzelgesetz.</p>
In generale	<p>¹ Le regole di coordinamento della presente sezione si applicano alle prestazioni delle singole assicurazioni sociali.</p> <p>² L'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti e l'assicurazione per l'invalidità sono considerate insieme come un'unica assicurazione sociale.</p> <p>³ Il coordinamento delle prestazioni all'interno di un'assicurazione sociale è retto dalla singola legge interessata.</p>

Plan

	N
I. Remarques préliminaires aux art. 63 à 71	1
A. Généralités	1
B. Les modes de coordination	5
C. Les techniques de coordination	14
D. Les principes de coordination	28
E. La systématique des art. 63 à 71	44
II. La coordination des prestations d'assurances sociales (art. 63)	47
A. Le régime de la coordination intersystémique (al. 1)	47
B. L'AVS/AI (al. 2)	51
C. La coordination intrasystémique (al. 3)	54

Bibliographie

ARNOLD PETER, Die neuere Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zur (Leistungs-)Koordination im Überblick, in Schaffhauser/Kieser (éd.), Sozialversicherungsrechtliche Leistungskoordination, Grundlagen, aktuelle Entwicklungen, Perspektiven, St-Gall 2006, 159 ss; BECK HANS, Militärversicherung und Allgemeiner Teil, RSAS 2003 261 ss; BECK PETER, Zusammenwirken von Schadenausgleichssystemen, in Münch/Geiser (éd.), Schaden – Haftung – Versicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bäle *et al.* 1999, 235 ss (cité: Schadenausgleichssystemen); BECK PETER, Koordinationsprinzipien auf dem Prüfstand, in HAVE (éd.), Personen-Schaden-Forum 2006, Zurich 2006, 237 ss (cité: Koordinationsprinzipien); BECK PETER, Zusammenwirken

von Schadenausgleichsystemen, in Weber/Münch (éd.), Haftung und Versicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis, 2^e éd., Bâle et al. 2015, 251 ss; CADERAS CLAUDIA, Koordination von Krankentagegeldleistungen, Koordinations- und Übererschädigungsfragen beim Zusammenfallen von Leistungen der freiwilligen Krankentagegeldversicherung mit Erwerbsausfallentschädigungen des Sozialversicherungsrechts, HAVE Schriftenreihe Band/Nr. 8, Zurich 2016, 106 ss; DUC JEAN-LOUIS, Subrogation et surindemnisation en droit des assurances sociales, in Kahil-Wolff/Wyler (éd.), Assurance sociale, responsabilité de l'employeur, assurance privée – Psychothérapie déléguée – LAMal: soins à domicile, soins en EMS, Berne 2005, 43 ss (cité: Subrogation); DUC JEAN-LOUIS, Des règles de coordination dans le domaine des assurances sociales en droit suisse: l'apport de la LPG et ses limites, in Kahil-Wolff (éd.), Quoi de neuf en droit social?, IRAL vol. 34, Berne 2009 (cité: Coordination); DUC JEAN-MICHEL, L'allocation de maternité et la coordination avec les autres prestations des assurances, PJA 2005 1010 ss (cité: Allocation); DUC JEAN-MICHEL, Chômage: coordination assurance-chômage et AVS – 8 al. 1 lettre d LACI, coordination assurance-chômage et prévoyance professionnelle – 18c LACI, retraite anticipée, imputation: avances AVS ou versement d'un capital vieillesse LPP: ATF du 28 août 2008 – 8C_566/2007 (LACI), ASS 4/2008 48 s.; FRÉSARD-FELLY GHISLAINE, La concordance des droits, in Werro/Probst (éd.), Journées du droit de la circulation routière 2008, Université de Fribourg, Berne 2008, 91 ss (cité: Concordance); FRÉSARD JEAN-MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, L'assurance-accidents obligatoire, in Meyer (éd.), SBVR, 885 ss (cité: Assurance-accidents obligatoire); FRÉSARD-FELLY GHISLAINE, La concordance temporelle des droits et ses écueils, REAS 2016 373 ss (cité: Concordance temporelle); GÄCHTER THOMAS, Grundlegende Prinzipien des Koordinationsrechts, in Schaffhauser/Kieser (éd.), Sozialversicherungsrechtliche Leistungskoordination – Grundlagen, aktuelle Entwicklungen, Perspektiven, St-Gall 2006, 9 ss (cité: Prinzipien); HÜRZELER MARC/CADERAS CLAUDIA, Kongruenz – Wie allgemein ist der Rechtsgrundsatz?, REAS 2016 364 ss; KIESER UELI, Die Taggeldkoordination im Sozialversicherungsrecht, PJA 2000 249 ss (cité: Taggeld); KIESER UELI, Leistungsrechtliche Koordination im Sozialversicherungsrecht: einige Anfragen an die Rechtsetzung, in Schaffhauser/Kieser (éd.), Sozialversicherungsrechtliche Leistungskoordination, St-Gall 2006, 251 ss (cité: Koordination); KIESER UELI, Leistungsordination im Sozialversicherungsrecht: ein Leitfaden für die Praxis, in Kieser/Lenders (éd.), JaSo 2013, Zurich/St-Gall 2013, 213 ss; KIESER UELI, Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), in Meyer (éd.), SBVR, 245 ss (cité: SBVR); KOHLER NATHALIE, Surindemnisation choquante dans la LAA en cas de salaire résiduel, RSAS 1987 288 ss (cité: Surindemnisation); KÜBLER STÉPHANE, Erfahrungsbericht aus der Unfallversicherung, in Schaffhauser/Kieser (éd.), Sozialversicherungsrechtliche Leistungskoordination, St-Gall 2006, 107 ss; KUNZ NICOLE, Koordination von Sach- und Geldleistungen, die Hilflosenentschädigung aus Sicht der Krankenversicherung, Assurance sociale suisse 2/2016, 37 s.; LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, Übererschädigungsfragen beim Zusammentreffen von Rentenleistungen der Unfallversicherung mit Leistungen der beruflichen Vorsorge: die Entwicklung von Art. 24 f. BVV 2 und die Folgen der Änderungen bei der inter- und extrasystemischen Koordination, in Fuhrer et al. (éd.), Droit de la responsabilité civile et des assurances, Liber Amicorum Roland Brehm, Berne 2012, 235 ss (cité: Übererschädigungsfragen); LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Die Leistungskoordination gemäss Art. 63-71 ATSG, in Schaffhauser/Kieser (éd.), 155 ss (cité: Leistungskoordination); MEYER ULRICH, Allgemeine Einführung, in Meyer (éd.), SBVR, 1 ss (cité: Einführung); MONNARD SÉCHAUD CORINNE, Coordination intersystémique: la concordance en pratique, REAS 2012 279 (cité: REAS 2012); PERRENOUD STÉPHANIE, Soins à l'hôpital, soins à domicile et soins en EMS: quelles différences?, RSAS 2015 415 ss et 524 ss (cité: Soins); SCHLAURI FRANZ, Der zumutbare Resterwerb in der Übererschädigungsberechnung der Sozialversicherungen, in Kahil-Wolff/Greber/Caçi (éd.), Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc, Lausanne 2001, 276 ss (cité: Resterwerb); SCHLAURI FRANZ, Zur Frage der Kompensation von Selbstverschuldenskürzungen in der Übererschädigungsberechnung der Sozialversicherungen, in Schaffhauser/Schlauri (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2007, St-Gall 2007, 167 ss (cité: Selbstverschuldenskürzungen); SCHLAURI FRANZ, Koordinationsfragen in der Unfallversicherung: de lege lata und ferenda, RSAS 2008 223 ss (cité: RSAS 2008); SEILER HANSJÖRG, Koordination von Sozialversicherungssystemen? Praktische Fragen, RJB 2011 39 ss.

I. Remarques préliminaires aux art. 63 à 71

A. Généralités

Le droit suisse des assurances sociales connaît une **pluralité de régimes d'assurances sociales** qui ont été adoptés successivement au cours du 20^e siècle. Il comprend actuellement onze régimes, basé chacun sur une réglementation spécifique¹, sans compter les protections sociales relevant des législations cantonales. Il n'y a dès lors pas de conception d'ensemble de la sécurité sociale² mais une approche pragmatique, régime par régime, sans que ceux-ci s'appuient sur un concept identique (Introduction générale N 11 ss). Il en découle les effets suivants:

- les champs d'application personnel et matériel des divers régimes se recoupent fréquemment³;
- un risque (ou une éventualité) peut être couvert par plusieurs régimes. Par exemple, le risque accident est couvert par l'assurance-accidents, l'assurance militaire, l'assurance-maladie (à titre subsidiaire), l'assurance-invalidité et la prévoyance professionnelle⁴;
- si un risque est couvert par plusieurs régimes, ces divers régimes versent souvent les mêmes prestations (prestations en nature, indemnités journalières, rentes)⁵. Par exemple, un salarié devenu invalide à la suite d'un accident peut souvent prétendre à des indemnités journalières de l'assurance-accidents (art. 16 al. 1 LAA), à des indemnités journalières de l'assurance-invalidité (art. 22 al. 1 *i. f.* LAI), ainsi qu'à une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité (art. 28 LAI), de l'assurance-accidents (art. 18 al. 1 LAA) et de la prévoyance professionnelle (art. 23 let. a LPP);
- enfin, une personne assurée peut subir plusieurs risques⁶. Par exemple, un veuf au bénéfice d'une rente de survivant devient invalide. Or les risques décès et invalidité ouvrent tous deux le droit à des rentes.

Le besoin de coordination des prestations est dès lors patent: il importe que les divers régimes interviennent de manière concertée, en évitant tant les lacunes de couverture que la surindemnisation de la personne assurée⁷.

La LPGA vise plusieurs objectifs généraux de coordination du droit fédéral des assurances sociales, décrits par l'art. 1 (art. 1 N 4 ss).

Contrairement à ce que laisse entendre le texte de l'art. 1 let. c, **la LPGA n'harmonise pas les prestations d'assurances sociales**⁸. Elle contient certes une dimension harmonisante ou unificatrice dans la mesure où elle fournit des définitions légales communes à plusieurs assurances sociales (art. 3-13 LPGA: notions de maladie, d'accident, d'invalidité, d'impotence etc.) et contient un certain nombre de dispositions générales concernant les prestations (art. 14-26 LPGA: distinction entre prestations en nature et en espèces, révision des rentes d'invalidité etc). Toutefois le chapitre 5 section 1 (art. 63-71

1 AVS/AI, PC, prévoyance professionnelle, AA, AMal, AM, AC, APG en cas de service, AMat, AFam et allocations familiales dans l'agriculture. Cf. aussi MEYER, Einführung, N 3; KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 2.

2 GNAEGI, 37 ss.

3 LEUZINGER-NAEF, Leistungskoordination, 157.

4 BECK P., Schadenausgleichsystemen I, N 6 s.

5 SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 23 N 7.

6 SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 23 N 10 ss.

7 SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 23 N 15.

8 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 450 N 8.

LPGA), consacré à la coordination des prestations, contient uniquement des règles de coordination et non d'harmonisation: ces dispositions laissent subsister la réglementation des différents régimes. En particulier, les conditions d'octroi, les types de prestations (indemnités journalières, rentes, etc.) et leur mode de calcul demeurent entièrement régis par les lois spéciales.

B. Les modes de coordination

- 5 L'apport de la LPGA en matière de coordination est plus ou moins marqué selon les modes de coordination. Sur ce point, jurisprudence⁹ et doctrine¹⁰ opèrent généralement une distinction entre trois types ou modes de coordination différents en matière d'assurances sociales: la coordination intrasystémique (1), intersystémique (2) et la coordination extrasystémique (3).

1. La coordination intrasystémique

- 6 La coordination intrasystémique («*die intrasystemische Koordination*») coordonne les prestations d'un même régime d'assurance sociale.
- 7 La LPGA ne prévoit pas de règles de coordination intrasystémique¹¹ mais renvoie à **la loi spéciale d'assurance sociale** à appliquer (art. 63 al. 3; N 54)¹². **Dans le domaine de l'assurance-accidents** par exemple, le rapport entre l'indemnité journalière et la rente d'invalidité constitue une question de coordination intrasystémique. L'art. 19 al. 1 LAA prévoit en effet que le droit à l'indemnité journalière cesse dès la naissance du droit à la rente, lequel prend naissance lorsqu'il n'y a plus lieu d'attendre de la continuation du traitement médical une sensible amélioration de l'état de santé de l'assuré et que les mesures de réadaptation de l'AI ont été menées à terme. La coordination des frais de traitement et de l'allocation pour impotent est également une question de coordination intrasystémique. A ce sujet, le Tribunal fédéral a retenu que la prise en charge de prestations pour soins de l'assureur-accidents après le passage à la rente (art. 21 let. d LAA) ne faisait pas obstacle au maintien du droit de l'assuré à une indemnité pour impotence grave¹³.
- 8 La coordination intrasystémique revêt essentiellement de l'importance pour l'AVS/AI qui est considérée comme une seule assurance sociale (art. 63 al. 2 LPGA); les deux lois contiennent dès lors de nombreuses dispositions de coordination¹⁴.
- 9 Des questions de coordination intrasystémique se posent également dans le domaine de la prévoyance professionnelle, en particulier lorsque diverses institutions sont appelées à allouer des prestations consécutivement à la survenance du même risque¹⁵.

9 ATF 134 III 489, c. 4, JdT 2008 I 476; en assurances sociales par ex.: TF, 20.12.2006, 5C.246/2006, c. 3.1.

10 LOCHER/GÄCHTER, § 60 N 3; LEUZINGER-NAEF, *Leistungscoordination*, 165 et n. 22; KIESER/LANDOLT, N 643 ss.

11 Sous réserve de l'art. 67 LPGA.

12 KIESER, *ATSG-Kommentar*, art. 63 N 2 et 7; LOCHER/GÄCHTER, § 60 N 4.

13 ATF 124 V 52, c. 4 et les réf. cit.; TF, 18.4.2013, 8C_332/2012, c. 1.

14 Cf. p.ex. art. 43 LAI, art. 24b et 37^{bis} LAVS. Cf. aussi KIESER/LANDOLT, N 644.

15 Art. 26 LPP; HÜRZELER, *in* Schneider/Geiser/Gächter (éd.), art. 26 LPP; ATF 138 V 227.

2. La coordination intersystémique

La coordination intersystémique («*die intersystemische Koordination*») coordonne les prestations **entre les divers régimes d'assurance sociale**¹⁶; il y a matière à coordination intersystémique des prestations des assureurs sociaux lorsque deux d'entre eux au moins interviennent¹⁷. C'est le cas par exemple en présence d'un concours de prestations de l'AC et de l'AI (art. 95 LACI). Le concours de prestations de deux ou plusieurs régimes est fréquent, du fait de l'assujettissement plural. **C'est ce type de coordination que vise principalement la LPGA**¹⁸, en prévoyant à son art. 1 let. c «l'harmonisation des prestations» régie par **les art. 63 à 71 LPGA**, qui forment, sous le titre «Coordination des prestations» la première section du chapitre 5 (Règles de coordination) de la LPGA¹⁹.

Bien que la LPGA soit le siège de la matière s'agissant des règles de coordination intersystémique, elle ne règle pas tous les cas possibles de concours de prestations de plusieurs assureurs sociaux. En effet, les règles de la LPGA laissent subsister un grand nombre de règles contenues dans les lois (LAI, LAVS, LAA, etc.) et ordonnances (RAI, RAVS, OLAA, etc.) spéciales, qui dérogent à la LPGA ou la complètent. On peut mentionner en particulier le système des rentes complémentaires de l'assurance-accidents (art. 20 al. 2 et 31 al. 4 LAA)²⁰ qui déroge à l'art. 66 LPGA ou l'hypothèse du droit concomitant aux indemnités journalières à l'égard de plusieurs assurances sociales²¹ (p.ex. art. 16 al. 3 LAA et art. 16g LAPG) que la LPGA n'aborde pas.

3. La coordination extrasystémique

La coordination extrasystémique («*die extrasystemische Koordination*») vise la coordination des prestations des assureurs sociaux **avec des prestations ou réparations dues en vertu d'autres régimes** d'indemnisation du préjudice corporel. Elle coordonne tout d'abord les prestations des assureurs sociaux avec les réparations dues en vertu du droit de la responsabilité civile. Elle est régie pratiquement exclusivement par les art. **72 à 75 LPGA** qui ont unifié le recours subrogatoire de l'assurance sociale²².

Toutefois, la coordination extrasystémique concerne également la coordination des prestations des assurances sociales avec celles des assurances privées de dommages²³, avec l'obligation de l'employeur de verser le salaire²⁴, ou l'indemnité de l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), ainsi que les contributions de l'aide sociale²⁵. Sous cette désignation, on peut également inclure la coordination avec d'autres indemnités qui n'ont pas pour but de couvrir un dommage, par exemple des contributions d'entretien du droit de

16 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 63 N 2 ss.

17 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Tables 75 ss; LEUZINGER-NAEF, Leistungskoordination, 155 ss.

18 LEUZINGER-NAEF, Leistungskoordination, 168 s.

19 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 63 N 4 ss.

20 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 265 ss.

21 KIESER, Taggeld, 249 ss; DUC, Allocation, 1010 ss.

22 Cf. néanmoins l'art. 79 LAMal qui exclut, dans l'assurance-maladie, l'application du privilège de l'employeur selon l'art. 75 al. 2 LPGA et constitue ainsi une exception à l'uniformisation de la subrogation des assurances sociales contre le tiers responsable.

23 DUPONT, 396 ss.

24 Art. 324a et 324b CO. Pour une présentation générale de ce thème: WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014, 193 ss, 208 ss et 262 ss.

25 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 537 ss N 198-221.

la famille (cf. not. art. 285 al. 2^{bis} CC)²⁶. Cette coordination ne ressortit pas à la LPGA ; elle est régie par des sources diverses (loi, contrat).

C. Les techniques de coordination

- 14 A l'intérieur de chaque type ou mode de coordination, on trouve un nombre variable de techniques²⁷ permettant de coordonner les prestations allouées en concours de deux ou de plusieurs payeurs.

1. Le cumul

- 15 En coordination intersystémique, la règle du cumul (« *die Kumulation* ») postule que les prestations de deux ou de plusieurs payeurs entrant en ligne de compte sont cumulables. On distingue le cumul absolu du cumul conditionnel. Le cumul absolu n'est pas consacré par la loi car il heurte le principe de solidarité de l'assurance sociale²⁸.
- 16 Une forme particulière de cumul, le **cumul conditionnel** (« *die bedingte Kumulation* »), s'applique aux prestations en espèces, qu'il s'agisse des prestations de rente (art. 66 LPGA) ou du concours d'indemnités journalières et de rentes (art. 68 LPGA). Les prestations sont cumulables à condition qu'elles ne dépassent pas un certain plafond ou limite de surindemnisation (« *Überentschädigungsgrenze* ») (art. 69 LPGA)²⁹. La prestation est réduite par l'assurance qui n'est pas prioritaire.

2. La priorité

- 17 En matière de coordination intersystémique, le concours de prestations peut être assorti d'un ordre de priorité. La priorité (« *die Priorität* ») peut être absolue (exclusivité ou encore primauté) ou relative³⁰.
- 18 Contrairement au cumul absolu, la priorité **absolue** est prévue par la loi³¹. Elle implique qu'une prestation soit accordée, sans cumul possible, selon un ordre de priorité fixé par la loi. C'est le cas pour les frais de traitement (art. 64 al. 1 LPGA) et les allocations pour impotent (art. 66 al. 3 LPGA).
- 19 La priorité est dite **relative** lorsqu'une prestation est accordée en priorité par un assureur sans que soit exclue l'intervention d'un autre assureur qui alloue une prestation plus étendue. Cette technique s'applique aux moyens auxiliaires et aux mesures de réadaptation (art. 65 LPGA).

26 LOCHER/GÄCHTER, § 60 N 3.

27 Il ne s'agit pas de principes au sens juridique du terme mais d'« instruments » ou de « techniques » au sens fonctionnel (SCHLAURI, Koordinationsrecht, 34 ss).

28 Dans le régime de la prévoyance professionnelle, les rentes de vieillesse peuvent être cumulées avec les rentes de l'assurance-vieillesse et survivants sans que la loi n'institue de plafond de surindemnisation (art. 34a al. 1 LPP *a contrario*) ; il ne s'agit toutefois pas de cumul absolu puisque la coordination a été opérée antérieurement par le biais du salaire coordonné (art. 8 LPP).

29 La limite de surindemnisation de l'art. 69 al. 2 LPGA ne s'applique pas à tous les cas de cumul de prestations en espèces. Les lois spéciales connaissent de nombreuses dérogations (art. 69 N 32).

30 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 465 N 34.

31 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 80.

3. La complémentarité

La LPGA laisse également subsister une autre technique qui était déjà appliquée antérieurement: la complémentarité («*die Komplementarität*»)³². Selon cette technique, si la personne assurée a droit à une prestation d'un régime, **une prestation complémentaire d'un second régime** lui est allouée jusqu'à concurrence d'une limite de surindemnisation. Ce principe est proche de celui du cumul conditionnel. Il s'en distingue toutefois sur un point: lorsque les conditions d'octroi de la prestation complémentaire sont remplies, la prestation complémentaire **remplace** la prestation ordinaire de ce régime³³.

La technique de la complémentarité s'applique **au concours des rentes de l'AVS/AI et de l'assurance-accidents**. Selon l'art. 20 al. 2 LAA en effet, si l'assuré a droit à une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité, ou à une rente de l'assurance-vieillesse et survivants, une rente complémentaire lui est allouée; cette rente correspond à la différence entre 90% du gain assuré et la rente de l'assurance-invalidité ou de l'assurance-vieillesse et survivants, mais au plus au montant prévu pour l'invalidité totale ou partielle³⁴. De manière analogue à l'art. 20 al. 2 LAA, l'art. 31 al. 4 LAA prévoit un système de rentes complémentaires de survivants. Si les survivants ont droit à des rentes de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité, l'assurance-accidents leur alloue une rente complémentaire dont le montant correspond à la différence entre 90% du gain assuré et la rente de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité, mais au maximum au montant prévu pour la rente de survivant entrant en considération³⁵.

4. La prestation préalable

Il n'est souvent pas clair d'emblée laquelle de deux ou de plusieurs assurances doit accorder ses prestations dans un cas donné. Cette situation est peu satisfaisante lorsqu'il est certain que l'une d'elles au moins doit intervenir. La situation peut notamment se produire entre l'assurance-accidents et l'assurance-maladie. C'est la raison pour laquelle l'art. 70 LPGA prévoit la technique de la prestation préalable («*die Vorleistung*»). Une assurance est chargée de **l'avance des prestations** selon un ordre de priorité prévu par la loi³⁶.

5. La subrogation

La subrogation («*die Subrogation*») **transfère les droits de la personne assurée à l'assureur subrogé, jusqu'à concurrence des prestations versées**. Cette technique s'applique à la coordination des prestations d'assurances sociales et des indemnisations dues en droit de la responsabilité civile par le responsable de l'événement dommageable (coordination extrasystémique, art. 72 al. 1 LPGA; pour la prévoyance professionnelle obligatoire: art. 34b LPP)³⁷. Par conséquent la personne assurée ne peut pas cumuler les

32 SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 23 N 40; SCHLAURI, RSAS 2008, 241.

33 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 464 N 31.

34 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 265 ss.

35 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 351 ss.

36 S'agissant de l'avance de l'indemnité journalière par l'assureur privé, soumis au régime de la LCA, une convention lie l'ASA, la CNA et santésuisse. Elle est accessible à l'adresse <www.koordination.ch/fileadmin/files/ad-hocf/1996/obligation.pdf>; consulté le 11.4.2018). Cf. ég. la recommandation ad hoc des assureurs LAA 1/96 qui peut être consultée à la même adresse.

37 FRÉSARD-FELLAY, Le recours subrogatoire, N 328 ss; FRÉSARD-FELLAY, in Schneider/Geiser/Gächter (éd.), art. 34b LPP.

prestations de l'assureur social avec des indemnités dues par le responsable. Elle conserve la possibilité d'agir contre l'auteur pour le seul dommage non couvert par l'assureur. Cette méthode évite la surindemnisation de la personne assurée sans décharger la personne responsable.

- 24 Avant d'exercer leur subrogation à l'encontre du responsable, les assureurs sociaux doivent coordonner leurs prestations (coordination intersystémique). A défaut, les prestations qui excèdent le dommage réparable sont soumises à la règle du cumul en faveur de la personne assurée. Concrètement cela signifie que la personne assurée pourra cumuler les prestations sociales excédentaires et l'indemnité due par le tiers responsable.

6. Les autres techniques de coordination

- 25 La coordination **intrasystémique** connaît les techniques de coordination les plus variables en fonction des spécificités des différents régimes³⁸. La plupart d'entre elles se trouvent dans l'AVS/AI qui sont considérées comme une seule branche d'assurance sociale (art. 63 al. 2). On mentionnera ici, à titre d'exemple:
- art. 24b LAVS: si une personne remplit simultanément les conditions d'octroi d'une rente de veuve ou de veuf et d'une rente de vieillesse ou d'une rente en vertu de la LAI, seule la rente la plus élevée est versée;
 - art. 29 al. 2 LAI: le droit à la rente d'invalidité ne prend pas naissance tant que l'assuré peut faire valoir son droit à une indemnité journalière au sens de l'art. 22 LAI;
 - art. 19 al. 1, 2^e phrase, LAA: le droit au traitement médical et aux indemnités journalières cesse dès la naissance du droit à la rente;
 - art. 74 al. 2, 2^e phrase, LAMal: les indemnités journalières en cas de maternité ne peuvent être imputées sur la durée d'indemnisation concernant les indemnités journalières en cas de maladie (art. 72 al. 3 LAMal) et doivent être allouées même si cette durée est expirée.
- 26 Les lois et ordonnances spéciales connaissent d'autres techniques de coordination **intersystémique** moins répandues que le cumul, la priorité et la complémentarité. On peut mentionner en particulier:
- le cumul avec répartition par quotes-parts: en cas de concours de prestations de l'assurance-accidents avec celles de l'assurance militaire, chaque assurance verse une fraction des rentes, des indemnités pour atteinte à l'intégrité et des allocations pour imputé (art. 103 al. 1 LAA);
 - l'exclusivité avec garantie des droits acquis: l'allocation de maternité exclut le versement des indemnités journalières de l'assurance-chômage, de l'assurance-invalidité, de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire (et du régime des allocations des art. 9 et 10 LAPG); toutefois, si l'allocation de maternité remplace une indemnité journalière, le montant de l'allocation de maternité s'élève au moins au montant de l'indemnité journalière versée jusqu'alors conformément à la LAI, la LAMal, la LAA, la LAM ou la LACI (art. 16g LAPG).
- 27 En coordination **extrasystémique**, on rencontre, en plus de la subrogation de l'assureur social contre le tiers responsable, également d'autres techniques moins fréquentes³⁹. C'est en particulier le cas de la **subsidiarité**. Ce mécanisme permet au second payeur de refuser de verser les prestations auxquelles il est tenu, si et dans la mesure où un premier

38 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 487 ss N 70 ss; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 22 N 60 ss.

39 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 469 ss N 42 ss.

payeur verse les siennes. La subsidiarité s'applique, en concours avec des prestations d'assurances sociales, à l'**aide sociale**⁴⁰ et à l'**indemnité due aux victimes d'infractions** (art. 4 al. 1 LAVI)⁴¹. L'**obligation de l'employeur de continuer à verser le salaire** d'un travailleur incapable de travailler (art. 324a CO) est également subsidiaire par rapport à l'obligation des assurances sociales de verser un revenu de remplacement (art. 324b CO). En effet, l'article 324b CO lève l'obligation de l'employeur de continuer à verser le salaire du travailleur, lorsque celui-ci est au bénéfice de prestations versées par une assurance obligatoire et que ces prestations couvrent 80 % du salaire afférent à la période considérée⁴².

D. Les principes de coordination

Toute l'économie générale de la coordination, telle que comprise en droit suisse des assurances sociales, repose en fait sur deux principes, partiellement codifiés par la LPGA : l'interdiction de la surindemnisation (1) et la concordance des droits (2). On peut y ajouter un autre principe qui n'est pas codifié : la non-compensation par un tiers assureur d'une réduction à raison d'une faute (3). 28

1. L'interdiction de la surindemnisation

a) La notion

On parle de **surindemnisation** (« *Überentschädigung* ») lorsque la personne lésée reçoit des prestations qui dépassent en valeur économique la couverture totale du dommage effectivement subi⁴³. Une telle surindemnisation résulte le plus souvent d'une coexistence de plusieurs sources de prestations indemnitaires. Elle peut toutefois également être engendrée par l'existence d'une surassurance (« *Überversicherung* ») au sens étroit lorsque l'ayant droit bénéficie d'une seule prestation d'assurance dont la valeur dépasse à elle seule le montant du dommage encouru (cf. aussi art. 51 LCA). Dans les deux cas, l'ayant droit se trouve enrichi après la réalisation du risque⁴⁴. 29

L'**interdiction de la surindemnisation** vise à empêcher que l'ayant droit ou ses survivants se trouvent enrichis du fait de la survenance de l'éventualité assurée. Elle se mesure par comparaison de la situation de l'intéressé avant et après la survenance de l'éventualité en cause. En coordination extrasystémique, on parle également de principe indemnitaire : la victime ne doit pas être indemnisée au-delà de la perte économique qu'elle subit effectivement. 30

En droit des assurances sociales, la lutte contre la surindemnisation est une préoccupation ancienne. En effet, au début du 20^e siècle déjà, la LAMA consacrait une disposition dans ce sens. L'art. 26 LAMA prévoyait que « les Caisses [étaient] tenues de veiller à ce que l'assurance ne devienne pas une source de gain pour leurs membres malades »⁴⁵. Cette interdiction a ensuite trouvé son assise légale à l'**art. 69 LPGA**. 31

40 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 551 N 219.

41 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 552 N 220.

42 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 545 ss N 206 ss.

43 MAURER, Cumul, 20.

44 On parlait antérieurement indifféremment de surindemnisation, de surassurance ou d'enrichissement ; le terme de surindemnisation paraît s'être imposé à la suite du rapport publié en 1976, émanant du groupe de travail institué par la SSDA, sous la présidence d'Alfred Maurer.

45 KOHLER, Surindemnisation, 288 ss.

b) Un principe général du droit des assurances sociales ?

- 32** Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LPGA, la **jurisprudence ne considérait pas l'interdiction de la surindemnisation comme un principe général du droit des assurances sociales**⁴⁶. Le Tribunal fédéral observait que la notion de surindemnisation n'était pas comprise de la même manière dans les différentes lois d'assurances sociales et que par conséquent il n'existait pas de principe de portée générale qui prohibait le versement de prestations dépassant le montant du dommage subi par l'assuré⁴⁷. Autrement dit, en l'absence de règle spéciale de coordination, les prestations de plusieurs assurances sociales pouvaient être cumulées⁴⁸. La doctrine était majoritairement d'un autre avis⁴⁹.
- 33** **L'art. 69 al. 1 LPGA n'apporte pas d'innovation majeure** sur ce point, – quand bien même le législateur entendait trancher le débat en faveur d'un principe général⁵⁰ –, pour plusieurs raisons⁵¹:
- cette disposition s'applique au seul concours de prestations versées par plusieurs assurances sociales (coordination intersystémique)⁵²;
 - elle ne s'applique ni aux situations qui relèvent de la coordination intrasystémique, régie par les lois spéciales (en particulier au concours des rentes de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité⁵³), ni à la coordination extrasystémique régie par les art. 72 à 75 LPGA et par des normes légales ou contractuelles⁵⁴;
 - elle ne s'applique pas à la prévoyance professionnelle, qui n'est pas soumise à la LPGA (sauf exceptions)⁵⁵;
 - de plus, en coordination intersystémique, il existe de très nombreuses dispositions de coordination spéciales qui s'écartent de l'art. 69 LPGA. Par exemple, en concours de rentes AVS/AI et d'une rente d'invalidité de l'assurance-accidents, le législateur fixe un plafond de surindemnisation spécifique (90 % du gain assuré en LAA) et ne prend pas en compte le revenu résiduel, tolérant ainsi dans certains cas un gain d'assurance (art. 20 al. 2 LAA);
 - enfin et surtout, les prestations d'assurances sociales ont un caractère essentiellement forfaitaire⁵⁶. La survenance d'un risque social étant liée généralement à un dommage, ce dommage est présumé dans un cas particulier et les prestations ne sont pas subordonnées à la preuve d'un dommage concret (p.ex. l'octroi d'une rente de vieillesse de l'assurance-vieillesse et survivants n'exige pas que le bénéficiaire ait mis fin à son activité professionnelle). Dès lors, des situations de surindemnisation sont inhérentes au système. Ainsi, la victime d'un accident, incapable de travailler, reçoit une indemnité journalière de l'assurance-accidents même si, sans la survenance de l'accident, elle eût cessé toute activité (pour raison d'âge p.ex.)⁵⁷. De la même manière, les prestations de

46 ATF 128 V 243, c. 2a et réf. cit. ; PETER E., 150.

47 ATF 107 V 211.

48 ATF 128 V 243, c. 2a.

49 ATF 113 V 140. Voir, au sujet de la controverse doctrinale: RUMO-JUNGO, Thèse d'habilitation, N 939 ss.

50 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4291.

51 GÄCHTER, Grundstrukturen, 88 s.

52 LEUZINGER-NAEF, Leistungscoordination, 182; DUPONT, 385.

53 KIESER, SBVR, N 383.

54 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 101 N 57; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 69 N 7.

55 ATF 130 V 78; KIESER, SBVR, N 382; DUC J.-L., Subrogation, 49 s.

56 MEYER, Einführung, N 43.

57 Dans un autre sens: ATF 130 V 35; toutefois cet arrêt est critiqué en doctrine (not. par KIESER [PJA 2004 189 ss]).

survivants des assurances sociales allouées au conjoint ne sont pas subordonnées à l'existence d'une perte de soutien au sens de l'art. 45 CO et, dans les faits, excèdent fréquemment le dommage subi.

Si un principe général prohibant la surindemnisation n'existe pas dans le domaine des assurances sociales⁵⁸, il s'agit d'une **idée générale**, d'un **postulat éthique** qui inspire le développement et l'application du droit⁵⁹. Ce postulat est d'ailleurs à la base du droit de la coordination. Dans ce sens, il revêt une importance majeure: il doit inspirer le législateur et le juge appelés à examiner les règles qui régissent la coexistence des assurances sociales, la coordination de leurs prestations et à apporter des réponses aux questions d'interaction non encore résolues. **34**

2. La concordance des droits

a) La notion

En présence d'une pluralité de prestations, on peut opérer un calcul de surindemnisation selon deux méthodes: **35**

- selon **la méthode globale**, on prend en compte toutes les prestations sociales reçues pendant une période donnée et on les compare au dommage éprouvé pendant la même période⁶⁰. Si les prestations excèdent la limite de surindemnisation fixée par la loi, il y a lieu à réduction;
- **la méthode de la concordance des droits** suppose que l'on structure les prestations des diverses assurances sociales: seules les prestations d'un but et d'un type analogues, allouées à la même personne, pour le même événement dommageable et pour la même période sont prises en considération⁶¹. Cette méthode a ainsi une fonction de filtre⁶²: les prestations non concordantes ne sont pas prises en compte dans les opérations de coordination. La règle de la concordance des droits figure à **l'art. 69 al. 1, 2^e phrase, LPG**.

b) Les conditions

De manière générale, le principe de la concordance des droits impose **une comparaison** entre les prestations en cause. Même s'ils ne figurent pas tous dans les textes, il est généralement admis que la comparaison s'effectue **à l'aide de quatre critères** (art. 69 N 16 ss)⁶³. Ils constituent les conditions posées pour admettre l'existence d'une concordance entre les prestations concomitantes: le critère fonctionnel, le critère temporel, le critère personnel et le critère événementiel. Les prestations sociales en concours concordent, lorsque les assureurs sociaux sont tenus à prestations de mêmes nature et but, pour la même période, pour la même personne et pour le même événement dommageable. **36**

58 ATF 134 III 489, c. 4.2; ATF 135 V 29, c. 4.3; FRÉSARD-FELLAY, Le recours subrogatoire, N 432; GÄCHTER, Prinzipien, 45.

59 FRÉSARD-FELLAY, Le recours subrogatoire, N 435.

60 Rapport SSDA, 56.

61 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 476; GÄCHTER, Prinzipien, 32 s.

62 BECK P., Koordinationsprinzipien, 255.

63 ATF 131 III 360, c. 7.2, SJ 2005 I 333, JdT 2005 I 502; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 476; LÄUBLI ZIEGLER, Überentschädigungsfragen, 171 s.

- 37 L'art. 69 al. 1, 2^e phrase consacre ainsi expressément la concordance événementielle (« en raison de l'événement dommageable »), la concordance matérielle ou fonctionnelle (« de nature et de but identiques ») et la concordance personnelle (« à l'assuré »)⁶⁴.
- 38 La concordance temporelle, dont nous verrons qu'elle n'a pas une portée absolue (art. 69 N 26 ss)⁶⁵, n'est pas évoquée, les prestations sociales étant assorties de délais de carence et d'octroi divers⁶⁶. Il appartient à la jurisprudence de déterminer dans quelle mesure la règle s'applique aux calculs de surindemnisation établis en application de l'art. 69 al. 1⁶⁷.
- c) Le champ d'application
- 39 Initialement, la règle de la concordance des droits a été développée en coordination extrasystémique par la jurisprudence interprétant l'art. 100 LAMA; elle avait d'abord pour objectif de limiter ce qui était alors la priorité de l'assureur subrogé par rapport à l'assuré sur une indemnité réduite due par le responsable⁶⁸. Toutefois, à la faveur du développement des assurances sociales et, de ce fait, des nécessités de coordination des divers régimes d'indemnisation du préjudice corporel, le champ d'application de la règle s'est progressivement étendu.
- 40 Aujourd'hui, la jurisprudence et la doctrine lui reconnaissent une **portée générale**⁶⁹. Elle n'est certes pas énoncée de manière générale puisqu'elle figure à l'art. 69 dont le champ d'application est restreint (art. 69 N 4)⁷⁰. Néanmoins il est communément admis qu'elle s'applique⁷¹ en coordination intrasystémique⁷², intersystémique⁷³ et extrasystémique⁷⁴, ainsi qu'au concours de prestations non régi par la LPGa (p.ex., la prévoyance professionnelle, obligatoire et même plus étendue)⁷⁵. Sont réservées les dispositions légales contraires.

3. La coordination en matière de réduction des prestations consécutive au comportement de l'assuré

- 41 Deux causes liées au comportement de la personne assurée peuvent conduire à une réduction (ou à un refus) des prestations d'assurances sociales⁷⁶. Selon la terminologie de Gabriela Riemer-Kafka, il s'agit des hypothèses suivantes⁷⁷:
- **la violation de l'obligation de prévenir le dommage** (« *Verletzung der Schadenverhütungspflicht* »): elle est réalisée en particulier dans les cas de négligence grave

64 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 476.

65 LEUZINGER-NAEF, Leistungskoordination, 184.

66 ATF 105 V 309; ATF 126 V 193; KIESER, Koordination, N 6 et 21.

67 LEUZINGER-NAEF, Leistungskoordination, 185.

68 SCHAEER, Grundzüge N 1107; FRÉSARD-FELLAY, Le recours subrogatoire, N 1212 ss.

69 ATF 142 V 75; ATF 129 V 150, c. 2.2 et les arrêts cités, en particulier ATF 124 V 279; SCHAEER, Grundzüge N 452; KIESER, SBVR, N 377; MONNARD SÉCHAUD, REAS 2012, 280.

70 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 63 N 4 et 8; KIESER, Koordination, N 21.

71 LOCHER/GÄCHTER, § 60 N 3; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 63 N 4.

72 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 63 N 2 et 7.

73 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 63 N 4 ss; SCHLAURI, Koordinationsrecht, 78.

74 Le principe de la concordance des droits s'applique également en droit des assurances privées.

75 ATF 142 V 75; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 476.

76 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 71.

77 RIEMER-KAFKA, Thèse d'habilitation, 5 ss; cf. ég. RUMO-JUNGO, Thèse d'habilitation, N 688 ss et en particulier N 695.

(art. 37 al. 2 et 3 LAA), de commission d'un crime ou d'un délit (art. 21 al. 1 LPGA) et de dangers extraordinaires et entreprises téméraires (art. 39 LAA)⁷⁸;

- **la violation de l'obligation de réduire le dommage** (« *Verletzung der Schadenminderungspflicht* »): elle est réalisée notamment dans les cas où la personne assurée ne respecte pas l'obligation de se soumettre au traitement et à des mesures de réadaptation (art. 21 al. 4 LPGA; art. 7b LAI).

La LPGA ne réglemente pas la coordination en matière de réduction. Il existe des **dispositions éparées** qui visent à coordonner les sanctions dans l'assurance sociale et ont pour but d'éviter que les effets d'une réduction prononcée par un assureur ne soient effacés par le versement des prestations d'un autre assureur⁷⁹. Entre l'AVS/AI et la prévoyance professionnelle par exemple, cette coordination est régie par l'art. 35 LPP, selon lequel, lorsque l'AVS/AI réduit, retire ou refuse ses prestations parce que le décès ou l'invalidité a été provoqué par une faute grave de l'ayant droit ou que l'assuré s'oppose à une mesure de réadaptation de l'AI, l'institution de prévoyance peut réduire ses prestations dans une même proportion⁸⁰. Entre l'assurance-accidents ou l'assurance militaire et la prévoyance professionnelle, la même règle est prévue à l'art. 25 al. 2 OPP 2 en corrélation avec l'art. 34a al. 4 LPP⁸¹ (voir également, pour les réductions opérées à l'âge de la retraite, l'art. 34a al. 4 LPP et l'art. 24a OPP 2). On peut citer un autre exemple: En coordination extrasystémique, l'art. 73 al. 2 LPGA institue un droit préférentiel pondéré du lésé à l'égard du tiers responsable, lorsque l'assureur a réduit ses prestations au sens des art. 21 al. 1 ou 2 LPGA ou 37 al. 2 et 3 LAA ou encore 39 LAA. Ce droit préférentiel particulier vise à empêcher que le lésé puisse compenser une réduction des prestations sociales par une indemnisation par le tiers responsable.

La doctrine est à juste titre d'avis que la non-compensation par un tiers assureur d'une réduction à raison d'une faute correspond à un **principe général du droit des assurances sociales**⁸². Le Tribunal fédéral semble partager ce point de vue⁸³. Il a toutefois également rendu un arrêt en sens contraire dans un cas où une indemnité journalière de l'assurance-accidents, réduite en raison de la participation à une rixe, entrait en concours avec une rente de l'AI. En application de l'art. 40 aLAA, il a retenu qu'il était contraire à la loi d'effectuer un calcul de surindemnisation en tenant compte d'indemnités journalières non réduites⁸⁴.

E. La systématique des art. 63 à 71

La systématique des art. 63 à 71 LPGA est donnée par leur note marginale. 44

L'art. 63 introduit le thème de la coordination des prestations entre assurances sociales 45
par des « généralités ». Les art. 64 à 68, à l'exception de l'art. 67, régissent la coordination

78 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 89 N 44 ss.

79 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 463 ss.

80 KAHIL-WOLFF, in Schneider/Geiser/Gächter (éd.), art. 35 N 6 s.; GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 479 N 56.

81 ATF 122 V 306, c. 5.

82 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 467; NEF Urs CH., Die Leistungen der Beruflichen Vorsorge in Konkurrenz zu anderen Versicherungsträgern sowie haftpflichtigen Dritten, RSAS 1987 28; SCHLAURI, Resterwerb, 292 et n. 18; SCHLAURI, Selbstverschuldenskürzungen, 194.

83 ATF 122 V 306, c. 5; ATF 131 V 124, c. 5.2.1.

84 ATF 132 V 27, c. 3.2; cf. aussi FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 468.

de certains types de prestations sociales. Il s'agit du traitement (art. 64), des autres prestations en nature (art. 65), des rentes (art. 66 al. 1 et 2), des allocations pour impotent (art. 66 al. 3) et des indemnités journalières et rentes (art. 68). L'art. 69 consacre l'interdiction de la surindemnisation. Enfin l'art. 67 régit une question de coordination essentiellement intrasystémique entre frais de traitement hospitalier et certaines prestations en argent (indemnité journalière/rente/allocation pour impotent).

- 46 Les art. 70 et 71 règlent la prise en charge provisoire des prestations par un assureur social et leur remboursement lorsqu'un autre assureur social est tenu de prendre en charge le cas.

II. La coordination des prestations d'assurances sociales (art. 63)

A. Le régime de la coordination intersystémique (al. 1)

1. Le principe

- 47 L'art. 63 al. 1 pose le **principe** suivant: les règles de coordination prévues aux art. 63 à 71 s'appliquent aux prestations allouées par **plusieurs assurances sociales**. Il définit ainsi le champ d'application de ces règles, à savoir la coordination **intersystémique** des prestations sociales, à l'exclusion de la coordination intrasystémique ou extrasystémique (sur ces notions: N 6 ss).
- 48 Si les art. 63 à 71 ont en principe trait à la coordination intersystémique, l'art. 67 déroge à la règle. En effet, il régit la coordination entre frais de traitement hospitalier et certaines prestations en argent (indemnité journalière/rente/allocation pour impotent) allouées essentiellement par la même assurance sociale, ce qui constitue une question de coordination intrasystémique.

2. Les exceptions

- 49 Si la coordination des prestations allouées par plusieurs assurances sociales ressortit aux art. 63 à 71, le principe connaît trois **catégories d'exceptions**:
- **l'exclusion** de l'AVS/AI de ce champ d'application (art. 63 al. 2). La coordination des prestations allouées par l'assurance-vieillesse et survivants et par l'assurance-invalidité n'est également pas soumise aux règles des art. 64 à 71;
 - les règles de coordination des art. 63 à 71 font l'objet de nombreuses **dérogations** figurant dans les lois spéciales⁸⁵. Par exemple, selon l'art. 76 LAM, lorsqu'un assuré a droit à la fois aux prestations de l'assurance militaire et à celles de l'assurance-accidents, chaque assurance verse une fraction des rentes, des indemnités pour atteinte à l'intégrité, des indemnités pour impotent et, en dérogation à l'art. 65 let. a LPGa, des indemnités pour frais funéraires, correspondant à la part du dommage total lui incombant;
 - les règles de coordination des art. 64 à 71 ne sont **pas exhaustives**. Certaines prestations susceptibles de coordination, par exemple les indemnités journalières de plusieurs assurances sociales, ne sont pas mentionnées (cf. p.ex. l'art. 16 al. 3 LAA, l'art. 28 al. 2 LACI qui renforcent des règles propres de coordination).
- 50 Ces exceptions limitent le champ d'application matériel des règles de coordination intersystémique de la LPGa, ce qui nuit à l'harmonisation souhaitable – et pourtant voulue – des art. 63 ss.

⁸⁵ Duc J.-L., Coordination, 331.

B. L'AVS/AI (al. 2)

L'art. 63 al. 2 considère l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité comme une seule assurance sociale. Initialement, la SSDA proposait de séparer les deux branches. La Commission du Conseil des Etats a refusé au motif que ces deux assurances étaient tellement liées l'une à l'autre qu'elles formaient pratiquement un seul système⁸⁶. Ce choix n'a plus été mis en question dans la suite des travaux préparatoires. Il en découle que **les règles de coordination des art. 63 à 71 LPGA ne sont pas applicables à l'AVS/AI**; leurs prestations sont exclusivement coordonnées selon les dispositions de la LAVS et de la LAI. **51**

Il est vrai que l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité sont des branches d'assurances sociales étroitement liées entre elles. En effet, l'art. 112 Cst., qui fonde les deux régimes, prévoit notamment que le cercle des personnes assurées, le mode de financement et le calcul des rentes sont les mêmes. Il est vrai également que la LAVS et la LAI contiennent de nombreuses dispositions de coordination des prestations d'invalidité, de vieillesse et de décès (p.ex. art. 33^{bis}, 41 al. 1, 43 al. 3 LAVS et art. 43 LAI) et que leurs exigences de coordination des prestations sont ainsi réalisées indépendamment de la LPGA. **52**

Nous sommes néanmoins d'avis que l'exclusion de l'AVS/AI des règles de coordination intersystémique nuit à la cohérence du système pour plusieurs raisons⁸⁷: **53**

- les règles de coordination des rentes de l'AVS/AI ne sont pas identiques à celles de la LPGA. Selon la règle générale en effet, les rentes sont cumulées sous réserve de surindemnisation (art. 66 al. 1). Dans le premier pilier en revanche, en concours des risques décès et invalidité, le bénéficiaire a droit à une seule rente, la plus élevée des deux (art. 43 al. 1 LAI);
- le concours des risques invalidité et décès n'est pas propre au premier pilier. Il peut se produire également dans l'assurance-accidents ou en prévoyance professionnelle (p.ex. une personne invalide a droit à des prestations de survivant). Toutefois, à la différence du premier pilier, le concours de ces risques en assurance-accidents ou en prévoyance professionnelle entraîne un cumul de rentes; la situation est la même en concours du risque invalidité couvert par l'assurance-accidents et du risque décès couvert par la LAVS (p.ex. une personne au bénéfice d'une rente d'invalidité de l'assurance-accidents a droit à des prestations de survivants de l'assurance-vieillesse et survivants). Il y a dès lors disparité du régime des prestations en concours de deux risques et cette disparité n'est pas objectivement justifiée.

C. La coordination intrasystémique (al. 3)

Selon l'art. 63 al. 3, **la coordination des prestations d'une même assurance sociale** est régie par la loi spéciale concernée. A vrai dire, cette règle découle déjà de l'art. 63 al. 1 LPGA qui limite le champ d'application des art. 63 à 71 à la coordination intersystémique. Toute question de coordination des prestations d'un seul régime, ou coordination intrasystémique, échappe aux art. 64 ss. La question ressortit à **la loi spéciale** qui régit l'assurance sociale concernée. Par exemple la question de la coordination de l'indemnité journalière et de la rente de l'AI ressortit à la LAI (art. 29 al. 2 LAI) et non à la LPGA. Pour le reste, le concours des prestations d'une même assurance sociale vaut **essentiellement pour l'AVS/AI** qui sont précisément considérées comme une seule assurance sociale (art. 63 al. 2; cf. p.ex. art. 24b LAVS et art. 43 LAI). **54**

⁸⁶ Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 260.

⁸⁷ Cf. aussi KIESER, ATSG-Kommentar, art. 63 N 24 ss.

Art. 64

Traitement

¹ Le traitement est à la charge exclusive d'une seule assurance sociale dans la mesure où il s'agit de prestations prescrites par la loi.

² Si les conditions de la loi spéciale concernée sont remplies, le traitement, dans les limites légales, est dans l'ordre suivant à la charge de :

- a. l'assurance militaire;
- b. l'assurance-accidents;
- c. l'AI;
- d. l'assurance-maladie.

³ L'assureur social tenu de verser des prestations prend en charge seul et de manière illimitée les frais du traitement hospitalier, même si l'atteinte à la santé n'est pas entièrement due à l'événement qu'il est tenu de couvrir.

⁴ Par ailleurs, l'assureur social tenu de verser des prestations prend en charge le traitement des atteintes à la santé dont il n'a pas à répondre lorsque ces atteintes surviennent au cours d'un traitement hospitalier et ne peuvent être traitées séparément.

Heilbehandlung

¹ Die Heilbehandlung wird, soweit die Leistungen gesetzlich vorgeschrieben sind, ausschliesslich von einer einzigen Sozialversicherung übernommen.

² Sind die Voraussetzungen des jeweiligen Einzelgesetzes erfüllt, so geht die Heilbehandlung im gesetzlichen Umfang und in nachstehender Reihenfolge zu Lasten:

- a. der Militärversicherung;
- b. der Unfallversicherung;
- c. der Invalidenversicherung;
- d. der Krankenversicherung.

³ Der leistungspflichtige Sozialversicherungsträger übernimmt auch dann allein und uneingeschränkt die Heilungskosten bei stationärer Behandlung, wenn der Gesundheitsschaden nur zum Teil auf einen von ihm zu deckenden Versicherungsfall zurückzuführen ist.

⁴ Der leistungspflichtige Sozialversicherungsträger kommt ferner für ausserhalb seines Leistungsbereichs liegende Gesundheitsschäden auf, die während einer stationären Heilbehandlung auftreten und nicht getrennt behandelt werden können.

Cura medica

¹ La cura medica è assunta esclusivamente da un'unica assicurazione sociale nella misura in cui le prestazioni sono prescritte dalla legge.

² Se le condizioni della singola legge sono soddisfatte, la cura medica, nei limiti legali e nel seguente ordine è a carico:

- a. dell'assicurazione militare;
- b. dell'assicurazione contro gli infortuni;
- c. dell'assicurazione per l'invalidità;
- d. dell'assicurazione contro le malattie.

³ L'assicuratore sociale tenuto a versare prestazioni assume da solo e illimitatamente i costi della cura ospedaliera anche se il danno alla salute è solo parzialmente riconducibile a un evento assicurato di cui è tenuto ad assumere la copertura.

⁴ L'assicuratore sociale tenuto a versare prestazioni prende inoltre a carico i danni alla salute per i quali in generale non deve rispondere se essi insorgono nel corso di una cura medica ospedaliera e non possono essere curati separatamente.

Plan

	N
I. Le principe: la priorité absolue d'une assurance sociale (al. 1)	1
A. L'objet de la coordination: le traitement	1
B. La technique de coordination: la priorité absolue	4
II. L'ordre de priorité (al. 2)	9
A. Le principe	9
B. Le rang des assurances	12
III. La prise en charge du traitement hospitalier en cas d'atteinte à la santé due à plusieurs risques (al. 3)	18
IV. La prise en charge du traitement hospitalier en cas d'atteintes à la santé intercurrentes (al. 4)	29

Bibliographie

Cf. bibliographie de l'art. 63 LPGA; BLUM-SCHNEIDER BRIGITTE, *Pflege von behinderten und schwerkranken Kindern zu Hause*, Zurich 2015; BUCHER SYLVIA, *Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung*, Berne 2011 (cité: *Eingliederungsrecht*); DUC JEAN-LOUIS/MONNARD SÉCHAUD CORINNE, *L'assurance-invalidité*, in Meyer (éd.), SBVR, 1409 ss; LANDOLT HARDY, *Abgrenzung bei Pflegeleistungen*, in Riemer-Kafka (éd.), *Grenzfälle in der Sozialversicherung*, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Zurich 2015, 41 ss (cité: *Abgrenzung*).

I. Le principe: la priorité absolue d'une assurance sociale (al. 1)**A. L'objet de la coordination: le traitement**

L'art. 63 al. 1 LPGA règle la prise en charge du traitement par deux ou plusieurs assurances sociales. Cette disposition ne définit pas le **traitement**. La LPGA ne définit pas non plus le traitement à son art. 14 qui a trait aux prestations en nature (art. 14 N 16). Ce n'est guère surprenant dans la mesure où les prestations en matière de traitement des diverses assurances sociales ne sont pas les mêmes. La notion de traitement a ainsi **les contours que la loi spéciale concernée lui donne**. Dans l'assurance-maladie par exemple, à teneur de l'art. 25 al. 2 let. a LAMal, les prestations générales en cas de maladie comprennent les examens et les traitements dispensés sous forme ambulatoire, en milieu hospitalier ou dans un établissement médico-social ainsi que les soins dispensés dans un hôpital¹. Dans l'assurance-accidents, l'assureur prend aussi en charge au titre de traitement médical des prestations de soins qui n'améliorent pas l'état de santé du bénéficiaire mais permettent de conserver sa capacité de gain (art. 21 al. 1 let. c LAA). La notion de traitement au sens de l'art. 64 LPGA recouvre ainsi, selon le régime concerné, les mesures diagnostiques, le traitement proprement dit et les soins (art. 14 N 18 ss)².

Le texte légal vise tant la prise en charge du **traitement** (al. 1) que des **frais de traitement** (al. 3) sans les distinguer. Il n'importe donc pas que l'on soit dans le système du tiers payant (où l'assureur est débiteur de la rémunération envers le fournisseur) ou du tiers garant (où la personne assurée est débitrice de la rémunération envers le fournisseur et s'adresse ensuite à son assureur pour être remboursée) (art. 14 N 11). Il n'importe pas

1 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 105 ss N 161 ss; au sujet des différentes catégories de soins dans l'assurance-maladie, cf. PERRENOUD, *Soins*, 416 ss.

2 KIESER, *ATSG-Kommentar*, art. 64 N 10; au sujet des soins dans l'assurance sociale, cf. LANDOLT, *Abgrenzung*, 65 ss.

non plus que l'on soit dans le système de la prestation en nature (AI, AA³ et AM) ou du remboursement de frais.

- 3 La prise en charge du traitement par l'assurance prioritaire désignée à l'alinéa 2 présuppose qu'il s'agisse de «**prestations prescrites par la loi**». Cette condition va de soi, en vertu du principe de la légalité. Elle signifie que le traitement spécifique proposé doit être supporté par l'assurance sociale prioritaire, pour autant que la prise en charge dudit traitement constitue bien une prestation de cette dernière⁴. Si elle ne l'est pas, il est possible qu'il s'agisse d'une prestation d'une autre assurance sociale qui occupe un rang inférieur dans l'ordre des priorités et qui devra intervenir dans ce cas de figure.

B. La technique de coordination : la priorité absolue

- 4 Nous avons vu que plusieurs **techniques** (ou méthodes) permettent de coordonner les prestations de plusieurs assurances sociales entre elles (coordination intersystème; art. 63 N 10 s.). Les deux techniques principales sont le cumul et la priorité. Le **cumul** permet à la personne assurée de faire valoir ses prétentions tant à l'égard du premier payeur qu'à l'encontre du second. La **priorité** implique qu'une prestation soit accordée par un seul assureur selon un ordre fixé par la loi (sur les techniques de coordination, cf. art. 63 N 14 ss).
- 5 La priorité peut être **absolue ou relative**. La priorité absolue (ou exclusivité⁵, ou encore primauté) implique qu'une prestation soit accordée, sans cumul possible, par un seul assureur⁶. C'est le cas pour le traitement (art. 64 al. 1) et les allocations pour impotent (art. 66 al. 3 N 43). La priorité est dite relative lorsqu'une prestation est accordée en priorité par un assureur sans que soit exclue l'intervention d'un autre assureur qui alloue une prestation plus étendue. Cette technique s'applique aux moyens auxiliaires et aux mesures de réadaptation (art. 65 N 6).
- 6 L'art. 64 al. 1 prévoit que le traitement est à la **charge exclusive** d'une seule assurance sociale. L'adjectif «exclusif» indique que s'applique la technique de la priorité absolue. Il en découle que la prestation est accordée par un seul assureur social. Il est dès lors exclu qu'une seconde assurance sociale intervienne également pour les frais de traitement⁷. Par conséquent, il ne saurait y avoir fractionnement de la prestation⁸.
- 7 La règle peut être illustrée par les exemples suivants⁹:
- un salarié victime d'un accident voit le traitement pris en charge par l'assurance-accidents et non par l'assurance-maladie (art. 10 LAA; art. 1a al. 2 let. b LAMal; art. 64 LPGa);
 - un salarié victime d'un accident qui devient invalide voit le traitement médical à charge de l'assurance-accidents prendre fin à la naissance du droit à la rente d'invalidité (art. 19 al. 1 LAA), sous réserve des exceptions prévues à l'art. 21 LAA. Les frais de traitement éventuels occasionnés par l'accident seront ensuite à la charge de l'assurance-maladie (art. 64 LPGa);

3 ATF 134 V 189, c. 3.3.

4 Voir aussi KIESER, ATSG-Kommentar, art. 64 N 7.

5 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 480 N 58.

6 ATF 134 V 1, c. 6.1.

7 ATF 134 V 1, c. 6.1; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 64 N 3.

8 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 260.

9 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 481 N 60.

- le traitement médical nécessaire pour soigner l'atteinte à la santé d'un salarié survenue pendant un service militaire ou assimilé est pris en charge exclusivement par l'assurance militaire (art. 64 LPGa), sous réserve d'une suspension de couverture de ce régime (art. 3 al. 2 LAM).

La technique de la priorité absolue présuppose **une concordance matérielle** entre les prestations à coordonner (au sujet du principe de concordance des droits: art. 63 N 35 ss). Les prestations en concours doivent être de même nature et viser le même but pour être considérées comme concordantes et donner lieu à coordination¹⁰. Pour illustrer cette règle, on signalera l'art. 110 OAMal. Cette disposition prévoit que lorsque des prestations de l'assurance-invalidité sont en concours avec, notamment, des prestations de l'assurance-maladie, les prestations de l'assurance-invalidité sont allouées en priorité, pour autant qu'il s'agisse de prestations de même nature. Cela signifie qu'à défaut de concordance, il n'y a pas lieu à coordination et les prestations de ces deux régimes sont allouées en parallèle. **8**

II. L'ordre de priorité (al. 2)

A. Le principe

L'art. 64 al. 2 LPGa règle l'ordre de priorité d'intervention des assureurs. En effet, la technique de la priorité prévue à l'alinéa 1 implique nécessairement que la loi fixe un **ordre** de priorité pour l'intervention des assureurs sociaux. L'art. 64 al. 2 prévoit que le versement des prestations est à la charge d'abord de l'assurance militaire, ensuite de l'assurance-accidents, enfin de l'assurance-invalidité et, si aucune de ces institutions n'entre en ligne de compte, de l'assurance-maladie. **9**

Lorsque les conditions d'application d'un premier régime d'assurance sociale ne sont pas remplies, l'assurance sociale qui occupe le rang suivant dans l'ordre des priorités devra intervenir sans pouvoir renvoyer la personne assurée au régime qui en principe devrait intervenir en premier lieu¹¹. **10**

La priorité absolue de l'assurance-invalidité par rapport à l'assurance-maladie connaît une **dérogation**. En effet, l'assurance-invalidité attribue une contribution d'assistance aux assurés qui perçoivent une allocation pour impotent de l'assurance-invalidité, vivent chez eux et sont majeurs (art. 42^{quater} LAI); cette contribution permet l'engagement d'un auxiliaire. L'assurance-invalidité n'octroie toutefois pas de contribution d'assistance pour les prestations d'aide qui sont couvertes par la contribution aux soins de l'assurance-maladie fournie en vertu de l'art. 25a LAMal (art. 42^{sexies} al. 3 LAI)¹². **11**

B. Le rang des assurances

L'obligation de prise en charge incombe d'abord à **l'assurance militaire** (let. a). L'assurance militaire précède l'assurance-accidents dans l'ordre des priorités car, selon l'art. 3 al. 4 LAA, l'assurance-accidents est suspendue lorsque l'assuré est soumis à l'assurance militaire¹³. L'obligation de prise en charge présuppose que les conditions de prise en **12**

¹⁰ ATF 125 V 297, c. 3a; ATF 127 V 94, c. 3b.

¹¹ ATF 126 V 103.

¹² BLUM-SCHNEIDER, N 476, N 490.

¹³ L'assurance militaire est également suspendue lorsque la personne assurée exerce une activité lucrative et est soumise à la LAA (art. 3 al. 2 LAM). Toutefois, cette éventualité est plus rare

charge par l'assurance militaire soient remplies, à savoir que l'on soit en présence d'une maladie ou d'un accident survenu(e) pendant un service assuré (art. 71 al. 1 LAM en lien avec l'art. 3 al. 1 LAM)¹⁴.

- 13** Si les conditions de l'assurance militaire ne sont pas remplies, l'obligation de prise en charge incombe à **l'assurance-accidents** pour autant que les conditions de la LAA soient réunies (let. b). Elles le seront dans la mesure où la personne a qualité de personne assurée (art. 1a ss LAA) et que l'événement dommageable entre dans le champ d'application matériel de la LAA (à savoir que celui-ci corresponde à un accident au sens de l'art. 4 LPGA et de l'art. 6 al. 1 LAA ou à une maladie professionnelle au sens de l'art. 9 LAA)¹⁵.
- 14** **L'assurance-invalidité** occupe la troisième place dans l'ordre des priorités des assurances sociales tenues de prendre en charge le traitement. En effet, elle prend en charge deux sortes de mesures médicales¹⁶:
- celles nécessaires à la réadaptation professionnelle¹⁷ ou à l'accomplissement des travaux habituels en présence d'un état de santé stable¹⁸, jusqu'à l'âge de 20 ans révolus (art. 12 LAI; art. 2 RAI)¹⁹;
 - celles nécessaires au traitement des infirmités congénitales jusqu'à l'âge de 20 ans révolus (art. 13 LAI)²⁰. Les maladies congénitales sont les maladies présentes à la naissance accomplie de l'enfant (art 3 al. 2 LPGA). Une ordonnance (OIC) donne la liste des infirmités ouvrant droit aux prestations de l'art. 13 LAI.
- 15** L'assurance-invalidité figure dans la liste des assureurs tenus de prendre en charge le traitement. Toutefois, **les mesures médicales de l'art. 12 LAI** sont considérées par certains auteurs comme des mesures de réadaptation car elles n'ont pas pour objet le traitement de l'affection comme telle mais sont directement nécessaires à la réadaptation professionnelle ou à la réadaptation en vue de l'accomplissement des travaux habituels²¹. A ce titre, elles seraient soumises au régime de l'art. 65 LPGA (coordination des prestations en nature autres que le traitement) et non à l'art. 64 LPGA (coordination du traitement).
- 16** **Quant aux mesures médicales de l'art. 13 LAI**, elles servent au traitement des infirmités congénitales jusqu'à l'âge de 20 ans révolus. Tout comme les mesures de l'art. 12 LAI, elles figurent dans le chapitre de la LAI consacré aux mesures de réadaptation et pourraient ainsi tomber sous le coup de l'art. 65 LPGA. Toutefois, sans autre développement, le Tribunal fédéral a considéré que la relation entre les prestations de l'assurance-invalidité et celles de l'assurance-maladie pour les infirmités congénitales était un cas d'application de l'art. 64 LPGA²². Il incombe à l'assurance-invalidité et non à l'assurance-maladie de prendre en charge les mesures médicales.

que l'inverse et le cercle des personnes assurées est considérablement plus large dans la LAA qu'en dans la LAM.

14 MAESCHI, Kommentar, art. 71 N 10.

15 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 333 ss N 48 ss.

16 DUC/MONNARD SÉCHAUD, 1474 ss; GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 232 ss N 233 ss; KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 63.

17 Pour un aperçu de jurisprudence: ATF 136 V 211.

18 Sur cette notion: MEYER/REICHMUTH, art. 12 N 31 ss.

19 Au sujet des conditions d'octroi: ATF 131 V 9, c. 4.

20 TF, 14.4.2010, 9C_817/2009, c. 3.

21 MEYER/REICHMUTH, art. 12 N 14; BUCHER, Eingliederungsrecht, N 315, n. 1037.

22 ATF 134 V 1; TF, 10.6.2011, 9C_886/2010, c. 4.3.

L'assurance-maladie intervient en dernier lieu (let. d). La même règle est exprimée à l'art. 110 OAMal lequel prévoit que dans la mesure où des prestations de l'assurance-maladie sont en concours avec des prestations de même nature de l'assurance-invalidité, les prestations de cette dernière doivent être allouées en priorité. L'assurance-maladie supporte en particulier le traitement des suites d'un accident lorsque les conditions de l'assurance-accidents ne sont pas réunies. Elle supporte également le coût des infirmités congénitales non couvertes par l'assurance-invalidité (art. 27 LAMal)²³. 17

III. La prise en charge du traitement hospitalier en cas d'atteinte à la santé due à plusieurs risques (al. 3)

L'art. 64 al. 3 LPGA règle la prise en charge du traitement hospitalier en cas d'atteinte à la santé due à plusieurs risques. Il prévoit que l'assureur social tenu de verser des prestations prend en charge seul et de manière illimitée les frais du traitement hospitalier, même si l'atteinte à la santé n'est pas entièrement due à l'événement qu'il est tenu de couvrir²⁴. 18

Cette disposition présuppose que l'assureur tenu à cette prise en charge ait été déterminé en application de l'art. 64 al. 2 qui règle l'ordre d'intervention des assureurs. 19

L'art. 64 al. 3 revêt un caractère particulier dans le système de coordination des art. 63 à 71 LPGA: il ne s'agit pas à proprement parler d'une disposition de coordination intersystémique entre les prestations de deux assurances sociales. Il s'agit directement de la fixation de la prestation due par un seul assureur lorsque l'état de fait exige une coordination entre assurances sociales²⁵. 20

Une autre particularité mérite d'être relevée: cette disposition, tout comme l'art. 64 al. 4 (N 35) bat en brèche le principe de causalité²⁶. En effet, l'assureur est tenu de verser des prestations pour une atteinte à la santé due en partie seulement au risque qu'il couvre. 21

L'art. 64 al. 3 présuppose **une seule atteinte** à la santé due à **deux ou plusieurs événements dommageables**²⁷. On peut songer, par exemple, à l'atteinte à une épaule consécutive à la fois à un accident et à des lésions dégénératives. *A contrario*, si la personne assurée souffre, en plus d'une atteinte à une épaule, d'une seconde atteinte à la santé comme d'un cancer, par exemple, il n'y a pas lieu à application de l'art. 64 al. 3, même si les traitements médicaux sont délivrés simultanément. La condition de l'unicité de l'atteinte fait défaut. Il peut y avoir éventuellement matière à application de l'art. 64 al. 4, à condition que la seconde atteinte soit survenue pendant le traitement hospitalier et ne puisse pas être traitée séparément (N 33). 22

La prise en charge vise le seul **traitement hospitalier**²⁸. Cette notion n'est pas définie par la LPGA mais elle se fonde sur la réglementation de la LAMal (art. 25 al. 2 let. a LAMal: examens, traitements et soins dispensés en milieu hospitalier; art. 25 al. 2 let. e LA- 23

23 ATF 142 V 425; TF, 20.12.2012, 9C_312/2012, c. 5.1.2; TF, 10.6.2011, 9C_886/2010, c. 3 (commenté par LANDOLT HARDY, *Pflegerecht* 2012, 48 ss).

24 La question de savoir quelle est la part du dommage total due à l'atteinte à la santé dont l'assureur répond n'est pas pertinente.

25 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4280.

26 RIEMER-KAFKA, *Vereinfachungen*, 56, n. 158.

27 ATF 134 V 1, c. 6.1.

28 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4280; au sujet de cette restriction, cf. RIEMER-KAFKA, *Vereinfachungen*, 245 s., qui propose de la supprimer.

Mal: séjour à l'hôpital). On distingue le traitement hospitalier du traitement ambulatoire en fonction du système de rémunération²⁹.

- 24 La prise en charge vise **les prestations légales de l'assureur**. Elle peut concerner exceptionnellement d'autres prestations, par exemple, des prestations pour lesquelles il n'existe aucune obligation de couverture ou seulement une obligation limitée pour l'assureur tenu à la prise en charge. Pour déterminer quelles sont les prestations plus étendues que l'assureur supportera, on applique les principes liés à la notion de complexe thérapeutique³⁰, selon lequel il faut que la mesure qui n'est pas prise en charge par l'assurance constitue une condition indispensable à l'exécution des prestations prises en charge par celle-ci. En d'autres termes, l'extension de l'obligation de l'assureur exige un rapport de connexité qualifié entre les mesures médicales en cause.
- 25 L'art. 64 al. 3 LPGA concerne l'obligation de prise en charge du traitement hospitalier à **l'exclusion d'autres prestations**³¹. Si l'assurance sociale tenue de prendre en charge le traitement verse également d'autres prestations, le droit à ces prestations est régi par la loi spéciale concernée. Par exemple, si l'assureur-accidents, tenu d'intervenir en application de l'art. 64 al. 3, verse également des indemnités journalières, le droit à cette prestation découlera des art. 16 s. LAA.
- 26 Du point de vue **temporel**, l'obligation de prise en charge par l'assurance sociale dure aussi longtemps que l'exige l'atteinte à la santé que l'assureur est tenu de couvrir³² (cf. aussi art. 2 al. 5 RAD).
- 27 Les lois spéciales connaissent parfois des réglementations spécifiques. **Dans l'assurance-accidents par exemple, l'art. 36 al. 1 LAA**, qui s'applique à **tous les frais de traitement**, prévoit une obligation de prise en charge plus étendue que celle fixée à l'art. 64 al. 3 LPGA. Selon ce régime en effet, dans l'hypothèse où un facteur étranger à l'accident concourt avec l'événement dommageable au même préjudice, il n'y a en règle générale pas lieu à réduction des prestations de l'assurance-accidents aux seules conséquences de l'événement dommageable³³. On notera toutefois que la couverture plus étendue offerte par la LAA ne constitue pas à proprement parler une dérogation à la LPGA car les prestations supplémentaires prévues par la LAA sont dues en plus de l'obligation de prestations selon l'art. 64 al. 3 LPGA³⁴.
- 28 **Dans l'assurance militaire**, selon l'art. 71 al. 1 LAM, lorsqu'une affection concerne aussi l'assurance-accidents, **le traitement ambulatoire et hospitalier** est à la charge de l'assurance militaire, si celle-ci est tenue immédiatement à prestations à cause d'une maladie ou d'un accident survenu pendant un service assuré (art. 3 al. 1 LAM). Cela signifie que l'assurance militaire prévoit la même obligation de prise en charge que l'art. 64 al. 3 LPGA mais sans la limitation au seul traitement hospitalier³⁵. L'intervention est donc plus large.

29 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 64 N 29.

30 ATF 120 V 200, c. 7; ATF 139 V 509, c. 5.2.

31 ATF 134 V 1, c. 7. A noter que RIEMER-KAFKA propose l'extension de l'obligation de prise en charge au traitement ambulatoire (RIEMER-KAFKA, Vereinfachungen, 245).

32 ATF 134 V 1, c. 6.2.2; cf. aussi KIESER, SBVR, 370 N 401.

33 FRÉSARD-FELLY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 441 ss N 348 ss.

34 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 483 et réf.

35 MAESCHI, art. 71 N 7 ss.

IV. La prise en charge du traitement hospitalier en cas d'atteintes à la santé intercurrentes (al. 4)

L'art. 64 al. 4 LPGA régit la prise en charge du traitement hospitalier en cas d'atteintes à la santé survenant pendant le traitement d'une première atteinte. Il prévoit que l'assureur social tenu de verser des prestations prend en charge le traitement des atteintes à la santé dont il n'a pas à répondre lorsque celles-ci surviennent au cours d'un traitement hospitalier et ne peuvent être traitées séparément (al. 4). Sont visées ici les atteintes **intercurrentes**, à savoir celles qui surviennent lors du traitement d'une autre atteinte. 29

Cette disposition fixe l'obligation de prise en charge; elle présuppose que l'**assureur** tenu à cette prise en charge ait été déterminé en application de l'art. 64 al. 2, qui règle l'ordre d'intervention des assureurs. 30

Comme l'art. 64 al. 3 (N20), l'art. 64 al. 4 revêt un caractère particulier dans le système de coordination de la LPGA: il ne s'agit pas à proprement parler d'une disposition de coordination intersystémique entre les prestations de deux assurances sociales. Il s'agit directement de la fixation de la prestation due par un seul assureur lorsque l'état de fait exige une coordination entre assurances sociales³⁶. 31

L'art. 64 al. 4 présuppose **plusieurs atteintes à la santé** (à la différence de l'art. 64 al. 3 qui en présuppose une seule): une atteinte initiale justifiant le traitement hospitalier et une atteinte intercurrente survenant pendant le traitement hospitalier. 32

La prise en charge par un assureur social des mesures médicales pour une atteinte à la santé dont il n'a pas à répondre, pendant un traitement hospitalier, est subordonnée à deux **conditions**: 33

- la seconde atteinte à la santé survient pendant le traitement hospitalier exigé par la première;
- un **traitement séparé** des deux atteintes n'est **pas possible**³⁷.

Le concours de plusieurs mesures médicales prodiguées dans un traitement hospitalier qui, chacune prise séparément, relèvent du domaine de compétence d'une assurance distincte et qui sont certes appliquées en même temps, mais concernent des atteintes à la santé que l'on peut délimiter les unes des autres, ne doit en principe pas engendrer l'application de l'art. 64 al. 4³⁸. Par exemple, si dans le cadre d'un seul traitement hospitalier, il est procédé simultanément à l'intervention chirurgicale d'une infirmité congénitale et d'une atteinte à la santé indépendante ne relevant pas du champ d'application de l'assurance-invalidité – parce que, par exemple, l'infirmité est localisée dans la même partie du corps et qu'il s'avère inopportun voire irresponsable d'un point de vue médical d'envisager deux interventions séparées (l'une à la charge de l'assurance-invalidité et l'autre à la charge de l'assurance-maladie) –, les frais qui en découlent doivent faire l'objet d'une répartition. Cette répartition doit se faire selon la part que devraient prendre à leur charge les assurances sociales respectives en cas de traitement séparé et doit être calculée concrètement sur la base des indications médicales à ce sujet³⁹. 34

Si l'art. 64 al. 4 fixe une obligation de prise en charge, il n'institue **pas de responsabilité causale** à charge de l'assureur pour les atteintes intercurrentes. Dans cette mesure, cette 35

36 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4280.

37 TF, 14.4.2010, 9C_817/2009, c. 2.1, c. 2.2.

38 ATF 134 V 1, c. 8.1.

39 ATF 134 V 1, c. 8.2.

disposition se différencie de l'art. 78 LPGa qui prévoit une responsabilité de l'assureur pour les dommages causés à l'assuré ou à un tiers. En effet, on notera que l'art. 78 LPGa a un caractère subsidiaire par rapport à d'autres normes spéciales du droit des assurances sociales, dont font partie celles qui prévoient la prise en charge du risque de traitement comme l'art. 64 al. 4 LPGa ou encore l'art. 6 al. 3 LAA⁴⁰ (N 38).

- 36 En ce qui concerne les prestations à charge de l'assureur, l'art. 64 al. 4, tout comme l'art. 64 al. 3, visent l'obligation de prise en charge du coût du traitement hospitalier à **l'exclusion d'autres prestations**, par exemple des indemnités journalières⁴¹. Si l'assurance sociale tenue de prendre en charge le traitement hospitalier verse également d'autres prestations, le droit à ces dernières est régi par la loi spéciale concernée (cf., p.ex., l'art. 128 OLAA qui prévoit, d'une part, la prise en charge par l'assurance-accidents des soins, du remboursement de frais et des indemnités journalières si un assuré victime d'un accident tombe malade dans un hôpital [al. 1] et, d'autre part, la prise en charge par l'assurance-maladie des prestations assurées si un assuré malade est victime d'un accident dans un hôpital [al. 2]).
- 37 Du point de vue **temporel**, l'assureur social n'est cependant tenu de verser des prestations pour un traitement hospitalier que le temps que dure la prise en charge du cas d'assurance qu'il est tenu de couvrir⁴². Ce principe est également concrétisé à l'art. 128 OLAA (tant que dure le traitement hospitalier pour les suites de l'accident/maladie).
- 38 Les lois spéciales connaissent parfois des réglementations spécifiques. Par exemple, **l'art. 6 al. 3 LAA** prévoit l'allocation de prestations de l'assurance-accidents pour les lésions causées à l'assuré victime d'un accident lors du traitement médical⁴³. On notera toutefois que cette disposition a une portée plus étendue que celle de l'art. 64 al. 4 LPGa⁴⁴. En effet, l'art. 6 al. 3 LAA ne fait pas la distinction entre le risque qui survient pendant le traitement hospitalier et celui qui est associé à un traitement ambulatoire. De plus, il s'applique également lorsque les atteintes concernées peuvent être traitées séparément.

Art. 65

Autres prestations en nature

Andere Sachleistungen

Les autres prestations en nature telles que les moyens auxiliaires ou les mesures de réadaptation sont, dans les limites de la loi spéciale concernée et dans l'ordre ci-après, prises en charge par :

- a. l'assurance militaire ou l'assurance-accidents;
- b. l'AVS ou l'AI;
- c. l'assurance-maladie.

Andere Sachleistungen, namentlich Hilfsmittel oder Eingliederungsmassnahmen, gehen nach den Bestimmungen des jeweiligen Einzelgesetzes und in nachstehender Reihenfolge zu Lasten:

- a. der Militärversicherung oder der Unfallversicherung;
- b. der Invalidenversicherung oder der Alters- und Hinterlassenenversicherung;
- c. der Krankenversicherung.

40 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 376 ss N 152 ss.

41 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 64 N 48.

42 ATF 134 V 1, c. 6.2.2; TF, 14.4.2010, 9C_817/2009, c. 4.

43 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 376 N 152 ss.

44 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 484.

Altre prestazioni in natura	Le altre prestazioni in natura quali ad esempio i mezzi ausiliari o i provvedimenti d'integrazione, secondo le disposizioni della singola legge e nel seguente ordine, sono assunte: a. dall'assicurazione militare o dall'assicurazione contro gli infortuni; b. dall'assicurazione per l'invalidità o dall'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti; c. dall'assicurazione contro le malattie.
-----------------------------	--

Plan

	N
I. Le principe: la priorité relative des prestations en nature autres que le traitement	1
A. L'objet de la coordination: les prestations en nature autres que le traitement	1
B. La technique de coordination: la priorité relative	6
II. L'ordre de priorité	11
A. La formation de cercles d'assurances	11
B. Les cercles d'assurances	16

Bibliographie

Cf. bibliographie art. 63 et 64 LPGA. LANZ MATHIAS, Leistungen und Grundsätze im Hilfsmittelrecht der schweizerischen Sozialversicherung, thèse Berne, SSVR vol. 13, Zurich 2016

I. Le principe: la priorité relative des prestations en nature autres que le traitement**A. L'objet de la coordination: les prestations en nature autres que le traitement**

L'art. 65 LPGA règle la prise en charge **des autres prestations en nature**. Sont visées ici **1** les prestations en nature **autres que le traitement**, lequel est régi par l'art. 64. Ni l'art. 65, ni l'art. 14 – qui a trait aux prestations en nature – ne définissent cette notion. On retient que les prestations en nature (art. 14 LPGA) se définissent par rapport aux prestations en espèces (art. 15 LPGA).

Au titre des prestations en nature, l'art. 65 mentionne uniquement «les moyens auxiliaires» et «les mesures de réadaptation». Cette **énumération n'est toutefois pas exhaustive**. L'art. 14 LPGA cite, également à titre exemplatif, les mesures individuelles de prévention et de réadaptation, les frais de transport et les prestations analogues. Il faut dès lors se reporter aux états qui figurent dans les lois spéciales. Sont également concernés en particulier les mesures préventives (comme p.ex. la détection précoce [art. 3a al. 1 LAI] et l'intervention précoce [art. 7d LAI] dans l'assurance-invalidité ou les vaccinations [art. 12a OPAS] dans la LAMal¹, les contributions de soins lors de soins à domicile², les frais de voyage, de transport et de sauvetage et les frais funéraires³). **2**

1 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 68.

2 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 64.

3 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 14 N 22 ss, art. 65 N 2.

- 3 Les moyens auxiliaires** sont des appareils ou des services de tiers qui permettent à la personne assurée de remédier à la perte de certaines parties ou fonctions du corps humain⁴. On peut mentionner par exemple des chaussures orthopédiques, des fauteuils roulants manuels ou électriques, des appareils de lecture, des appareils de traction pour fauteuil roulant⁵ ou encore des appareils de communication électronique⁶. Chaque assurance sociale dresse la liste des moyens auxiliaires qu'elle admet et les conditions de leur remise (art. 43^{quater} LAVS; art. 21 à 21^{bis} LAI; art. 11 LAA; art. 25 al. 2 let. b, art. 52 al. 1 let. a ch. 3 LAMal, art. 21 LAM). Dans l'assurance-accidents par exemple, selon l'art. 11 LAA, l'assuré a droit aux moyens auxiliaires destinés à compenser un dommage corporel ou la perte d'une fonction; le Conseil fédéral établit la liste de ces moyens auxiliaires (al. 1). Les moyens auxiliaires sont d'un modèle simple et adéquat; l'assureur les remet en toute propriété ou en prêt (al. 2). A l'art. 19 OLAA, le Conseil fédéral a délégué au Département fédéral de l'intérieur la compétence de dresser la liste des moyens auxiliaires et d'édicter des dispositions sur la remise de ceux-ci. Ce département a édicté l'ordonnance du 18 octobre 1984 sur la remise de moyens auxiliaires par l'assurance-accidents (OMAA; RS 832.205.12) avec, en annexe, la liste des moyens auxiliaires. Selon l'art. 1^{er} OMAA, l'assuré a droit aux moyens auxiliaires figurant sur la liste en annexe, dans la mesure où ceux-ci compensent un dommage corporel ou la perte d'une fonction qui résulte d'un accident ou d'une maladie professionnelle (al. 1). Le droit s'étend aux moyens auxiliaires nécessaires et adaptés à l'atteinte à la santé, d'un modèle simple et adéquat, ainsi qu'aux accessoires indispensables et aux adaptations qu'exige l'atteinte à la santé; le nombre et les caractéristiques des moyens auxiliaires doivent répondre tant aux exigences de la vie privée qu'à celles de la vie professionnelle (al. 2)⁷.
- 4** A la différence des moyens auxiliaires, **les mesures de réadaptation professionnelle** ne sont pas prévues dans l'assurance-accidents; seules l'assurance militaire (art. 33 ss LAM) et l'AI (art. 8 ss LAI) les connaissent⁸. Elles ont pour but de prévenir ou réduire une invalidité (incapacité de gain ou incapacité d'accomplir ses travaux habituels).
- 5** On peut signaler qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer les mesures de traitement des mesures de réadaptation (art. 64 N 15).

B. La technique de coordination : la priorité relative

- 6** L'art. 65 LPGA prévoit que les prestations en nature qu'il vise sont à la **charge d'une seule assurance sociale**. L'adjectif «exclusif» qui figure à l'art. 64 al. 1 («Le traitement est à la charge exclusive d'une seule assurance sociale [...]»); art. 64 N 6) fait défaut ici. Il ne s'agit pas d'une omission du législateur. Celui-ci a voulu instituer la technique de **la priorité relative**⁹ et non celle de la priorité absolue ou de l'exclusivité. Comme exposé plus haut, la priorité est dite relative lorsqu'une prestation est accordée en priorité par un assureur sans que soit exclue l'intervention d'un autre assureur qui alloue une prestation

4 ATF 131 V 9, c. 3.3; ATF 112 V 11, c. 1b; KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 65. Pour plus de détails au sujet de cette notion: LANZ, N 60 ss.

5 ATF 135 I 161.

6 ATF 139 V 115.

7 Pour un cas d'application de l'art. 1 OMAA, cf. ATF 141 V 30, c. 2. Voir aussi TF, 23.5.2017, 8C_776/2016, à propos du remplacement par l'assureur-accidents d'un moyen auxiliaire après la liquidation du cas.

8 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 66.

9 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4283; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 65 N 8.

plus étendue (au sujet des techniques de coordination: art. 63 N 14 ss). Afin d'illustrer cette technique, le rapport de la Commission du Conseil national de la sécurité sociale et de la santé du 26 mars 1999 donne l'exemple des moyens auxiliaires prévus pour les handicapés de la vue, lesquels sont plus étendus dans l'assurance-invalidité que dans l'assurance-accidents. Il souligne par ailleurs que si l'assurance-accidents doit intervenir en priorité, cela n'exclut pas l'éventuelle intervention complémentaire de l'assurance-invalidité dont les prestations sont plus étendues dans ce cas¹⁰.

On notera que la technique de la priorité relative n'a guère d'incidence pour **les mesures de réadaptation professionnelle** car seules l'assurance militaire et l'assurance-invalidité prévoient ces prestations. De plus, l'art. 71 al. 2 LAM consacre une priorité absolue de l'assurance militaire¹¹. Cela signifie que si l'assurance militaire est appelée à intervenir, cette intervention exclut celle de l'assurance-invalidité.

La coordination des prestations en nature présuppose **une concordance matérielle** entre les prestations à coordonner (au sujet du principe de concordance des droits: art. 63 N 35 ss)¹². Cela signifie qu'il y a matière à coordination pour autant que deux assurances sociales accordent des prestations en nature autres que le traitement, qui ont la même nature ou la même fonction¹³.

Il s'ensuit que si deux branches d'assurance sociale prévoient l'octroi de moyens auxiliaires **qui n'ont pas le même but ou la même fonction**, il n'y a pas matière à coordination. On peut illustrer la situation comme suit: l'assurance-accidents alloue des moyens auxiliaires qui compensent un dommage corporel ou la perte d'une fonction qui résulte d'un accident ou d'une maladie professionnelle (art. 1 al. 1 OMAA). L'assurance-invalidité alloue des moyens auxiliaires aux assurés qui en ont besoin pour se déplacer, établir des contacts avec leur entourage ou développer leur autonomie personnelle ou, pour certains moyens, aux assurés qui en ont besoin pour exercer une activité lucrative ou accomplir leurs travaux habituels, pour étudier ou apprendre un métier ou à des fins d'accoutumance fonctionnelle ou encore pour exercer certaines activités (art. 2 OMAI). Ainsi, consécutivement à un accident à charge de l'assurance-accidents, l'assurance-accidents et l'assurance-invalidité pourront intervenir pour des moyens auxiliaires ayant des fonctions différentes. En particulier, il se peut que l'assurance-accidents remette une prothèse de la jambe et que l'assurance-invalidité soit tenue de prendre en charge un véhicule à moteur ou des moyens servant à l'aménagement de la place de travail¹⁴.

Lorsque les conditions d'application d'un régime d'assurance sociale prioritaire ne sont pas remplies, il incombera à l'assurance sociale qui occupe le rang suivant dans l'ordre des priorités d'examiner si ses propres conditions d'assurance sont remplies, sans qu'elle puisse se retrancher derrière l'ordre de priorité légal.

10 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4283; cf. aussi RIEMER-KAFKA, Vereinfachungen, 164; MEYER/REICHMUTH, art. 21 LAI N 109.

11 SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 23 N 95.

12 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 65 N 9.

13 ROTHENBERGER, 3 n. 6.

14 Dans le même sens: TA BE, 23.10.2017, [200 17 392 IV] résumé dans REAS 2018 54.

II. L'ordre de priorité

A. La formation de cercles d'assurances

- 11 L'art. 65 LPGA fixe un ordre de priorité entre **trois cercles (ou ensembles)** d'assurances sociales: le premier cercle comprend l'assurance militaire et l'assurance-accidents, le deuxième l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité et le troisième, l'assurance-maladie.

L'art. 66 LPGA qui coordonne les rentes et les allocations pour impotent prévoit des mêmes cercles de prestataires. En revanche, l'art. 64 LPGA réserve chaque niveau de l'ordre de priorité à une seule assurance sociale. Il y a dès lors une différence dans l'ordre de priorité: tantôt chaque niveau contient deux assurances sociales, tantôt une seule. Cette disparité provient du fait que les assurances sociales du même cercle interviennent en principe **alternativement** et non simultanément¹⁵. C'est en particulier le cas de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité (deuxième cercle) qui ne sont jamais appelées à verser conjointement des prestations. En effet, lorsqu'une personne a droit à des prestations des deux régimes, une disposition de coordination intrasystémique désigne le régime qui doit intervenir. Par exemple, si une personne assurée a droit à la fois à une rente de survivants de l'assurance-vieillesse et survivants et à une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité, il bénéficiera d'une rente d'invalidité entière. La rente la plus élevée lui sera versée (art. 43 al. 1 LAI).

- 12 La formulation «**ou**» («l'assurance militaire ou l'assurance-accidents»; «l'AVS ou l'AI») indique que les prestations des assurances sociales du même cercle ne peuvent pas être cumulées. Elle ne dit pas si l'intervention d'un régime exclut absolument celle du second ou si chacun d'eux intervient pour la part correspondant au dommage qui lui incombe¹⁶. La réponse ressortit à la loi spéciale (pour un exemple cf. N 18).
- 13 Toutes les assurances sociales ne sont pas mentionnées dans l'ordre de priorité. Les assurances sociales prévues dans chacun des trois cercles sont les **assurances sociales** qui allouent des prestations en nature autres que le traitement et susceptibles de coordination intersystémique. Les assurances sociales qui ne figurent pas dans l'ordre de priorité ne posent en principe pas de problème de coordination intersystémique. C'est le cas des prestations complémentaires qui interviennent subsidiairement par rapport aux autres branches¹⁷. C'est le cas également de l'assurance-chômage qui, tout comme l'assurance militaire et l'assurance-invalidité, alloue des mesures de réadaptation (art. 59 ss LACI) qui ne concordent toutefois pas avec celles des autres assureurs sociaux.
- 14 L'ordre de priorité entre les divers cercles est relatif. On comprend que la priorité incombant à une assurance d'un cercle supérieur n'exclut pas **l'intervention complémentaire d'une assurance sociale d'un cercle inférieur**. Cette complémentarité revêt une importance majeure pour les moyens auxiliaires alloués tant par les assurances du premier cercle (art. 21 LAM; art. 11 LAA) que par celles du deuxième cercle (art. 21 LAI; art. 43^{quater} LAVS) et de l'assurance-maladie (art. 25 al. 2 LAMal).
- 15 La question se pose en pratique dans la relation entre **assurance-accidents, assurance-vieillesse et survivants, assurance-invalidité et assurance-maladie**. En effet, comme exposé plus haut, l'assurance-accidents, l'assurance-invalidité, l'assurance-vieillesse et

¹⁵ Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4282.

¹⁶ KIESER, ATSG-Kommentar, art. 65 N 14.

¹⁷ KIESER, ATSG-Kommentar, art. 65 N 4, art. 63 N 35.

survivants et l'assurance-maladie connaissent des listes de moyens auxiliaires (N 3). Ces listes contiennent une énumération des catégories de moyens auxiliaires qui sont pris en charge. Elles sont en principe exhaustives et ne se recoupent qu'en partie¹⁸. Il s'impose dès lors d'examiner dans un cas concret si une assurance sociale non prioritaire pourrait être tenue de prendre en charge des moyens auxiliaires que l'assurance sociale prioritaire ne connaîtrait pas ou de compléter l'intervention prioritaire. Par exemple, l'assurance-invalidité peut être appelée à intervenir pour des moyens auxiliaires au poste de travail que l'assurance-accidents ne prévoit pas. La question ne se pose pas pour **l'assurance militaire** qui ne connaît pas de liste restrictive. En principe, elle prend en charge tous les moyens auxiliaires (art. 21 LAM), de telle sorte que l'assurance-vieillesse et survivants ou l'assurance-invalidité ne devrait pas être appelée à intervenir en complément.

B. Les cercles d'assurances

1. L'assurance militaire ou l'assurance-accidents

Les deux assurances sociales figurant dans le premier cercle de priorité sont l'assurance militaire et l'assurance-accidents. Que l'assurance militaire figure en premier n'indique pas que cette assurance sociale intervient en priorité par rapport à l'assurance-accidents; il n'y a ainsi pas de priorité à l'intérieur d'un même cercle. **16**

Des prestations **parallèles** en nature sont **exclus** (art. 103 al. 1 *in fine* LAA; art. 76 al. 1 LAM *in fine*)¹⁹. Elles sont allouées exclusivement par une des deux assurances sociales, ce qui correspond au principe de la priorité absolue (art. 63 N 18). **17**

Pour **les frais funéraires**, les lois spéciales prévoient toutefois une **dérogation** à la règle²⁰. Chaque assureur répond de la part correspondant au dommage total lui incombant (art. 76 al. 1 LAM; art. 103 al. 1 LAA)²¹. **18**

Pour **les moyens auxiliaires** en particulier, la priorité relative de l'intervention de l'assurance-accidents n'exclut pas l'intervention complémentaire de l'assurance-invalidité qui pourrait être appelée à verser des prestations plus étendues, les listes des moyens auxiliaires proposées par ces deux assurances (annexe à l'OMAA et annexe à l'OMAI) ne se recouvrant que partiellement²² (N 9). **19**

2. L'assurance-invalidité ou l'assurance-vieillesse et survivants

L'assurance-invalidité et l'assurance-vieillesse et survivants figurent dans le deuxième cercle de priorité. L'assurance-vieillesse et survivants n'alloue toutefois que des moyens auxiliaires limités (art. 43^{quater} LAVS; annexe à l'OMAV). **20**

Des prestations **parallèles** en nature de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité sont **exclus**²³. Elles sont allouées exclusivement par l'un des deux ré- **21**

18 ATF 117 V 177: une liste peut être complétée par le TF lors de l'examen sous l'angle de l'arbitraire.

19 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4282.

20 Il ne s'agit pas d'une dérogation à l'art. 65 let. a LPGA comme l'indiquent à tort l'art. 76 al. 1 LAM et l'art. 103 al. 1 LAA car l'art. 65 let. a LPGA ne régit pas la relation entre les deux assurances sociales appartenant à ce cercle. Cf. sur ce point: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 65 N 16.

21 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4283.

22 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 487.

23 Rapport Commission CN, FF 1999 4168, 4282.

gimes²⁴. Même dans les cas où l'assurance-vieillesse et survivants succède à l'assurance-invalidité, les bénéficiaires d'une rente de vieillesse domiciliés en Suisse qui bénéficient de moyens auxiliaires au sens de l'art. 21 LAI au moment où ils peuvent prétendre à une rente de l'assurance-vieillesse et survivants continuent d'avoir droit à ces prestations dans la même mesure, tant que les conditions qui présidaient à leur octroi sont remplies (art. 4 OMAV)²⁵.

3. L'assurance-maladie

- 22** L'assurance-maladie alloue également des prestations en nature autres que le traitement. Il s'agit de **moyens et appareils diagnostiques ou thérapeutiques** (art. 25 al. 2 let. b LAMal). Ces moyens et appareils ne donnent lieu à remboursement que lorsqu'ils sont prescrits par un médecin ou par un chiropraticien et dans la mesure où ils sont répertoriés (art. 20a al. 1 OPAS)²⁶ ou lorsqu'ils sont implantés dans le corps (pacemaker p.ex.; art. 20a al. 2 OPAS)²⁷. Il s'agit de bandages, d'appareils d'inhalation et de respiration, d'accessoires de marche, d'aides acoustiques, etc.²⁸. Certains de ces moyens et appareils sont des moyens auxiliaires et d'autres pas.
- 23** Sont des **moyens auxiliaires** des appareils acoustiques, des accessoires de marche, des orthèses et des prothèses. En tant que moyens auxiliaires, ces prestations peuvent être octroyées également par l'assurance militaire (art. 21 LAM), l'assurance-accidents (art. 11 LAA et OMAA), l'assurance-invalidité (art. 21 à 21^{quater} LAI et OMAI) et l'assurance-vieillesse et survivants (art. 43^{quater} et OMAV). Ils entrent alors dans le champ d'application de l'art. 65 et exigent une coordination intersystémique²⁹. Le législateur a mentionné l'assurance-maladie en troisième position de l'ordre de priorité, ce qui signifie qu'elle intervient en dernier lieu, après les autres assurances sociales indiquées.
- 24** Les moyens et appareils qui ne constituent pas des moyens auxiliaires, par exemple les bandages ou les appareils de mesure des fonctions de l'organisme, constituent souvent des mesures médicales. Elles peuvent entrer en concours avec des **mesures servant au traitement médical** de l'assurance militaire (art. 16 al. 2 LAM) ou de l'assurance-accidents (art. 10 al. 1 let. e LAA). Dans cette hypothèse, la coordination des prestations est réglée par l'art. 64 LPGA qui consacre un régime de priorité exclusive.

Art. 66

Rentes et allocations pour impotents

¹ Sous réserve de surindemnisation, les rentes et les indemnités en capital des différentes assurances sociales sont cumulées.

² Les rentes et indemnités en capital sont, selon les dispositions de la loi spéciale concernée et dans l'ordre suivant, versées par :

- a. l'AVS ou l'AI;
- b. l'assurance militaire ou l'assurance-accidents;

²⁴ KIESER, ATSG-Kommentar, art. 65 N 18.

²⁵ ATF 119 V 225; BUCHER, Eingliederungsrecht, N 500.

²⁶ ATF 139 V 509.

²⁷ FRÉSARD-FELLAY/PERRENOUD/KAHIL-WOLFF, 122 N 199 ss.

²⁸ La liste des moyens et appareils (LiMA), annexe 2 de l'OPAS n'est pas publiée. Elle figure à l'adresse <www.ofsp.admin.ch>, sous la rubrique Thèmes, Assurance-maladie.

²⁹ FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 125 N 203.

c. la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité au sens de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP).

³ Les allocations pour impotents sont, selon les dispositions de la loi spéciale concernée et dans l'ordre suivant, versées exclusivement par:

- a. l'assurance militaire ou l'assurance-accidents;
- b. l'AVS ou l'AL.

Renten und Hilflosenentschädigungen ¹ Renten und Abfindungen verschiedener Sozialversicherungen werden unter Vorbehalt der Überentschädigung kumulativ gewährt.

² Renten und Abfindungen werden nach den Bestimmungen des jeweiligen Einzelgesetzes und in nachstehender Reihenfolge gewährt:

- a. von der Alters- und Hinterlassenenversicherung oder der Invalidenversicherung;
- b. von der Militärversicherung oder der Unfallversicherung;
- c. von der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge nach dem Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG).

³ Hilflosenentschädigungen werden nach den Bestimmungen des jeweiligen Einzelgesetzes und in nachstehender Reihenfolge ausschliesslich gewährt:

- a. von der Militärversicherung oder der Unfallversicherung;
- b. von der Invalidenversicherung oder der Alters- und Hinterlassenenversicherung.

Rendite e assegni per grandi invalidi ¹ Le rendite e le indennità in capitale delle varie assicurazioni sociali sono cumulabili, salvo nei casi di sovraindennizzo.

² Le rendite e le indennità in capitale sono fornite secondo le disposizioni della singola legge interessata e nel seguente ordine:

- a. dall'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti o dall'assicurazione per l'invalidità;
- b. dall'assicurazione militare o dall'assicurazione contro gli infortuni;
- c. dalla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità secondo la legge federale del 25 giugno 1982 sulla previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità (LPP).

³ Gli assegni per grandi invalidi sono accordati, secondo le disposizioni della singola legge interessata, esclusivamente e nel seguente ordine:

- a. dall'assicurazione militare o dall'assicurazione contro gli infortuni;
- b. dall'assicurazione per l'invalidità o dall'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti.

Plan

	N
I. La coordination des rentes (al. 1)	1
A. L'objet de la coordination	1
B. La technique de coordination des rentes: le cumul conditionnel	6
II. L'ordre des rentes (al. 2)	10
A. La règle	10
B. La formation de cercles d'assurances sociales	12
C. Les cercles	15
III. La coordination des allocations pour impotent (al. 3)	40
A. L'objet de la coordination	40
B. La technique de coordination: la priorité absolue	43

	N
C. La formation de cercles d'assurances sociales	47
D. Les cercles	50

Bibliographie

Cf. aussi bibliographie art. 63 LPGa. DUC JEAN-LOUIS/MONNARD SÉCHAUD CORINNE, L'assurance-invalidité, in Meyer (éd.), SBVR, 1409 ss; ETTLIN ROBERT, Die Hilflosigkeit als versichertes Risiko in der Sozialversicherung; unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, thèse, Fribourg 1988 (cité: Hilflosigkeit); ETTLIN ROBERT, Sozialversicherungsrechtliche Aspekte bei Verlust der Selbstversorgungsfähigkeit, in Vereinhaftung und Versicherung (éd.), Personen-Schaden-Forum 2003, Zurich/Bâle/Genève, 115 ss (cité: Selbstversorgungsfähigkeit); HÜRZELER MARC, art. 34a LPP, in Schneider/Geiser/Gächter (éd.), 480 ss (cité: art. 34a); LANDOLT HARDY, Pflegerecht, Band II, Berne 2002 (cité: Pflegerecht); LANDOLT HARDY, IV-Leistungen: Hilfsmittel, Hilflosenentschädigung und Assistenzbeitrag, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 715 ss (cité: IV-Leistungen); LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, Die lebenslängliche UV-Invalidenrente – Entwicklungen im Rahmen der 1. UVG-Revision, REAS 2015 100 ss (cité: UVG-Invalidenrente); LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, Überentschädigungsfragen beim Zusammentreffen von Rentenleistungen der Unfallversicherung mit Leistungen der beruflichen Vorsorge: die Entwicklung von Art. 24f. BVV 2 und die Folgen der Änderungen bei der inter- und extrasystemischen Koordination, in Fuhrer *et al.* (éd.), Droit de la responsabilité civile et des assurances, Liber Amicorum Roland Brehm, Berne 2012, 235 ss (cité: Überentschädigungsfragen).

I. La coordination des rentes (al. 1)

A. L'objet de la coordination

- 1 L'art. 66 LPGa régit deux questions différentes: la coordination des rentes, d'une part (al. 1 et 2), et la coordination des allocations pour impotent, d'autre part (al. 3).
- 2 Les rentes visées par l'art. 66 al. 1 sont les suivantes:
 - **les rentes d'invalidité** de l'assurance-invalidité (art. 28, art. 34 LAI), de l'assurance-accidents (art. 18 al. 1 LAA) et de l'assurance militaire (art. 40 al. 1 LAM)¹;
 - **les rentes de survivants** de l'assurance-vieillesse et survivants (art. 23 ss LAVS), de l'assurance-accidents (art. 28 ss LAA) et de l'assurance militaire (art. 51 ss LAM)²;
 - **les rentes de vieillesse** de l'assurance-veillesse et survivants (art. 21 ss LAVS) et de l'assurance militaire (art. 47 LAM)³;
 - la notion comprend également **les rentes pour enfant** (art. 22^{er} LAVS; art. 35 LAI) qui suivent le sort de la rente principale⁴.
- 3 Les rentes visées sont aussi les rentes d'invalidité, de survivants et de vieillesse du régime de la **prévoyance professionnelle** (art. 23, art. 18, art. 13, art. 17 LPP). L'art. 34a al. 2 LPP prévoit en effet qu'en cas de concours de prestations de la LPP avec des prestations d'autres assurances sociales, l'art. 66 al. 2 LPGa est applicable. Toutefois seule la prévoyance professionnelle obligatoire selon la LPP est concernée, à l'exclusion de la prévoyance professionnelle plus étendue⁵. En outre, les prestations de la LPP ne peuvent

1 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table, 50.

2 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table, 49.

3 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table, 48.

4 ATF 126 V 468.

5 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 66 N 7 s.; pour le régime antérieur à la LPGa: PETER E., 211 s.

pas être réduites lorsque l'assurance militaire verse des rentes au conjoint et aux orphelins et que leurs prestations sont insuffisantes au sens de l'art. 54 LAM (art. 34a al. 1, 2^e phrase, LPP).

L'art. 66 al. 1 coordonne également **les indemnités en capital**. Il s'agit des indemnités en capital de l'art. 23 LAA et de l'art. 58 LAM, des indemnités en capital qui remplacent une rente de survivants (art. 19 al. 2 LPP; art. 29 al. 1 et 3 LAA) et des prestations en capital versées en lieu et place des rentes d'un montant minime (art. 44 al. 2 LAVS; art. 37 al. 2 LPP; art. 35 al. 1 LAA; art. 46 al. 1 LAM)⁶. Les indemnités en capital sont converties en rentes. **4**

La coordination des rentes présuppose une **concordance** entre les prestations à coordonner (au sujet du principe de concordance des droits: art. 63 N 35 ss)⁷. Cela signifie qu'il y a matière à coordination pour autant que deux assurances sociales accordent des rentes, qui ont la même nature ou la même fonction. Tel n'est pas le cas en concours d'une rente d'invalidité avec une rente de survivant. Ces deux rentes n'ont pas la même fonction; la concordance matérielle fait donc défaut. Autre exemple: si le bénéficiaire d'une demi-rente de l'assurance-invalidité et d'une rente de 50% de la prévoyance professionnelle obligatoire subit une nouvelle atteinte à la santé conduisant à l'augmentation de sa rente de l'assurance-invalidité (trois quarts), alors que ce cas d'assurance n'est plus couvert par l'institution de prévoyance, le Fonds de garantie LPP n'est pas autorisé à tenir compte de l'augmentation de la rente de l'assurance-invalidité dans son calcul de surindemnisation⁸. Dans ce cas, c'est la concordance événementielle qui n'est pas donnée (voir également l'art. 24 al. 1 let. a OPP 2 à propos de la réduction de prestations LPP «en raison de l'événement dommageable»). **5**

B. La technique de coordination des rentes: le cumul conditionnel

L'art. 66 al. 1 LPGA prévoit que les rentes et indemnités en capital sont cumulées. Le **cumul** permet à la personne assurée de faire valoir ses prétentions tant à l'encontre du premier payeur que du second, sans interaction d'une prestation sur l'autre. **6**

En coordination intersystème, comme exposé plus haut, l'on distingue deux formes de cumul: le cumul absolu et le **cumul conditionnel** (ou cumul sous réserve de surindemnisation; art. 63 N 15). Le cumul absolu n'est en principe pas prévu par la loi car il heurte le principe de la solidarité de l'assurance sociale. Selon la technique du cumul conditionnel, les prestations sont cumulables à condition qu'elles ne dépassent pas une certaine **limite ou plafond de surindemnisation** («*Überentschädigungsgrenze*»). Le cumul conditionnel s'applique aux prestations de rente et aux indemnités en capital («sous réserve de surindemnisation»; art. 66 LPGA) et au concours d'indemnités journalières et de rentes versées par divers régimes (art. 68 LPGA). **7**

Les rentes et indemnités en capital sont ainsi cumulées à condition qu'elles ne dépassent pas un plafond de surindemnisation. Le **limite de surindemnisation** est celle de l'art. 69 LPGA, sous réserve de règles spéciales (p.ex., art. 20 al. 2, art. 31 al. 4 LAA). **8**

6 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLY, Table 49.

7 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 66 N 3 s., N 14.

8 ATF 142 V 75, c. 6.

- 9 Pour éviter la surindemnisation, la prestation est réduite par l'une des assurances sociales en concours. Pour déterminer quelle assurance concurrente est tenue de réduire sa prestation, la loi les classe selon un certain **ordre** (art. 66 al. 2 LPGa).

II. L'ordre des rentes (al. 2)

A. La règle

- 10 Comme exposé ci-dessus, l'art. 66 al. 1 prévoit le cumul des prestations de rente des différentes assurances sociales sous réserve de surindemnisation. La technique du cumul impose de déterminer quelle assurance sociale est tenue de réduire sa prestation pour éviter une surindemnisation. La loi opère dès lors un classement des assurances sociales selon un certain ordre. Il ne s'agit pas d'un ordre de priorité dans l'intervention comme aux art. 64 (priorité absolue; art. 64 N 5) et 65 LPGa (priorité relative; art. 65 N 6) mais d'un ordre **qui définit laquelle des deux assurances sociales cumulées doit opérer la réduction de sa prestation** à concurrence du plafond de surindemnisation. Celle qui occupe le premier rang du classement n'a pas à opérer de réduction de rente pour cause de surindemnisation; la réduction incombe à l'assurance du deuxième rang et/ou du troisième rang.
- 11 Les rentes et indemnités en capital sont versées dans l'ordre prévu à l'art. 66 al. 2, **selon les dispositions de la loi spéciale concernée**. Le texte légal souligne que c'est à la loi spéciale concernée – et non à l'art. 66 – de fixer les conditions de la prestation. Dès lors, l'art. 66 régit la coordination lorsque plusieurs assurances sociales fournissent ensemble des prestations, en application des lois spéciales concernées⁹.

B. La formation de cercles d'assurances sociales

- 12 L'art. 66 al. 2 retient **trois cercles (ou ensembles)** d'assurances sociales: le premier cercle comprend l'assurance-vieillesse et survivants ou l'assurance-invalidité, le deuxième l'assurance militaire ou l'assurance-accidents et le troisième la prévoyance professionnelle au sens de la LPP, c'est-à-dire la prévoyance professionnelle obligatoire.
- 13 L'art. 66 al. 2 énumère **toutes les assurances sociales qui versent des rentes**. Sur ce point, il y a une différence par rapport à l'art. 65 qui connaît également des cercles analogues de prestataires, mais ne mentionne pas toutes les assurances sociales tenues de verser des prestations en nature autres que le traitement (art. 65 N 2). Cette différence s'explique comme suit: à l'art. 66, l'énumération est exhaustive car toute assurance sociale qui verse une rente est susceptible de le faire en concours avec une ou d'autres assurances sociales. A l'art. 65 en revanche, l'énumération n'est pas exhaustive car seules les assurances sociales mentionnées se heurtent à des problèmes de coordination des prestations en nature autres que le traitement. On peut songer par exemple aux mesures préventives de l'assurance-chômage selon les art. 59 ss LACI qui sont considérées comme des prestations en nature. De telles mesures ne sont pas sujettes à coordination.
- 14 **La formation de cercles** d'assurances sociales provient du fait que les rentes des assurances sociales du même cercle ne se cumulent pas¹⁰. D'ailleurs la conjonction «**ou**»

⁹ Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4287.

¹⁰ Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4282.

(«l'AVS ou l'AI», «l'assurance militaire ou l'assurance-accidents») indique que les prestations des assurances sociales du même cercle ne peuvent pas être cumulées. Elles sont allouées exclusivement par l'un des deux régimes¹¹. En effet, l'assurance-accidents est suspendue lorsque la personne assurée est soumise à l'assurance militaire (art. 3 al. 4 LAA) et inversement (art. 3 al. 2 LAM). C'est le cas également de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité qui ne sont jamais appelées à verser simultanément des rentes.

C. Les cercles

1. L'assurance-vieillesse et survivants ou l'assurance-invalidité

Les assurances sociales figurant dans le premier cercle sont l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité. Que l'assurance-vieillesse et survivants figure en premier dans ce cercle n'indique pas que cette assurance intervient en priorité par rapport à l'assurance-invalidité; **il n'y a pas de priorité à l'intérieur d'un même cercle.** 15

Si l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité figurent au même niveau du classement, c'est que **le versement simultané de rentes par l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité est exclu**, comme nous l'avons déjà exposé (N 14). On peut également relever que l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité constitue une seule assurance sociale en vertu de l'art. 63 al. 2; le législateur aurait dès lors pu s'abstenir de les distinguer, à l'art. 66 al. 2 let. a, en mentionnant tout simplement l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité. 16

Dès lors, si la personne assurée subit **deux risques** (p.ex., décès et invalidité) ouvrant droit à la fois à une rente de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité, des dispositions de coordination intrasystémique prévoient **l'octroi d'une seule rente** (art. 63 al. 2). Ainsi lorsqu'un assuré remplit simultanément les conditions d'obtention d'une rente d'orphelin en vertu de la LAVS et d'une rente d'invalidité en vertu de la LAI, seule la rente la plus élevée sera versée (art. 28^{bis} LAVS). 17

L'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité figure au **premier rang** du classement ce qui signifie qu'elle n'a pas à opérer de réduction de rente pour cause de surindemnisation. Cette obligation incombe aux assurances qui occupent le deuxième et/ou le troisième rang du classement. 18

2. L'assurance militaire ou l'assurance-accidents

Les deux assurances sociales prévues dans **le deuxième cercle** sont l'assurance militaire et l'assurance-accidents. 19

L'assurance militaire et l'assurance-accidents figurent au **deuxième rang** du classement ce qui signifie qu'elles sont tenues de réduire leur rente en concours avec une rente de premier niveau (assurance-vieillesse et survivants ou assurance-invalidité) pour cause de surindemnisation. 20

11 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 66 N 21.

a) La relation entre assurances

- 21** Même si l'assurance militaire figure avant l'assurance-accidents dans le cercle de prestataires, elle n'est pas tenue d'intervenir en priorité par rapport à celle-ci; il n'y a **pas de priorité à l'intérieur d'un même cercle**.
- 22** Si l'assurance militaire et l'assurance-accidents figurent au même niveau du classement, c'est que **le versement simultané de rentes de l'assurance militaire et de l'assurance-accidents pour le même risque est exclu**.
- 23** Cette règle n'exclut toutefois pas que des rentes des deux régimes puissent concourir. C'est le cas en présence de deux événements dommageables, par exemple si une personne présente **une atteinte à la santé** consécutive à un accident, aggravée ultérieurement par une affection imputable au service militaire (ou au service de protection civile) ou inversement¹². Dans cette hypothèse, la coordination des rentes en concours est réglée aux art. 76 LAM et 103 al. 1 LAA; chaque assurance verse une fraction des rentes correspondant à la part du dommage total lui incombant¹³. Cette situation ne constitue pas, à proprement parler, une exception au principe de l'exclusion du concours des rentes de l'assurance militaire et de l'assurance-accidents. En effet, à défaut de concordance événementielle des droits (art. 63 N 37), elle ne tombe pas dans le champ d'application de l'art. 66 al. 1 LPGA.
- 24** Si la personne assurée subit deux événements dommageables qui entraînent **des atteintes à la santé distinctes**, il n'y a pas lieu à coordination des prestations de chaque assurance. Chacune d'elles alloue sa prestation pour le dommage qui lui est imputable (cf. aussi l'art. 31 OAM qui prévoit d'autres règles de coordination dans des cas particuliers).

b) La coordination d'une rente de l'assurance militaire avec une rente de l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité

- 25** Une rente de l'assurance militaire et une rente de l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité sont **cumulées sous réserve de surindemnisation**.
- 26** **La limite de surindemnisation** est celle de l'art. 69 al. 2 LPGA.
- 27** Il incombe à l'assurance militaire de réduire sa rente.

c) La coordination d'une rente de l'assurance-accidents avec une rente de l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité

- 28** Une rente de l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité et une rente de l'assurance-accidents sont **cumulées sous réserve de surindemnisation**. Toutefois, le concours des rentes de l'assurance-accidents avec celles de l'assurance-vieillesse et survivants/l'assurance-invalidité n'a pas été modifié par la LPGA. Il reste soumis à des normes spéciales de coordination qui s'appliquent à l'exclusion de toute autre règle plus générale de surindemnisation¹⁴. C'est **le système des rentes complémentaires prévu dans la LAA**¹⁵.

¹² FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire N 480.

¹³ PETER E., 284 ss.

¹⁴ ATF 115 V 275, c. 1c confirmé aux ATF 126 V 193, c. 1; ATF 121 V 137, c. 1b.

¹⁵ ATF 123 V 204, c. 6b; ATF 122 V 316, c. 2a; ATF 122 V 152, c. 3c; cf. aussi LÄUBLI ZIEGLER, UVG- Invalidenrente, 100 ss.

Selon ce système, si l'assuré a droit à une rente de l'assurance-invalidité ou de l'assurance-vieillesse et survivants, une rente complémentaire lui est allouée; cette rente correspond à la différence entre 90% du gain assuré et la rente de l'assurance-invalidité ou de l'assurance-vieillesse et survivants mais au plus au montant prévu pour l'invalidité totale ou partielle (art. 20 al. 2 LAA)¹⁶. Le même système s'applique au concours de rentes de survivants (art. 31 al. 4 LAA)¹⁷. C'est dire que le cumul sous réserve de surindemnisation de l'art. 66 al. 1 LPGA est remplacé par le système de la complémentarité (sur cette technique: art. 63 N 20). A noter que l'art. 20 al. 2^{ter} LAA prévoit qu'au moment où l'assuré atteint l'âge ordinaire de la retraite, la rente d'invalidité et la rente complémentaire de l'assurance-accidents seront réduites en fonction de l'âge qu'il avait lors de l'accident. Ce régime déroge à l'art. 69 LPGA.

La limite de surindemnisation est fixée à **90% du gain assuré** dans l'assurance-accidents (art. 20 al. 2 LAA). Ce gain correspond en principe au salaire perçu au cours de l'année qui précède l'accident (art. 15 al. 2 LAA; art. 22 al. 4 OLAA). Cette limite de surindemnisation n'est pas identique à la limite générale de l'art. 69 al. 2 LPGA (art. 69 N 29 ss), ni à celle de l'art. 34a al. 1 LPP (anciennement art. 24 al. 1 OPP 2) réservée à la prévoyance professionnelle (art. 69 N 32).

Dans le régime des rentes complémentaires, lorsque l'invalidité est partielle, l'assuré dispose d'une capacité résiduelle de gain (qu'il met ou non en œuvre); **ce gain résiduel** n'est pas pris en compte dans le calcul de surindemnisation¹⁸.

Les art. 31 à 33a et 43 OLAA renferment des dispositions particulières sur le calcul des rentes complémentaires en général et dans des cas spéciaux¹⁹.

Certains auteurs soutiennent que l'art. 20 al. 2 LAA pose une simple règle de calcul pour fixer le montant maximum de la rente LAA quand elle vient s'ajouter à une autre rente. Selon eux, cette disposition ne concerne pas une question de surindemnisation²⁰. Ces opinions n'ont à juste titre pas amené le Tribunal fédéral à s'écarter de sa jurisprudence constante²¹. En effet, le Tribunal fédéral a exposé à de multiples reprises que la réglementation sur la surindemnisation en matière de rentes complémentaires d'invalidité de l'assurance-accidents était réglée à l'art. 20 al. 2 LAA²² et, qu'en tant que règle spéciale de coordination, cette disposition s'appliquait à l'exclusion de toute autre règle générale sur la surindemnisation²³.

3. La prévoyance professionnelle

La prévoyance professionnelle selon la LPP occupe le dernier cercle du classement des assurances sociales. Il s'agit de la prévoyance professionnelle **obligatoire** selon les art. 13 ss LPP (N 3). La LPGA n'est pas applicable à la LPP sous réserve d'exceptions prévues à l'art. 34a al. 2 et 3 LPP. En cas de concours de prestations prévues par la LPP avec des prestations prévues par d'autres assurances sociales, l'art. 66 al. 2 LPGA est ap-

16 Par ex., TF, 27.1.2017, 8C_166/2016, c. 5; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire N 265 ss.

17 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire N 351.

18 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire N 267.

19 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire N 271 ss, N 354.

20 GHÉLEW/RAMELET/RITTER, 108; KOHLER, 288 ss.

21 TF, 21.10.2016, 8C_275/2016, c. 8; TF, 27.1.2017, 8C_166/2016, c. 5.

22 ATF 123 V 204, c. 6b; ATF 122 V 316, c. 2a; ATF 122 V 152, c. 3c.

23 ATF 115 V 275, c. 1c confirmé aux ATF 126 V 193, c. 1; ATF 121 V 137, c. 1b; ATF 121 V 130, c. 2b.

plicable²⁴. En d'autres termes, c'est l'institution de prévoyance qui, en dernier lieu, réduit sa rente pour cause de surindemnisation.

- 35 La limite de surindemnisation pour la prévoyance professionnelle** n'est pas celle de l'art. 69 al. 2 LPGA. Elle figure à l'art. 34a al. 1 LPP (anciennement à l'art. 24 al. 1 OPP 2)²⁵ et plafonne à **90 % du gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé** (gain présumé perdu). Cette notion se réfère au revenu hypothétique que la personne assurée aurait perçu, si le cas de prévoyance ne s'était pas produit, au moment où la question de la réduction se pose²⁶.
- 36** L'art. 24 OPP 2 précise les prestations et les revenus à prendre en compte – ou à ne pas prendre en compte – lors de la réduction des prestations d'invalidité perçues avant l'âge de la retraite et des prestations de survivants. Quant à l'art. 24a OPP 2, il prévoit des règles sur la réduction des prestations d'invalidité à l'âge ordinaire de la retraite.
- 37** En fonction du degré d'invalidité, **un travailleur invalide** à la suite d'un accident peut se voir allouer des rentes d'invalidité de trois régimes²⁷:
- une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité (art. 66 al. 2 let. a LPGA);
 - une rente complémentaire de l'assurance-accidents (art. 66 al. 2 let. b LPGA; art. 20 al. 2 LAA) couvrant la différence entre la rente de l'assurance-invalidité et le 90 % du gain assuré dans l'assurance-accidents mais au plus le montant prévu pour l'invalidité totale ou partielle;
 - une rente de la prévoyance professionnelle (art. 66 al. 2 let. c LPGA) couvrant la différence entre le 90 % du gain assuré dans l'assurance-accidents et le 90 % du gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé.
- 38** Si **l'assurance militaire** intervient en second au lieu de l'assurance-accidents, la limite de surindemnisation qui s'applique au concours de la rente de l'assurance militaire avec celle de l'assurance-invalidité est celle de l'art. 69 al. 2 LPGA.
- 39** Le plafond de surindemnisation prévu par l'art. 69 al. 2 LPGA étant supérieur à celui de 90 % du gain présumé perdu en vigueur dans la prévoyance professionnelle, l'octroi d'une rente de la prévoyance professionnelle, pour une invalidité d'une certaine importance, cumulée à une rente de l'assurance militaire, paraît difficilement concevable. La limite de 90 % du gain présumé perdu est déjà atteinte par le seul cumul des rentes de l'assurance-invalidité et de l'assurance militaire.

III. La coordination des allocations pour impotent (al. 3)

A. L'objet de la coordination

- 40** En plus de la coordination des rentes (al. 1 et 2), l'art. 66 règle la coordination des allocations pour impotent entre elles (al. 3). En ce qui concerne la coordination des allocations pour impotent et le traitement stationnaire, cf. art. 67 al. 2 N 23 ss.
- 41** La notion d'**impotence** est définie à l'art. 9 LPGA. Est réputée impotente toute personne qui, en raison d'une atteinte à sa santé, a besoin de façon permanente de l'aide d'autrui ou d'une surveillance personnelle pour accomplir des actes élémentaires de la vie quoti-

²⁴ ATF 142 V 75; pour plus de détails: cf. SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 23 N 96 ss.

²⁵ ATF 134 V 153.

²⁶ HÜRZELER, art. 34a N 13.

²⁷ ATF 116 V 189; cf. aussi LÄUBLI ZIEGLER, UVG-Invalidenrente, 102.

dienn²⁸. Aussi bien l'assurance militaire (art. 20 LAM) et l'assurance-accidents (art. 26 LAA) que l'assurance-vieillesse et survivants (art. 43^{bis} LAVS) et l'assurance-invalidité (art. 42 LAI) prévoient pour les assurés qui en remplissent les conditions le droit à une allocation pour impotent²⁹.

Dans l'assurance-invalidité, est aussi considérée comme impotente la personne vivant chez elle et qui, en raison d'une atteinte à sa santé, a durablement besoin d'un accompagnement lui permettant de faire face aux nécessités de la vie (art. 42 al. 3 LAI). De plus, l'assuré impotent au sens de l'assurance-invalidité, qui vit chez lui et qui est majeur, a droit à une **contribution d'assistance** qui lui permet d'engager un auxiliaire pour certaines prestations d'aide (art. 42^{quater} à octies LAI)³⁰. Cette contribution d'assistance a dès lors une fonction analogue à celle de l'allocation pour impotent (cf. aussi art. 74 al. 2 let. d LPGA). Par conséquent elle doit être prise en compte dans la coordination des prestations pour impotent.

B. La technique de coordination: la priorité absolue

L'art. 66 al. 3 LPGA prévoit que les allocations pour impotent sont à la charge exclusive d'une seule assurance sociale. On retrouve ici la technique de coordination de **la priorité absolue ou de l'exclusivité** applicable également en matière de traitement (art. 64 N 6). Elle implique qu'une prestation soit accordée, sans cumul possible, par un seul assureur.

La technique de la priorité exclusive ne vaut que si l'impotence est entièrement due au même événement dommageable. C'est une application du principe de la **concordance des droits** (art. 63 N 35 ss).

L'allocation pour impotent est à la charge de l'assurance sociale prioritaire (assurance militaire ou assurance-accidents; au sujet de l'ordre de priorité: N 50 ss), pour autant que les conditions mises à l'octroi de cette prestation par **la loi spéciale concernée** soient bien réunies³¹.

Si les conditions de prise en charge par l'assurance prioritaire ne sont pas remplies, il peut arriver qu'une assurance sociale de rang inférieur ait à intervenir. De telles situations devraient se présenter rarement en pratique. On a connu cette hypothèse dans le passé: l'allocation pour impotent selon la LAA prenait naissance au plus tôt lorsque s'ouvrait le droit à la rente (art. 37 aOLAA). Il pouvait donc se produire que l'assurance-invalidité fût tenue de verser avant l'assureur-accidents une allocation du même type, alors même qu'elle n'était pas prioritaire³². Toutefois cette disposition de l'OLAA a été jugée contraire à la loi³³ puis modifiée (cf. art. 37 OLAA) de telle sorte qu'un versement antérieur de l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité ne devrait plus se produire³⁴.

28 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 52; cf. aussi ETTLIN, Selbstversorgungsfähigkeit, 115 ss.

29 LANDOLT, Pfliegerrecht II, N 1106 ss.

30 ATF 140 V 543; DUC/MONNARD SÉCHAUD, N 356 ss; LANDOLT, IV-Leistungen, N 21.110 ss.

31 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 66 N 43 s.

32 ATF 124 V 166.

33 ATF 133 V 42.

34 TF, 1.7.2014, 9C_281/2014, c. 5.

C. La formation de cercles d'assurances sociales

- 47 Des allocations pour impotent sont versées par trois assurances sociales: l'assurance-veillesse et survivants/assurance-invalidité, l'assurance-accidents et l'assurance militaire; il y a ainsi lieu de fixer un **ordre de priorité** d'intervention de ces assurances sociales. C'est l'objet de l'art. 66 al. 3 LPGA. Il prévoit que le versement des prestations est à la charge d'abord de l'assurance militaire ou de l'assurance-accidents ensuite de l'assurance-veillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité.
- 48 L'art. 66 al. 3 fixe un ordre de priorité entre **deux cercles (ou ensembles)** d'assurances sociales: le premier cercle comprend l'assurance militaire et l'assurance-accidents, le deuxième l'assurance-veillesse et survivants et l'assurance-invalidité. Des cercles analogues de prestataires figurent également à l'art. 66 al. 2 et à l'art. 65.
- 49 **Les relations entre les assurances sociales du même cercle** ne sont pas régies par l'art. 66 al. 2 mais par les dispositions des lois spéciales d'assurances sociales. Ces lois spéciales indiquent si l'intervention d'une assurance exclut celle de l'autre ou si l'intervention est proportionnelle au dommage dont chacune d'elle répond.

D. Les cercles

1. Assurance militaire ou assurance-accidents

- 50 L'allocation pour impotent est allouée exclusivement par l'une des deux assurances sociales, pour autant que l'impotence soit due à un **seul événement** dommageable.
- 51 Si l'impotence est due à **divers risques**, un assuré peut avoir droit à la fois aux prestations de l'assurance militaire et à celles de l'assurance-accidents. Dans cette hypothèse, qui ne ressortit pas à l'art. 66 al. 3, chaque assurance verse une fraction des prestations (art. 103 al. 1 LAA; art. 76 al. 1 LAM)³⁵. Par exemple, lorsqu'un assuré a droit à la fois à une allocation pour impotent de l'assurance militaire et à une allocation pour impotent de l'assurance-accidents, chaque assurance verse une fraction des allocations pour impotent correspondant à la part du dommage total lui incombant.
- 52 L'allocation pour impotent de l'assurance militaire ou de l'assurance-accidents a cependant le pas sur l'allocation pour impotent de l'assurance-veillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité. Ainsi le bénéficiaire d'une allocation pour impotent de l'assurance-accidents (premier cercle) n'a pas droit à une contribution d'assistance de l'assurance-invalidité (second cercle)³⁶, contribution qui est analogue à une allocation pour impotent (N42). Toutefois le Tribunal fédéral a jugé que le droit à une contribution d'assistance était exclu non pas en application de l'ordre de priorité de l'art. 66 al. 3 LPGA mais sur la base de l'art. 42^{quater} LAI. En effet cette disposition de la LAI subordonne l'octroi d'une contribution d'assistance au versement d'une allocation pour impotent de la même assurance sociale. Dès lors, au bénéfice d'une allocation pour impotent versée par l'assurance-accidents et non par l'assurance-invalidité, l'assuré ne pouvait prétendre une contribution d'assistance³⁷.

35 Cf. aussi RIEMER-KAFKA, Vereinfachungen, 246.

36 LANDOLT, IV-Leistungen, N 21.112.

37 ATF 140 V 113.

2. Assurance-vieillesse et survivants ou assurance-invalidité

Si l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité figurent au même niveau du classement, c'est que **le versement simultané d'allocations pour impotent de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité est exclu**. La conjonction «**ou**» («**l'AVS ou l'AI**») indique d'ailleurs que les prestations des assurances sociales du même cercle ne peuvent pas être cumulées. Elles sont allouées exclusivement par l'un des deux régimes (art. 43^{bis} al. 1 LAVS; art. 42 al. 1 LAI). On peut également rappeler que l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité constitue une seule assurance sociale en vertu de l'art. 63 al. 2; le législateur aurait dès lors pu s'abstenir de les distinguer à l'art. 66 al. 3 (comme à l'art. 65 let. b) et aurait pu mentionner simplement «**l'AVS/AI**».

En coordination intrasystémique, une disposition coordonne également les allocations pour impotent de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité en concours. En effet, la personne, qui était au bénéfice d'une allocation pour impotent de l'assurance-invalidité lorsqu'elle atteint l'âge de la retraite, touchera une allocation pour impotent de l'assurance-vieillesse et survivants au moins égale (art. 43^{bis} al. 4 LAVS). Il y a ainsi protection de la situation acquise³⁸.

Dans les cas où l'impotence est due à la survenance de **deux risques**, l'assurance militaire ou l'assurance-accidents interviennent en priorité exclusive par rapport à l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité également³⁹. C'est le cas lorsque l'accident se produit après la survenance d'une impotence indemnisée par l'assurance-invalidité⁴⁰. Il incombe alors à l'assurance-accidents d'intervenir et la personne assurée n'a plus de droit à une allocation pour impotent à faire valoir contre l'assurance-invalidité (art. 38 al. 5 OLAA)⁴¹. Néanmoins, pour assurer une compensation entre régimes, l'art. 42 al. 6 LAI permet au Conseil fédéral de régler la prise en charge par l'assurance-invalidité d'une contribution proportionnelle lorsque l'impotence n'est que partiellement imputable à un accident. Faisant usage de cette délégation, le Conseil fédéral a édicté l'art. 39k RAI.

Selon l'art. 39k al. 1 RAI, lorsque le bénéficiaire d'une allocation pour impotent de l'assurance-invalidité peut prétendre par la suite une allocation pour impotent de l'assurance-accidents, la caisse de compensation doit verser l'allocation pour impotent de l'assurance-invalidité à l'assureur-accidents tenu de verser les prestations, car, dans ce cas de figure précis, l'assurance-invalidité aurait dû poursuivre le versement de l'allocation pour impotent s'il n'y avait pas eu d'accident (voir également les art. 66^{quater} al. 1 RAVS et 38 al. 5 OLAA).

Selon l'art. 39k al. 2 RAI, lorsque le bénéficiaire d'une allocation pour impotent de l'assurance-accidents voit le montant de cette prestation être augmenté pour une cause étrangère à un accident, la caisse de compensation doit verser à l'assureur-accidents tenu de verser les prestations le montant de l'allocation pour impotent que l'assurance-invalidité aurait dû allouer à l'assuré s'il n'avait pas été victime d'un accident (voir également l'art. 66^{quater} al. 2 RAVS)⁴².

38 ETTLIN, *Hilflosigkeit*, 272 s.

39 LANDOLT, *IV-Leistungen*, N 21.156.

40 LANDOLT, *IV-Leistungen*, N 21.155, n. 374.

41 DUC/MONNARD SÉCHAUD, N 351; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 23 N 127; RIEMER-KAFKA, *Ver-einfachungen*, 246 s.

42 TF, 1.7.2014, 9C_281/2014, c. 4.2. Sur l'ensemble de la question, voir la Circulaire de l'OFAS concernant l'allocation pour impotent de l'AVS/AI s'agissant des cas d'impotence consécutive à un accident; voir également VALTERIO, *Commentaire AVS/AI*, N 1150, N 2302; ETTLIN, *Hilflosigkeit*, 324.

Art. 67

Traitement et prestations en espèces

¹ Lorsque le bénéficiaire d'indemnités journalières ou d'une rente séjourne aux frais de l'assurance sociale dans un établissement hospitalier, l'assureur social tenu de prendre en charge le traitement peut, compte tenu des charges familiales de l'assuré, déduire un montant fixe pour les frais de pension dans l'établissement hospitalier. Cette déduction peut être opérée sur l'indemnité journalière ou sur la rente.

² Si le bénéficiaire d'une allocation pour impotent séjourne dans un établissement hospitalier aux frais de l'assurance sociale, le droit à l'allocation est supprimé pour chaque mois civil entier passé dans l'établissement.

Heilbehandlung und Geldleistungen

¹ Hält sich eine taggeld- oder rentenberechtigte Person zu Lasten der Sozialversicherung in einer Heilanstalt auf, so kann der für die Heilbehandlung leistungspflichtige Sozialversicherungsträger je nach den Familienlasten der versicherten Person die Vergütung für die Unterhaltskosten in der Heilanstalt um einen festen Betrag herabsetzen. Dieser Abzug kann auf dem Taggeld oder der Rente einbehalten werden.

² Hält sich eine Bezügerin oder ein Bezüger einer Hilflosenentschädigung zu Lasten der Sozialversicherung in einer Heilanstalt auf, so entfällt der Anspruch auf die Entschädigung für jeden vollen Kalendermonat des Aufenthalts in der Heilanstalt.

Cura medica e prestazioni pecuniarie

¹ Se il beneficiario d'indennità o di una rendita soggiorna in uno stabilimento ospedaliero a spese dell'assicurazione sociale, l'assicuratore tenuto ad assumere la cura medica può, tenendo conto degli oneri familiari dell'assicurato, dedurre un importo fisso per le spese di mantenimento nello stabilimento. Questa deduzione può essere effettuata sull'indennità o sulla rendita.

² Se il beneficiario di un assegno per grandi invalidi soggiorna in uno stabilimento ospedaliero a spese dell'assicurazione sociale, il diritto all'assegno è soppresso per ogni mese civile intero trascorso nello stabilimento.

Plan

	N
I. L'objet de la coordination	1
II. Le séjour dans un établissement hospitalier	4
III. La déduction pour les frais de pension (al. 1)	6
A. Généralités	6
B. En coordination intrasystémique	14
C. En coordination intersystémique	20
IV. La suppression du droit à l'allocation pour impotent (al. 2)	23

Bibliographie

Cf. aussi bibliographie art. 63 LPG. EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, 385 ss (cité: Krankenversicherung); LANDOLT HARDY, IV-Leistungen: Hilfsmittel, Hilflosenentschädigung und Assistenzbeitrag, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 715 ss (cité: IV-Leistungen); LANDOLT HARDY, AHV-Leistungen: Hilfsmittel, Hilflosenentschädigung und Assistenzbeitrag, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 893 ss; PERRENOUD STÉPHANIE, Soins à l'hôpital, soins à domicile et soins en EMS: quelles différences?, RSAS 2015 415 ss, 524 ss (cité: Soins).

I. L'objet de la coordination

L'art. 67 LPGA régit **deux cas particuliers** de coordination de prestations en nature et de prestations en espèces: **1**

- **La coordination du traitement hospitalier avec l'indemnité journalière ou la rente.** Celui qui séjourne dans un établissement hospitalier reçoit une prestation en nature sous forme de **traitement** (art. 14 LPGA). Il se peut qu'il perçoive également une prestation en argent sous forme **d'indemnités journalières** ou **d'une rente** (art. 15 LPGA). Lors du séjour en établissement hospitalier, la personne assurée a droit au traitement et également à la **nourriture** et au **logement**, en vertu des lois spéciales concernées (art. 14 al. 2 LAI; art. 25 al. 2 let. e LAMal; art. 10 al. 1 let. c LAA; art. 17 al. 3 LAM). Or la nourriture et le logement sont couverts ordinairement par le revenu de la personne assurée ou, en cas d'incapacité de travail ou de gain, par les indemnités journalières ou par une rente qui constituent des revenus de remplacement. On comprend dès lors que ces coûts de pension doivent être couverts, en partie tout au moins, par les prestations en argent. C'est la raison pour laquelle, lorsque le bénéficiaire d'indemnités journalières ou d'une rente séjourne aux frais de l'assurance sociale dans un établissement hospitalier, l'assureur social tenu de prendre en charge le traitement peut, compte tenu des charges familiales de l'assuré, déduire un montant fixe pour les frais de pension dans l'établissement hospitalier (art. 67 al. 1, 1^{re} phrase). Cette déduction peut être opérée sur l'indemnité journalière ou sur la rente (art. 67 al. 1 2^e phrase).
- **La coordination du traitement hospitalier et de l'allocation pour impotent.** Il en va de même en matière **d'impotence**. L'allocation pour impotent couvre des coûts liés à l'impotence. Or ces coûts, en particulier l'aide d'une tierce personne, disparaissent lorsque l'assuré séjourne dans un établissement hospitalier. Dès lors, si le bénéficiaire d'une allocation pour impotent séjourne dans un établissement hospitalier aux frais de l'assurance sociale, le droit à l'allocation est supprimé (art. 67 al. 2).

Dans ces deux hypothèses, l'art. 67 coordonne ces prestations (traitement hospitalier/prestations en espèces) pour prévenir une surindemnisation ou un cumul injustifié¹.

Les cas de coordination visés par l'art. 67 correspondent en principe à des cas de coordination **intrasystémique** et non intersystémique (sur ces notions: art. 63 N 6 ss). En effet, cette disposition coordonne entre elles essentiellement des prestations en espèces et en nature **d'une seule assurance sociale**. Or, d'ordinaire, les dispositions de coordination intrasystémique figurent dans les lois spéciales d'assurances sociales et non dans la LPGA. Dans ce sens, l'art. 67 constitue **un élément étranger** aux règles de coordination des art. 63 ss². Il est vrai toutefois que l'art. 67 al. 1 constitue plutôt une norme de fixation des prestations qu'une norme de coordination proprement dite puisque le montant de la déduction pour frais de pension doit être concrétisé dans les lois spéciales³. En l'absence de concrétisation, il n'y a pas lieu à déduction. **2**

La disposition de l'art. 67 coordonne des prestations en nature (traitement en milieu hospitalier) avec des prestations en argent (indemnité journalière/rente/allocation pour impotent)⁴. Ces prestations ne sont *a priori* pas de même nature. On peut dès lors se demander si l'art. 67 respecte bien le principe de la **concordance de droits** (art. 63 N 35 ss). Sur **3**

1 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 261 s.

2 SCHLAURI, RSAS 2008, 227; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 67 N 8.

3 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4288.

4 Pour un exposé détaillé des problèmes de concordance entre allocation pour impotent et soins, cf. LANDOLT, IV-Leistungen, N 21.169 ss.

ce point, nous sommes d'avis qu'il y a bien concordance partielle entre le traitement hospitalier et l'indemnité journalière (ou la rente) dans la mesure où les frais du traitement hospitalier comprennent les frais d'hébergement et de nourriture et que l'indemnité journalière (ou la rente) sont des revenus de remplacement affectés également en partie à la couverture des frais d'hébergement et de nourriture. La déduction pour frais de pension évite précisément une double couverture des frais d'hébergement et de nourriture. Il y a également concordance fonctionnelle entre le traitement hospitalier et l'allocation pour impotent. En effet, celui qui séjourne dans un établissement hospitalier ne supporte pas les frais d'assistance que l'impotence lui cause en dehors de l'hôpital.

II. Le séjour dans un établissement hospitalier

- 4 La coordination du traitement et des prestations en espèces est subordonnée au séjour dans un établissement hospitalier. L'art. 67 ne définit pas l'établissement hospitalier; la LPGA non plus. A défaut, on peut admettre de se référer à la définition donnée dans la LAMal. On rappelle que sont des établissements hospitaliers, au sens de l'art. 39 al. 1 LAMal, les établissements et celles de leurs divisions qui servent au **traitement** hospitalier des maladies aiguës ou à l'exécution en milieu hospitalier de mesures médicales de réadaptation et qui remplissent les conditions d'admission énumérées sous let. a à f.
- 5 On peut en déduire *a contrario* que les séjours en établissements médico-sociaux⁵ ou en établissements de cure ne sont pas visés⁶. Du point de vue de la LPGA, rien ne fait dès lors obstacle à ce que celui qui séjourne en établissement médico-social ou de cure cumule ce séjour et des prestations en espèces.

III. La déduction pour les frais de pension (al. 1)

A. Généralités

- 6 L'art. 67 al. 1 règle la possibilité pour l'assureur chargé du traitement d'opérer une déduction pour frais de pension en établissement hospitalier lorsque le bénéficiaire d'indemnités journalières ou d'une rente y séjourne aux frais de l'assurance sociale.
- 7 L'art. 67 al. 1 est une **disposition potestative** («l'assureur [...] peut»). Cette disposition impose une concrétisation de la déduction dans la loi spéciale concernée. A défaut, aucune déduction ne peut être opérée (au sujet des montants fixes: art. 24^{bis} LAI; art. 22 al. 5 let. b RAI; art. 27 OLAA; art. 31 LAM; art. 21 OAM; art. 104 OAMal).
- 8 Lorsqu'une déduction est opérée, elle présuppose un séjour aux frais de l'assurance sociale et l'octroi, **pour la même période**, de prestations en espèces. Cette limite découle du principe de concordance temporelle des droits (art. 63 N 38 s.). Si l'indemnité journalière ou la rente n'est versée que pendant une partie du séjour, la déduction pour les frais de pension doit porter sur la même période⁷.
- 9 L'assurance tenue de prendre en charge le traitement hospitalier est débitrice de cette prestation en nature à l'égard du prestataire de soins. Dès lors, il n'y a pas à proprement

5 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4288; voir aussi, TF, 21.10.2016, 8C_275/2016, c. 6.2.

6 Pour plus de détails au sujet de la notion d'établissement hospitalier, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 67 N 11 s.

7 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 67 N 19.

parler de déduction sur les frais de pension mais bien plutôt **une obligation pour la personne assurée de prendre en charge un montant fixe** pour ces frais. Ce montant doit être versé par la personne assurée à l'assurance sociale (et non au fournisseur de prestation).

Selon le texte légal, la déduction que l'assureur peut opérer est un montant fixe. En fait la déduction représente un pourcentage de l'indemnité journalière avec un montant maximum exprimé en francs (cf. art. 22 al. 5 let. b RAI, 27 OLAA, 21 OAM). C'est seulement dans l'assurance-maladie que le Conseil fédéral a prévu un montant fixe (art. 104 OAMal). Dans ce cas, il peut arriver que le montant de la retenue soit supérieur au montant de l'indemnité journalière. **10**

La retenue sur l'indemnité journalière ou sur la rente doit être opérée par **l'assurance tenue de prendre en charge le traitement en milieu hospitalier** ou qui supporte les frais de nourriture et de logement et non par une autre assurance d'indemnité journalière⁸. **11**

Selon le texte légal, la retenue doit tenir compte des **charges familiales** de la personne assurée. En vertu du principe de concordance temporelle, sont déterminantes les charges familiales existant au moment du séjour en milieu hospitalier (et non celles existant au moment de l'événement dommageable). **12**

S'agissant de son champ d'application, la déduction pour frais de pension concerne **les assureurs tenus de prendre en charge le traitement**. Il s'agit de l'assurance-invalidité, de l'assurance militaire, de l'assurance-accidents et de l'assurance-maladie (art. 64 al. 2 LPGA). Les autres assurances sociales qui versent des indemnités journalières (p.ex., l'assurance-chômage) n'entrent pas dans le champ d'application de cette disposition. La disposition légale ne précise pas si l'assureur chargé du traitement est le même que celui qui verse des indemnités journalières ou une rente. Dès lors, deux hypothèses sont envisageables: il n'y a qu'un assureur (coordination intrasystémique) ou il y en a deux (coordination intersystémique). **13**

B. En coordination intrasystémique

Dans les domaines de l'assurance-invalidité, de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire, la prise en charge d'un traitement en milieu hospitalier est souvent assortie de l'octroi d'indemnités journalières (ou intervient lorsque la personne assurée est déjà au bénéfice d'une rente). Il en va de même **dans l'assurance-maladie si celle-ci verse une indemnité journalière facultative** (art. 67 ss LAMal). La coordination de la prestation en nature et de la prestation en espèces versée par le même assureur est alors une question de coordination intrasystémique (art. 63 N 6 ss). Elle ressortit, en principe, à la loi spéciale concernée (art. 63 al. 3 LPGA). Logiquement l'art. 67 ne s'applique pas. La loi spéciale peut dès lors prévoir une déduction en cas de séjour dans un établissement autre qu'un établissement hospitalier *sensu strictu* (voir p.ex. dans l'assurance militaire N 16). **14**

Dans **l'assurance-invalidité**, l'art. 24^{bis} LAI prévoit ceci: lorsque l'AI prend entièrement à sa charge les frais d'hébergement et de repas, l'indemnité journalière est réduite. Le Conseil fédéral fixe le montant de la déduction. Il établit une distinction entre les assurés qui ont une obligation d'entretien et ceux qui n'en ont pas. Le Conseil fédéral a fait usage de cette délégation de compétence à l'art. 22 al. 5 let. b RAI. Cette disposition prévoit une **15**

⁸ KIESER, ATSG-Kommentar, art. 67 N 20.

déduction de 20% de l'indemnité, mais au maximum CHF 20.–, en cas de prise en charge des frais de nourriture et de logement par l'assurance-invalidité; la réduction est de 10%, mais au maximum CHF 10.–, si l'assuré a une obligation d'entretien à l'égard d'enfants qui, en cas de décès de l'assuré, auraient droit à une rente d'orphelin de l'assurance-vieillesse et survivants.

- 16** Dans l'**assurance militaire**, l'art. 31 LAM prévoit que lorsque l'assuré est nourri et logé aux frais de l'assurance militaire, une retenue peut être opérée suivant l'importance des charges de famille. L'art. 21 OAM concrétise cette retenue en prévoyant des montants fixes, différenciés en fonction de la durée du séjour hospitalier et des charges familiales, comme suit: «En cas de séjour de courte durée dans un établissement hospitalier, un centre de dépistage ou un établissement de réadaptation, la déduction s'élève par jour (sans les jours d'entrée et de sortie) à 20% de l'indemnité journalière ou de la rente d'invalidité non réduite, mais au plus à vingt francs pour les célibataires sans obligation d'entretien ou d'assistance; 10% de l'indemnité journalière ou de la rente d'invalidité non réduite, mais au plus à 10 francs pour les assurés mariés et pour les célibataires qui ont des obligations d'entretien ou d'assistance (al. 1 let. a et b). En cas de séjour prolongé dans un établissement hospitalier, une clinique psychiatrique, un home ou un établissement de soins ou une institution équivalente, la déduction s'élève par jour à: 40% de l'indemnité journalière ou de la rente d'invalidité non réduite, mais au plus à 40 francs pour les célibataires sans obligation d'entretien ou d'assistance; 30% de l'indemnité journalière ou de la rente d'invalidité non réduite, mais au plus à 30 francs pour les assurés mariés et pour les célibataires qui ont des obligations d'entretien ou d'assistance (al. 2 let. a et b). L'indemnité journalière ne subit aucune déduction pour les assurés mariés ou célibataires ayant à leur charge un enfant mineur ou qui fait un apprentissage ou des études (al. 3)».
- 17** Dans l'**assurance-accidents**, la loi ne prévoit pas la possibilité d'opérer une déduction. Il faut se référer à l'art. 27 OLAA. Cette disposition prévoit une déduction de 20%, mais au plus CHF 20.– pour les personnes seules sans obligation d'entretien ou d'assistance (al. 1 let. a) et 10%, mais au plus CHF 10.–, pour les assurés mariés et pour les personnes seules qui ont des obligations d'entretien ou d'assistance (al. 1 let. b). L'indemnité journalière ne subit aucune déduction pour les assurés mariés ou les personnes seules ayant à leur charge des enfants mineurs ou qui font un apprentissage ou des études (al. 2).
- 18** Dans l'**assurance-maladie**, la déduction pour les frais de pension s'appuie sur l'art. 64 al. 5 LAMal⁹. Cette disposition prévoit en effet qu'en cas d'hospitalisation, les assurés versent une contribution aux frais de séjour, échelonnée en fonction des charges de famille (en sus de la franchise et de la quote-part). Le Conseil fédéral fixe le montant de cette contribution. Selon l'art. 104 OAMal, la contribution aux frais de séjour se monte à CHF 15.– (al. 1). En sont exemptés les enfants et les jeunes adultes au sens de la loi ainsi que les femmes qui ne supportent pas la participation aux coûts en vertu de l'art. 64 al. 7 LAMal. On observera toutefois que l'art. 64 al. 5 LAMal s'applique à toutes les personnes hospitalisées aux frais de l'assurance-maladie; la disposition n'est pas limitée, comme à l'art. 67 al. 1 LPGA, à celles qui perçoivent des prestations en espèces. On notera enfin que l'assurance-maladie ne peut pas opérer de retenue sur l'indemnité journalière facultative (art. 72 al. 3, 2^e phrase, LAMal); il incombe donc à la personne assurée de s'acquitter du montant fixe de la contribution aux frais de séjour¹⁰.

⁹ EUGSTER, Krankenversicherung, N 1066.

¹⁰ Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4289.

En définitive, dans la mesure où il vise le traitement hospitalier et les indemnités journalières de la même assurance sociale (assurance-invalidité, assurance-accidents, assurance militaire ou assurance-maladie versant une indemnité journalière facultative), l'art. 67 al. 1 apparaît, du point de vue de la systématique de la loi, comme un élément étranger aux art. 63 ss¹¹ (cf. aussi art. 63 al. 3). En effet, il concerne une question de coordination intrasystémique – qu'il incombe à la loi spéciale de régler – alors que les art. 63 ss visent la coordination intersystémique. Les lois spéciales le font d'ailleurs, comme nous venons de le voir. On peine dès lors à saisir le but de la norme.

C. En coordination intersystémique

Dans l'**assurance-maladie**, le traitement en milieu hospitalier n'entraîne pas l'octroi de prestations en espèces (sauf si la personne hospitalisée s'est assurée à l'assurance facultative d'indemnités journalières [art. 67 ss LAMal; N 18]). Dès lors, dans ce domaine particulier de l'assurance-maladie, la coordination entre le traitement hospitalier et la prestation en espèces est bien en principe une question de coordination de prestations de diverses assurances sociales, à savoir de coordination **intersystémique**, régie par l'art. 67 al. 1.

Il peut s'agir, par exemple, d'une indemnité journalière de l'assurance-invalidité pendant l'exécution de mesures de réadaptation (art. 22 al. 1 LAI) interrompue pour un traitement hospitalier. Toutefois, dans ce cas de figure, il n'y a pas de possibilité de déduction pour frais de pension fondée sur l'art. 67 al. 1 LPGa puisque celle-ci est subordonnée par la loi spéciale à la condition que l'assurance-invalidité supporte elle-même les frais de pension (art. 21^{octies}, art. 22 al. 5 let. b RAI)¹². Ici, la déduction telle que concrétisée par la loi spéciale est plus restrictive que celle de l'art. 67 al. 1.

En définitive, on ne voit guère de situation de coordination intersystémique dans laquelle l'art. 67 al. 1 est applicable en tant que tel.

IV. La suppression du droit à l'allocation pour impotent (al. 2)

L'art. 67 al. 2 coordonne le **séjour en établissement hospitalier** aux frais de l'assurance sociale et l'allocation pour impotent.

Comme les art. 63 ss LPGa sont consacrés à la coordination intersystémique, on peut admettre que l'art. 67 al. 2 a trait à la coordination entre le séjour hospitalier et l'allocation pour impotent pris en charge par **des assurances sociales différentes** (p.ex. un séjour pris en charge par l'assurance-maladie et une allocation pour impotent de l'assurance-invalidité). Le Tribunal fédéral a néanmoins appliqué l'art. 67 al. 2 dans un cas de coordination entre séjour hospitalier et allocation pour impotent tous deux à la charge de l'assurance-accidents¹³; il ne s'est toutefois pas interrogé sur le champ d'application de cette norme.

L'allocation pour impotent peut également entrer en concours avec d'autres prestations en nature, par exemple, le traitement ambulatoire ou le séjour dans un établissement

11 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 67 N 14 s.

12 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 67 N 16.

13 TF, 1.7.2014, 9C_281/2014, c. 6.

médico-social¹⁴. Cette situation n'est toutefois pas visée par l'art. 67 al. 2 LPGAl¹⁵. Elle peut être visée par d'autres dispositions de coordination intrasystémique telles que, par exemple, l'art. 78 LAMal et les art. 110 et 122 OAMal¹⁶. Dans l'assurance-accidents, le Tribunal fédéral a retenu qu'un assuré séjournant à demeure dans un établissement médico-social a droit à une rente d'invalidité (art. 20 LAA), une allocation pour impotent destinée à couvrir les frais résultant de l'aide d'autrui nécessaire pour accomplir les actes ordinaires de la vie ou une surveillance personnelle (art. 26 al. 1 LAA) et, enfin, à la prise en charge des mesures médicales dont il a besoin au sens de l'art. 21 al. 1 let. d LAA¹⁷.

- 26 Les allocations pour impotent sont payées d'avance pour **le mois civil entier** (art. 19 al. 3 LPGAl). Dès lors, la suppression de l'allocation au sens de l'art. 67 al. 2 ne peut intervenir que si la personne assurée séjourne en établissement hospitalier durant un mois civil entier¹⁸. Ainsi, en cas de séjour en milieu hospitalier du 15 septembre au 15 novembre, la suppression pourra intervenir pour le mois d'octobre mais pas pour les mois de septembre et novembre, à défaut de concordance temporelle des droits.
- 27 **Dans l'assurance-invalidité**, la règle de l'art. 67 al. 2 n'est applicable que pour les séjours hospitaliers de bénéficiaires majeurs d'une allocation pour impotent. En effet, la LAI contient une **dérogation** à la règle en ce qui concerne les mineurs. Dans le cas des bénéficiaires mineurs, l'art. 42^{bis} al. 4 LAI est applicable. Il prévoit que l'allocation, calculée par jour, ne leur est pas versée pour les jours d'hospitalisation¹⁹.
- 28 Le séjour en établissement hospitalier devra être **annoncé** à l'assurance sociale qui verse une allocation pour impotent tant par l'ayant droit et ses proches que par les personnes ou institutions participant à la mise en œuvre des assurances sociales (art. 31 LPGAl).

Art. 68

Indemnités journalières et rentes

Sous réserve de surindemnisation, les indemnités journalières et les rentes de différentes assurances sociales sont cumulées.

Taggelder und Renten

Taggelder werden unter Vorbehalt der Überentschädigung kumulativ zu Renten anderer Sozialversicherungen gewährt.

Indennità giornaliere e rendite

Salvo sovraindennizzo, le indennità giornaliere sono cumulabili con le rendite di altre assicurazioni sociali.

14 Pour plus de détails, cf. LANDOLT, IV-Leistungen, N 21.157; au sujet des coûts d'un long séjour en EMS, cf. PERRENOUD, Soins, 540 ss.

15 LANDOLT, IV-Leistungen, N 21.153.

16 ATF 125 V 297; ATF 127 V 94; LANDOLT, IV-Leistungen, N 21.159. Au sujet de la coordination de l'allocation pour impotent de l'assurance-vieillesse et survivants et de la contribution pour soins ambulatoires en cas de maladie (art. 25a al. 1 LAMal; art. 7 al. 2 OPAS), cf. CANCAR ROMANA, Intersystemische Leistungskoordination bei der spitalexternen Pflege – die Büchse der Pandora, Pflegerecht 2015 66 ss.

17 ATF 124 V 52; voir aussi TF, 21.10.2016, 8C_275/2016, c. 6.1.

18 Dérogation introduite par la 5^e révision de l'AI (Message du 22 juin 2005 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité [5^e révision de l'AI], FF 2005 4215, 4324).

19 Message du 22 juin 2005 concernant la modification de la LF sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'AI), FF 2005 4215, 4324.

Plan

	N
I. La coordination des indemnités journalières et des rentes	1
A. L'objet de la coordination	1
B. La technique de coordination: le cumul conditionnel	8
C. La concordance des droits	11
II. La réserve de surindemnisation	24
A. La limite de surindemnisation	25
B. L'assureur fondé à réduire sa prestation	27
III. Cas d'application	29

Bibliographie

Cf. aussi bibliographie art. 63 LPGa. BECK PETER, Die Regressbestimmungen des ATSG: Art. 72-75 ATSG, Art. 13-17 ATSV, in Schaffhauser/Kieser (éd.), ATSG, 121 ss (cité: ATSG); KIESER UELI, Die Taggeldkoordination im Sozialversicherungsrecht, PJA 2000 249 ss (cité: Taggeldkoordination); KIESER UELI, Leistungskoordination im Sozialversicherungsrecht, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialversicherung, 126 ss (cité: Leistungskoordination); PÄRLI KURT/HUG JULIA/PETRIK ANDREAS, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Berne 2015.

I. La coordination des indemnités journalières et des rentes**A. L'objet de la coordination**

L'art. 68 LPGa règle le concours des indemnités journalières et des rentes des différentes assurances sociales. Cette disposition autorise le cumul des prestations, sous réserve de surindemnisation. Elle vise notamment le concours des indemnités journalières de l'assurance-accidents avec des rentes de l'assurance-invalidité¹ qui revêt une importance majeure en pratique². 1

L'indemnité journalière est une notion large qui englobe toutes les prestations d'assurances sociales compensant la perte de revenu – en principe – provisoire dans diverses assurances sociales³. Les lois spéciales n'utilisent pas toujours le terme d'« indemnités journalières ». Par exemple, la LAPG prévoit des prestations désignées par le terme « allocations »: les allocations en cas de service (art. 1a-16a LAPG) et les allocations de maternité (art. 16b-16h LAPG). Il s'agit d'indemnités journalières⁴. En revanche les allocations familiales ne sont pas des indemnités journalières; leur coordination avec d'autres prestations d'assurances sociales relève des lois spéciales et non de l'art. 68. 2

Les risques qui ouvrent le droit à des indemnités journalières sont divers. En effet, l'assurance-maladie (art. 72 al. 2 LAMal), l'assurance-accidents (art. 16 al. 1 LAA) et l'assurance militaire (art. 28 al. 1 LAM) allouent des indemnités journalières en cas d'incapacité de travail. L'assurance-invalidité octroie des indemnités journalières pendant l'exécution des mesures de réadaptation (art. 22 al. 1 LAI), l'assurance-chômage en cas de chômage, l'assurance perte de gain en cas de service (dans l'armée suisse ou dans le 3

1 Par ex., ATF 139 V 519.

2 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 68 N 24.

3 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLY, Table 53.

4 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLY/MOLO, 335 N 33, 340 N 58.

Service de la Croix-Rouge; art. 1a al. 1 LAPG) et en cas de maternité (art. 16b LAPG). Le législateur souhaitait une réglementation uniforme du concours d'indemnités journalières et de rentes; dès lors, les indemnités journalières visées par l'art. 68 LPGGA ne sont pas seulement les indemnités journalières versées en cas d'incapacité de travail *stricto sensu* (art. 6 LPGGA) mais bien toutes les indemnités journalières compensant une perte de revenu⁵.

- 4 Les rentes visées par l'art. 68 sont **les rentes d'invalidité, les rentes de survivants et les rentes de vieillesse** des diverses assurances sociales. Seules les rentes (d'invalidité, de vieillesse ou de survivants) de la prévoyance professionnelle sont exclues du champ d'application de cette disposition, cette assurance n'étant pas soumise à la LPGGA (art. 2 LPGGA)⁶.
- 5 Le cumul d'indemnités journalières et de rentes régi par l'art. 68 présuppose que ces prestations soient versées par **différentes assurances sociales**. Il s'agit donc d'une coordination intersystémique, dans la logique des art. 63 ss LPGGA. En coordination intrasystémique, en revanche, la coordination des indemnités journalières et des rentes d'une seule assurance sociale fait l'objet de dispositions de la loi spéciale (p.ex., art. 19 al. 1 LAA).
- 6 Si l'art. 68 LPGGA régit le cumul d'indemnités journalières et de rentes, **le concours d'indemnités journalières entre elles** sort du champ d'application de cette disposition. Il est réglé par des dispositions des lois spéciales⁷.
- 7 L'art. 68, disposition extrêmement concise, régit le concours de deux sortes de **prestations de nature différente**. C'est une particularité qui différencie cette disposition des autres dispositions de coordination des art. 64 ss LPGGA⁸. De plus, l'art. 68 n'indique pas si les prestations à coordonner doivent découler du même cas d'assurance ou si elles peuvent avoir **diverses causes**⁹. Enfin, le point de départ et la durée des prestations en concours sont différents selon les cas. Ces aspects et l'extrême diversité des situations que l'art. 68 peut régir suscitent des difficultés d'interprétation¹⁰, notamment en lien avec le principe de la concordance matérielle, événementielle et temporelle des droits, difficultés sur lesquelles nous reviendrons (N 11 ss).

B. La technique de coordination : le cumul conditionnel

- 8 L'art. 68 prévoit que les indemnités journalières et les rentes de différentes assurances sociales sont cumulées sous réserve de surindemnisation. La technique de coordination appliquée est donc celle du **cumul**. Cette technique permet à la personne assurée de faire valoir ses prétentions tant à l'égard du premier payeur qu'à l'encontre du second, sans interférence d'une prestation sur l'autre (art. 63 N 15).
- 9 En coordination intersystémique, on distingue deux formes de cumul: le cumul absolu et le cumul conditionnel (ou cumul sous réserve de surindemnisation; art. 63 N 16). Selon

5 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 68 N 18 s.

6 Au sujet du concours d'indemnités journalières de l'assurance-accidents ou de l'assurance-maladie avec une rente de la prévoyance professionnelle, cf. SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 129.

7 Cf. KIESER, Taggeldkoordination, 289 ss.

8 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 68 N 5.

9 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 262.

10 KIESER, Leistungskoordination, N 35.67.

la technique du **cumul conditionnel**, les prestations sont cumulables à condition qu'elles ne dépassent pas une certaine limite ou plafond de surindemnisation. C'est précisément ce que le législateur a prévu pour la coordination des indemnités journalières et des rentes de différentes assurances sociales. Le cumul conditionnel s'applique également au concours des prestations de rentes; on retrouve donc la même formulation à l'art. 66 al. 1 («sous réserve de surindemnisation»).

Le plafond de surindemnisation sera abordé ci-dessous (N 24).

10

C. La concordance des droits

1. Le principe de la concordance des droits s'applique-t-il à l'art. 68 ?

En ce qui concerne la notion de surindemnisation, il est admis que l'art. 68 fait implicitement référence à **la surindemnisation telle que définie à l'art. 69**¹¹. Conformément à l'art. 69 al. 2, il y a surindemnisation lorsque les prestations sociales légalement dues dépassent, du fait de la réalisation du risque, à la fois le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé, les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches (sur ces notions : art. 69 N 45).

11

A teneur de l'art. 69 al. 1, seules les prestations «concordantes», c'est-à-dire les prestations de nature et de but identiques (concordance matérielle; «*sachliche Kongruenz*») qui sont accordées à l'assuré¹² (concordance personnelle; «*personelle Kongruenz*») en raison de l'événement dommageable (concordance événementielle; «*ereignisbezogene Kongruenz*»), sont prises en compte dans le calcul de la surindemnisation. On retient ainsi que l'art. 69 al. 1 pose le principe de la concordance des droits («*Kongruenzprinzip*»; art. 69 N 12 ss) applicable en coordination intersystémique¹³. Cela signifie que pour être coordonnées au sens de l'art. 68, les indemnités journalières et les rentes doivent impérativement remplir ces critères.

12

Toutefois, lors des travaux préparatoires, la Commission du Conseil des Etats a relevé que le cumul des indemnités journalières et des rentes s'appliquait indifféremment quand les prestations découlent «du même cas d'assurance ou de cas divers»¹⁴. On pourrait en conclure que l'art. 68 consacre une exception au principe de la concordance (événementielle) des droits¹⁵. On peut illustrer cette situation par l'exemple suivant: une femme donne naissance à un enfant et bénéficie d'une allocation de maternité; concomitamment, le décès de son époux lui ouvre le droit à une rente de veuve. Si l'on applique l'art. 68, l'allocation de maternité selon la LAPG et la rente de survivant de l'assurance-vieillesse et survivants seraient ainsi cumulées sous réserve de surindemnisation. La femme pourrait ainsi voir son allocation de maternité réduite à la suite de son veuvage. Ceci conduirait à une situation absurde. De plus, les prestations sociales découlant, dans notre exemple, de causes différentes (maternité et décès), on ne verrait guère comment établir un plafond de surindemnisation. On ne voit pas non plus que le plafond de

13

11 Par ex., ATF 139 V 514, c. 3.3; TF, 18.3.2008, U 53/07, c. 3.2; TFA, 21.12.2005, K 73/05, c. 2.1; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 68 N 35; PÄRLI/HUG/PETRIK, N 1012.

12 Au sujet de la concordance personnelle (et matérielle) entre une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité et une (ancienne) rente complémentaire pour l'épouse, cf. TF, 28.3.2008, U 53/07, commenté par MOSER-SZELESS MARGIT, RSAS 2008, 489 s.

13 MONNARD SÉCHAUD, REAS 2012, 281; SCHLAURI, RSAS 2008, 238.

14 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 262.

15 Dans ce sens: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 68 N 22 s., N 33.

l'art. 69 al. 2, lié manifestement à une incapacité de gain¹⁶, soit pertinent dans cet exemple. En d'autres termes, vouloir faire abstraction du principe de la concordance des droits à l'art. 68 conduit à des situations insoutenables qui ne sauraient correspondre à la volonté du législateur. A ce propos, il faut toutefois souligner que le rapport de la Commission du Conseil des Etats, qui paraît s'écarter de la règle de la concordance, date de 1990; il est donc antérieur à la décision du législateur d'introduire le principe de la concordance des droits, à l'issue des travaux préparatoires. En effet, s'écartant de la méthode globale (art. 63 N 35) proposée initialement dans le projet de la Société du droit des assurances, la Commission du Conseil national, s'appuyant sur l'avis du Conseil fédéral de 1991¹⁷, a finalement retenu en 1999 la méthode de la concordance des droits (appelée alors «congruence») au motif que celle-ci répondait à l'évolution du droit¹⁸. Indépendamment de cette volonté du législateur, **les impératifs de cohésion des règles de coordination justifient d'interpréter l'art. 68 en conformité avec le principe de la concordance des droits**, dont on a vu d'ailleurs qu'il constitue un principe général du droit des assurances sociales (art. 63 N 40).

2. La concordance matérielle des indemnités journalières et des rentes

- 14 Si le législateur a finalement consacré le principe de la concordance des droits en coordination intersystème, il n'a cependant pas élaboré de Table de concordance, comme c'est le cas en coordination extrasystème (art. 74 al. 2 LPGA), pour déterminer quelles sont les prestations d'assurances sociales qui peuvent être qualifiées de concordantes. Il a considéré que cette tâche incombait à la **jurisprudence**¹⁹. Celle-ci ne s'est toutefois pas encore prononcée sur l'éventuelle concordance des prestations coordonnées par l'art. 68.
- 15 Pour admettre le caractère concordant des prestations en concours, il faut qu'elles soient tout d'abord de même nature²⁰. Si l'on s'inspire de l'abondante jurisprudence et de la doctrine développée en coordination extrasystème, le critère de délimitation est ainsi **la nature et la fonction** de la prestation considérée, à savoir **le sens et le but** qu'elle vise²¹. De la justification du principe qui est d'éviter la surindemnisation, il découle que cette nature doit être analysée **d'un point de vue économique**²².

3. Les indemnités journalières et les rentes d'invalidité

- 16 En droit des assurances sociales, il s'agit de prestations qui ont, sur le terrain économique, une fonction analogue; elles ont pour but de garantir à la personne assurée un revenu de remplacement²³. En coordination intersystème, il s'agit donc de prestations

16 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 68 N 18.

17 Avis CF, FF 1991 II 888, 893.

18 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4291; cf. aussi, SCHLAURI, RSAS 2008, 237 s.

19 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4291; cf. p.ex., ATF 142 V 75; ATF 129 V 150; ATF 127 V 94, c. 3; ATF 125 V 297; ATF 124 V 279.

20 MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 549; RUMO-JUNGO, Thèse d'habilitation, N 993; FRÉSARD-FELLY, Recours subrogatoire, N 1202.

21 ATF 126 III 41, JdT 2000 I 367, 370; GHÉLEW/RAMELET/RITTER, 167; SCHAER, Grundzüge, N 1135; MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 549; BECK P., Schadenausgleichsystemen, N 6.27; RUMO-JUNGO, Thèse d'habilitation, N 993.

22 ATF 134 III 489, c. 4, JdT 2008 I 476; ATF 131 III 360, c. 7.2, SJ 2005 I 333, JdT 2005 I 502; ATF 126 III 41, c. 2 et réf., JdT 2000 I 367; SCHAER, Grundzüge, N 1134; RUMO-JUNGO, Thèse d'habilitation, N 993; BECK P., ATSG, 128.

23 C'est le cas également des indemnités de chômage (ATF 139 V 519, c. 5).

matériellement concordantes à prendre en compte pour établir le calcul de surindemnisation, pour autant que les autres critères (temporel, personnel et événementiel) soient bien réunis.

En coordination extrasystémique pourtant, on différencie les indemnités journalières des rentes d'invalidité (art. 74 al. 2 LPGa). En effet, l'art. 74 al. 2 distingue d'une part l'indemnité journalière qui est mise en parallèle avec l'indemnisation pour l'incapacité de travail (let. b) et les rentes d'invalidité qui sont mises en parallèle avec l'indemnisation pour l'incapacité de gain (let. c). Cette distinction n'est pas concluante en coordination intersystémique. En effet, la table de concordance de l'art. 74 n'a pas pour vocation de comparer des prestations sociales entre elles mais confronte les prestations sociales aux postes du dommage en droit de la responsabilité civile²⁴. On part des postes du dommage en droit de la responsabilité avant de les comparer aux prestations; il s'agit de savoir si la victime d'un préjudice corporel, dont un tiers répond, a vu tout ou partie des postes du dommage d'ores et déjà indemnisés par les prestations sociales. La partie du dommage non couverte par les prestations sociales constituera un découvert dont elle pourra demander l'indemnisation au tiers. Sous cet angle, il est justifié de distinguer l'indemnité journalière qui couvre une perte de gain temporaire, de la rente d'invalidité qui couvre une perte de revenu durable ou permanente, car, sur le terrain du droit de la responsabilité civile, ces postes du dommage obéissent à des règles différentes: en particulier, la première est calculée, tandis que la seconde est évaluée²⁵. En revanche, en droit des assurances sociales, le point de vue est différent: la prestation est déterminante et non le dommage²⁶. La table de concordance de l'art. 74 al. 2 n'est dès lors pas décisive pour comparer des prestations sociales entre elles²⁷.

Si l'on confronte l'indemnité journalière à la rente d'invalidité à l'aune des seuls risques sociaux, on constate qu'elles ont bien l'une et l'autre une fonction semblable: ces deux prestations forment un revenu de remplacement, provisoire ou durable. Le principe de **la concordance matérielle** est ainsi respecté. La règle de l'art. 68 s'applique.

4. Les indemnités journalières et les rentes de vieillesse et de survivants

Si l'indemnité journalière a bien une fonction analogue à celle d'une rente d'invalidité, il est douteux que le critère de la concordance matérielle soit rempli lorsque l'indemnité journalière se cumule avec une rente de vieillesse ou une rente de survivants. Dans ce cas de concours, les prestations concernées n'ont **pas le même but**. De toute façon, le critère de **la concordance événementielle fera généralement défaut**. Par exemple, si une personne a droit à une indemnité de chômage et à une rente de survivants, c'est que deux risques distincts se sont produits (chômage et décès). Les prestations n'ont donc pas la même cause (art. 69 N 22). Dès lors, en l'absence de concordance événementielle, ces prestations en concours sont allouées conjointement sans interaction entre elles.

24 MONNARD SÉCHAUD, REAS 2012, 282; FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1226.

25 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 886.

26 GÄCHTER, Prinzipien, 23: «Das Sozialversicherungsrecht ist anders als das Haftpflichtrecht – und faktisch ähnlich wie das Privatversicherungsrecht – nicht schadens-, sondern leistungsorientiert».

27 D'un autre avis, semble-t-il: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 68 N 7.

5. La concordance événementielle des indemnités journalières et des rentes

- 20** Le principe de la concordance événementielle veut que seules soient concordantes les prestations d'assurances sociales consécutives au **même événement** (p.ex., un accident) ou à **la même cause** (p.ex., une maladie). Or les indemnités journalières et les rentes d'invalidité, de vieillesse et de survivants visées par l'art. 68 découlent souvent de diverses causes (incapacité de travail, âge, décès)²⁸. La situation est relativement simple en matière d'assurance-accidents qui verse en général des prestations du fait d'un seul événement dommageable, qualifié d'accident (ou de maladie professionnelle). L'appréciation est plus complexe en matière d'assurances sociales dites finales, à savoir celles qui allouent des prestations indépendamment de l'origine de l'événement assuré, telles que l'assurance-invalidité. Du reste, même en matière d'assurance-accidents, la question de la concordance événementielle peut poser problème, notamment lorsque le dommage peut être mis en lien avec plusieurs causes distinctes (plusieurs accidents, p.ex.) ou lorsque la victime souffre d'une prédisposition constitutionnelle²⁹.
- 21** Finalement on retiendra la règle suivante: si les prestations en concours découlent du même événement dommageable³⁰ ou de la même cause, elles concordent pour autant que les critères personnel, temporel et matériel de concordance soient réunis; elles entrent dans le champ d'application de l'art. 68. Nous allons illustrer ces propos en passant en revue trois cas de figure:
- en concours d'une indemnité journalière de l'assurance-accidents pour l'accident X et d'une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité consécutive à l'accident X, ces prestations sont concordantes sur le plan événementiel car elles découlent exclusivement de l'accident X. Elles tombent sous le coup de l'art. 68;
 - en concours d'une indemnité journalière de l'assurance-accidents pour l'accident X et d'une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité consécutive non pas à l'accident X mais à une maladie, ces prestations ne sont pas concordantes et il n'y a pas lieu à application de l'art. 68. Les prestations seront allouées sans interaction entre elles;
 - en concours d'une indemnité journalière de l'assurance-accidents pour l'accident X et d'une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité consécutive à cet accident et également à une maladie, ces prestations ne sont que partiellement concordantes. L'indemnité journalière et la part de la rente d'invalidité consécutive à l'accident X entrent dans le calcul de surindemnisation. La part de la rente d'invalidité consécutive à la maladie est exclue du calcul de surindemnisation (cf. aussi, p.ex., art. 32 al. 1 OLAA).

6. La concordance temporelle des indemnités journalières et des rentes

- 22** Les indemnités journalières et les rentes de différentes assurances connaissent des points de départ et des durées d'octroi les plus divers. Ainsi, par exemple, l'assurance-invalidité verse une rente à l'échéance d'un délai de carence d'un an (art. 28 al. 1 let. b LAI), que l'état de santé de l'ayant droit soit stable ou non. En revanche, l'assurance-accidents verse des indemnités journalières après un bref délai d'attente et, tout comme l'assurance militaire, ne passe au régime de la rente qu'une fois l'état de santé stabilisé (art. 19 al. 1 LAA; art. 40 al. 1 LAM). Quant à l'assurance-maladie, elle verse des indemnités journa-

²⁸ KIESER, ATSG-Kommentar, art. 68 N 11.

²⁹ MONNARD SÉCHAUD, REAS 2012, 282 et réf.

³⁰ TF, 17.12.2015, 8C_636/2015, c. 2.1; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 516.

lières durant au moins 720 jours dans une période de 900 jours (art. 72 al. 3 LAMal)³¹. Dans tous ces cas, le principe de la concordance temporelle s'applique (art. 69 N 26).

Le principe de la concordance temporelle n'a toutefois pas une portée absolue³², notamment en cas de concours entre des indemnités journalières et une rente³³. En coordination des indemnités journalières de l'assurance-accidents et d'une rente de l'assurance-invalidité, la jurisprudence effectue de longue date un calcul de surindemnisation global prenant en considération toute la période concernée et non la seule période où les prestations sont allouées concomitamment³⁴. Dans les autres cas, en concours d'indemnités journalières et de rentes d'autres assurances sociales, il est justifié de s'inspirer de cette jurisprudence pour prendre en compte toute la période d'octroi des prestations. Par exemple, dans l'ATF 139 V 519, le Tribunal fédéral a confirmé cette manière de voir. La personne assurée avait reçu des indemnités journalières de l'assurance-accidents du 9 décembre 1999 au 31 décembre 2008, une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité du 1^{er} décembre 2000 au 31 décembre 2008 et une indemnité de chômage du 31 octobre 2003 au 31 décembre 2008. Toute la période visée, à savoir du 9 décembre 1999 au 31 décembre 2008, a été considérée pour opérer le calcul de coordination.

23

II. La réserve de surindemnisation

L'art. 68 ne précise pas **quelle est la limite de surindemnisation et comment procéder en présence de surindemnisation**³⁵. En particulier, cette disposition n'indique pas laquelle des prestations sociales en présence doit être réduite pour cause de surindemnisation.

24

A. La limite de surindemnisation

Il est admis que l'art. 68 fait référence à **la surindemnisation telle que définie à l'art. 69**³⁶. Il y a ainsi surindemnisation dans la mesure où les prestations sociales légalement dues dépassent, du fait de la réalisation du risque, à la fois le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé, les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches (art. 69 al. 2; art. 69 N 35 ss). Le plafond de surindemnisation est ainsi formé du gain dont l'assuré est présumé avoir été privé, auquel on ajoute les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches.

25

Cette limite n'est guère satisfaisante pour deux motifs:

26

- d'une part, elle ne respecte pas strictement le principe de la concordance des droits. En effet, elle ajoute au gain présumé perdu, des frais supplémentaires et d'éventuelles diminutions de revenu subies par des proches, à savoir des dommages matériellement non concordants³⁷;
- d'autre part, elle concerne manifestement les cas d'incapacité de gain de la personne assurée. Pour les autres risques sociaux, par exemple le décès, les éléments pris en

31 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 68 N 9.

32 FRÉSARD, 18.

33 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 476.

34 SCHLAURI, RSAS 2008, 235; ATF 117 V 394, c. 3; ATF 132 V 27, c. 3.1; ATF 139 V 519, c. 3.

35 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 68 N 4.

36 Par ex., ATF 139 V 514, c. 3.3; TF, 18.3.2008, U 53/07, c. 3.2; TFA, 21.12.2005, K 73/05, c. 2.2; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 68 N 35.

37 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 68 N 36.

compte (gain présumé perdu [du défunt ou du survivant?], frais supplémentaires, diminution de revenu de tiers) ne sont guère appropriés.

B. L'assureur fondé à réduire sa prestation

- 27 L'art. 68 n'indique pas non plus **lequel des deux assureurs sociaux en concours est fondé à réduire sa prestation** dans l'hypothèse où le plafond de surindemnisation serait atteint. Sur ce point, il faut noter que les rentes de l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité ne peuvent pas être réduites (art. 69 al. 3, 2^e phrase; N 58 s.). Dès lors lorsque l'indemnité journalière concourt avec une rente de l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité; il incombe à l'assurance tenue de verser des indemnités journalières de réduire celles-ci en cas de surindemnisation. Par exemple, lorsqu'une rente de l'assurance-invalidité concourt avec des indemnités journalières de l'assurance-accidents: ces indemnités journalières sont sujettes à réduction³⁸.
- 28 Lorsqu'une indemnité journalière concourt avec une rente d'une assurance sociale autre que l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité, la loi ne permet pas de répondre à la question de savoir quelle prestation doit être réduite en cas de surindemnisation³⁹. Pour résoudre cette difficulté dans un cas particulier, il est justifié de se fonder sur trois règles que le système de coordination des art. 63 ss LPGA connaît:
- d'abord, les prestations de l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité (1^{er} pilier) ne sont pas réduites;
 - ensuite, il appartient à l'assurance sociale qui intervient en second lieu de réduire sa prestation;
 - enfin, en règle générale, on réduit les indemnités journalières⁴⁰.

III. Cas d'application

- 29 Il y a concours d'une indemnité journalière et d'une rente lorsque les lois spéciales ouvrent le droit à chacune de ces deux prestations. Toutefois, il se peut que les lois spéciales excluent d'emblée un tel concours. Par exemple, en cas d'accident relevant de l'assurance-accidents, la réadaptation professionnelle incombe à l'assurance-invalidité. Avant cette réadaptation professionnelle, l'assureur-accidents alloue une rente transitoire (art. 30 OLAA). Le droit à cette rente s'éteint dès la naissance du droit à l'indemnité journalière de l'assurance-invalidité (art. 30 al. 1 let. a OLAA). En principe, il n'y a donc pas de concours possible entre une rente (transitoire) LAA et une indemnité journalière de l'assurance-invalidité⁴¹.
- 30 En présence d'un concours d'une indemnité journalière et d'une rente, l'art. 68 implique que l'on procède en trois étapes pour coordonner les prestations:
- tout d'abord, il y a lieu de déterminer s'il s'agit de prestations concordantes;
 - ensuite, en présence de prestations concordantes, il y a lieu d'effectuer le calcul de surindemnisation;
 - enfin, si une surindemnisation est constatée, il y a lieu d'opérer la réduction.

38 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 516; KÜBLER, 117; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 68 N 19 ss.

39 ATF 139 V 519, c. 3.

40 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 68 N 38.

41 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 522.

Voici deux exemples: le premier concerne **le concours d'une indemnité journalière de l'assurance-accidents et d'une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité**. L'assuré victime d'un accident peut prétendre une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité, à certaines conditions, après une période de carence d'une année après l'accident (art. 28 al. 1 LAI). Il est fréquent que le traitement médical soit encore en cours et que l'assurance-accidents ne soit pas encore passée au régime de la rente (art. 19 al. 1 LAA). L'indemnité journalière est alors cumulée avec la rente de l'assurance-invalidité. Il s'agit de prestations concordantes du point de vue personnel, matériel et événementiel. Pour établir un calcul de surindemnisation, on tient compte de toute la période de l'incapacité de travail, depuis le moment de l'accident jusqu'au moment du passage à la rente d'invalidité versée par l'assurance-accidents⁴². En cas de surindemnisation, c'est l'indemnité journalière qui est réduite.

Le second exemple concerne **le concours d'une indemnité journalière de l'assurance-maladie (LAMal) et d'une rente de l'assurance-vieillesse et survivants**. Ces prestations ne sont pas concordantes, car bien qu'allouées à la même personne durant la même période, elles ne découlent certainement pas du même événement dommageable. L'indemnité journalière de l'assurance-maladie est alors versée conjointement avec la rente de l'assurance-vieillesse et survivants, sans qu'il y ait lieu d'appliquer l'art. 68.

Art. 69

Surindemnisation

¹ Le concours de prestations des différentes assurances sociales ne doit pas conduire à une surindemnisation de l'ayant droit. Ne sont prises en compte dans le calcul de la surindemnisation que des prestations de nature et de but identiques qui sont accordées à l'assuré en raison de l'événement dommageable.

² Il y a surindemnisation dans la mesure où les prestations sociales légalement dues dépassent, du fait de la réalisation du risque, à la fois le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé, les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches.

³ Les prestations en espèces sont réduites du montant de la surindemnisation. Sont exceptées de toute réduction les rentes de l'AVS et de l'AI, de même que les allocations pour impotents et les indemnités pour atteinte à l'intégrité. Pour les prestations en capital, la valeur de la rente correspondante est prise en compte.

Überentschädigung

¹ Das Zusammentreffen von Leistungen verschiedener Sozialversicherungen darf nicht zu einer Überentschädigung der berechtigten Person führen. Bei der Berechnung der Überentschädigung werden nur Leistungen gleicher Art und Zweckbestimmung berücksichtigt, die der anspruchsberechtigten Person auf Grund des schädigenden Ereignisses gewährt werden.

² Eine Überentschädigung liegt in dem Masse vor, als die gesetzlichen Sozialversicherungsleistungen den wegen des Versicherungsfalls mutmasslich entgangenen Verdienst zuzüglich der durch den Versicherungsfall verursachten Mehrkosten und allfälliger Einkommenseinbussen von Angehörigen übersteigen.

³ Die Leistungen werden um den Betrag der Überentschädigung gekürzt. Von einer Kürzung ausgeschlossen sind die Renten der Alters- und Hinter-

⁴² ATF 139 V 519, c. 3.

lassenversicherung und der Invalidenversicherung sowie alle Hilfs- und Integritätschädigungen. Bei Kapitalleistungen wird der Rentenwert berücksichtigt.

Sovraindennizzo

¹ Il concorso di prestazioni delle varie assicurazioni sociali non deve provocare un sovraindennizzo dell'avente diritto. Per il calcolo del sovraindennizzo sono considerate soltanto le prestazioni di medesima natura e destinazione fornite all'avente diritto in base all'evento dannoso.

² Vi è sovraindennizzo se le prestazioni sociali legalmente dovute superano il guadagno di cui l'assicurato è stato presumibilmente privato in seguito all'evento assicurato, incluse le spese supplementari provocate dallo stesso evento ed eventuali diminuzioni di reddito subite da congiunti.

³ Le prestazioni pecuniarie sono ridotte dell'importo del sovraindennizzo. Sono esenti da riduzioni le rendite dell'assicurazione per la vecchiaia e per i superstiti e dell'assicurazione per l'invalidità nonché gli assegni per grandi invalidi e per menomazione dell'integrità. Per le prestazioni in capitale è tenuto conto del valore della corrispondente rendita.

Plan

	N
I. L'interdiction de la surindemnisation (al. 1, 1 ^{re} phrase)	1
A. Généralités	1
B. La nature	10
II. La concordance des droits (al. 1, 2 ^e phrase)	12
A. La notion	12
B. Les conditions	16
III. La limite de surindemnisation (al. 2)	29
A. La notion	29
B. Le champ d'application	35
C. Le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé	37
D. Les frais supplémentaires	41
E. Les diminutions de revenu de proches	45
F. La prise en compte du revenu résiduel effectif	49
IV. Les effets de la surindemnisation (al. 3)	52
A. La réduction des prestations excédentaires	52
B. Les exceptions à la réduction des prestations	58
C. La prise en compte des prestations en capital	62

Bibliographie

Cf. bibliographie art. 63 LPG. BARRAS RAPHAËL, La surindemnisation dans l'assurance-accidents facultative, REAS 2003 220 ss; BECK PETER, Koordinationsprinzipien auf dem Prüfstand, in HAVE (éd.), Personen-Schaden-Forum 2006, Zurich 2006, 237 ss (cité: Koordinationsprinzipien); BERGER Max, Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es eine Bestimmung enthält, REAS 2016 369 ss; DUPONT ANNE-SYLVIE/GIROD DÉLIA, Coordination entre assurances sociales et assurances privées: sortie de route difficile à expliquer: un commentaire critique de l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_765/2015 du 4 mars 2016, REAS 2016 328; GEERTSEN PHILIPP, Das Komplementärrentensystem der Unfallversicherung zur Koordination von UVG-Invalidenrenten mit Rentenleistungen der 1. Säule (Art. 20 Abs. 2 UVG), thèse, Zurich/St-Gall 2011 (cité: Komplementärrentensystem); HÜRZELER MARC/CADERAS CLAUDIA, Kongruenz – Wie allgemein ist der Rechtsgrundsatz? REAS 2016 364 ss; LAÜBLI ZIEGLER SYLVIA, Überentschädigung und Koordination, in Verein Haftung und Versicherung (éd.), Personen-Schaden-Forum 2004, Zurich 2004, 165 ss (cité: Koordinationsprobleme); PETER ERICH, Das allgemeine Überentschädigungsverbot – Gedanken zu BGE 123 V 88 ff., RSA 1998 149 ss

I. L'interdiction de la surindemnisation (al. 1, 1^{re} phrase)

A. Généralités

1. La notion

Sous le titre marginal «surindemnisation», l'art. 69 LPGa pose la règle de prohibition de la surindemnisation (al. 1, 1^{re} phrase). Selon cette disposition en effet, le concours de prestations des différentes assurances sociales ne doit pas conduire à une surindemnisation de l'ayant droit. L'art. 69 n'est pas la seule disposition du chapitre «Coordination des prestations» à traiter de la surindemnisation. En effet, les art. 66 al. 1 (cumul des rentes sous réserve de surindemnisation) et 68 (cumul des indemnités journalières et des rentes sous réserve de surindemnisation) font référence également à cette **notion**. La notion de surindemnisation que l'on retrouve dans ces dernières dispositions est la même que celle de l'art. 69 ou, plus précisément: les dispositions des art. 66 al. 1 et 68 font référence à la surindemnisation telle que définie à l'art. 69 al. 2¹.

On parle de surindemnisation («*Überentschädigung*») lorsque la personne lésée reçoit des prestations qui dépassent en valeur économique la couverture totale du dommage effectivement subi². **L'interdiction de la surindemnisation** vise à empêcher que l'ayant droit ou ses survivants se trouvent enrichis du fait de la survenance de l'éventualité assurée. Elle se mesure par comparaison de la situation de l'intéressé avant et après la survenance de l'éventualité en cause.

En droit des assurances sociales, cette interdiction a trouvé une assise légale à l'art. 69 al. 1. A l'art. 69 al. 2, la surindemnisation est **définie** comme la mesure dans laquelle «les prestations légalement dues dépassent, du fait de la réalisation du risque, à la fois le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé, les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches».

2. Le champ d'application

En ce qui concerne son champ d'application, l'art. 69 prohibe la surindemnisation en **concours de prestations de différentes assurances sociales**. Selon sa lettre, cette disposition s'applique ainsi en coordination **intersystémique**, soit lors de l'intervention de plusieurs assurances sociales (art. 63 N 10 s.). Elle n'a pas vocation à s'appliquer à la coordination intrasystémique, soit lorsqu'un seul assureur social verse plusieurs prestations (art. 63 N 5 ss) ni à la coordination extrasystémique, soit lorsqu'interviennent concomitamment un assureur social et un assureur privé³ et/ou un tiers responsable (cf. art. 72 ss LPGa).

Cette règle a été pensée tout d'abord pour le concours de prestations de différentes assurances sociales consécutives à une **incapacité de travail ou de gain**, comme cela ressort des travaux préparatoires⁴. En effet, la limite de surindemnisation de l'art. 69 al. 2 formée du gain présumé perdu et des éventuelles diminutions de revenu de proches est conçue précisément pour un ayant droit atteint dans sa santé⁵. Elle n'est guère adaptée à un sur-

1 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 69 N 6.

2 MAURER, Cumul, 20. On parlait antérieurement également de surassurance ou d'enrichissement; le terme de surindemnisation paraît s'être imposé à la suite du rapport publié en 1976, émanant du groupe de travail institué par la SSDA, sous la présidence d'Alfred Maurer.

3 TF, 28.9.2005, K 107/04, c. 7; DUPONT/GIROD, 331.

4 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4290 ss.

5 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 69 N 8.

vivant, par exemple (devrait-on prendre le gain présumé perdu du défunt ou la perte de soutien?). On doit tout de même admettre qu'elle a vocation – en théorie tout au moins – à s'appliquer au concours de prestations en présence de risques autres que l'incapacité de travail ou de gain (p.ex., le décès), du fait qu'il n'y a pas d'autre norme. On peut toutefois regretter que le législateur n'ait pas prévu une règle de surindemnisation particulière pour ces autres risques.

- 6 L'art. 69 al. 1 suppose que les prestations allouées par différentes assurances sociales soient **cumulables**. C'est le cas des **rentes entre elles** (art. 66 al. 1) ainsi que des **indemnités journalières et des rentes** (art. 68). D'autres prestations comme le traitement médical (art. 64), les autres prestations en nature (art. 65), les allocations pour impotent (art. 66 al. 3) sont soumises à la technique de la priorité exclusive ou relative. Pour celles-ci, un cumul n'entre donc pas en considération⁶. La prohibition de la surindemnisation s'applique donc au concours de rentes ou des indemnités journalières et de rentes.
- 7 Une remarque s'impose au sujet des **indemnités journalières**. La coordination des indemnités journalières des différentes assurances sociales n'est pas régie par la LPGA mais par les lois spéciales. A titre illustratif on peut signaler que l'allocation de maternité exclut le versement des indemnités journalières de l'assurance-accidents (art. 16g al. 1 let. c LAPG). Le principe de la primauté de l'allocation de maternité est également explicitement consacré par l'art. 16 al. 3 LAA, qui dispose que l'indemnité journalière de l'assurance-accidents n'est pas allouée s'il existe un droit à une allocation de maternité au sens des art. 16b à 16h LAPG⁷. Toutefois, si les lois spéciales ne prévoient pas de dispositions spéciales sur la surindemnisation, l'art. 69 LPGA a vocation à s'appliquer⁸.
- 8 L'art. 69 LPGA ne trouve pas application en présence d'une **règle dérogatoire** prévue dans une loi spéciale, par exemple aux art. 20 al. 2 LAA (concours d'une rente d'invalidité de l'assurance-accidents avec une rente de l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité) et 31 al. 4 LAA (concours d'une rente de survivants de l'assurance-accidents avec une rente de l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité). Le Tribunal fédéral a exposé en particulier à de multiples reprises que la réglementation sur la surindemnisation en matière de rentes complémentaires d'invalidité de l'assurance-accidents était réglée à l'art. 20 al. 2 LAA⁹ et, qu'en tant que règle spéciale de coordination, cette disposition s'appliquait à l'exclusion de toute autre règle générale sur la surindemnisation¹⁰.

Compte tenu des nombreuses règles dérogatoires existantes, l'art. 69 LPGA s'applique pour l'essentiel aux domaines suivants¹¹:

- le concours d'indemnités journalières de l'assurance-accidents avec des rentes d'invalidité de l'assurance-invalidité;
- le concours de prestations en espèces de l'assurance militaire avec des indemnités journalières et des rentes des autres assurances sociales.

6 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 101 s. N 58.

7 PERRENOUD, Protection de la maternité, N 1193.

8 KIESER, ATSG-Kommentar, Vorbem., N 63, art. 69 N 20.

9 ATF 123 V 204, c. 6b; ATF 122 V 316, c. 2a.

10 ATF 115 V 275, c. 1c, confirmé aux ATF 126 V 193, c. 1; ATF 121 V 137, c. 1b; ATF 121 V 130, c. 2b. Récemment: TF, 27.1.2017, 8C_166/2016, c. 5.2.

11 KIESER/LANDOLT, N 712.

La prohibition de la surindemnisation au sens de l'art. 69 ne s'applique pas en matière de **prévoyance professionnelle**¹². Cette assurance sociale connaît ses propres règles relatives aux avantages injustifiés (art. 34a al. 1 LPP; art. 24 et 24a OPP 2). 9

B. La nature

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LPGA, la jurisprudence ne considérait pas l'interdiction de la surindemnisation comme un principe général du droit des assurances sociales¹³. Autrement dit, en l'absence de règle spéciale de coordination, les prestations de plusieurs assurances sociales pouvaient être cumulées. La doctrine était majoritairement d'un autre avis¹⁴. 10

L'art. 69 al. 1 LPGA n'apporte pas d'innovation majeure à cet égard, pour plusieurs raisons que nous avons énumérées en introduction à ce chapitre sur la coordination des prestations (art. 63 N 32). Cette disposition n'a valeur de principe que lorsque plusieurs assurances sociales interviennent de concert, soit en cas de coordination intersystémique. **On ne peut donc pas retenir un principe général prohibant la surindemnisation** dans le domaine des assurances sociales¹⁵; il s'agit bien plutôt d'une **idée générale**, d'un **postulat éthique** qui inspire le développement et l'application du droit¹⁶. 11

II. La concordance des droits (al. 1, 2^e phrase)

A. La notion

Le principe en cas de concours est le suivant: seules les prestations d'un but et d'un type analogues, allouées à la même personne, pour le même événement dommageable et pour la même période sont prises en considération¹⁷. Cette méthode a ainsi une fonction de **filtre**¹⁸; les prestations non concordantes ne sont pas prises en compte dans les opérations de coordination. 12

Le législateur de la LPGA a introduit ce principe **au cours des travaux préparatoires**. 13
En effet, s'écartant de la méthode globale (art. 63 N 35) proposée initialement dans le projet de la Société du droit des assurances, la Commission du Conseil national, s'appuyant sur l'avis du Conseil fédéral¹⁹, a retenu la méthode de la concordance des droits (appelée alors «congruence»²⁰) au motif que celle-ci répondait à l'évolution du droit et qu'elle était appliquée également dans le domaine de la prévoyance professionnelle (art. 24 aOPP 2)²¹.

12 ATF 130 V 78, c. 1.2.

13 ATF 128 V 243, c. 2a et réf.

14 Voir, au sujet de la controverse doctrinale: RUMO-JUNGO, Thèse d'habilitation, N 939 ss.

15 ATF 134 III 491, c. 4.2; ATF 135 V 32, c. 4.3; FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 432; GÄCHTER, Prinzipien, 45.

16 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 435.

17 FRÉSARD-FELLAY, Concordance temporelle, 91 ss; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 476 ss; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 64 N 4; GÄCHTER, Prinzipien, 32 s.

18 BECK, Koordinationsprinzipien, 255.

19 Avis CF, FF 1991 II 888, 893.

20 Sur la terminologie en langue française, cf., en particulier, FRÉSARD-FELLAY, Concordance, 92, n. 5.

21 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4291.

- 14 La règle de la concordance des droits n'est pas consacrée dans la disposition générale de l'art. 63. Elle figure à l'art. 69 qui régit la surindemnisation et a un champ d'application restreint. Indépendamment de la place qu'elle occupe dans la systématique de la loi, il n'en reste pas moins que, selon la jurisprudence, le principe de la concordance des droits a **une portée générale dans l'assurance sociale**²².
- 15 Nous avons vu que l'on peut opérer un calcul de surindemnisation selon deux méthodes (art. 63 N 35). Selon la méthode globale, on prend en compte toutes les prestations sociales reçues pendant une période donnée et on les compare aux dommages éprouvés pendant la même période²³. A l'inverse, la méthode de la concordance des droits suppose que l'on structure les prestations des diverses assurances sociales: seules les prestations d'un but et d'un type analogues, allouées à la même personne, pour le même événement dommageable et pour la même période sont prises en considération²⁴. Les prestations non concordantes ne sont pas prises en compte dans les opérations de coordination. La coordination est opérée séparément pour chaque type de prestations. Or **l'art. 69 LPG n'opère pas un choix franc** entre ces deux méthodes²⁵. D'une part, il consacre certes le principe de la concordance des droits (art. 69 al. 1, 2^e phrase: ne sont prises en compte dans le calcul de surindemnisation que des prestations de nature et de but identiques qui sont accordées à l'assuré en raison de l'événement dommageable). D'autre part, comme exposé plus loin, il retient pourtant des dommages divers et non concordants pour fixer un plafond de surindemnisation (art. 69 al. 2: le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé avec les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches).

B. Les conditions

- 16 De manière générale, le principe de la concordance des droits impose une comparaison entre les prestations d'assurances sociales à coordonner. Il est généralement admis que la comparaison s'effectue à l'aide de **quatre critères**²⁶. Ils constituent les conditions posées pour admettre l'existence d'une concordance entre les prestations de deux régimes:
- le critère fonctionnel (art. 69 al. 2; «de nature et de buts identiques»);
 - le critère temporel;
 - le critère personnel (art. 69 al. 2; «à l'assuré») et
 - le critère événementiel²⁷ (art. 69 al. 2; «en raison de l'événement dommageable»).

Les prestations sociales concomitantes concordent, lorsque les assureurs sociaux sont tenus à prestations de mêmes nature et but, pour la même période, pour la même personne et pour le même événement dommageable.

- 17 L'art. 69 al. 1, 2^e phrase, consacre ainsi expressément la concordance événementielle, la concordance matérielle ou fonctionnelle et la concordance personnelle²⁸. **La concor-**

22 ATF 142 V 75, c. 6.3.1; ATF 129 V 150, c. 2.2 et les arrêts cités, en particulier, ATF 124 V 279. Pour l'aide sociale, cf. cependant, TF, 28.3.2015, 8C_110/2014, c. 3.1.

23 Rapport SSDA, 56.

24 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 476 ss; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 69 N 14; GÄCHTER, Prinzipien, 32 s.

25 RIEMER-KAFKA, Vereinfachungen, 244; HÜRZELER/CADERAS, 363.

26 ATF 131 III 360, c. 7.2, SJ 2005 I 333, JdT 2005 I 502; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 434; LÄUBLI ZIEGLER, Koordinationsprobleme, 171 s.

27 TF, 7.6.2013, 8C_512/2012, c. 5.3.

28 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 476.

dance temporelle n'est pas évoquée par le texte légal. Toutefois, tant le Conseil fédéral que la Commission du Conseil national entendaient que les effets de la concordance s'exercent «du point de vue matériel, temporel, personnel et en fonction des événements»²⁹. Dès lors, l'omission du critère temporel paraît relever d'une inadvertance et une interprétation purement littérale du texte légal ne correspondrait pas à la volonté de son auteur.

1. La concordance matérielle

Le principe de la concordance des droits doit être concrétisé; compte tenu de la diversité des prestations (et des assureurs sociaux), la tâche n'est pas toujours aisée. Pour faciliter la comparaison entre les prestations des assureurs sociaux et les chefs du préjudice en droit de la responsabilité civile, le législateur a adopté, en coordination extrasystème, une table de concordance. Elle figure à l'art. 74 al. 2 LPGA, avec la note marginale «Classification des droits». Cette table rapproche d'une part, la nomenclature des postes de préjudice et, d'autre part, celle des prestations des assureurs sociaux. Ensuite, elle classe les postes du préjudice et les prestations sociales par paires. Elle indique ainsi pour quelles catégories de prestations sociales la concordance fonctionnelle ou matérielle est tenue pour établie³⁰.

En coordination intersystème, une table de concordance n'existe pas. Il s'agit donc de **confronter dans chaque cas concret les prestations** sociales en concours. La question de savoir s'il y a une concordance matérielle entre les prestations en concours se détermine en considération de la **nature** et de la **fonction** de ces prestations³¹. Par exemple, cette concordance existe entre la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle, la rente d'invalidité pour couple et les rentes pour enfants de l'assurance-invalidité; ces prestations ont toutes pour fonction de compenser l'incapacité de gain de l'assuré³². En revanche, une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité et une allocation pour impotent de l'assurance-accidents ne sont pas des prestations concordantes, la première couvrant une incapacité de gain et la seconde le besoin de l'aide de tiers. Ainsi, ces deux prestations ne remplissant pas la même fonction, elles peuvent être cumulées sans limite.

Il se peut qu'une prestation sociale ait une **nature mixte**. C'est le cas d'une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité couvrant à la fois l'incapacité d'exercer une activité lucrative et une incapacité d'exercer une activité domestique (autrement dit dans les cas d'évaluation de l'invalidité selon la méthode mixte: art. 28a al. 3 LAI). Dans ce cas, il s'agit de disséquer la prestation dans ses diverses composantes pour la confronter à la prestation en concours, par exemple, une rente d'invalidité de l'assurance-accidents. A la différence de la rente fondée sur une évaluation selon la méthode mixte de l'assurance-invalidité, la rente d'invalidité de l'assurance-accidents a pour but, exclusivement, de compenser l'incapacité de gain de l'ayant droit, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral³³. C'est d'ailleurs également le cas de la rente d'invalidité servie par le régime de la prévoyance professionnelle³⁴. Il n'y a pas de concordance fonctionnelle entre la rente d'invalidité de l'assurance-accidents et la part de la rente d'invalidité de l'assurance-invalidité qui

29 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4291; Avis CF, FF 1991 II 888, 893.

30 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1275 ss.

31 ATF 131 III 360, c. 7.2, JdT 2005 I 502.

32 ATF 126 V 468, c. 6.

33 ATF 119 V 475, c. 1b; cf., également, ATF 125 V 146, c. 5.

34 ATF 129 V 150.

couvre l'incapacité d'exercer une activité domestique³⁵. La rente d'invalidité de l'assurance-invalidité doit donc être ventilée en deux parts et la part de la rente de l'assurance-invalidité non concordante doit être exclue du calcul de surindemnisation³⁶.

2. La concordance personnelle

- 21 La question de savoir s'il y a concordance **personnelle** entre les mêmes prestations revient à se demander si elles sont bien allouées au même ayant droit. Avant de procéder au calcul de surindemnisation, il faut ainsi déterminer quel est le titulaire des prestations sociales en concours. Dans la plupart des cas, ce critère ne suscite pas de difficulté. Les prestations en concours allouées au même ayant droit sont incluses dans le calcul de surindemnisation. En particulier, les rentes pour enfant de l'assurance-invalidité (art. 35 LAI) concordent sous l'angle personnel avec la rente du parent au bénéfice de la rente de l'assurance-invalidité car le parent est titulaire de la prestation pour enfant. En cas de décès, le calcul de surindemnisation en concours de prestations de survivants doit être opéré séparément pour chaque survivant.

3. La concordance événementielle

- 22 Le principe de la concordance événementielle postule que sont prises en compte les prestations consécutives au **même événement dommageable**³⁷. Quant au concours de **divers risques**, il n'est pas régi par la LPGA. En effet, les dispositions de coordination des art. 63 à 71 coordonnent le concours de prestations consécutives à la survenance d'un seul risque, à défaut de coordonner les prestations dues à la survenance de deux ou plusieurs risques. Il est vrai que, en présence de deux risques, la concordance événementielle fait défaut, ce qui justifie que ce domaine soit exclu des règles de coordination de la LPGA. Toutefois, les lois spéciales prévoient à cet égard certaines dispositions de coordination. Par exemple, l'art. 28 al. 4 LACI coordonne le concours des risques chômage et incapacité de travail. Il s'agit toutefois de dispositions éparées qui ne règlent pas exhaustivement la question.
- 23 Ce principe de la concordance événementielle trouve application, par exemple, à l'art. 32 al. 1 OLAA qui concerne le calcul des rentes complémentaires de l'assurance-accidents. En effet, cette disposition prévoit que, si une rente de l'assurance-invalidité couvre également une invalidité non assurée selon la LAA (p.ex., une invalidité due à une maladie), seule est prise en compte pour le calcul de la rente complémentaire la part de la rente de l'assurance-invalidité qui correspond à l'activité obligatoirement assurée.
- 24 La concordance événementielle est un critère difficile à appliquer aux assurances sociales conçues comme des assurances finales, en particulier l'assurance-invalidité et la prévoyance professionnelle³⁸. Ainsi, une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité peut découler d'un accident ou d'une maladie; dans l'assurance-accidents en revanche, seul l'accident (ou la maladie professionnelle) peut ouvrir le droit à une rente d'invalidité. Dès lors, il y aura concordance événementielle entre la rente de l'assurance-accidents et la rente de l'assurance-invalidité à condition que toutes deux soient dues à la même cause.

35 ATF 134 III 489, c. 4.5, JdT 2008 I 476.

36 Pour la prévoyance professionnelle: ATF 124 V 279.

37 TF, 19.10.2011, 8C_415/2011, c. 4.3.

38 ATF 142 V 75, commenté par KIESER, PJA 2016 973.

Lorsqu'une prestation sociale (p.ex., une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité) est versée à la suite de la survenance de deux risques (une maladie et un accident), on se demande quelle est la prestation concordante à prendre en compte pour opérer un calcul de surindemnisation (p.ex., en concours d'une indemnité journalière de l'assurance-accidents et de la rente de l'assurance-invalidité). Doit-on admettre que l'entier de la rente de l'assurance-invalidité concorde avec l'indemnité journalière consécutive à l'accident quand bien même une part de cette rente est versée pour l'invalidité d'origine malade? Ou faut-il ventiler la prestation de l'assurance-invalidité entre les deux événements auxquels elle est liée? En coordination extrasystémique, le Tribunal fédéral s'est prononcé dans le cas d'un accident, où une demi-rente de l'assurance-invalidité indemnise également un état maladif préexistant. Sans l'accident dont un tiers répondait, l'invalidité de la personne lésée n'aurait pas ouvert le droit à une rente de l'assurance-invalidité, le palier de 40% n'étant pas atteint (art. 28 al. 1 LAI). L'assurance-invalidité étant subrogée dans les droits de la victime contre le tiers responsable de l'accident (art. 72 al. 1 LPG), le Tribunal fédéral retient que la rente de l'assurance-invalidité doit être imputée sur la perte de gain subie par la victime. Toutefois, cette rente ne saurait être imputée entièrement mais seulement dans la mesure où elle indemnise le dommage dû à l'accident et non pas dans la mesure où elle indemnise l'invalidité due à l'état maladif préexistant³⁹. On notera qu'on aurait également pu imputer la rente de l'assurance-invalidité dans sa totalité puisque, sans l'événement en cause, la victime n'aurait pas eu droit à une rente de l'assurance-invalidité, le palier de 40% (art. 28 al. 2 LAI) n'étant pas atteint⁴⁰. C'est d'ailleurs la solution retenue par le Tribunal fédéral dans un cas de coordination intersystémique. En effet, en concours d'indemnités journalières de l'assurance-accidents et d'une rente de l'assurance-invalidité, le Tribunal fédéral a considéré que la rente de l'assurance-invalidité devait être prise en compte intégralement dans le calcul de surindemnisation, quand bien même elle était consécutive pour moitié à deux accidents, au motif que sans le second accident l'assurée n'aurait pas eu droit à une rente de l'assurance-invalidité⁴¹. Si les deux solutions sont concevables, la cohérence voudrait que le Tribunal fédéral adopte une seule transposable en coordination intersystémique et en coordination extrasystémique puisque celles-ci ont l'une et l'autre pour but majeur d'éviter la surindemnisation de la victime.

4. La concordance temporelle

Quand bien même elle n'est pas expressément mentionnée à l'art. 69, la concordance temporelle a aussi vocation à s'appliquer, comme exposé plus haut (N 17). Il y a concordance temporelle lorsque les prestations sociales en concours sont versées pendant la même période. Cette exigence concerne les **prestations périodiques indemnisant des dommages durables**⁴², tout particulièrement les indemnités journalières et les rentes des assureurs sociaux.

Ce critère n'est pas aisé à appliquer car les prestations périodiques des assurances sociales ne couvrent généralement pas des **séquences temporelles identiques**. Voici quelques exemples:

39 TF, 1.11.2005, 4C.62/2005, c. 5.

40 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1237.

41 TF, 19.10.2011, 8C_415/2011, c. 5.

42 FRÉSARD-FELLAY, Concordance temporelle, 373 ss.

- l'indemnité journalière de l'assurance-accidents n'est versée qu'à partir du troisième jour après l'accident jusqu'à la stabilisation de l'état de santé de la victime (art. 16 al. 2, 1^{re} phrase LAA);
- l'assurance-invalidité sert une rente d'invalidité lorsque l'assuré a présenté une incapacité de travail (art. 6 LPGA) d'au moins 40% en moyenne durant une année sans interruption notable (art. 28 al. 1 let. b LAI);
- l'assurance-invalidité sert une indemnité journalière pendant l'exécution des mesures de réadaptation (art. 22 LAI).

Dès lors, il faut se demander **quel est le laps de temps de référence** pour l'application du principe de concordance temporelle⁴³. Doit-on comparer les indemnités sociales par année ou par mois? Que faire lorsque deux ou plusieurs assureurs interviennent de concert et versent des prestations soumises à des délais d'attente distincts? Doit-on former une ou plusieurs périodes de calcul? La loi, qui ne traite pas de la concordance temporelle, ne répond pas à ces questions.

- 28 Les différences systémiques entre prestations que nous venons d'exposer excluent indubitablement l'application en concours de deux prestations, et donc, du critère de la concordance temporelle de manière trop rigide. Ce serait courir le risque de créer, dans la comparaison des prestations, des périodes de sous-indemnisation et de surindemnisation aléatoires. La jurisprudence a dès lors apporté quelques précisions, principalement dans un cas. En effet, en concours d'indemnités journalières de l'assurance-accidents et d'une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité, la jurisprudence prend en compte la totalité de la période d'octroi des indemnités journalières pour opérer le calcul de surindemnisation, ce qui est favorable à l'assuré⁴⁴. Même si elle ne s'applique pas à la lettre, il y a lieu de s'inspirer de cette jurisprudence lorsque des prestations d'assurances sociales en concours couvrent des périodes qui ne se recoupent pas.

III. La limite de surindemnisation (al. 2)

A. La notion

- 29 Pour déterminer si, dans un cas concret, il y a ou non surindemnisation, il faut définir préalablement la limite ou le plafond de surindemnisation, c'est-à-dire **la limite à concurrence de laquelle les prestations d'assurances sociales en concours peuvent être cumulées**.
- 30 Pour rappel, l'on parle de surindemnisation lorsque l'ayant droit reçoit des prestations qui dépassent en valeur économique la couverture totale du dommage effectivement subi. Si l'on conjugue ce concept avec celui de la concordance des droits, on parle de surindemnisation si l'addition de prestations concordantes dépasse la valeur économique du dommage concordant subi. Dans cette hypothèse, **le plafond de surindemnisation correspond à la valeur économique du dommage subi**. C'est le cas en droit de la responsabilité civile.
- 31 Toutefois, pour définir la limite de surindemnisation à l'art. 69 al. 2, le législateur de la LPGA s'est écarté de la règle en vigueur en droit de la responsabilité civile⁴⁵. L'art. 69

43 FRÉSARD-FELLY, Concordance temporelle, 373 ss.

44 ATF 139 V 519, c. 3; ATF 132 V 27, c. 3.1; ATF 126 V 193, c. 3. La règle de concordance globale ne s'applique pas en présence de deux accidents successifs: TF, 19.10.2011, 8C_415/2011, c. 4.

45 GEERTSEN, Komplementärrentensystem, 24; BERGER M., 369.

al. 2 prévoit ceci: «Il y a surindemnisation dans la mesure où les prestations sociales légalement dues dépassent, du fait de la réalisation du risque, à la fois le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé, les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches». La limite de surindemnisation correspond bien à la valeur économique du dommage subi (100% du gain présumé perdu). Toutefois, la LPGA envisage aussi, pour fixer le seuil de la surindemnisation, deux éléments additionnels à prendre en considération, en plus de 100% du gain présumé perdu de la personne assurée, à savoir **les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu subies par les proches**.

Le droit des assurances sociales ne connaît pas de limite unique de surindemnisation⁴⁶. **32** Certes, le plafond de l'art. 69 al. 2 se retrouve également dans des lois spéciales. Par exemple, la limite de 100% du gain présumé perdu auquel s'ajoutent les frais et les pertes de revenus de proches s'applique également dans l'assurance militaire (art. 29 OAM) et au concours d'indemnités journalières de l'assurance-maladie (art. 122 al. 2 OAMal). Toutefois, certaines lois prévoient d'autres limites spécifiques⁴⁷. Par exemple, l'assurance-accidents et la prévoyance professionnelle connaissent des plafonds plus bas qui dérogent à l'art. 69 al. 2: 90% du gain assuré en concours d'une rente de l'assurance-accidents avec une rente de l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité (art. 20 al. 2, art. 31 al. 4 LAA)⁴⁸ ou 90% du gain présumé perdu en concours d'une rente de la prévoyance professionnelle avec une rente d'une autre assurance sociale (art. 34a al. 1 LPP, anciennement art. 24 al. 1 OPP 2)⁴⁹. En coordination intrasystémique, l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité prévoient dans des cas particuliers d'autres limites de surindemnisation, par exemple 90% du revenu annuel moyen déterminant pour le calcul d'une rente (art. 41 al. 1 LAVS; cf. aussi, art. 24 al. 2 *in fine* LAD).

En cas d'**incapacité de gain**, le plafond de surindemnisation correspond au gain présumé perdu, c'est-à-dire au dommage de même nature que les prestations (indemnités journalières/rentes d'invalidité) à coordonner. Or l'art. 69 al. 2 LPGA introduit dans le plafond de surindemnisation des **éléments non concordants**: les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu de proches. Dans cette mesure, il faut constater que le législateur n'applique pas le principe de la concordance des droits dans toute sa rigueur⁵⁰. **33**

En cas de **décès**, ce plafond de surindemnisation n'est **pas approprié** en concours de rentes de survivants. En effet, on ne conçoit pas que 100% du gain présumé perdu soit une limite de surindemnisation raisonnable sauf si le défunt, sans besoin propre, consacrait l'entier de son revenu au soutien de ses proches. Il serait mieux approprié de prendre en compte un plafond de l'ordre de 90% au maximum du gain présumé perdu comme le prévoit l'art. 34a al. 1 LPP (anciennement, art. 24 al. 1 OPP 2) en matière de prévoyance professionnelle. Il serait dès lors justifié de corriger cette situation lors de la première révision de la LPGA. **34**

46 Not., LÄUBLI ZIEGLER, Koordinationsprobleme, 168.

47 SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 23 N 18.

48 Au sujet de la surindemnisation dans l'assurance-accidents facultative: BARRAS, 221 ss; TFA, 18.4.2006, U 105/04, c. 7.

49 ATF 130 V 78. S'agissant de la réduction pour cause de surindemnisation en cas de modification importante de la situation, cf. ATF 143 V 91.

50 SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 23 N 19.

B. Le champ d'application

- 35 La limite de surindemnisation s'applique au concours de rentes (art. 66), d'indemnités journalières et de rentes (art. 68) ainsi qu'au concours d'indemnités journalières en l'absence de dispositions dans les lois spéciales.
- 36 Pour rappel, les lois spéciales prévoient souvent une limite de surindemnisation différente de celle de l'art. 69 al. 2 (N 32). Dans cette éventualité, la règle spéciale prime⁵¹.

C. Le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé

- 37 Par gain dont on peut présumer que l'intéressé est privé au sens de l'art. 69 al. 2, la jurisprudence a précisé qu'il faut entendre **le salaire hypothétique que l'assuré réaliserait sans invalidité**⁵² provenant d'une activité dépendante ou indépendante⁵³. Il ne correspond pas forcément au gain effectivement obtenu avant la survenance de l'éventualité assurée⁵⁴, surtout si une longue période s'est écoulée entre l'événement assuré et le calcul de surindemnisation. Il se distingue également du gain assuré dans l'assurance-accidents qui correspond en règle générale, pour les rentes, au revenu réalisé dans l'année qui précède l'événement dommageable (art. 15 al. 2 LAA).
- 38 Il existe une étroite relation entre le gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé et **le revenu sans invalidité**, déterminant pour l'évaluation de l'invalidité (art. 16 LPG)⁵⁵. En effet, dans les deux cas, il s'agit du revenu hypothétique que la personne concernée aurait vraisemblablement obtenu sans l'atteinte à la santé⁵⁶; les circonstances concrètes et les chances réelles de l'assuré sur le marché du travail sont déterminantes; on prend en compte tous les changements qui auraient vraisemblablement influé sur le revenu obtenu avant la survenance de l'atteinte à la santé dans l'intervalle jusqu'au calcul de surindemnisation (renchérissement, augmentation réelle, progression de carrière, etc.)⁵⁷.
- 39 La notion de gain dont l'assuré est présumé avoir été privé est bien connue du droit des assurances sociales⁵⁸; elle s'applique en particulier en **prévoyance professionnelle** (art. 34a al. 1 LPP; anciennement art. 24 al. 1 OPP 2)⁵⁹.
- 40 **Le moment déterminant** pour fixer le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé est celui auquel le calcul de surindemnisation est opéré⁶⁰.

D. Les frais supplémentaires

- 41 La loi ne définit pas les frais supplémentaires dus à la réalisation du risque, auxquels l'art. 69 al. 2 fait référence. La Commission du Conseil des Etats parlait d'inclure «les

51 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 102 N 59.

52 TF, 27.8.2013, 8C_46/2013, c. 2.2; ATF 126 V 468, c. 4a; TF, 7.6.2013, 8C_512/2012, c. 5.3.6;

53 ATF 126 V 93, c. 3.

54 ATF 125 V 163, c. 3b; ATF 123 V 193, c. 5a; ATF 123 V 204, c. 5b; ATF 122 V 316, c. 2a.

55 TF, 27.8.2013, 8C_46/2013, c. 2.2; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 69 N 16.

56 TF, 17.6.2013, 9C_91/2013, c. 5.3.1.

57 ATF 137 V 20, c. 5.2.3.1.

58 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4292.

59 SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 23 N 20; HÜRZELER, in Schneider/Geiser/Gächter (éd.). art. 34a N 13 ss.

60 ATF 123 V 193, c. 5a.

frais supplémentaires liés au traitement et à la surveillance dont l'assuré a besoin»⁶¹. La Commission du Conseil national se référait également à la législation alors en vigueur⁶² et à la doctrine⁶³ qui limitaient les frais supplémentaires aux frais de traitement et de soins⁶⁴; elle relevait néanmoins que le texte de la loi laissait le champ libre à une autre interprétation⁶⁵.

Il est communément admis qu'il s'agit d'abord des frais consécutifs à l'événement dommageable⁶⁶ et **en rapport avec le traitement et les soins** qui ne sont pas pris en charge par l'assurance sociale⁶⁷ (p.ex., la participation aux coûts de l'assurance-maladie [art. 64 LAMal], des frais de traitement hospitalier en division privée, des frais de traitements alternatifs ou diététiques, des frais de convalescence, des frais de sauvetage et de transport non remboursés, des moyens auxiliaires non pris en charge, des frais d'aide-ménagère non couverts, des frais de visite de proches, etc.). On notera à ce propos que l'art. 122 al. 1 OAMal prévoit également une liste de frais en rapport avec le traitement et les soins dont il faut tenir compte dans le calcul de surindemnisation.

Le Tribunal fédéral est toutefois allé plus loin en incluant, dans une certaine mesure, **les frais d'avocat**⁶⁸. Il s'agit des frais d'avocat rendus nécessaires pour l'obtention des prestations d'assurances sociales déterminantes pour le calcul de surindemnisation, à l'exclusion des frais d'avocat générés par l'aspect responsabilité civile du cas ou qui sont supportés par des tiers. Reste ouverte la question de savoir si des frais d'avocat qui seraient pris en charge par une assurance de protection juridique doivent être tenus pour des frais supplémentaires. Ce jugement est discutable à plus d'un titre: sans s'interroger sur le principe de la concordance des droits, le Tribunal fédéral introduit dans un calcul de surindemnisation du droit des assurances sociales (concours d'indemnités journalières de l'assurance-accidents et d'une rente de l'assurance-invalidité) un dommage matériel. Or l'extension du champ d'application des calculs de surindemnisation à des éléments totalement étrangers aux prestations légales d'assurances sociales (prestations en nature, revenu de remplacement) crée une singularité dans notre ordre juridique. C'est d'autant plus regrettable que le Tribunal fédéral a peut-être même ouvert une brèche dont il est difficile d'évaluer les conséquences: qu'en est-il des autres dommages non indemnisés par les assurances sociales, par exemple les (autres) dommages matériels, les dommages patrimoniaux, l'éventuelle augmentation des cotisations sociales, d'éventuels impôts supplémentaires pour des dommages-intérêts, etc.? S'agit-il de frais supplémentaires à prendre en compte dans les calculs de surindemnisation? Certes non.

La Commission ad hoc des sinistres LAA a établi une recommandation relative aux frais dont la prise en charge est recommandée⁶⁹. Cette recommandation ne lie toutefois pas les tribunaux. Elle peut tout au plus servir de ligne directrice pour l'interprétation de la loi.

61 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 263.

62 Art. 122 al. 2 aOAMal; art. 72 al. 3 aLAM; art. 29 al. 1 aOAM.

63 SCHLAURI FRANZ, Die Leistungskoordination im neuen Krankenversicherungsrecht, in Duc (éd.), LAMal – KVG: recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances: à l'occasion de son Assemblée générale du 5 septembre 1997 à Lausanne, Lausanne 1997, 653 ss.

64 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4292 s.

65 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4293.

66 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 69 N 40.

67 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 69 N 41.

68 ATF 139 V 108, c. 5, c. 6.

69 La recommandation 3/92 est publiée à l'adresse: <https://www.koordination.ch/fileadmin/files/ad-hocf/1992/03-92_f.pdf> (consulté le 10.4.2018).

E. Les diminutions de revenu de proches

- 45 Selon l'art. 69 al. 2, il y a surindemnisation si les prestations concomitantes des assurances sociales dépassent, du fait de la réalisation du risque, le gain présumé perdu, les frais supplémentaires et les **éventuelles diminutions de revenu de proches**. On a pensé à la situation du proche qui réduit son activité professionnelle pour s'occuper de la personne assurée.
- 46 Le Conseil fédéral proposait une version étendue consistant à prendre en compte le travail des proches qu'il y eût une perte de revenu ou non⁷⁰. Cette proposition a été écartée au profit des seules pertes de revenu **effectives**⁷¹. La Commission du Conseil national se référerait également à la législation alors en vigueur pour souligner que les diminutions de revenu à considérer étaient liées au traitement et aux soins prodigués à l'ayant droit⁷²; elle soulignait toutefois que l'interprétation de la notion relevait de l'application du droit⁷³. Le Tribunal fédéral subordonne la prise en compte de la diminution de revenu de proches à la condition qu'il y ait perte concrète⁷⁴, de telle sorte que les prestations de proches sous forme de travail qui ne sont pas liées à une perte de revenu ne sont pas retenues⁷⁵.
- 47 Il faut une **relation de causalité** entre le cas d'assurance et la diminution de revenu qui doit être objectivement justifiée⁷⁶. De plus, cette diminution de revenu ne doit pas être couverte par des prestations d'assurances sociales (p.ex., une allocation pour impotent).
- 48 La loi ne définit pas la notion de «proches» et n'énumère pas les personnes considérées comme telles⁷⁷. Sur la base des travaux préparatoires, il faut retenir une approche large qui laisse de la place à l'interprétation⁷⁸. Sont donc réputées proches non seulement les personnes liées par un lien formel de parenté (conjoint, parents en ligne directe, beaux-parents, etc.), mais également celles qui ont des liens personnels étroits (p.ex., le concubin ou partenaire de vie). On n'exige pas qu'il s'agisse d'un membre de la famille au sens du droit civil ni même que le proche vive sous le même toit que la personne assurée. C'est dire que pour déterminer le cercle des proches, il conviendra de tenir compte des circonstances propres à chaque cas.

F. La prise en compte du revenu résiduel effectif

- 49 Lorsque le calcul de surindemnisation concerne un assuré qui est partiellement incapable de travailler ou partiellement invalide, on doit se demander s'il faut tenir compte du revenu résiduel effectif de l'assuré ou éventuellement d'un revenu résiduel raisonnablement réalisable. Selon les travaux préparatoires, on déduit le gain résiduel **effectif**⁷⁹. Il y

70 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 263.

71 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4293.

72 Art. 29 al. 1 OAM.

73 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4293.

74 TF, 29.5.2008, 9C_332/2008, c. 8.

75 TF, 12.7.2012, 9C_43/2012, c. 4.2.

76 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 69 N 49.

77 Pour une présentation complète: TERCIER PIERRE, Qui sont nos proches, in Gauch *et al.* (éd.), Famille et Droit, Mélanges offerts pas la Faculté de droit de l'Université de Fribourg à Bernhard Schnyder, Fribourg 1995, 799 ss.

78 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 69 N 51.

79 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4294; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire N 517; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 69 N 64; KÜBLER, 117 s.

a également lieu de tenir compte de l'indemnité de chômage qui, en tant que revenu de remplacement, doit être assimilée au revenu effectivement perçu⁸⁰.

En revanche, le revenu **hypothétique** que la personne assurée pourrait réaliser en utilisant au mieux ses possibilités restantes de travail et de gain n'est pas déduit⁸¹. Ce revenu hypothétique est toutefois pris en compte à l'art. 24 al. 1 let. d OPP 2 (anciennement, art. 24 al. 2 OPP 2)⁸². Il est réputé correspondre au revenu d'invalidé pris en considération par l'office AI⁸³. **50**

A noter qu'une partie de la doctrine est d'avis que le revenu résiduel réalisable devrait systématiquement être pris en considération, en particulier en raison de l'obligation de diminuer le dommage à laquelle l'assuré est tenu⁸⁴. **51**

VI. Les effets de la surindemnisation (al. 3)

A. La réduction des prestations excédentaires

Si le cumul des prestations concordantes en concours excède le plafond de surindemnisation prévu à l'art. 69 al. 2, la loi prévoit que les prestations en espèces sont **réduites** du montant de la surindemnisation (art. 69 al. 3). Il se peut néanmoins qu'une loi spéciale assortisse la surindemnisation d'une conséquence autre que la réduction des prestations. C'est le cas de l'assurance-maladie qui prévoit, en cas de réduction de l'indemnité journalière pour cause de surindemnisation, une prolongation de la durée d'octroi (art. 72 al. 5 LAMal)⁸⁵. **52**

La réduction des prestations n'est **pas un droit discrétionnaire** de l'assureur mais doit être exercée lorsque les conditions fixées par la loi sont réunies⁸⁶. **53**

La loi est muette sur la question de savoir quelle est, des prestations en concours, celle qui doit être réduite. Pour répondre à cette question, il y a lieu de se fonder sur l'**ordre de priorité** qui figure aux art 64 à 66 LPGA. Il appartient ainsi à l'assurance sociale non prioritaire d'opérer la réduction. **54**

Il se peut toutefois que la loi ne fixe **pas d'ordre de priorité**. C'est le cas en concours d'indemnités journalières et de rentes (art. 68). Dans cette hypothèse, il y a lieu de se fonder sur les principes consacrés aux art. 63 ss pour déterminer l'assurance sociale appelée à réduire sa prestation (cf. pour plus de détails, art. 68 N 28). En particulier, en concours d'une indemnité journalière de l'assurance-accidents et d'une rente de l'assurance-invalidité, il incombe à l'assureur-accidents de réduire sa prestation⁸⁷. **55**

L'art. 69 n'indique pas à quel **moment** le calcul de surindemnisation doit être opéré. On doit en déduire qu'un calcul de surindemnisation peut avoir lieu en tout temps, en parti- **56**

80 ATF 139 V 519, c. 5.

81 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4294; ATF 117 V 398, c. 4; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire N 517, n. 896; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 69 N 64 s.

82 Au sujet de la situation antérieure au 1^{er} janvier 2005: ATF 123 V 88, c. 4c; HÜRZELER, in Schneider/Geiser/Gächter (éd.) art. 34a N 38 ss; GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 479 N 57.

83 ATF 134 V 64.

84 Notamment SCHLAURI, Resterwerb, 285 ss.

85 TFA, 12.5.2006, 4C.69/2006, c. 3.3.

86 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 478 s. N 55.

87 TFA, 16.2.2006, U 200/05, c. 2.2.

culier en cas de changement des éléments à prendre en compte pour le calcul (modification des prestations durables ou du gain présumé perdu, p.ex.). En concours d'une indemnité journalière de l'assurance-accidents et d'une rente de l'assurance-invalidité, la jurisprudence a également admis qu'un calcul (provisoire) ait lieu avant la fin de la période d'octroi des indemnités journalières. A la fin de la période d'indemnisation, il faut procéder à un calcul global (définitif) de surindemnisation⁸⁸. Si le calcul de surindemnisation conduit à une demande de restitution de prestations indûment touchées, les délais de l'art. 25 al. 2 s'appliquent⁸⁹.

- 57 Au sujet du calcul de surindemnisation, lorsque l'assureur social a **réduit** ses prestations en raison du comportement de l'assuré, on renverra à ce qui a été dit dans les remarques préliminaires aux art. 63 à 71 (art. 63 N 41 ss).

B. Les exceptions à la réduction des prestations

- 58 Dans les calculs de surindemnisation, les rentes de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité, les allocations pour impotent et les indemnités pour atteinte à l'intégrité sont exceptées de toute réduction (art. 69 al. 3, 2^e phrase).
- 59 Il est dans la logique du système que les **rentes de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité** ne soient pas réduites car il s'agit du premier pilier de protection sociale. Toutefois, l'assurance-vieillesse et survivants connaît des dispositions de coordination intrasystémique qui consacrent la réduction de prestations pour cause de surindemnisation. C'est le cas des rentes pour enfants et des rentes d'orphelins (art. 41 al. 1 LAVS) ainsi que des rentes extraordinaires pour enfants et des rentes extraordinaires d'orphelins (art. 43 al. 3 LAVS).
- 60 **Les allocations pour impotent** ne devraient pas donner lieu à surindemnisation car il n'y a pas de cumul de prestations (art. 66 al. 3) mais exclusivité.
- 61 Il n'y a pas non plus matière à surindemnisation pour les **indemnités pour atteinte à l'intégrité**. En effet, ces prestations sont versées par deux assurances sociales, l'assurance-accidents et l'assurance militaire, et un cumul est exclu (art. 76 LAM).

C. La prise en compte des prestations en capital

- 62 L'art. 69 al. 3, 3^e phrase, LPGA prévoit que pour les prestations en capital, **la valeur de la rente correspondante** est prise en compte. Il s'agit dès lors d'un élément de calcul de la surindemnisation au sens de l'art. 69 al. 2 et non d'une conséquence de la surindemnisation. Dans cette mesure, cette phrase sort du contexte de l'art. 69 al. 3 et devrait plutôt compléter l'art. 69 al. 1⁹⁰.
- 63 Les prestations en capital sont **peu fréquentes** en droit des assurances sociales. Cette hypothèse se produit par exemple lors du **rachat** qui est une modalité d'octroi d'une prestation. Une prestation, due en principe périodiquement à la personne bénéficiaire, est allouée par un versement unique des rentes. L'assurance-accidents et l'assurance militaire connaissent le rachat de petites rentes (art. 35 al. 1 LAA; art. 46 al. 1 et 2 LAM)⁹¹. La

88 ATF 132 V 27, c. 3.1.

89 TF, 22.10.2013, 8C_138/2013, c. 4.4, non publié aux ATF 139 V 519.

90 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 69 N 85.

91 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 58.

somme de rachat est en principe calculée par capitalisation de la prestation périodique (encore) due. Cette somme de rachat constitue précisément la valeur de la rente au sens de l'art. 69 al. 3 LPGA, valeur qu'il y a lieu de prendre en compte dans le calcul de surindemnisation.

Une indemnité en capital existe dans l'assurance-accidents (art. 23 al. 1 LAA)⁹². Elle est prévue en présence de troubles susceptibles d'être influencés favorablement par l'octroi d'un capital et la rupture des liens avec l'assureur. Cette disposition est toutefois restée lettre morte. Au demeurant une réduction de l'indemnité en capital ne serait guère envisageable dans ce cas, car elle irait à l'encontre du but thérapeutique visé par cette prestation.

64

Art. 70

Prise en charge provisoire des prestations

¹ L'ayant droit peut demander la prise en charge provisoire de son cas lorsqu'un événement assuré lui donne droit à des prestations d'une assurance sociale mais qu'il y a doute sur le débiteur de ces prestations.

² Sont tenues de prendre provisoirement le cas à leur charge:

- a. l'assurance-maladie, pour les prestations en nature et les indemnités journalières dont la prise en charge par l'assurance-maladie, l'assurance-accidents, l'assurance militaire ou l'AI est contestée;
- b. l'assurance-chômage, pour les prestations dont la prise en charge par l'assurance-chômage, l'assurance-maladie, l'assurance-accidents ou l'AI est contestée;
- c. l'assurance-accidents, pour les prestations dont la prise en charge par l'assurance-accidents ou l'assurance militaire est contestée;
- d. la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité au sens de la LPP, pour les rentes dont la prise en charge par l'assurance-accidents ou l'assurance militaire ou par la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité au sens de la LPP est contestée.

³ L'ayant droit adresse sa demande aux institutions d'assurances sociales entrant en ligne de compte.

Vorleistung

¹ Begründet ein Versicherungsfall einen Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen, bestehen aber Zweifel darüber, welche Sozialversicherung die Leistungen zu erbringen hat, so kann die berechtigte Person Vorleistung verlangen.

² Vorleistungspflichtig sind:

- a. die Krankenversicherung für Sachleistungen und Taggelder, deren Übernahme durch die Krankenversicherung, die Unfallversicherung, die Militärversicherung oder die Invalidenversicherung umstritten ist;
- b. die Arbeitslosenversicherung für Leistungen, deren Übernahme durch die Arbeitslosenversicherung, die Krankenversicherung, die Unfallversicherung oder die Invalidenversicherung umstritten ist;
- c. die Unfallversicherung für Leistungen, deren Übernahme durch die Unfallversicherung oder die Militärversicherung umstritten ist;
- d. die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge nach BVG für Renten, deren Übernahme durch die Unfall- beziehungsweise Militärversicherung oder die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge nach BVG umstritten ist.

⁹² FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire N 304 ss.

³ Die berechtigte Person hat sich bei den in Frage kommenden Sozialversicherungen anzumelden.

Prestazione anticipata ¹ L'avente diritto può chiedere di riscuotere una prestazione anticipata se un evento assicurato fonda il diritto a prestazioni delle assicurazioni sociali ma sussiste un dubbio quanto al debitore delle suddette prestazioni.

² Sono tenute a versare prestazioni anticipate:

- a. per le prestazioni in natura e le indennità giornaliere la cui assunzione da parte dell'assicurazione contro le malattie, dell'assicurazione contro gli infortuni, dell'assicurazione militare o dell'assicurazione per l'invalidità è contestata: l'assicurazione contro le malattie;
- b. per le prestazioni la cui assunzione da parte dell'assicurazione contro la disoccupazione, dell'assicurazione contro le malattie, dell'assicurazione contro gli infortuni o dell'assicurazione per l'invalidità è contestata: l'assicurazione contro la disoccupazione;
- c. per le prestazioni la cui assunzione da parte dell'assicurazione contro gli infortuni o dell'assicurazione militare o da parte della previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità è contestata: l'assicurazione contro gli infortuni;
- d. per le rendite la cui assunzione da parte dell'assicurazione contro gli infortuni o dell'assicurazione militare o da parte della previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità secondo la LPP è contestata: la previdenza professionale per la vecchiaia, i superstiti e l'invalidità secondo la LPP.

³ L'avente diritto deve annunciarsi presso le assicurazioni sociali che entrano in considerazione.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Les conditions de la prise en charge (al. 1)	7
A. Le droit à des prestations d'une assurance sociale	8
B. Le doute sur le débiteur des prestations	9
III. Les assureurs tenus à la prise en charge (al. 2)	12
A. L'assurance-maladie (let. a)	15
B. L'assurance-chômage (let. b)	21
C. L'assurance-accidents (let. c)	24
D. La prévoyance professionnelle (let. d)	25
IV. Le devoir de s'annoncer (al. 3)	30

Bibliographie

Cf. aussi bibliographie art. 63; DUC JEAN-LOUIS, Examen de l'utilité pratique de l'article 70 LPG, RSAS 2009 50 ss (cité: art. 70); HÜRZELER MARC, Intrasystemische Vorleistungspflichten in der beruflichen Vorsorge, in Schaffhauser/Kieser (éd.), Das prekäre Leistungsverhältnis im Sozialversicherungsrecht, St-Gall 2008, 129 ss (cité: Vorleistungspflichten); HÜRZELER MARC, art. 34a, in Schneider/Geiser/Gächter (éd.), 480 ss (cité: art. 34a); LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Die Leistungs-koordination gemäss Art. 63-71 ATSG, in Schaffhauser/Kieser (éd.), ATSG, 155 ss (cité: Leistungs-koordination); MOSIMANN HANS-JAKOB, Intersystemische Vorleistungspflichten nach Art. 70 f. ATSG sowie weitere einzelgesetzliche Vorschriften, in Schaffhauser/Kieser (éd.), Das prekäre Leistungsverhältnis im Sozialversicherungsrecht, St-Gall 2008, 107 ss (cité: Art. 70 f. ATSG).

I. Introduction

L'obligation de servir des prestations peut faire l'objet de contestations entre plusieurs assureurs sociaux, par exemple, lorsque la cause réelle d'une atteinte à la santé n'est pas clairement établie. Néanmoins, l'ayant droit ne doit pas en pâtir. C'est la raison d'être de la réglementation sur l'avance des prestations prévue à l'art. 70 LPGA. L'avance ou prise en charge provisoire (ou préalable) des prestations permet d'éviter une lacune dans le service des prestations sociales jusqu'à ce que soit déterminée l'assurance sociale tenue de prendre le cas en charge¹.

L'art. 70 figure dans la première section du chapitre 5 de la LPGA, intitulé «Coordination des prestations», qui traite de la coordination entre les différentes assurances sociales. Il s'agit ainsi d'une règle de **coordination intersystémique** (art. 63 al. 1; art. 63 N 10 s.)². En coordination extrasystémique au contraire, le législateur a exclu du champ d'application de la LPGA la coordination des prestations d'assurances sociales avec celles des assurances privées, comme par exemple les indemnités journalières d'assurances privées³. Dès lors, lorsque l'obligation de servir des prestations fait l'objet d'une contestation entre un assureur social et un assureur privé, l'éventuelle prise en charge provisoire n'est pas régie par l'art. 70.

En présence de plusieurs assureurs du même régime d'assurance (p.ex., plusieurs assureurs-accidents) susceptibles d'intervenir, les art. 70 et 71 ne régissent pas la question de savoir quel assureur est compétent pour l'avance dans un cas d'espèce. Cette question de coordination intrasystémique est résolue sur la base des dispositions du régime considéré (p.ex., art. 77 LAA; art. 99 à 102a OLAA)⁴. Par exemple, si plusieurs assureurs-accidents contestent être tenus à prestations pour les suites d'un accident, c'est l'assureur chronologiquement le plus proche de la survenance des suites de l'accident qui est tenu provisoirement à prestations (art. 102a OLAA). Ce cas ne relève pas de l'art. 70 LPGA.

Si la LPGA ne s'applique pas au régime de la prévoyance professionnelle, **l'art. 34a al. 3 LPP** prévoit une exception en faveur des art. 70 à 71 LPGA. La prévoyance professionnelle a ainsi l'obligation d'avancer les prestations par rapport à l'assurance-accidents et à l'assurance militaire au sens de l'art. 70 al. 2 let. d, lorsque l'assureur tenu à prise en charge n'est pas encore clairement désigné.

La prise en charge provisoire des prestations doit être distinguée des **avances prévues à l'art. 19 al. 4**, celles-ci étant allouées par un assureur dont il n'est pas douteux qu'il ait à intervenir⁵.

Il se peut que **deux** assurances sociales soient désignées par la loi pour assurer l'avance des prestations. Par exemple, en cas de doute sur l'obligation d'intervenir de l'assurance-invalidité, l'assurance-maladie (art. 70 al. 2 let. a) et l'assurance-chômage (art. 70 al. 2 let. b) peuvent toutes deux être tenues de faire l'avance des prestations. Pour les départager, on applique le principe de **la concordance des droits**. Si la prestation requise de l'assurance-invalidité est une indemnité journalière, il appartient à l'assurance-chômage (qui verse une indemnité de chômage) de faire l'avance. En revanche, si la prestation re-

1 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 263; Duc, art. 70, 53 s.

2 TF, 20.12.2006, 5C.246/2006, c. 3.1.

3 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 263.

4 KIESER, SBVR, N 42; HÜRZELER, Vorleistungspflichten, 132 ss.

5 MOSIMANN, Art. 70 f. ATSG, 110.

quise de l'assurance-invalidité est une mesure médicale au sens des art. 12 ss LAI, il appartient à l'assurance-maladie d'avancer les prestations de l'assurance obligatoire des soins (art. 24 ss LAMal).

II. Les conditions de la prise en charge (al. 1)

- 7 L'ayant droit peut demander la prise en charge provisoire de son cas lorsqu'un événement assuré lui donne droit à des prestations d'une assurance sociale mais qu'il y a doute sur le débiteur de ces prestations (art. 70 al. 1)⁶. C'est dire que la loi n'institue pas d'avance préalable générale des prestations par un assureur; au contraire, la prise en charge préalable des prestations est soumise à deux conditions:

A. Le droit à des prestations d'une assurance sociale

- 8 La prise en charge provisoire présuppose **le droit** à des prestations d'assurances sociales. Un tel droit doit exister à l'égard de l'assureur qui apparaît comme prioritaire en application de l'al. 2. Si cet assureur conteste l'existence de ce droit (p.ex., en raison d'un défaut de couverture), il doit rendre une décision, sujette à opposition. La prise en charge provisoire est ensuite subordonnée à un prononcé définitif et exécutoire. *A contrario*, si le droit à des prestations de l'assureur tenu de faire l'avance n'existe pas, il n'y a pas matière à prise en charge provisoire⁷.

B. Le doute sur le débiteur des prestations

- 9 La prise en charge provisoire présuppose **un doute sur le débiteur de la prestation**. Cela signifie qu'en plus de l'assureur appelé à verser l'avance selon l'art. 70 al. 2, il y a un doute sur l'obligation d'intervenir d'un autre assureur mentionné dans cette disposition⁸. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il y a un doute sur le caractère accidentel ou maladif d'une atteinte à la santé⁹. Le doute peut également porter sur le champ d'application personnel de la loi d'assurance sociale concernée, soit sur le point de savoir si l'intéressé a ou non qualité d'assuré au sens de cette loi¹⁰. Un doute existe en particulier lorsque l'assureur demande à l'assuré d'adresser sa demande de prestations (art. 70 al. 3) à un autre assureur¹¹.
- 10 Les **motifs** justifiant le doute ne sont pas décisifs: il peut s'agir d'une incertitude exprimée par l'ayant droit ou d'une objection formulée par l'assureur tenu à la prestation préalable.
- 11 Le doute doit exister **au moment de l'octroi** des prestations. S'il surgit postérieurement alors que les prestations ont été allouées définitivement, il ne s'agit pas d'un cas d'application de l'art. 70 donnant lieu à remboursement au sens de l'art. 71¹². Il s'agit plutôt d'un cas de reconsidération (art. 53 al. 2).

6 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 263; TF, 20.12.2006, 5C.246/2006, c. 3.1.

7 ATF 131 V 78, c. 2: la prise en charge provisoire par l'assurance-maladie a été niée, le traitement ne remplissant pas les conditions de l'art. 32 LAMal; cf., é.g., EUGSTER GERHARD, Krankenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, N 1500.

8 TFA, 26.4.2001, K 146/99, c. 1.

9 ATF 131 V 78, c. 2-4.

10 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLY/MOLO, 484 s. N 64.

11 ATF 135 V 106, c. 5.2.

12 MOSIMANN, Art. 70 f. ATSG, 110.

III. Les assureurs tenus à la prise en charge (al. 2)

La prise en charge provisoire intervient lorsque des prestations doivent être coordonnées (ou devraient éventuellement l'être) au sens des art. 63 ss et que cette coordination intersystémique ne peut avoir lieu sans délai. Cela signifie que l'assureur chargé de l'avance des prestations sera un des assureurs susceptibles de prendre en charge le cas en coordination intersystémique. Pour déterminer quel est l'assureur tenu d'intervenir au préalable, on peut concevoir plusieurs modèles: d'une part, l'assureur tenu de l'avance des prestations peut être le premier à intervenir, selon l'ordre de priorité prévu en coordination intersystémique, ou le dernier. D'autre part, on peut distinguer l'assureur chargé de l'avance selon que la coordination a lieu en vertu de la technique de la priorité (p.ex., les frais de traitement; art. 64) ou du cumul (p.ex., art. 66). Il faut également relever que l'avance doit parfois être remboursée ce qui justifie enfin de faire supporter celle-ci par l'assureur qui verse les prestations les moins étendues. A ce propos, le législateur applique différents modèles, exposés ci-après.

L'assureur tenu de l'avance alloue les prestations prévues par le régime d'assurance qu'il applique¹³. La règle figure à l'art. 71 (art. 71 N 2).

L'art. 70 al. 2 ne régit pas toutes les éventualités d'avance de prestations. Il énumère quatre états de fait (let. a à d) qui donnent lieu à une avance de prestations par l'assureur désigné¹⁴. Cette énumération est exhaustive¹⁵.

A. L'assurance-maladie (let. a)

L'art. 70 al. 2 let. a prévoit l'obligation pour l'assurance-maladie d'avancer les prestations dont la prise en charge par l'assurance-maladie, l'assurance-accidents, l'assurance militaire ou l'assurance-invalidité est contestée¹⁶. Les dispositions de la LPGA sur la prise en charge provisoire des prestations par l'assurance-maladie correspondent à celles de l'ancien droit (art. 78 al. 1 let. a LAMal et art. 112 OAMal [dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002])¹⁷. L'art. 70 al. 2 let. a s'applique principalement dans les cas où la nature accidentelle d'une atteinte à la santé est discutée¹⁸. Sont visées tant les prestations en nature que les indemnités journalières.

Les prestations en nature sont celles des art. 64 et 65 LPGA (cf. aussi art. 25 al. 2 LAMal). En prévoyant l'obligation d'avance provisoire des prestations à charge de l'assurance-maladie, le législateur a choisi l'assureur qui est le dernier à intervenir en coordination intersystémique (art. 64 al. 2 et 65 LPGA)¹⁹.

L'assureur-maladie tenu de l'avance alloue les prestations prévues par le régime d'assurance qu'il applique et selon le système en vigueur (tiers garant ou tiers payant). En cas de **traitement médical** en particulier, l'étendue du droit aux prestations doit être fixée selon les dispositions de la LAMal. A cet égard, le Tribunal fédéral a jugé que le seul

13 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 485 N 67.

14 Pour une présentation graphique synthétique du régime de la prise en charge provisoire des prestations: KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 76.

15 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 70 N 4; d'un autre avis: MOSIMANN, Art. 70 f. ATSG, 124 s.

16 EUGSTER GERHARD, Krankenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, N 1499. Pour un cas d'application: ATF 143 V 312.

17 ATF 131 V 78, c. 2.

18 ATF 131 V 78, c. 3.1; cf. aussi, MOSIMANN, Art. 70 f. ATSG, 115.

19 MOSIMANN, Art. 70 f. ATSG, 114.

fait que le traitement médicamenteux a été prodigué sur la base d'un diagnostic qui s'est révélé faux après-coup ne constitue pas un motif pour nier l'obligation de l'assurance-maladie de prendre provisoirement en charge les prestations. Cette obligation tombe seulement si le traitement en cause ne remplit manifestement pas les critères de l'art. 32 LAMal, à savoir s'il n'est pas efficace, approprié et économique²⁰. L'assurance-maladie n'est pas tenue de prendre provisoirement en charge des médicaments qui ne figurent pas dans la liste des spécialités, ou des mesures dispensées à l'étranger sans que les conditions en fussent remplies²¹.

- 18** L'art. 70 al. 2 let. a ne prévoit pas l'obligation pour l'assurance-maladie d'avancer les prestations dont la prise en charge par l'**assurance-vieillesse et survivants** est contesté, alors que l'art. 65 mentionne l'assurance-vieillesse et survivants. Il s'agit d'une inadver-tance car l'art. 65 a été complété lors des travaux parlementaires et il a été omis de compléter également l'art. 70 al. 2 let. b²². Ainsi, si la prise en charge par l'assurance-vieillesse et survivants est contestée, il appartient à l'assurance-maladie d'avancer les prestations. La question pourrait se poser pour la remise de moyens auxiliaires selon la liste des moyens et appareils pris en charge par l'assurance obligatoire des soins (LiMA)²³.
- 19** L'art. 70 al. 2 let. a prévoit également que l'assurance-maladie est tenue d'avancer **les indemnités journalières**. Il s'agit des indemnités journalières facultatives des art. 67 ss LAMal. Lorsque l'assuré peut prétendre à des indemnités journalières fondées sur un contrat d'assurance soumis à la LCA, l'avance des prestations n'est pas régie par l'art. 70 LPGA mais par le contrat d'assurance²⁴. En effet, le législateur a expressément exclu du champ d'application de la LPGA la coordination des prestations d'assurances sociales avec celles des assurances privées²⁵. Par exemple, si l'art. 70 al. 1 et 2 let. a fait obligation à l'assurance-maladie de prendre en charge provisoirement le cas d'un assuré lorsqu'un événement lui donne le droit à des prestations mais qu'il subsiste un doute sur le débiteur de ces dernières (assurance-chômage, assurance-maladie, assurance-invalidité ou assurance-accidents), cette obligation ne trouve pas application lorsque les prétentions de l'assuré se fondent sur un contrat d'assurance privée (perte de gain en cas de maladie)²⁶. Les assureurs-maladie, les assureurs privés et la CNA ont toutefois conclu un accord pour régler ce conflit de compétences. Il s'agit de la Convention du 31 octobre 2010 concernant l'obligation d'avancer les prestations en assurance-maladie selon la LCA²⁷. La convention s'applique avec l'accord de l'assuré entre les assureurs parties, s'il y a doute sur la question de savoir si l'événement dommageable est un accident, une maladie professionnelle ou une autre maladie.

20 ATF 131 V 78, c. 2, c. 3.

21 ATF 131 V 78, c. 4.

22 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 70 N 21.

23 La liste des moyens et appareils (LiMA), annexe 2 de l'OPAS, n'est pas publiée. Elle figure à l'adresse <www.ofsp.admin.ch>, sous la rubrique Thèmes, Assurance-maladie (consulté le 11.4.2018).

24 TF, 28.9.2007, K 107/04, c. 5, c. 7.

25 TF, 28.9.2007, K 107/04, c. 5, c. 7; LEUZINGER, Leistungskoordination, 169.

26 TF, 20.12.2006, 5C.246/2006, c. 3.2.

27 Le texte de la convention peut être consulté sur le site de l'Association Suisse d'Assurances, à l'adresse <<https://www.svv.ch/fr/secteur/conditions-dexercice/droit/convention-concernant-lobligation-davancer-des-prestations-en>> (consulté le 11.4.2018).

L'avance des prestations, traitement médical ou indemnités journalières, par l'assurance-maladie présuppose un rapport d'assurance avec l'assurance-maladie et un droit aux prestations à avancer N 8). Si ces conditions ne sont pas réunies, l'assurance-maladie n'aura pas à intervenir. Il incombera à une autre assurance de le faire sur la base de dispositions légales particulières. Ainsi, dans les relations entre l'assurance-accidents et l'assurance militaire, l'assurance-accidents sera tenue à la prise en charge provisoire en vertu de l'art. 70 al. 2 let. c²⁸.

20

B. L'assurance-chômage (let. b)

L'art. 70 al. 2 let. b prévoit l'obligation pour l'assurance-chômage d'avancer les prestations dont la prise en charge par l'assurance-chômage, l'assurance-maladie, l'assurance-accidents ou l'assurance-invalidité est contestée.

21

Cette disposition suscite des difficultés pour trois raisons :

22

- D'une part, la coordination des indemnités journalières n'est pas régie par la LPGA (art. 63 N 49) et l'indemnité de chômage, qui est une indemnité journalière (art. 21 LACI), constitue la prestation principale de l'assurance-chômage (art. 8 ss LACI). On constate donc que la LPGA règle l'avance d'une prestation sans régir la coordination de la même prestation et sans garantir que les lois spéciales le fassent.
- D'autre part, l'assurance-chômage subordonne l'allocation de chômage à l'aptitude au placement (art. 15 al. 1 LACI), condition que les autres assurances sociales mentionnées à l'art. 70 al. 2 let. b ne connaissent pas car elles subordonnent l'indemnité journalière à une incapacité de travail (art. 72 al. 2 LAMal; art. 16 al. 1 LAA; art. 22 al. 1 LAI). Pour ne pas vider l'art. 70 al. 2 let. b de sa substance, il faut que l'aptitude au placement fasse l'objet d'une définition large pour les handicapés physiques ou mentaux, comme le prévoit l'art. 15 al. 2 LACI. Sur ce point, le Tribunal fédéral a retenu que la personne sans emploi qui a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité et qui n'est capable de travailler qu'à temps partiel en raison d'atteinte(s) à sa santé, a droit à une pleine indemnité journalière de chômage, fondée sur l'obligation de l'assurance-chômage d'avancer les prestations, si l'assuré est prêt à accepter un emploi dans la mesure de sa capacité de travail attestée médicalement²⁹. *A contrario*, si l'assuré n'est pas disposé à accepter un emploi correspondant à sa capacité de travail résiduelle ou s'il s'estime totalement incapable de travailler, il n'est pas apte au placement et ne peut prétendre l'avance des prestations de l'assurance-chômage³⁰.
- L'assurance-chômage et les autres assureurs mentionnés à la let. b n'allouent pas des prestations concordantes pour le même risque. L'une couvre le risque de chômage et les autres le risque d'incapacité de travail. On ne se trouve pas en face d'une question de prise en charge provisoire mais bien plutôt d'une question de compétence pour la prise en charge définitive. Cela signifie que dans la plupart des cas, si l'assurance-chômage intervient, c'est pour prendre en charge définitivement le cas, sous réserve d'un nouveau calcul du gain assuré conformément à l'art. 40b OACI³¹.

L'art. 70 al. 2 let. b ne prévoit pas l'obligation pour l'assurance-chômage d'avancer les prestations dont la prise en charge par l'**assurance militaire** est contestée. Il s'agit

23

28 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 70 N 25.

29 ATF 136 V 95, c. 5-7.

30 TF, 18.5.2011, 8C_406/2010, c. 5.1; RUBIN, Commentaire, 147 s.

31 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 70 N 28; voir TF, 27.1.2017, 8C_791/2016, avant c. 5.4.

d'une inadvertance³², qui devrait être corrigée avec la révision de la LPGA. Le projet y relatif prévoit d'ajouter l'assurance militaire dans la liste des assureurs pour lesquels la prise en charge des prestations est contestée³³.

C. L'assurance-accidents (let. c)

- 24 L'art. 70 al. 2 let. c prévoit l'obligation pour l'assurance-accidents d'avancer les prestations dont la prise en charge par l'assurance militaire est contestée. Cette disposition correspond à celles de l'ancien droit (ancien art. 103 al. 3 LAA; ancien art. 76 al. 2 LAM)³⁴.

D. La prévoyance professionnelle (let. d)

- 25 L'art. 70 al. 2 let. d fixe l'ordre des priorités en matière de rentes. Cette disposition prévoit l'obligation pour la prévoyance professionnelle d'avancer les rentes dont la prise en charge par l'assurance-accidents, l'assurance militaire ou la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité au sens de la LPP est contestée. **La désignation de la prévoyance professionnelle** comme assureur tenu de faire l'avance des rentes se justifie pour trois motifs³⁵:
- D'une part, dans la prévoyance professionnelle, le droit aux prestations est indépendant de la cause de l'incapacité de gain (maladie ou accident)³⁶;
 - D'autre part, les prestations de la prévoyance professionnelle sont moins étendues que celles de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire, ce qui facilite le remboursement éventuel en application de l'art. 71;
 - Enfin, il s'agit de la concrétisation légale de la jurisprudence antérieure³⁷.
- 26 La prévoyance professionnelle à laquelle l'art. 70 al. 2 let. d fait référence est la prévoyance professionnelle **obligatoire** tout comme à l'art. 66³⁸. En ce qui concerne la prévoyance professionnelle plus étendue, il y a lieu de se référer aux dispositions réglementaires applicables. Toutefois et en l'absence de réglementation contraire, il est admis que l'institution de prévoyance doit verser les prestations de prévoyance professionnelle étendue, si le délai d'attente est échu, quand bien même la prise en charge éventuelle du cas par l'assurance-accidents ou l'assurance militaire est encore litigieuse³⁹.
- 27 Pour que l'institution de prévoyance ait l'obligation de prendre provisoirement en charge les prestations, il faut qu'il subsiste **un doute sur le débiteur** des prestations, soit sur la question de savoir s'il appartient à la prévoyance professionnelle, à l'assurance-accidents ou à l'assurance militaire d'assumer le cas. En revanche, l'art. 70 al. 2 let. d ne s'applique pas lorsque le litige sur la prise en charge divise les seules assurance-accidents et assurance militaire⁴⁰. Dans ce cas, il incombe à l'assurance-accidents d'avancer la prestation

32 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 70 N 33; MOSIMANN, Art. 70 f. ATSG, 119.

33 Rapport explicatif du 22 février 2017 relatif à la révision de la LPGA, 13; art. 70 al. 2 let. b P-LPGA 2017; P-LPGA 2018 FF 2018 1655, 1657.

34 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4301.

35 FRÉSARD, § 5.

36 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4300.

37 ATF 127 V 373.

38 LEUZINGER, Leistungskoordination, 192.

39 HÜRZELER, art. 34a N 57.

40 HÜRZELER, art. 34a N 58.

en vertu de l'art. 70 al. 2 let. c; dans cette hypothèse, l'obligation incombant à la prévoyance professionnelle ne remplace pas celle incombant à l'assurance-accidents. Si l'on retenait le contraire, l'art. 70 al. 2 let. c serait sans objet car la prévoyance professionnelle serait systématiquement appelée à intervenir en lieu et place de l'assurance-accidents⁴¹.

Lorsque la prévoyance professionnelle est tenue d'avancer la rente d'invalidité parce que l'assurance-accidents ou l'assurance militaire refuse d'intervenir, elle devra au préalable instruire le cas pour évaluer le degré d'invalidité de l'assuré (si l'assurance-invalidité n'a pas encore statué sur ce point). Cette instruction n'est pas sans poser des problèmes pratiques car l'institution de prévoyance ne dispose pas des moyens comparables à ceux de l'assurance-invalidité pour mener les investigations nécessaires. 28

Pour que l'obligation de prendre provisoirement en charge les prestations soit donnée, il faut que l'institution de prévoyance compétente ait été désignée (art. 23 LPP)⁴². Si tel n'est pas le cas, elle doit l'être au préalable; dans cette hypothèse, des dispositions de coordination intrasystémique de la LPP relatives à l'avance des prestations trouvent application (art. 22 al. 4 et 26 al. 4 LPP). 29

IV. Le devoir de s'annoncer (al. 3)

Selon l'art. 70 al. 3, pour bénéficier d'une prise en charge provisoire des prestations, **l'ayant droit** doit adresser sa demande aux institutions d'assurances sociales entrant en ligne de compte. L'ayant droit est la personne assurée et ses proches qui ont des droits propres, par exemple, l'enfant qui est fondé à demander l'octroi d'une rente dans le régime de la prévoyance professionnelle obligatoire (art. 25 LPP). Si l'ayant droit ne le fait pas, la demande peut également être effectuée par **l'assureur qui a avancé des prestations** en application des art. 70 al. 1 et 2⁴³; elle sera adressée à l'assureur tenu pour compétent⁴⁴. 30

La demande peut être formée en principe **en tout temps**. Les principes relatifs à l'annonce tendant à l'octroi de prestations s'appliquent (art. 29). 31

L'assureur social doit **instruire** pour déterminer s'il est tenu de prendre en charge le cas et d'allouer définitivement des prestations ou s'il est tenu de verser une avance. Il s'agit pour lui de déterminer si le droit aux prestations est douteux ou non. 32

L'avance des prestations suppose que l'assureur auquel l'assuré a adressé sa demande rende une décision au sens de l'art. 49 LPGA, sujette à opposition; la voie du recours devant le tribunal cantonal des assurances est ensuite ouverte contre la décision sur opposition⁴⁵. L'assureur qui rend une décision touchant l'obligation d'un autre assureur d'allouer des prestations est tenu de lui en communiquer un exemplaire pour lui permettre d'exercer les mêmes voies de droit que l'assuré, au sens de l'art. 49 al. 4 LPGA⁴⁶. L'assureur social tenu de prendre provisoirement en charge les prestations est légitimé à former recours dans la procédure entre la personne assurée et l'assureur qui entre également en 33

41 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 70 N 41.

42 HÜRZELER, art. 34a N 60.

43 MOSIMANN, Art. 70 f. ATSG, 112 s.

44 ATF 135 V 106, c. 6.

45 TFA, 21.7.2005, K 65/05, c. 3.1.

46 MOSIMANN, Art. 70 f. ATSG, 123.

ligne de compte. Sur ce point en particulier, le Tribunal fédéral a jugé que si l'assuré conclut à l'avance des prestations en procédure de recours, il ne peut formuler une requête de mesures provisionnelles qui se confond avec les conclusions au fond⁴⁷.

- 34 L'assureur social tenu d'avancer les prestations **informe** l'ayant droit qu'il s'agit d'une avance et attire son attention sur le régime du remboursement de l'art. 71 (cf. aussi, art. 114 OAMal).
- 35 La question se pose de savoir si l'assureur potentiellement tenu à l'avance des prestations doit en informer la personne assurée, en application de l'obligation de renseignements et de conseils instituée à l'art. 27. Le Tribunal fédéral l'a retenu dans un cas concernant l'assurance-chômage; il a considéré que le défaut d'avis spontané de l'administration concernant le principe de l'art. 70 al. 1 et 2 let. b constituait une violation du droit à la protection de la bonne foi⁴⁸.

Art. 71

Remboursement

L'assureur tenu de prendre provisoirement le cas à sa charge alloue les prestations selon les dispositions régissant son activité. Lorsque le cas est pris en charge par un autre assureur, celui-ci lui rembourse ses avances dans la mesure où elles correspondent aux prestations qu'il aurait dû lui-même allouer.

Rückerstattung
von Vorleistungen

Der vorleistungspflichtige Versicherungsträger erbringt die Leistungen nach den für ihn geltenden Bestimmungen. Wird der Fall von einem anderen Träger übernommen, so hat dieser die Vorleistungen im Rahmen seiner Leistungspflicht zurückzuerstatten.

Rimborso
degli anticipi

L'assicuratore tenuto a versare prestazioni anticipate eroga le prestazioni secondo le disposizioni che disciplinano la sua attività. Se il caso è assunto da un altro assicuratore, questi deve rimborsare gli anticipi entro i limiti del suo obbligo di versare prestazioni.

Plan

	N
I. L'octroi de l'avance de prestations (1 ^{re} phrase)	1
II. La prise en charge définitive par un autre assureur (2 ^e phrase)	4
III. Le remboursement des prestations avancées (2 ^e phrase)	5

Bibliographie

Cf. bibliographie art. 70.

I. L'octroi de l'avance de prestations (1^{re} phrase)

- 1 Selon l'art. 71, 1^{re} phrase, LPGA l'assureur tenu de prendre provisoirement le cas à sa charge alloue les prestations selon les dispositions régissant son activité. Comme l'art. 70, cette disposition a trait à l'avance des prestations, objet de l'art. 70, et non au

47 TFA, 21.7.2005, K 65/05, c. 3.2.

48 TFA, 14.7.2006, C 335/05, c. 3.3.

remboursement de cette avance. Du point de vue de la **systématique** de la loi, elle aurait dû figurer à l'art. 70 et non à l'art. 71¹.

L'assureur tenu à l'octroi de l'avance alloue ses prestations **selon les dispositions régissant son activité**. Dès lors, il s'agit tout d'abord de déterminer quel est l'assureur tenu de faire l'avance en application de l'art. 70. Ensuite, la prestation éventuelle sera fonction des dispositions régissant l'activité de cet assureur². L'assureur-maladie allouera ainsi des prestations en fonction du catalogue des soins, des tarifs et du mode de remboursement prévus par la LAMal³. En effet, l'avance des prestations étant une disposition de coordination intersystémique, elle demeure dans la logique des art. 63 ss: elle n'harmonise aucunement les prestations de chaque assurance sociale mais les coordonne entre elles⁴. Sous l'ancien droit également, l'assureur devait appliquer les dispositions de son propre régime (p.ex., ancien art. 112 al. 1 OAMal⁵). Les dispositions à appliquer concernent non seulement les conditions de la prestation mais également toutes les particularités du régime, en particulier les personnes et éventualités assurées et les tarifs⁶. Par exemple, un indépendant ne pourra pas prétendre à l'avance des prestations de l'assurance-accidents en application de l'art. 70 al. 2 let. c car il n'est pas assuré (sauf s'il a conclu une assurance facultative selon l'art. 4 LAA).

En présence de plusieurs assureurs ou institutions de prévoyance susceptibles d'intervenir, les art. 70 à 71 LPGa ne régissent pas la question de savoir quel assureur-accidents (art. 70 al. 2 let. c) ou quelle institution de prévoyance (art. 70 al. 2 let. d) sont compétents pour l'avance dans un cas d'espèce. Cette question est résolue sur la base des dispositions de coordination intrasystémique du régime considéré (p.ex., art. 77 LAA; art. 99 à 102a OLAA; art. 23 LPP)⁷.

II. La prise en charge définitive par un autre assureur (2^e phrase)

Selon l'art. 71, 2^e phrase, LPGa, lorsque le cas est finalement à la charge d'un assureur autre que celui qui a avancé les prestations, cet assureur rembourse les avances dans la mesure où elles correspondent aux prestations qu'il aurait dû lui-même allouer. Le remboursement est subordonné à des conditions:

- Le remboursement présuppose que **la prestation** avancée et la prestation finale concordent. Si tel n'est pas le cas, il n'y a pas lieu à remboursement de l'avance, fondé sur l'art. 71. C'est le cas en particulier du maintien des bonifications de vieillesse dans la prévoyance professionnelle. Ainsi, si l'institution de prévoyance professionnelle avance la prestation de rente et que l'assureur-accidents alloue la prestation définitive, seule la rente est remboursée car il s'agit d'une prestation qui concorde avec la rente de l'assurance-accidents. Ce qu'il advient de la prestation non concordante avancée dépend des dispositions régissant le régime qui a procédé à l'avance.
- Le remboursement présuppose que la prise en charge du cas ait fait l'objet d'une annonce à l'assureur tenu pour compétent (art. 70 al. 3), d'une instruction, d'une déci-

1 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 71 N 2.

2 ATF 131 V 78, c. 2-4.

3 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLY/MOLO, 485 N 67.

4 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4300.

5 TFA, 26.4.2001, K 146/99, c. 2.

6 Pour les tarifs applicables par l'assurance-maladie tenue de l'avance des prestations en application de l'art. 70 al. 2 let. a: EUGSTER GERHARD, Krankenversicherung, in Meyer (éd.), N 1499.

7 HÜRZELER, Vorleistungspflichten, 132 ss.

sion **exécutoire** (art. 49 al. 1) et que cette décision ait été communiquée à l'assureur qui a avancé les prestations (art. 49 al. 4) pour lui permettre au besoin d'attaquer cette décision⁸. La qualité pour recourir suppose que l'assureur soit touché par la décision (art. 59) ce qui est le cas lorsque l'autre assureur refuse d'intervenir⁹. Si l'assureur tenu pour compétent refuse d'intervenir et que sa décision fait l'objet d'un recours de l'ayant droit ou de l'assureur qui a avancé la prestation (art. 49; art. 59), l'obligation d'avancer les prestations demeure jusqu'au prononcé exécutoire.

III. Le remboursement des prestations avancées (2^e phrase)

- 5 Lorsque l'assureur chargé de la prise en charge définitive est déterminé, il y a lieu au remboursement des prestations avancées. Le remboursement est prévu par l'art. 71 LPGA et également par des normes spéciales (p.ex., art. 80 LAM).
- 6 Selon l'art. 71, le remboursement incombe à l'**assureur** débiteur de la prestation en cause et non pas à l'ayant droit. Le remboursement est effectué en faveur de l'assureur qui a procédé à l'avance; la prestation d'assurance est donc versée non à l'ayant droit mais à un tiers. Il n'est pas nécessaire que l'assuré donne son accord à ce remboursement.

L'assureur débiteur doit rembourser à l'assureur créancier les prestations que celui-ci a provisoirement prises en charge dans la mesure où celles-ci correspondent aux prestations qu'il aurait dû lui-même allouer. **En d'autres termes**, si l'avance a été effectuée selon les dispositions régissant l'assureur créancier, **le remboursement s'opère ainsi selon les dispositions applicables à l'assureur débiteur**. Ce remboursement est défini par le régime de l'assureur débiteur et non par celui de l'assureur créancier. Si l'assureur qui a avancé la prestation n'est pas entièrement remboursé, la question se pose de savoir s'il peut s'adresser à l'ayant droit pour obtenir le remboursement du solde de l'avance¹⁰. A défaut de base légale dans ce sens, la question doit être résolue par la négative; le solde de l'avance demeure en mains de l'ayant droit¹¹. Ce n'est pas un cas de reconsidération ni de révision qui pourrait donner lieu à remboursement de la part de l'assuré.

- 7 **L'assuré doit prêter son concours** au remboursement. Il doit en particulier informer l'assureur qu'il est au bénéfice de prestations d'un autre régime d'assurances sociales et il ne peut pas renoncer aux prestations d'un régime pour bénéficier de celles d'un autre (art. 23 al. 2 LPGA). Au contraire, il doit introduire une demande de prestations auprès de l'assureur compétent pour permettre à l'assureur qui a procédé à l'avance d'exiger le remboursement¹².
- 8 Le remboursement est subordonné au principe de la **concordance**. Cela signifie que la prestation avancée et la prestation allouée au final doivent concorder sur le plan personnel, temporel et fonctionnel. La concordance événementielle n'est toutefois pas exigée de manière stricte car l'obligation d'avancer des prestations est souvent liée à un doute quant à la cause qui est de nature à ouvrir droit à des prestations¹³. Les prestations non concordantes, par exemple, le maintien du compte de vieillesse dans la prévoyance pro-

8 TFA, 16. I. 2006, U 36/05, U 38/05, c. 2 (causes jointes).

9 Voir not. ATF 134 V 153 entre c. 4 et c. 5, au sujet de la qualité pour recourir de l'institution de prévoyance contre une décision de l'assureur-accidents.

10 ATF 127 V 376, c. 5a.

11 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 71 N 19 s.

12 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 485 N 67.

13 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 71 N 14.

fessionnelle, ne constituent pas des avances mais bien des prestations versées dès le départ de façon définitive et qui ne sont donc pas remboursables¹⁴.

L'art. 71 est muet sur le **délai de prescription** de la créance en remboursement. Une application analogique du délai de prescription de la prestation de l'art. 25 al. 2 paraît exclu. On part de l'idée que le délai absolu est de dix ans et le délai relatif d'un an¹⁵. **9**

L'art. 71 vise l'hypothèse où l'assureur débiteur remplace l'assureur qui a effectué la prise en charge préalable. Il se peut toutefois qu'au final **les deux assureurs soient tenus à prestation**. C'est le cas dans la prévoyance professionnelle où une rente de ce régime est appelée à compléter une rente de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire jusqu'à concurrence de 90% du gain présumé perdu qui est le plafond de surindemnisation de l'art. 34a al. 1 LPP (anciennement, art. 24 al. 1 OPP 2)¹⁶. Dans ce cadre, l'avance devient en partie une prestation définitive qui n'est fixée qu'au moment de la détermination de la prestation de l'assureur débiteur. Dans cette hypothèse, la part de l'avance qui devient une prestation définitive n'est pas soumise au remboursement de l'art. 71. Le remboursement se limite à la partie des prestations de prévoyance désormais couverte par les prestations concordantes de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire. L'assureur doit dès lors pondérer l'avance effectuée pour calculer la dette à rembourser¹⁷. **10**

En cas de remboursement, on peut se demander si l'assureur qui a effectué l'avance préalable est prioritaire lorsqu'il concourt avec d'autres assureurs créanciers. Sur ce point, le Tribunal fédéral a retenu que l'assureur qui a avancé la prestation ne bénéficie pas nécessairement de la priorité¹⁸. Ainsi, en cas de paiements à titre rétroactif, la priorité dans la compensation est donnée aux prestations de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité, soit aux prestations intrasystémiques par rapport aux prestations intersystémiques. Une base légale justifiant une priorité de l'assureur qui a avancé la prestation au sens de l'art. 70 fait défaut. **11**

14 HÜRZELER, art. 34a N 63.

15 ATF 110 V 154, c. 4a.

16 HÜRZELER, art. 34a N 20 ss.

17 Pour un ex. de calcul, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 71 N 25.

18 ATF 141 V 139, c. 6.3.

Best

Section 2: Subrogation

Introduction aux art. 72 à 75

Plan

	N
I. Généralités	1
II. Systématique	8
III. But et nature de la norme de subrogation	12
A. Le but	12
B. La nature de la subrogation	15
IV. Renvoi à l'ordonnance	23
V. L'événement dommageable survenant à l'étranger	25

Bibliographie

BECK PETER, Zusammenwirken von Schadenausgleichsystemen, *in* Münch/Geiser (éd.), Schaden – Haftung – Versicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bâle et al. 1999, 235 ss (cité: Schadenausgleichsystemen I); BECK PETER, Die Regressbestimmungen des ATSG: Art. 72-75 ATSG, Art. 13-17 ATSV, *in* Schaffhauser/Kieser (éd.), ATSG, St-Gall 2003, 121 ss (cité: ATSG); BECK PETER, Koordinationsprinzipien auf dem Prüfstand, *in* HAVE Verein Haftung und Versicherung (éd.), Personen-Schaden-Forum 2006, Zurich 2006, 237 ss (cité: Koordinationsprinzipien); BECK PETER, Die Vorrechte der geschädigten Person, *in* Fuhrer (éd.), Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances, Mélanges à l'occasion de son cinquantième anniversaire, Zurich 2010, 27 ss (cité: Vorrechte); BECK PETER, Zusammenwirken von Schadenausgleichsystemen, *in* Weber/Münch (éd.), Haftung und Versicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis, 2^e éd., Bâle et al. 2015, 251 ss (cité: Schadenausgleichsystemen II); BERGER MAX. B., Vorrecht der geschädigten Person auf dem Prüfstand, *in* Weber/Beck (éd.), Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts, Zurich/Bâle/Genève 2014, 97 ss (cité: Vorrecht); BERENSTEIN ALEXANDRE, Assurance-accidents et responsabilité civile, *in* Duc (éd.), Droit privé et assurances sociales, Fribourg 1990, 53 ss (cité: Assurance-accidents); BOLLER JEAN-MARIE, La limitation de la responsabilité civile des proches et de l'employeur à l'égard du travailleur (art. 44 LAA), thèse, Fribourg 1984; BRECHBÜHL JÜRIG, Umsetzung des ATSG auf Verordnungsebene/Verordnung zum Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, *in* Schaffhauser/Kieser (éd.), ATSG, 201 ss; BRULHART VINCENT, La pluralité des responsables; quelques enjeux en droit des assurances, *in* Werro (éd.), La pluralité des responsable: colloque du droit de la responsabilité civile 2007, Université de Fribourg, Berne 2009, 89 ss; CHAPPUIS GUY, Le préjudice ménager: encore et toujours ou les errances du dommage normatif, REAS 2004 282 ss (cité: Préjudice ménager); CHAPPUIS GUY, Le dommage de rente: où en sommes-nous? Où allons-nous?, *in* Werro/Pichonnaz (éd.), Le préjudice corporel: bilan et perspectives: colloque du droit de la responsabilité civile 2009, Université de Fribourg, Berne 2009, 107 ss (cité: Dommage de rente I); CHAPPUIS GUY, Le dommage de rente: entre cohérence dogmatique, coordination intersystémique, perfectionnisme et praticabilité, *in* Fuhrer (éd.), Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances, Mélanges à l'occasion de son cinquantième anniversaire, Zurich/Bâle/Genève 2010, 71 ss (cité: Dommage de rente II); CHAPPUIS GUY/BECK PETER, Recommandations de l'OFAS, de l'ASA et de la Suva relatives à la LPGa et la perte de soutien, REAS 2003 345 ss (cité: Perte de soutien); CHAPPUIS GUY/BECK PETER, Recours de l'institution de prévoyance contre le tiers responsable, recommandations de l'OFAS, de l'ASA et de la Suva, REAS 2004 73 ss (cité: Recours de l'IP); DÉCAILLET THIERRY, Du bon usage du droit préférentiel en matière de recours des assureurs sociaux dans les rapports internationaux, REAS 2007 353 ss (cité: Droit préférentiel); DÉCAILLET THIERRY, La réparation des dommages corporels survenus à l'étranger et l'assurance-accidents sociale, REAS 2016 249 ss (cité: Dommages corporels); DÉCAILLET THIERRY/RUFFIEUX LÉONORE, Perte de soutien et subrogation: l'expérience d'un assureur-accidents, REAS 2016 386 ss; DOLF REMO, Auswirkungen der IVG-Schlussbestimmungen auf regressrechtliche Fragen,

REAS 2012 150 ss (cité: IVG-Schlussbestimmungen); DOLF REMO, Das Rückgriffsrecht der AHV/IV unter Berücksichtigung besonderer Durchsetzungsfragen, thèse, Zurich 2016 (cité: Rückgriffsrecht); DOLF REMO, Präjudiziert die Direktschadenerledigung den Regress des Sozialversicherers?, in Weber/Beck (éd.), HAVE Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II, Zurich 2017, 145 ss (cité: Direktschadenerledigung); DUC JEAN-LOUIS, Subrogation et surindemnisation en droit des assurances sociales, in Kahil-Wolff/Wyler (éd.), Assurance sociale, responsabilité de l'employeur, assurance privée, Berne 2005, 43 ss (cité: Subrogation); FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Vol. I, Berne 2012; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, La concordance des droits, in Werro/Probst (éd.), Journées du droit de la circulation routière 2008, Université de Fribourg, Berne 2008, 91 ss (cité: Concordance); FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, La 5^{ème} révision de l'AI: questions annexes de coordination AI/RC, in Kahil-Wolff/Simonin (éd.), La 5^{ème} révision de l'AI, Université de Lausanne, Institut du droit des assurances et du travail, Colloque du 27 juin 2008, Berne 2009, 135 ss (cité: 5^{ème} révision de l'AI); FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Aspects de la coordination de l'assurance sociale et de la responsabilité civile, in Werro (éd.), La fixation de l'indemnité: colloque du droit de la responsabilité civile 2003, Université de Fribourg, Berne 2004, 135 ss (cité: in Werro [éd.]); FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, La coordination entre assurances sociales et responsabilité civile: les développements récents, in Werro (éd.), Le préjudice corporel: bilan et perspectives: colloque du droit de la responsabilité civile 2009, Université de Fribourg, Berne 2009, 233 ss (cité: Coordination); FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Le droit préférentiel de la personne lésée, in Tappy/Kahil-Wolff/Bruchez (éd.), Trois cent ans d'enseignement du droit à Lausanne, Genève 2010, 145 ss; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Questions actuelles sur le droit de recours subrogatoire de l'assurance sociale, in Werro/Probst (éd.), Journées du droit de la circulation routière 11-12 juin 2012, Université de Fribourg, Berne 2012, 27 ss (cité: Questions actuelles); FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, La victime d'un accident médical, indemnisée par le responsable, peut-elle prétendre des prestations de l'assurance-accidents?, REAS 2012 423 ss (cité: Victime); FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, La concordance temporelle et ses écueils, REAS 2016 373 ss (cité: Concordance temporelle); FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Le privilège de recours de l'art. 75 LPGA et le recours subrogatoire de l'assureur social contre un tiers non privilégié, REAS 2017 186 ss (cité: Privilège de recours); FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE/KAHIL-WOLFF BETTINA, Un accident de la circulation routière survenu à l'étranger: couverture d'assurance sociale et action subrogatoire, in Werro/Stöckli (éd.), Journées du droit de la circulation routière, 14-15 mars 2006, Berne 2006, 139 ss; FRÉSARD JEAN-MAURICE/MOSER-SZELESS MARGIT, L'assurance-accidents obligatoire, in Meyer (éd.), SBVR, 885 ss (cité: Assurance-accidents obligatoire); GUYAZ ALEXANDRE, La perte de soutien en pratique, in Werro/Pichonnaz (éd.), Le préjudice corporel: bilan et perspectives: colloque du droit de la responsabilité civile 2009, Université de Fribourg, Berne 2009, 39 ss; HERRMANN JAN, Aspekte des Regressrechts des Sozialversicherers im Versorgungsschaden, REAS 2014 39 ss; HÜRZELER MARC, Informationspflichten im Verhältnis zwischen Direktschadenserledigung und Rückgriff der Sozialversicherer, REAS 2012 175 ss (cité: Informationspflichten); HÜRZELER MARC, Extrasystemische Koordination: Regress der Sozialversicherer auf Haftpflichtige, in Steiger-Sackmann/Mosimann (éd.), Recht der Sozialen Sicherheit, 1323 ss (cité: Regress); HÜRZELER MARC, Entwicklungen zum Sozialversicherungsregress: Sozialversicherungsträger, Gesamtgläubigerschaft, Rentenschaden, Regressprivileg und Substanziierung gesetzlicher Leistungen – Eine Nachlese zu BGer 4A_301/2016 und 4A_311/2016 vom 15. Dezember 2016, RSAS 2017 343 ss (cité: Regressprivileg); HÜRZELER MARC/TAMM NIKOLAUS/BIAGGI RAFFAELLA, Personenschadensrecht, Bâle 2010, 231 ss; KAHIL-WOLFF BETTINA, Remarques sur l'abrogation du privilège de responsabilité de l'employeur, REAS 2003 301 ss (cité: Abrogation); KAHIL-WOLFF BETTINA, La coordination européenne des systèmes nationaux de sécurité sociale, in Meyer (éd.), SBVR, 167 ss (cité: SBVR); KAHIL-WOLFF BETTINA/SONNENBERG CAROLE, Le privilège de recours de l'employeur, in Kahil-Wolff/Wyler (éd.), Assurance sociale, responsabilité de l'employeur, assurance privée, Colloque de Lausanne 2004, IRAL, Berne 2005, 79 ss; KIESER UELI, Rückgriff auf Haftpflichtige Dritte für kantonale Leistungen in der Sozialversicherung, in Weber/Beck (éd.), HAVE – Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts, Zurich/Bâle/Genève 2014, 171 ss (cité: Kantonale Leistungen); KIESER UELI, Das Regressrecht nach Art. 72-75 ATSG, in Kieser/Stehle (éd.), Regressstagung 2015, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Universität St. Gallen, Zurich/St-Gall 2015, 51 ss (cité: Regressrecht); KOLLER THOMAS, Das Regressprivileg und der Rückgriff des Sozialversicherers auf einen nicht privilegierten haftpflichtigen Dritten, REAS 2005 25 ss (cité: Regressprivileg); KOLLY FRANÇOIS, Le droit préférentiel du lésé, en l'absence de prétention directe de celui-ci – application du droit préférentiel abstrait ou concret?, REAS 2004 302 ss (cité: Droit préférentiel); KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Der Regressprozess – Der Regress der Sozialversi-

cherung und der privaten Schadensversicherung, in Fellmann/Weber (éd.), *Haftpflichtprozess* 2013, Zurich/Bâle/Genève 2013, 69 ss (cité: Regressprozess); LANDOLT HARDY, *Koordination der Haftpflichtrechtlichen Ersatzpflicht mit der ALV/EL*, in Weber/Beck (éd.), *HAVE Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II*, Zurich 2017, 13 ss (cité: Koordination); LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, *Deckungsausschlüsse für Regressansprüche*, REAS 2004 26 ss (cité: Deckungsausschlüsse); LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, *Koordinationsprobleme und Überentschädigung*, in HAVE Verein Haftung und Versicherung (éd.), *Personen-Schaden-Forum* 2004, 165 ss (cité: Koordinationsprobleme); LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, *Zeit ist Geld II – oder die Funktion der Zinsen im Haftpflichtrecht*, REAS 2005 320 ss (cité: Zeit ist Geld II); LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, *Fehlbares Verhalten soll nicht länger ohne Konsequenzen bleiben – das Quotenvorrecht der Geschädigten ist zu ersetzen*, REAS 2008 168 ss (cité: das Quotenvorrecht); LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, *10 Jahre «Empfehlung zum Rentenschaden»*, REAS 2011 450 ss (cité: Rentenschaden); LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, *Überentschädigungsfragen beim Zusammentreffen von Rentenleistungen der Unfallversicherung mit Leistungen der beruflichen Vorsorge. Die Entwicklung von Art. 24 f. BVV2 und die Folgen der Änderung bei der inter- und extrasystemischen Koordination*, in Fuhrer/Chappuis (éd.), *Droit de la responsabilité civile et des assurances*, Liber amicorum Roland Brehm, Berne 2012, 235 ss (cité: Überentschädigungsfragen); LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, *Geschädigte und Unfallversicherer im gleichen Boot!*, in Weber/Beck (éd.), *HAVE – Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts*, Zurich/Bâle/Genève 2014, 241 ss (cité: Im gleichen Boot); LUGINBÜHL RUDOLF, *Der Regress des Krankenversicherers*, in Koller (éd.), *Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung*, St-Gall 1999, *Tagungsbeiträge*, 29 ss; MAURER ALFRED, *Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung*, Berne 1963 (cité: Recht); MENZI RETO, *Koordinationskuriositäten und -hindernisse in der Praxis: ein Erfahrungsbericht*, in Weber/Beck (éd.), *HAVE Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts*, Zurich/Bâle/Genève 2014, 113 ss; MOSIMANN HANS-JAKOB, *Kommentar der Art. 72-75 ATSG*, in Fischer/Luterbacher (éd.), *Haftpflichtkommentar*, Kommentar zu den Schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zurich 2016 (cité: Art. 72-75 ATSG); MÜLLER URS, *Aktuelle Fragen des Sozialversicherungsregresses*, in Probst/Werro (éd.), *Strassenverkehrsrechtstagung* 2012, 53 ss (cité: Aktuelle Fragen); PRIBNOW VOLKER, *Das Quotenvorrecht: Unverzichtbares Schadenerledigungsprivileg des Geschädigten*, REAS 2008 173 ss; OTTIMOIORE GIUSEPPA/THALMANN CHRISTOPH, *Du conflit de règles relatives à la subrogation dans la législation sur l'assurance-chômage*, DTA 2013 189 ss; OVERNEY ALEXIS, *Privilège de recours en concours de responsabilité: une solution équitable à un problème complexe: analyse des arrêts du Tribunal fédéral 4A_301/2016 et 4A_311/2016*, RSAS 2017 332 ss; PICHONNAZ PASCAL, *Le droit préférentiel du lésé*, in Werro/Pichonnaz (éd.), *Le préjudice corporel: bilan et perspectives*, Berne 2009, 151 ss; PRIBNOW VOLKER/BENJAMIN ELIANE, *Substanziierungspflicht im Regressprozess*, in Fuhrer/Chappuis (éd.), *Haftpflicht- und Versicherungsrecht: Liber amicorum Roland Brehm*, Berne 2012, 349 ss; PROBST THOMAS, art. 166-170, in Thévenoz/Werro (éd.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, Bâle 2012, 900 ss; SCHAEER ROLAND, *Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen*, Bâle 1984 (cité: Grundzüge); SCHAEER ROLAND, *Modernes Versicherungsrecht, Das Privatversicherungsrecht und seine Schnittstellen zum Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht*, Berne 2007 (cité: Modernes Versicherungsrecht); SCHAEZLE MARC/WEBER STEPHAN, *Manuel de capitalisation*, traduit par Fernand Cerf, 5^e éd., Zurich 2001; SCHMID EDGAR, *Die Leistungen des Versicherers und die Ansprüche der Geschädigten*, *Journées du droit de la circulation routière* 1984, Fribourg 1984; SCHMID MARKUS, *Aspekte und Thesen zum Versorgungsschaden*, in Verein Haftung und Versicherung (éd.), in HAVE (éd.), *Personen-Schaden-Forum* 2004, Zurich/Bâle/Genève 2004, 11 ss (cité: Versorgungsschaden); SCHMID MARKUS, *Ausgewählte Fragen zu Problemen bei der Durchsetzung der Regressansprüche des Sozialversicherungsträgers*, in Weber (éd.), *HAVE Personen-Schaden-Forum* 2012, Zurich/Bâle/Genève 2012, 293 ss (cité: Regressansprüche); SCHMID MARKUS, *Konvergenz und Divergenz der Schadenausgleichssysteme*, in Weber/Beck (éd.), *HAVE – Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts*, Zurich/Bâle/Genève 2014, 17 ss (cité: Konvergenz und Divergenz); SCHMID MARKUS, *Prozessuale und internationale Aspekte der Regressabwicklung*, in Kieser/Stehle (éd.), *Regressstagung* 2015, *Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis*, Universität St. Gallen, Zurich/St-Gall 2015, 143 ss (cité: Regressabwicklung); STÖCKLI HUBERT, *«Die Suva-Klausel» und ihre Auslegung*, REAS 2013 373 ss; STOESEL GERHARD, *Das Regressrecht der AHV/IV gegen den Haftpflichtigen*, *Zürcher Studien zum Privatrecht*, vol. 21, thèse Zurich 1982 (cité: Regressrecht); STOESEL GERHARD, *Quotenvorrecht der Sozialversicherer*, REAS 2008 171 ss (cité: Quotenvorrecht); STUDHALTER BERNHARD, *Gesamtschadenmethode, Saldoverrechnung und Kongruenzdivergenzen*, REAS 2006 114 ss (cité: Kongruenzdivergenzen); STUDHALTER BERNHARD, *Aktuelle Koordinations- und Kongruenzpro-*

bleme, in Weber/Beck (éd.), HAVE – Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts, Zurich/Bâle/Genève 2014, 33 ss (cité: Kongruenzprobleme); WEBER STEPHAN, Der Rentenschaden: zur Berechnung des «Invaliditätsschadens» auf neuer Grundlage, RSJ 1992 229 ss; WEBER STEPHAN, Schadenersatz für den Verlust von Altersrenten: Auswirkungen auf die haftpflichtrechtliche Schadensberechnung und den Regress des Sozialversicherers, in Koller (éd.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1993, St-Gall 1993, 159 ss (cité: Altersrenten); WEBER STEPHAN/SCHAETZLE MARC, Zeit ist Geld oder der unterschätzte Einfluss des Rechnungstages auf die Schadensberechnung, REAS 2004 97 ss; WERRO FRANZ, Le dommage ménager: notion et calcul, in Werro/Pichonnaz (éd.), Le préjudice corporel: bilan et perspectives: colloque du droit de la responsabilité civile 2009, Université de Fribourg, Berne 2009, 15 ss (cité: Dommage ménager); WERRO FRANZ, La responsabilité civile, 3^e éd., Berne 2017 (cité: Responsabilité); WERRO FRANZ, art. 41-61, in Thévenoz/Werro (éd.), Code des obligations I, Commentaire romand, Bâle 2012, 265 ss (cité: CR CO I-WERRO); WYLER RÉMY, Sportifs blessés: responsabilité civile, subrogation de l'assureur social et privilège de recours, in Arter/Baddeley (éd.), Sport und Recht: 4. Tagungsband, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, Berne 2007, 161 ss; WYLER RÉMY, La responsabilité de l'employeur, in Wyler (éd.), Panorama II en droit du travail, Recueil d'études réalisées par des praticiens, IDAT n° 38, Berne 2012, 659 ss (cité: Responsabilité); WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3^e éd., Berne 2014.

I. Généralités

- 1 Les art. 72 à 75 LPGA ont pour objet les règles concernant **la subrogation de l'assureur social** aux droits de l'assuré social ou de ses survivants contre le tiers responsable de l'événement dommageable. Le principe de la subrogation suppose qu'à côté de l'assureur social qui alloue des prestations légales, un tiers soit tenu responsable du dommage subi par l'assuré. Ce principe transfère les droits de la personne assurée et de ses survivants contre le tiers responsable du cas d'assurance à l'assureur, jusqu'à concurrence des prestations légales.
- 2 Certaines éventualités couvertes par les assurances sociales (soins médicaux, indemnités journalières, accidents du travail et maladies professionnelles, survivants, invalidité) sont prises en compte par d'autres composantes de l'ordre juridique, tel le droit de la responsabilité civile, le droit du contrat d'assurance, l'aide aux victimes d'infractions. En particulier, si une personne assurée sociale (la victime) a subi un préjudice du fait d'un tiers (le responsable), elle pourrait en principe demander réparation au responsable. Il en est ainsi lors d'un accident de la circulation routière: la personne lésée peut demander réparation de son préjudice au responsable (détenteur et/ou conducteur du véhicule automobile) et à l'assurance responsabilité civile du véhicule. Ce préjudice aura toutefois donné lieu à l'intervention d'un assureur social. Ainsi, lorsque la victime est obligatoirement assurée contre les accidents, l'accident fonde une prétention contre l'assurance-accidents selon la LAA. De plus, il n'est pas rare que plusieurs assurances sociales aient à intervenir pour le même sinistre. Il se peut aussi que la victime dispose d'une prétention contre une assurance privée contre les accidents. En soi, si et dans la mesure où un assureur social prend en charge le sinistre, il n'y a plus de dommage pour la victime puisqu'elle ne subit plus de perte. Il serait toutefois anormal que le responsable tire profit de ce régime et soit dispensé de toute indemnité. Il serait tout aussi anormal que la victime puisse être désintéressée plus d'une fois. Notre ordre juridique prévoit dès lors divers mécanismes pour **coordonner ces régimes d'indemnisation du préjudice corporel**.
- 3 Dans le domaine des assurances sociales, le législateur a prévu que les droits de l'assuré (ou de ses survivants) contre le tiers responsable passent par **subrogation** à l'assureur dans la mesure des prestations légales d'assurance. Ainsi, quand une personne, assurée sociale, est victime d'un accident qui engage la responsabilité d'un tiers, elle a deux

débiteurs d'indemnités: l'assureur social et le tiers responsable. La victime ne peut pas cumuler le bénéfice des deux créances et trouver dans l'accident une cause d'enrichissement. L'assureur social lui versera ses prestations légales et agira contre le tiers responsable; l'action de la victime contre celui-ci sera limitée au dommage non réparé par l'assureur social.

La LPGA coordonne les prestations d'assurances sociales avec des indemnités dues en vertu du droit de la responsabilité civile aux articles 72 à 75 LPGA. Cette coordination est dite **extrasystémique**¹ (art. 63 N 12). Toutefois, la coordination extrasystémique concerne également la coordination des prestations des assurances sociales avec celles des assurances privées de dommages², avec l'obligation de l'employeur de verser le salaire (art. 324a et 324b CO)³, avec l'indemnité de l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), ainsi qu'avec les contributions de l'aide sociale⁴. Sous cette désignation, on peut également inclure la coordination avec d'autres indemnités qui n'ont pas pour but de couvrir un dommage, par exemple des contributions d'entretien du droit de la famille (cf. notamment art. 285 et 285a CC)⁵. Cette coordination extrasystémique ne ressortit pas à la LPGA⁶; elle est régie par des sources diverses (loi, contrat).

Sur le plan terminologique, pour désigner la faculté de l'assureur social ou de l'institution de prévoyance d'obtenir le remboursement de ses prestations de la part de la personne tenue à réparation du dommage, on emploie communément les termes de «**droit de recours**» et de «**subrogation**». Ces institutions ont en commun le droit reconnu à un débiteur de recouvrer tout ou partie de son paiement auprès d'un tiers. Toutefois, elles se distinguent sur un point essentiel: le droit de recours est l'action propre qu'a contre un codébiteur le débiteur tenu d'une dette solidaire⁷; la subrogation désigne la substitution de créancier: le tiers qui a désintéressé le créancier prend sa place dans le rapport d'obligation; il devient lui-même créancier du débiteur. La note marginale et le texte de l'art. 72 al. 1 LPGA subrogent l'assureur aux droits de l'assuré contre tout tiers responsable. Dès lors, la qualification «recours» appliquée à la subrogation appelle des réserves⁸: ce terme suscite la confusion entre deux institutions distinctes du fait de son usage très répandu; il faut à tout le moins lui adjoindre l'épithète «subrogatoire» pour éviter toute ambiguïté.

S'agissant des règles de **droit transitoire**, selon la jurisprudence, la subrogation de l'assureur social, qui se produit en vertu de l'art. 72 al. 1 LPGA au moment de la survenance de l'événement assuré, commande l'application des dispositions en vigueur à ce moment-là⁹. Dès lors, les articles 72 à 75 LPGA régissent la subrogation de l'assureur social consécutivement aux événements survenus dès le 1^{er} janvier 2003.

Le droit de la responsabilité civile joue, dans ce contexte, un rôle important: si l'assureur social peut rechercher l'auteur du dommage, c'est selon le droit de la responsabilité

1 ATF 134 III 489, c. 4.2, JdT 2008 I 476.

2 DUPONT, Assurances privées, 396 ss.

3 Pour une présentation générale de ce thème: WYLER/HEINZER, 193 ss, 208 ss, 262 ss.

4 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 537 ss N 198 ss.

5 LOCHER/GÄCHTER, § 58 N 3.

6 KIESER, Regressrecht, 53 s.; MOSIMANN, Art. 72-75 ATSG, art. 72 N 7.

7 Sur la distinction à opérer entre droit de recours et subrogation: FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 214 ss.

8 Dans le même sens: STÖCKLI, 375.

9 ATF 137 V 394, c. 3.

civile qu'on déterminera ses prétentions¹⁰. Certaines lois spéciales du droit de la responsabilité civile contiennent des dispositions concernant la relation entre les réparations qu'elles prévoient et les prétentions à l'égard des assurances sociales; c'est par exemple le cas de l'art. 80 LCR¹¹. Ces lois réservent parfois également la subrogation prévue par la LPGA en faveur des assureurs sociaux, par exemple l'art. 9 al. 1 LRCN¹² et l'art. 77 al. 1 LA¹³. Une telle disposition fait défaut dans d'autres lois, par exemple la LRCE. La situation juridique est néanmoins partout la même, y compris dans les responsabilités inscrites dans le CO et le CC: les victimes d'un préjudice corporel peuvent faire valoir les réparations prévues par ces régimes de responsabilité et les assurances sociales également. Celles-ci sont subrogées, à concurrence des prestations légales, dans les droits de l'assuré, en vertu de la LPGA, que la loi de responsabilité civile applicable y renvoie ou non. Il n'importe pas que la loi de responsabilité civile soit antérieure ou non à la loi d'assurance sociale. Les dispositions spéciales évoquées sont dès lors superflues.

II. Systématique

- 8 La subrogation de l'assureur social («*Rückgriff*») est l'objet de la section 2 du chapitre 5 («Règles de coordination»). L'art. 72 LPGA introduit le thème de la subrogation sous le titre «Principe». Il traite du régime (al. 1), du concours de prétentions (al. 2), de la prescription (al. 3), du droit d'action directe et de l'inopposabilité des exceptions (al. 4) et de l'exercice du droit de recours (al. 5).
- 9 Les art. 73 et 74 LPGA abordent l'étendue du droit de recours subrogatoire:
 - l'art. 73 LPGA consacre le droit préférentiel de répartition de l'assuré (al. 1), le droit préférentiel pondéré (al. 2), le droit exclusif de l'assuré (al. 3, 1^{re} phrase) et le droit préférentiel de couverture (al. 3, 2^e phrase).
 - Sous le titre marginal «classification des droits», l'art. 74 al. 1 LPGA instaure le principe de la concordance matérielle des droits; l'art. 74 al. 2 LPGA prévoit une table de concordance entre les prestations d'assurance sociale et les postes du dommage en droit de la responsabilité civile.
- 10 Sous le titre «Limitation du droit de recours», l'art. 75 LPGA consacre un privilège de recours en faveur du conjoint de l'assuré, ses parents en ligne ascendante et descendante ou les personnes qui font ménage commun avec lui (al. 1) et en faveur de l'employeur de l'assuré, les membres de la famille de l'employeur et les travailleurs de son entreprise pour les accidents professionnels (al. 2). L'art. 75 al. 3 LPGA lève ces privilèges en présence d'une assurance responsabilité civile obligatoire couvrant le responsable.

¹⁰ WERRO, Responsabilité, N 15; CR-CO I-WERRO, art. 41-61, N 6.

¹¹ L'art. 80 LCR prévoit, sous le titre «Assurance-accidents obligatoire»: «Les victimes d'un dommage qui sont assurées en vertu de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents peuvent faire valoir les prétentions découlant de cette loi».

¹² L'art. 9 al. 1 LRCN prévoit, sous le titre «Assurance-accidents»: «Les droits découlant de la présente loi sont garantis aux lésés qui sont assurés conformément à la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents. Les assureurs sont subrogés aux droits des assurés, conformément aux art. 72 à 75 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales».

¹³ L'art. 77 al. 1 LA prévoit, sous le titre «Assurance fédérale en cas d'accidents»: «Les droits découlant de la présente loi sont garantis aux lésés qui sont assurés conformément à la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents. Les assureurs sont subrogés aux droits des assurés, conformément aux art. 72 à 75 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales».

Les dispositions des art. 72 à 75 LPGa constituent un corps autonome de règles qui **se substitue aux textes antérieurs** régissant la subrogation des assureurs sociaux. Pour l'assurance-accidents par exemple, ces dispositions ont remplacé les dispositions des art. 41 à 44 aLAA¹⁴. Il subsiste des dérogations aux règles de la LPGa: art. 67 et 70 LAM; art. 79 LAMal; art. 42 LAA¹⁵. 11

III. But et nature de la norme de subrogation

A. Le but

La LPGa a pour but de coordonner le droit fédéral des assurances sociales, en particulier en «régulant le droit de recours des assurances sociales envers les tiers» (art. 1 let. d). A ce sujet, elle consacre **un droit général de recours subrogatoire de l'assureur social** contre le tiers responsable de l'événement dommageable aux art. 72 à 75 LPGa. Le législateur a **unifié** les règles de la subrogation des assureurs sociaux. Il s'est attaqué aux difficultés d'ordre technique soulevées par les textes antérieurs, dont la pluralité – à elle seule – générerait des problèmes. Posant un régime identique pour les diverses branches d'assurance sociale qu'elle régit, la LPGa assure une simplification considérable. 12

L'apport de la LPGa est donc sur ce point de la plus grande importance même si elle n'a pas entraîné de bouleversement. En effet, la conception uniforme du droit de recours subrogatoire, adoptée par le législateur, n'est pas fondamentalement nouvelle; elle prend **modèle** du droit de recours de l'assurance-accidents obligatoire (art. 41 à 44 aLAA). 13

Le recours subrogatoire de l'assureur social repose sur **trois motifs** d'ordre public¹⁶: 14

- **L'interdiction de la surindemnisation.** La justification du recours subrogatoire réside d'abord dans le principe qui veut que la personne assurée ne doit pas obtenir le paiement à double de son préjudice, soit une fois du tiers responsable et une autre fois de l'assurance sociale¹⁷.
- **L'imputation du dommage à son auteur.** Nos régimes d'indemnisation des préjudices corporels associent le droit de la responsabilité civile et le droit des assurances sociales (et privées). Toutefois, l'assurance sociale ne modifie pas l'idée traditionnelle de la responsabilité civile, qui impose à l'individu le poids de la réparation du préjudice causé. Le régime de la subrogation a pour but d'éviter que l'auteur du dommage échappe à son obligation de réparer, au détriment de l'assureur social¹⁸.
- **La contribution au financement de l'assurance sociale.** Lors de l'introduction de l'assurance-accidents obligatoire, les charges nouvelles qui allaient peser sur les employeurs, les travailleurs et l'Etat commandaient que cette assurance fût aussi peu coûteuse que possible. La justification de la subrogation réside ainsi également dans le souci d'alléger la charge. En effet, il est apparu équitable, grâce au recours subrogatoire, de garantir à l'assureur-accidents une recette qui profite indirectement aux cotisants¹⁹. Lors de l'introduction de l'assurance-vieillesse et survivants en revanche, il avait été renoncé à prévoir une subrogation²⁰, au motif que le travail de l'administra-

14 Ces dispositions ont été abrogées par le ch. 12 de l'annexe à la LPGa (RO 2002 3425).

15 DUC, Subrogation, 58 s.

16 BERENSTEIN, Assurance-accidents, 57.

17 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 422 ss et renvois.

18 ATF 54 II 464, c. 5; JdT 1929 277; TF, 30.10.2013, 4A_275/2013, c. 9.2.

19 ATF 124 III 222, c. 3; TF, 17.6.2011, 2C_900/2010, c. 1.7.

20 Rapport du 30 novembre 1956 de la commission fédérale d'experts pour l'introduction de l'AI, 146; MAURER, Cumul, 48.

tion serait sans aucun rapport raisonnable avec l'importance des sommes récupérées. Puis, les rentes servies à l'origine sont devenues, à la suite des révisions successives, des rentes couvrant assez généralement les besoins vitaux: dans les années septante, l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité ont ainsi vu leurs prestations doubler. La même optique de garantie d'une recette a alors conduit à l'introduction du recours subrogatoire en faveur de l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité, à l'occasion de la 9^{ème} révision de l'assurance-vieillesse et survivants du 24 juin 1977, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1979.

B. La nature de la subrogation

- 15 La subrogation de l'assureur social est une cession légale («*Legalzession*») au sens de l'art. 166 CO²¹. La cession entraîne principalement une **substitution de créancier**. Ainsi, dès le transfert de la créance, la personne assurée (ou ses ayants droit) n'est pas autorisée à faire valoir des droits à l'égard du responsable, mais seulement jusqu'à concurrence des prestations légales²². Dès lors, deux situations peuvent se présenter: d'une part, si le cédant est entièrement indemnisé par les prestations d'assurances sociales servies, la cession est **totale**; d'autre part, lorsque le cédant n'est pas entièrement indemnisé, il garde pour lui une portion de la créance: la créance en réparation de son dommage non indemnisé. La cession est alors **partielle**. Dans cette hypothèse, il y a, dès la survenance de l'événement dommageable, division de la créance en réparation en une créance directe de l'assuré (ou de ses ayants droit) et une créance subrogatoire de l'assureur social²³. On appelle prétention pour le non-couvert ou pour le découvert ou prétention directe («*die Direktansprüche*») ou enfin prétention complémentaire ou résiduelle («*die Restansprüche*» ou «*die Restforderung*») la part de la créance de responsabilité civile qui reste à la victime.
- 16 La cession inclut le **transfert des droits accessoires** (art. 170 al. 1 CO). On entend par droits accessoires les droits qui sont liés à la créance, sans en être une partie intégrante, et qui étendent ou garantissent la créance²⁴. Les droits accessoires suivants revêtent un intérêt certain pour l'assureur subrogé: le droit d'action directe (art. 72 al. 4, 1^{re} phrase, LPG), l'inopposabilité des exceptions (art. 72 al. 4, 2^e phrase, LPG) et le droit de gage de l'art. 60 LCA. Les droits inséparablement liés à la personne du cédant ne passent pas à l'assureur cessionnaire.
- 17 La personne assurée (ou ses ayants droit) est tenue de remettre à l'assureur le titre de créance et de lui fournir les moyens de preuve existants ainsi que les renseignements nécessaires pour faire valoir ses droits (art. 170 al. 2 CO)²⁵. Le transfert des moyens de preuve a pour but de faciliter la mise en œuvre de la cession légale²⁶. La règle impose à la personne assurée (ou à ses ayants droit) **une obligation de collaborer** afin d'établir l'existence d'une prétention en réparation, ainsi que d'un dommage et de son étendue et, enfin, de mettre en œuvre la créance subrogatoire²⁷. Elle l'oblige également à renseigner

21 CR CO I-PROBST, art. 166 N 3.

22 ATF 129 V 396, c. 3.2.

23 TF, 30.10.2013, 4A_275/2013, c. 9.2.

24 CR CO I-PROBST, art. 170 N 9.

25 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 294 ss; CR CO I-PROBST, art. 170 N 11 ss.

26 STOESSEL, Regressrecht, 58.

27 Cf. aussi HÜRZELER, Informationspflichten, 175 ss.

l'assureur sur la prétention complémentaire qu'il fait valoir et, s'il y a lieu, sur l'indemnité reçue du responsable²⁸.

Le règlement transactionnel conclu par la victime avec le responsable ou son assureur contient souvent **une clause de confidentialité**. Il s'agit d'éviter en particulier que l'assureur social subrogé connaisse les modalités de l'accord passé entre la victime et l'auteur du dommage (ou son assureur de la responsabilité civile) et puisse en tirer profit pour faire valoir sa propre créance. Or l'assureur social n'est pas lié par cette clause de confidentialité²⁹. Il peut donc exiger de la personne assurée qui reçoit des prestations d'assurances sociales qu'elle fournisse tous les renseignements nécessaires à la mise en œuvre de la prétention subrogatoire³⁰. **18**

Le projet de révision de la LPGA renforce les obligations de coopération de l'assuré qui découlent de la cession légale³¹. A ce sujet, le projet prévoit que l'assuré doit donner les indications nécessaires pour faire valoir les prétentions récursoires (art. 28 al. 2 P-LPGA 2018) et autoriser les personnes et institutions concernées à fournir les renseignements nécessaires pour faire valoir les prétentions récursoires (art. 28 al. 2 P-LPGA 2018). Si l'assuré refuse de collaborer, la procédure de mise en demeure assortie d'un délai de réflexion prévue à l'art. 43 al. 3 LPGA s'applique. Ce projet calque ainsi les obligations incombant à la personne assurée en matière de recours subrogatoire sur celles applicables lors de l'examen du droit aux prestations³². **19**

La cession légale ne modifie pas la situation du responsable³³. Celui-ci peut opposer à l'assureur subrogé les **exceptions** qui lui appartenaient à l'égard de la personne lésée au moment de la cession (art. 169 CO). Il dispose en outre de toutes celles qu'il peut avoir à l'égard de l'assureur subrogé, comme par exemple l'exception de prescription. L'assureur subrogé se voit ainsi opposer **les motifs d'exclusion ou de réduction de la réparation** que le responsable a à l'égard de la personne assurée³⁴, et qui sont prévus aux art. 43 al. 1 et 44 CO (art. 73 N 17 ss). **20**

Dès la cession, le tiers tenu à réparation ne peut **valablement se libérer** qu'en mains de l'assureur cessionnaire. Il s'expose ainsi à payer deux fois s'il dédommage directement la personne assurée³⁵. Il s'expose également à payer deux fois s'il verse au cessionnaire la part de la réparation due à la personne assurée³⁶. Il pourra toutefois exercer une action en enrichissement illégitime pour autant que les conditions des art. 62 ss CO soient réunies. **21**

S'il y a litige entre la personne assurée (ou ses ayants droit) et l'assureur au sujet de la créance, le responsable n'est nullement dispensé de payer. Aussi, la loi lui accorde-t-elle **la faculté de consigner** la prestation due (art. 168 CO)³⁷. La consignation étant un succédané d'exécution, elle présuppose que la dette en cause soit reconnue par le débiteur. Le **22**

28 Au sujet de l'obligation de collaborer de l'assuré, cf. aussi FRÉSARD-FELLAY, Questions actuelles, 35 ss.

29 TF, 17.7.2011, 2C_900/2010, c. 1.7.

30 Au sujet des interférences entre prétention directe et prétention subrogatoire, cf. DOLF, Direktschadenerledigung, 145 ss.

31 Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1623, 1655 et 1657.

32 Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1623, 1655 et 1657.

33 ATF 134 III 489, c. 4.4 et réf., JdT 2008 I 476.

34 ATF 131 III 12, JdT 2005 I 488, ATF 124 III 222, c. 3 et réf., JdT 1998 I 757.

35 ATF 137 V 394, c. 5.2.

36 ATF 129 V 396, c. 3.2.

37 ATF 87 III 14, c. 2a, JdT 1961 II 75; FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 323 ss.

litige entre l'assureur et la personne lésée portera en règle générale sur la personne de l'ayant droit à tout ou partie de la créance (p.ex. si l'indemnité due par le tiers est réduite, il peut y avoir un différend sur l'étendue de la prétention complémentaire de la victime, qui bénéficie d'un droit préférentiel à l'indemnisation [art. 73 al. 1 LPGA]). Il peut également s'agir d'un litige sur tout autre aspect ayant une influence sur la titularité de la créance. Le litige peut diviser non seulement le cédant et le cessionnaire mais aussi les cessionnaires entre eux. Tel est le cas lorsque plusieurs assureurs sociaux et/ou titulaires d'un droit de recours en concours prétendent à une partie de la créance cédée. La consignation entraîne la libération à l'égard de celui qui sera reconnu créancier, pour autant que le débiteur ait déposé le montant intégral de la dette en capital et accessoires.

IV. Renvoi à l'ordonnance

- 23 Les dispositions générales des art. 72 à 75 LPGA sont elles-mêmes complétées par des règles spéciales. L'art. 81 charge en effet le Conseil fédéral de l'exécution de la LPGA. De plus, l'art. 72 al. 5, 1^{re} phrase, LPGA donne au Conseil fédéral la compétence d'édicter des dispositions sur l'exercice du droit de recours³⁸. **Le Chapitre 3 de l'OPGA** est dès lors consacré, comme son titre l'indique, à la «subrogation». Il contient des dispositions sur divers aspects de **l'exercice du droit de recours subrogatoire** (art. 13 à 17 OPGA): les relations des assureurs entre eux et avec d'autres intéressés (art. 13 OPGA), l'exercice du recours AVS/AI (art. 14 OPGA), l'exercice du recours de l'assurance-chômage (art. 15 OPGA), les rapports entre plusieurs assureurs sociaux (art. 16 OPGA) et le recours contre un responsable qui n'est pas assuré en responsabilité civile (art. 17 OPGA).
- 24 Le législateur n'a pas inclus les dispositions d'exécution dans les lois spéciales d'assurance sociale, car ces textes ne gouvernent plus la subrogation, unifiée par la LPGA³⁹.

V. L'événement dommageable survenant à l'étranger

- 25 A la question de savoir si le droit de subrogation conféré à l'assureur social est également reconnu lorsque l'événement dommageable s'est produit hors des frontières nationales⁴⁰, c'est **le droit des conflits** qui apporte une réponse. Ce droit détermine la compétence judiciaire, la loi applicable à la prétention en responsabilité civile (un tiers répond-il du préjudice?) et la loi applicable à la coordination des régimes d'indemnisation (l'assureur social qui a indemnisé la victime peut-il obtenir le remboursement de ses prestations de la part du responsable?)⁴¹.
- 26 Lorsque l'événement dommageable s'est produit dans un Etat membre de l'UE ou de l'AELE, le droit de recours subrogatoire de l'assureur social suisse est régi par **l'art. 85 du Règlement (CE) 883/2004 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté**⁴².

38 Cf. au sujet de l'OLAA: BRECHBÜHL, 201 ss.

39 Il faut mentionner toutefois l'exception des art. 42 LAA, art. 79 LAMal et des art. 67 et 70 LAM.

40 Pour un accident survenu en 1992: ATF 134 III 420, JdT 2008 I 498 et ATF 138 III 587, JdT 2013 II 142; cf. ég. FRÉSARD-FELLAY, Coordination, 239 ss.

41 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 132 ss; FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF, 139 ss; SCHMID M., Regressabwicklung, 156 ss.

42 Sur les règles communautaires: KAHIL-WOLFF, SBVR, 183 ss. Cette contribution traite aussi de l'action récursoire des assureurs sociaux dans les relations transfrontières (N 101 ss).

Cette disposition instaure une règle de conflit déterminant la loi applicable à la coordination des indemnisations sociales⁴³ et civiles. Elle permet aux institutions de sécurité sociale d'exercer l'action récursoire reconnue par leur loi nationale, sur le territoire et devant les juridictions de tous les Etats membres. Le Règlement 883/2004 a, dans le domaine des droits de recours, repris l'ensemble des règles qui étaient déjà valables sous l'empire du Règlement 1408/71⁴⁴. Par **institution de sécurité sociale**, il faut entendre l'organisme chargé d'appliquer tout ou partie de la législation relative aux branches ou aux régimes de sécurité sociale mentionnés par le règlement, y compris la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité. Il en découle que l'assureur suisse peut exercer son recours subrogatoire tel que prévu par le droit suisse dans les Etats membres de l'UE et de l'AELE. Les assureurs débiteurs de prestations en vertu de dispositions **contractuelles** ne sont pas autorisés à recourir⁴⁵.

Les conditions et l'étendue de la subrogation de l'assureur social suisse sont déterminées selon le droit suisse⁴⁶. C'est le cas en particulier du droit préférentiel de la victime⁴⁷, de la concordance des droits et de la limitation du recours contre les proches et l'employeur. Les conditions de l'ouverture de l'action en réparation devant les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel le dommage est survenu ainsi que les droits dans lesquels l'institution est subrogée sont déterminés selon le droit de cet Etat, y compris par les règles de droit international privé applicables⁴⁸. 27

Le Règlement 883/2004 ne désigne pas la loi applicable à la prétention civile. En effet, l'art. 85 du Règlement a pour seul but de reconnaître tout droit de recours revenant à l'institution d'assurance sociale débitrice qui agit contre le responsable, soit par voie de subrogation, soit par une autre technique juridique, selon la législation de son pays⁴⁹. Les règlements communautaires sont en revanche sans incidence sur le droit applicable à la prétention civile. L'art. 85 n'a pas pour objet de modifier les règles de fond applicables pour déterminer si et dans quelle mesure la responsabilité du tiers (auteur du dommage) est engagée ainsi que les modalités de réparation du dommage⁵⁰. 28

Lorsque l'événement dommageable s'est produit hors d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE, il convient de recourir aux conventions bilatérales de sécurité sociale conclues 29

43 Au sujet des particularités de la couverture par l'assurance-accidents lorsque l'accident est survenu à l'étranger: DÉCAILLET, Dommages corporels, 249 ss.

44 KAHIL-WOLFF, SBVR, N 101.

45 CJCE, aff. 313/82, du 15 mars 1984, NV Tiel-Utrecht Schadeverzekering c. Fonds commun de garantie automobile, Rec. 1984, 1389 (en rapport avec l'art. 93 du Règlement 1408/71).

46 CJCE, aff. C-78/72, du 16 mai 1973, L'Etoile-Syndicat général c. W. E. de Waal, Rec. 1973, 499, point 7.

47 DÉCAILLET, Droit préférentiel, 353 ss.

48 CJCE, aff. C-397/96, du 21 septembre 1999, Caisse de pension des employés privés c. Dieter Kordel, Rainer Kordel et Frankfurter Allianz Versicherungs AG, Rec. 1999, I-5959; CJCE aff. C-428/92, du 2 juin 1994, Angestellte-Krankenkasse (DAK) c. Laererstandens Brandforsikring, Rec. 1994, I-2259, point 21 (en rapport avec l'art. 93 du Règlement 1408/71).

49 CJCE, aff. C-428/92, du 2 juin 1994, Deutsche Angestellten-Krankenkasse (DAK) c. Laererstandens Brandforsikring, Rec. 1994, I-2259, point 21; CJCE, aff. 27/69, du 12 nov. 1969, Caisse de maladie des C.F.L. «Entr'aide médicale» et Société nationale des chemins de fer luxembourgeois c. Compagnie belge d'assurances générales sur la vie et contre les accidents, Rec. 1969, 405 (en rapport avec l'art. 93 du Règlement 1408/71).

50 CJCE, aff. C-428/92, du 2 juin 1994, Angestellte-Krankenkasse (DAK) c. Laererstandens Brandforsikring, Rec. 1994, I-2259, point 21; cf. ég. FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 586.

par la Suisse, qui contiennent souvent des règles relatives à la subrogation des assureurs sociaux⁵¹.

- 30** En l'absence de convention multilatérale ou bilatérale de sécurité sociale ou si la convention conclue est muette au sujet de la subrogation des assureurs sociaux, la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) détermine, du point de vue suisse, la loi applicable à la faculté pour l'assurance sociale d'exercer des droits contre les tiers responsables⁵².

Art. 72

Principe

¹ Dès la survenance de l'événement dommageable, l'assureur est subrogé, jusqu'à concurrence des prestations légales, aux droits de l'assuré et de ses survivants contre tout tiers responsable.

² Lorsqu'il y a plusieurs responsables, ceux-ci répondent solidairement à l'égard de l'assureur.

³ Les délais de prescription applicables aux droits de la personne lésée sont également applicables aux droits qui ont passé à l'assureur. Pour les prétentions récursoires de l'assureur, les délais ne commencent toutefois pas à courir avant que celui-ci ait eu connaissance des prestations qu'il doit allouer ainsi que du responsable.

⁴ Lorsque la personne lésée dispose d'un droit direct contre l'assureur en responsabilité civile, ce droit passe également à l'assureur subrogé. Les exceptions fondées sur le contrat d'assurance qui ne peuvent pas être opposées à la personne lésée ne peuvent non plus l'être aux prétentions récursoires de l'assureur.

⁵ Le Conseil fédéral édicte des dispositions sur l'exercice du droit de recours. Il peut notamment ordonner qu'en cas de recours contre un responsable qui n'est pas assuré en responsabilité civile, plusieurs assureurs participant au recours fassent valoir leurs prétentions récursoires par l'intermédiaire d'un seul assureur. Le Conseil fédéral règle la représentation à l'égard des tiers si les assureurs intéressés ne parviennent pas à s'entendre.

Grundsatz

¹ Gegenüber einem Dritten, der für den Versicherungsfall haftet, tritt der Versicherungsträger im Zeitpunkt des Ereignisses bis auf die Höhe der gesetzlichen Leistungen in die Ansprüche der versicherten Person und ihrer Hinterlassenen ein.

² Mehrere Haftpflichtige haften für Rückgriffsansprüche der Versicherungsträger solidarisch.

³ Auf die übergegangenen Ansprüche bleiben die ihrer Natur entsprechenden Verjährungsfristen anwendbar. Für den Regressanspruch des Versicherungsträgers beginnen jedoch die relativen Fristen erst mit dessen Kenntnis seiner Leistungen und der Person des Ersatzpflichtigen zu laufen.

⁴ Besteht ein direktes Forderungsrecht der geschädigten Person gegenüber dem Haftpflichtversicherer, so steht dieses auch dem in ihre Rechte eingetretenen Versicherungsträger zu. Einreden aus dem Versicherungsvertrag, die der geschädigten Person nicht entgegengehalten werden dürfen, können

51 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 194 ss.

52 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 202 ss.

auch gegenüber dem Regressanspruch des Versicherungsträgers nicht vorgebracht werden.

⁵ Der Bundesrat erlässt Vorschriften über die Ausübung des Rückgriffsrechtes. Insbesondere kann er anordnen, dass bei Regressnahme gegen einen Haftpflichtigen, der nicht haftpflichtversichert ist, mehrere am Rückgriff beteiligte Versicherer ihre Regressansprüche von einem einzigen Versicherer für alle geltend machen lassen. Der Bundesrat regelt die Vertretung nach aussen für den Fall, dass die betroffenen Versicherer sich darüber nicht einigen können.

Principio

¹ All'insorgere dell'evento assicurato l'assicuratore è surrogato, fino all'ammontare delle prestazioni legali, nei diritti dell'assicurato e dei suoi superstiti contro i terzi responsabili.

² Se vi sono più responsabili, questi rispondono in solido per le pretese di regresso dell'assicuratore.

³ Ai diritti passati all'assicuratore sono applicabili i termini di prescrizione dei diritti del danneggiato; per il diritto di regresso dell'assicuratore, i termini decorrono tuttavia soltanto dal momento in cui questi è venuto a conoscenza delle prestazioni che è chiamato ad erogare e della persona soggetta all'obbligo del risarcimento.

⁴ Se il danneggiato è titolare di un credito diretto nei confronti dell'assicuratore di responsabilità civile, l'assicuratore è surrogato anche nel diritto del danneggiato. Le eccezioni derivate dal contratto di assicurazione non opponibili al danneggiato non possono essere fatte valere neppure dall'assicuratore per quanto riguarda il suo diritto di regresso.

⁵ Il Consiglio federale emana prescrizioni dettagliate sull'esercizio del diritto di regresso. Può in particolare ordinare che in caso di regresso contro un responsabile non titolare di un'assicurazione di responsabilità civile, i diversi assicuratori che partecipano al regresso facciano valere le loro pretese da un unico assicuratore. Il Consiglio federale disciplina la rappresentanza verso l'esterno nel caso in cui gli assicuratori interessati non giungano a un'intesa.

Plan

	N
I. Le régime de la subrogation (al. 1)	1
A. La cession légale	1
B. Le moment	3
C. Le sujet	6
D. L'objet	10
E. Les conditions	19
II. Le concours d'actions (al. 2)	28
III. La prescription (al. 3)	30
IV. Le droit d'action directe et l'impossibilité des exceptions (al. 4)	37
V. L'exercice de la subrogation (al. 5)	41
A. Généralités	41
B. Les conventions (art. 13 OPGA)	44
C. L'exercice du recours de l'AVS/AI (art. 14 OPGA)	49
D. L'exercice du recours de l'assurance-chômage (art. 15 OPGA)	53
E. Les rapports entre plusieurs assureurs sociaux (art. 16 OPGA)	54
F. Le recours contre un tiers responsable non assuré (art. 17 OPGA)	59

Bibliographie

Cf. bibliographie sous Introduction aux art. 72 à 75 LPGA. BECK PETER, Mehrzahl von Regressgläubigern: Gesamt-, Solidar- oder Teilgläubigerschaft?, REAS 2017 316 ss (cité: Mehrzahl); BREHM ROLAND, Le contrat d'assurance RC, Bâle 1997; DOLF REMO, Präjudiziert die Direktschadenerledigung den Regress des Sozialversicherers?, in Weber/Beck (éd.), Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II, Zurich 2017, 145 ss (cité: Direktschadenerledigung); FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, art. 34b, in Schneider/Geiser/Gächter (éd.), 508 ss, (cité: art. 34b); HÜRZELER MARC, Gesetzliche Leistungen: Bindung des Zivilrichters an Entscheidungen des Sozialversicherungsgerichts?, REAS 2017 308 ss (cité: Gesetzliche Leistungen); KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Neues Verjährungsrecht?: Bericht zur laufenden Verjährungsrechtsrevision, in Fellmann/Weber (éd.), Haftpflichtprozess 2016: Dokumentations- und Aufklärungspflicht im Arzthaftungsrecht, Beweiserleichterungen, Produkthaftung, Verjährung und gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Haftpflichtrecht, Zurich 2016, 51 ss (cité: Haftpflichtprozess); KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Vereinbarungen zwischen Sozialversicherer und Haftpflichtversicherer betreffend den Verjährungsverzicht, REAS 2017 318 ss (cité: Verjährungsverzicht); PRIBNOW VOLKER/RUFF FRÄNZI, Gesetzliche Leistungen der Sozialversicherer als Grundlage haftpflichtrechtlicher Prozesse, REAS 2017 310 ss; RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Subrogation im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses, in Metzler/Fuhrer (éd.), Mélanges du Bureau national suisse d'assurance (BNA) et du Fonds National Suisse de Garantie (FNG) à l'occasion de la 34^e Assemblée Générale du Conseil des bureaux les 15 et 16 juin 2000 à Genève, Bâle/Genève/Munich 2000, 409 ss (cité: Subrogation); VOGEL BRUNO, Die Verjährung der Subrogationsforderung des Sozialversicherers im Lichte der Revisionsvorlage zum Verjährungsrecht, REAS 2012 97 ss; WERRO FRANZ, Les intérêts moratoires et compensatoires dans la responsabilité civile: le point sur quelques développements récents, in Werro (éd.), Le temps dans la responsabilité civile: colloque du droit de la responsabilité civile 2005, Université de Fribourg, Berne 2007, 27 ss (cité: Intérêts moratoires); WIZENT GUIDO, Die Kantonale Sozialhilfe im Koordinations- und Entschädigungskontext, REAS 2017 234 ss.

I. Le régime de la subrogation (al. 1)

A. La cession légale

- 1 L'art. 72 al. 1 LPGA prévoit **une règle générale de subrogation** de l'assureur social aux droits du lésé et de ses survivants contre tout tiers responsable.
- 2 La subrogation est une cession légale de créance (**art. 166 CO**). **Le cédant** est la personne assurée et ses survivants pour autant qu'ils aient un droit à réparation du dommage contre le tiers responsable du cas d'assurance. **Le cessionnaire** est l'assureur social tenu de prendre en charge le cas d'assurance et d'allouer ainsi les prestations légales. Plusieurs assureurs peuvent bénéficier de la subrogation par suite du même événement dommageable s'ils allouent des prestations. **Le débiteur cédé** est le tiers responsable du cas d'assurance. Le transfert de créance intervient sans aucune formalité¹. L'assureur social n'acquiert pas une prétention personnelle à l'égard du responsable de l'événement dommageable, laquelle présupposerait un préjudice propre du fait de l'acquittement de sa dette à l'égard de la victime; il fait valoir les droits de la personne assurée ou de ses survivants (au sujet des effets de la cession, cf. Introduction aux art. 72 à 75 LPGA, N 15 ss²).

1 RUMO-JUNGO, Thèse d'habilitation, N 951; FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 272.

2 Voir aussi FRÉSARD-FELLAY, Questions actuelles, 32 ss.

B. Le moment

L'assureur est subrogé dans les droits du lésé contre le tiers responsable «**dès la survenance de l'événement dommageable**» (art. 72 al. 1). En droit privé en revanche, la subrogation s'opère au moment du paiement de la dette: comprise comme une modalité de paiement, la subrogation transfère la créance du cédant au cessionnaire, au moment où le paiement intervient. La disposition de l'art. 72 al. 1 déroge ainsi à la règle de droit privé³. Si les assurances **inales** comme l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité ou la prévoyance professionnelle ne subordonnent pas la prestation à la survenance d'un événement dommageable comme un accident ou une maladie mais à une atteinte à la santé ou à la vie (invalidité ou décès), cette particularité ne joue pas de rôle sur le moment du transfert de la créance; elle n'empêche pas la subrogation de se produire lors de la survenance de l'événement qui a provoqué l'atteinte à la santé⁴. La subrogation s'opère, quand bien même l'assureur ignore, à ce moment-là, qu'il aura à intervenir et quelles prestations seront dues⁵.

En prévoyant que la subrogation des assureurs sociaux se produit dès la survenance de l'événement dommageable, **la loi empêche l'assuré de disposer de la prétention civile avant que l'assureur ait presté**⁶. L'art. 72 al. 1 consacre ainsi les réglementations antérieures (art. 67 aLAM; art. 41 aLAA; art. 48^{ter} aLAVS, art. 79 aLAMal). A ce sujet, la jurisprudence qualifie d'abus de droit le comportement d'une personne assurée conformément à la LAA qui fait valoir une seconde fois auprès de l'assureur-accidents un dommage découlant d'un accident déjà indemnisé en vertu du droit de la responsabilité pour acte illicite et dont l'attitude dans le procès a entraîné en même temps la prescription de l'action récursoire de l'assureur-accidents⁷.

La personne assurée (ou ses ayants droit) ne peut pas **renoncer** à la prestation d'assurance sociale pour choisir l'indemnisation de son préjudice par le tiers responsable. En effet, la créance transférée à l'assureur ne lui appartient plus⁸. Pour lui permettre de s'en prendre exclusivement au tiers responsable, il est nécessaire que l'assureur social renonce à sa subrogation⁹.

C. Le sujet

L'art. 72 al. 1 subroge **l'assureur** («*der Versicherungsträger*») dans les droits de l'assuré et de ses survivants contre tout tiers responsable. Au sens de la LPGA, l'assurance sociale ou **l'assureur social** est une notion large qui englobe toutes les unités organisationnelles qui gèrent une branche d'assurance sociale¹⁰. Les assurances sociales de droit fédéral qui n'allouent pas de prestations à la suite d'un événement dommageable dont un tiers répond ne sont toutefois pas concernées par l'institution du recours subrogatoire.

3 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 336.

4 ATF 124 V 174, c. 3b et renvois.

5 ATF 137 V 394, c. 3, c. 5.2; ATF 124 V 174, c. 3b et renvois.

6 ATF 137 V 394, c. 5.2; FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 346 ss; DOLF, Direktschaden-erledigung, 155.

7 ATF 137 V 394, commenté par FRÉSARD-FELLAY, Victime, 425 ss.

8 ATF 124 III 222, c. 3; voir aussi TF, 1. 11.2010, 8C_979/2009, dans lequel le TF laisse étrangement la question ouverte pour le régime de la LPGA.

9 ATF 124 V 174, c. 3c; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 543.

10 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 72 N 24.

Dès lors, **les assurances qui bénéficient du droit de recours institué par l'art. 72 al. 1** sont les suivantes :

- l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité (qui sont considérées comme une seule assurance sociale par l'art. 63 al. 2),
- l'assurance-accidents,
- l'assurance militaire,
- l'assurance-maladie et
- l'assurance-chômage¹¹.

- 7 Le régime des prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse et survivants et à l'assurance-invalidité ne connaît pas de subrogation dans les droits du bénéficiaire contre le tiers responsable (art. 30 LPC)¹².

La LPGA n'étant pas applicable au régime de **la prévoyance professionnelle**, les institutions de prévoyance ne bénéficient pas de la subrogation des art. 72 à 75 LPGA. La première révision LPP a comblé cette lacune: l'art. 34b LPP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005, accorde un droit de subrogation aux institutions de prévoyance¹³. Pour assurer l'unification de la subrogation des assureurs sociaux, l'art. 34b LPP a été complété par les art. 27 à 27f OPP 2, groupés sous le titre «Recours»; ceux-ci reprennent les dispositions des art. 72 al. 2 à 5, 73, 74 et 75 LPGA et celles des art. 13 à 17 OPGA. Cette subrogation concerne le seul régime de la prévoyance professionnelle **obligatoire**.

- 8 Contrairement au régime de la prévoyance professionnelle obligatoire (art. 6 ss LPP), le régime de la prévoyance professionnelle plus étendue (surobligatoire ou sous-obligatoire), qui étend la prévoyance au-delà des prestations minimales, n'a pas été mis au bénéfice de la subrogation légale contre le tiers responsable du cas d'assurance (art. 49 al. 2 LPP, *a contrario*; art. 89a al. 6 CC, *a contrario*)¹⁴. A l'instar des assureurs privés de dommages et des institutions de prévoyance professionnelle gérant un régime obligatoire pour les cas se rapportant à un événement dommageable antérieur au 1^{er} janvier 2005, les institutions de prévoyance gérant la prévoyance professionnelle plus étendue disposent toutefois d'un **droit de recours** soumis à l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO. Répondant elles-mêmes contractuellement ou quasi-contractuellement du préjudice, elles peuvent s'en prendre au tiers répondant délictuellement mais ne peuvent en règle générale exercer de recours contre la personne qui répond en vertu d'une **responsabilité objective**¹⁵.

- 9 **La légitimation active ou passive** dans un procès civil relève du fondement matériel de l'action; elle appartient au sujet (actif ou passif) du droit invoqué en justice¹⁶. Dite légitimation appartient ainsi aux corporations de droit public, comme la CNA et également, en vertu du droit public, à l'assurance-vieillesse et survivants et à l'assurance-invalidité¹⁷.

11 Les cas où le chômage engage la responsabilité d'un tiers ne sont pas fréquents. On peut songer à l'hypothèse du harcèlement au poste de travail qui contraint la victime à quitter son emploi et à s'inscrire au chômage. Sur ce sujet, cf. LANDOLT, Koordination, 14 ss.

12 En ce qui concerne l'aide sociale: WIZENT, 234 ss; voir aussi LANDOLT, Koordination, 33 ss.

13 ATF 143 III 79, c. 5.2; pour une présentation générale de la subrogation des institutions de prévoyance: FRÉSARD-FELLAY, art. 34b.

14 BO CN 2002 492 ss; ATF 132 III 321, c. 2.3.1, JdT 2006 I 448.

15 ATF 115 II 24; cf. é.g. ATF 132 III 321, c. 2.3.2.2, JdT 2006 I 448; FRÉSARD-FELLAY, art. 34b N 34 ss.

16 ATF 128 III 50.

17 ATF 143 III 79, c. 3.3.2; ATF 112 II 87, c. 1a et b, JdT 1986 I 439.

D. L'objet

Le tiers responsable n'est pas tenu de rembourser les prestations d'assurances sociales du seul fait de leur versement. En effet, l'assureur peut en exiger le remboursement si deux conditions cumulatives sont réunies: il doit s'agir de prestations légales (1.) et indemnitaires (2.). 10

1. Les prestations légales

L'assureur est subrogé pour **les prestations légales** (art. 72 al. 1). Celles-ci sont définies par la loi spéciale d'assurances sociales. Il s'agit des catégories suivantes: 11

- **Les prestations obligatoires** («*die Pflichtleistungen*»): dans l'assurance-accidents, par exemple, ce sont des prestations en nature (art. 14 LPGA; art. 10, 14 et 21 LAA) ou en espèces (art. 15 LPGA; art. 16, 18, 23, 24, 26, 29 et 30 LAA; art. 83 OPA) prévues par la LAA et ses dispositions d'exécution¹⁸.
- **Les prestations de l'assurance facultative** («*die Leistungen der freiwilligen Versicherung*»): dans l'assurance-accidents, sont également des prestations légales les prestations de l'assurance facultative des personnes exerçant une activité indépendante et des membres de leur famille qui collaborent à l'entreprise (art. 4 LAA)¹⁹. En effet, en vertu de l'art. 5 al. 1 LAA, les dispositions sur l'assurance obligatoire s'appliquent par analogie à l'assurance facultative (cf. également pour l'assurance facultative dans l'assurance-vieillesse et survivants et dans l'assurance militaire: l'art. 2 LAVS et l'art. 2 LAM).
- **Les intérêts «moratoires»**: l'art. 26 al. 2 LPGA instaure le paiement d'intérêts «moratoires» en cas de versement tardif des prestations d'assurances sociales par l'assureur. Malgré la terminologie utilisée par le texte légal, il s'agit d'un intérêt compensatoire²⁰. Si, en droit de la responsabilité civile, l'intérêt compensatoire est un élément du dommage, il constitue également une composante de la prestation d'assurance sociale. Il est dès lors objet de la subrogation de l'assureur social (pour autant qu'il soit servi sur les prestations légales)²¹.
- **Les allocations de renchérissement**: les allocations de renchérissement versées aux assurés sont prévues par les lois d'assurances sociales (p.ex., art. 33^{ter} LAVS; art. 34 LAA; art. 43 LAM)²² et constituent également des prestations légales recouvrables²³.
- **Les prestations allouées par transaction**: sont également des prestations légales, les prestations allouées sur la base d'une transaction mettant fin à un litige portant sur des prestations de l'assureur social (art. 50 LPGA)²⁴. En effet, ces prestations sont allouées par l'assureur en application de la loi, conformément au pouvoir d'appréciation que la loi lui attribue et la transaction est soumise à l'examen du tribunal saisi du litige.

18 MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 546; pour une énumération des prestations légales dans l'AVS/AI, cf. DOLF, Rückgriffrecht, N 157.

19 MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 546; SCHMID E., 6; BECK, Schadenausgleichssystemen I, N 6.116.

20 Not. LÄUBLI ZIEGLER, Zeit ist Geld II, 181.

21 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 537; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 72 N 10.

22 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 57.

23 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 537.

24 Cf. procès-verbal de la sous-commission du Conseil national des 3/4 septembre 1998, 27; DOLF, Rückgriffrecht, N 159; SCHMID E., 27.

- **Les prestations légales facultatives**: sont également des prestations légales, sujettes à recours subrogatoire, les prestations facultatives prévues par la loi (« *Kann-Leistungen* »)²⁵. Il s'agit de prestations que la loi n'impose pas mais qui peuvent être allouées. C'est notamment le cas de la participation aux frais des soins à domicile prodigués par une personne non autorisée dans l'assurance-accidents (art. 18 al. 2 let. a OLAA) et aux soins non médicaux à domicile dans l'assurance-accidents (art. 18 al. 2 let. b OLAA) ou des mesures d'intervention précoce dans l'assurance-invalidité (art. 7d LAI)²⁶; l'art. 54 LAM prévoit également de telles mesures.
 - Plus généralement, sont considérées comme des prestations légales, toutes les prestations allouées par un **décision formelle ou non**²⁷, **définitive et exécutoire**. De telles décisions ne sauraient faire l'objet d'un réexamen par le juge civil lorsque l'assuré fait valoir ses prétentions directes ou l'assureur ses prétentions subrogatoires contre le tiers responsable²⁸. Sont réservés les cas où le prononcé exécutoire est frappé de nullité ou sujet à reconsidération car sans nul doute erroné, ce qu'il incombe au débiteur d'établir²⁹.
- 12** *A contrario*, les autres prestations ne sont pas des prestations légales; elles ne sont pas recouvrables. Il s'agit essentiellement des **prestations bénévoles** (« *die Kulanzeleistungen* »). Dans le domaine de l'assurance-accidents, les prestations bénévoles ne jouent pratiquement plus de rôle. En effet, la CNA allouait des prestations bénévoles sous l'empire de la LAMA³⁰, en particulier pour combler des lacunes de la loi; ce type de prestations a (presque) complètement disparu sous la LAA³¹; sous la LPGA, de telles prestations devraient être allouées par trans-action (art. 50 LPGA) et respecter ainsi le principe de la légalité³².
- 13** **Les frais d'instruction** supportés par l'assureur ne sont pas des prestations d'assurances sociales. Ils ne sont pas recouvrables. Sur ce point, le projet de révision de la LPGA prévoit de compléter l'art. 74 al. 2 LPGA par l'adjonction d'une let. h ainsi libellée: «sont des prestations de même nature: les frais engagés pour les mesures d'instruction et l'évaluation du dommage»³³. Ce complètement donnerait une base légale permettant aux assureurs sociaux d'exercer leur subrogation pour les frais engagés pour les mesures d'instruction sur le poste du dommage correspondant en droit de la responsabilité civile: les frais d'évaluation du dommage.
- 14** La LPGA ne prévoit pas de subrogation pour **les prestations complémentaires à l'assurance sociale** allouées par un assureur privé en plus des prestations légales, comme par exemple un assureur-accidents privé. La question de leur coordination avec les prestations sociales doit être résolue au regard de la LCA. Il est alors nécessaire de rechercher si les prestations découlent d'une assurance contre les dommages ou d'une assurance de

25 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 72 N 21; BECK, ATSG, 131.

26 DOLF, Rückgriffrecht, N 158, n. 418; MÜLLER U., Aktuelle Fragen 57

27 MÜLLER U., Aktuelle Fragen 57.

28 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 72 N 23; cf. aussi MENZI, 142; voir aussi: PRIBNOW/RUFF, 310 ss; HÜRZELER, Gesetzliche Leistungen, 309.

29 TF, 30.10.2013, 4A_275/2013, c. 9; TF, 10.1.2006, 4C.374/2005, c. 4; sur la modification des prononcés exécutoires: FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 537 ss, N 145 ss.

30 MAURER, Recht, 353 et renvoi.

31 SCHMID E., 6; cf. aussi procès-verbal de la sous-commission du Conseil national des 3/4 septembre 1998, 27.

32 Dans le même sens: HÜRZELER, Gesetzliche Leistungen, 308.

33 P-LPGA 2018, FF 2018 1655, 1657, art. 74 al. 2 let. h; Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1612.

somme et partant, si elles sont régies par l'art. 72 LCA (droit de recours) ou par l'art. 96 LCA (cumul)³⁴.

Dans la mesure où le transfert de créance de l'assuré à l'assureur social n'intervient que jusqu'à concurrence des prestations légales, il laisse place à une **action directe du lésé** contre le tiers responsable, mais uniquement pour le dommage non couvert, à titre obligatoire, par l'assureur³⁵. 15

2. Les prestations indemnitaires

La technique du recours subrogatoire permet d'éviter le cumul d'indemnités. Il en découle que le recours subrogatoire est subordonné à la condition que la prestation légale versée ait réparé un dommage subi par la personne lésée. En d'autres termes, et même si le texte de l'art. 72 al. 1 ne l'indique pas, la subrogation exige non seulement le caractère légal de la prestation mais également son caractère **indemnitaire**³⁶. 16

Pour qu'une prestation soit dite indemnitaire, il ne suffit toutefois pas qu'elle soit allouée consécutivement à l'événement dommageable. On applique à cet égard le principe de la «concordance des droits» («*Kongruenz*»; art. 65 N 35 ss; art. 74 N 1 ss): l'assureur ne peut recouvrer une prestation que si elle «concorde» avec l'indemnité due en droit de la responsabilité civile. Or ce n'est pas nécessairement le cas: les prestations servies par un établissement d'assurance sociale sont définies par le droit public et ne tendent pas nécessairement à réparer un dommage selon les règles de la responsabilité civile³⁷. Une prestation est dite «concordante» (ou indemnitaire) à une quadruple condition: elle est allouée pour un dommage corporel de même nature, pour la même victime, pour le même événement dommageable et pour la même période temporelle que le dommage en droit de la responsabilité civile. Ces conditions seront analysées en rapport avec l'art. 74. Il en résulte que, sans autre examen, l'assureur n'est pas admis à poursuivre le remboursement de ses prestations légales. En effet, après avoir déterminé la réparation due par l'auteur du dommage en droit commun et les prestations légales d'assurances sociales, il faut confronter chaque composante du dommage civil et la prestation correspondante pour vérifier que la prestation versée ait indemnisé la personne assurée³⁸. Dans l'affirmative, la prestation retenue devient objet du recours subrogatoire. Dans la négative, l'assureur ne pourra pas poursuivre le remboursement de la prestation (ou de la part de prestation) écartée³⁹. Pour faciliter cette opération, le législateur a adopté un catalogue des prestations de même nature: il s'agit d'une table de concordance entre les prestations de l'assureur social et les indemnités du droit de la responsabilité civile qui figure à l'art. 74 al. 2 LPG (N 21 ss). 17

Exemple: il se peut qu'une personne soit victime de deux accidents – dont l'un engage la responsabilité d'un tiers et pas l'autre – et que l'assureur-accidents lui verse une rente 18

34 ATF 137 III 352; ATF 119 II 361, c. 4. Sur les relations entre les prestations d'assurances sociales et l'assurance privée indemnitaire cf. BRULHART VINCENT, *Droit des assurances privées*, 2^e éd., Berne 2017, N 1099 ss.

35 ATF 129 V 396, c. 1.1.

36 FRÉSARD-FELLAY, *Recours subrogatoire*, N 912 ss; dans le même sens: HÜRZELER, *Gesetzliche Leistungen*, 308.

37 MAURER, *Recht*, 345; MAURER, *Schweizerisches Unfallversicherungsrecht*, 547; MEYER ULRICH, *Allgemeine Einführung*, in Meyer (éd.) *SBVR*, N 43; cf. ég. ATF 95 II 582, c. 5.

38 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, *Assurance-accidents obligatoire*, N 565; SCHMID E., 7.

39 MAURER, *Schweizerisches Unfallversicherungsrecht*, 547.

d'invalidité pour la perte de gain globale qui résulte des deux événements dommageables. Pour l'exercice de la prétention subrogatoire, il est nécessaire de distinguer le dommage, la réparation et également la part de rente d'invalidité dus à l'accident dont un tiers répond. Seule cette part de rente a un caractère indemnitaire. La seconde part de rente n'est pas objet de la subrogation et l'assureur ne peut pas en réclamer le remboursement.

E. Les conditions

- 19** Le droit de recours subrogatoire de l'assureur est subordonné à trois conditions: il faut d'abord que la victime de l'accident soit une personne assurée au sens d'un régime d'assurance sociale (1.); il faut ensuite qu'elle puisse faire valoir une prétention en dommages-intérêts contre un tiers responsable de l'accident (2.); enfin, il faut que l'auteur responsable puisse être poursuivi (3.).

1. L'existence d'un rapport d'assurance

- 20** La subrogation de l'assureur présuppose que la personne lésée par le tiers responsable soit **assurée** (art. 72 al. 1) au sens de la loi spéciale d'assurance sociale (LAVS/LAI, LAA, LAMal, LACI, LAM). Il s'agit d'une question qui ressortit au **champ d'application personnel, temporel et matériel de chacune de ces lois**. Il peut s'agir d'assurance obligatoire ou **facultative** (p.ex., art. 2 LAVS; art. 1b LAI; art. 67 à 77 LAMal; art. 4 LAA).

2. L'existence d'une prétention civile

- 21** La subrogation de l'assureur présuppose également que la personne assurée (ou ses survivants) ait une prétention en réparation contre un tiers responsable (art. 72 al. 1). La prétention en réparation est subordonnée à trois conditions générales cumulatives: un dommage, une relation de causalité entre le fait de l'auteur et ce préjudice et la réalisation dans la personne de l'auteur d'un chef de responsabilité.
- 22** L'art. 72 al. 1 accorde à l'assureur social un recours subrogatoire à l'égard de «tout tiers responsable». Il peut s'agir de responsabilité de droit privé, aquilienne ou subjective (art. 41 CO), de responsabilité objective simple (p.ex., en vertu des art. 55 et 56 CO ou de l'art. 333 CC), de responsabilité objective stricte (p.ex., en vertu des art. 58 et 59 LCR) ou contractuelle ou encore de responsabilité fondée sur le droit public. Il peut s'agir également de responsabilité fondée sur l'équité (p.ex., art. 422 al. 1 CO). C'est ce que l'on nomme la **subrogation intégrale**.
- 23** La subrogation intégrale **exclut l'ordre des recours de l'art. 51 CO**⁴⁰. Cela signifie que l'assureur social peut exercer sa subrogation lorsque la responsabilité du tiers est purement objective, c'est-à-dire sans faute propre du responsable. Cela signifie également que le juge n'a pas le pouvoir d'appréciation (que lui conférerait l'art. 51 CO) de refuser à l'assureur le droit d'agir contre un responsable en vertu de la loi.
- 24** La loi subroge l'assureur aux droits de la personne assurée ou de ses survivants contre «tout tiers responsable». La personne recherchée doit ainsi remplir deux conditions cumulatives:

⁴⁰ ATF 47 II 485; CR CO I-WERRO, art. 51 N 33; au sujet de l'ordre des recours de l'art. 51 CO: WERRO, Responsabilité, N 1659 ss.

- il doit s’agir d’un «tiers», à savoir d’une personne qui n’est pas partie au rapport d’assurance;
- le tiers doit être «responsable»: il faut que l’on soit en présence d’un **sujet de la responsabilité**. La subrogation ne s’opère pas dans les prétentions de la victime contre les autres assureurs sociaux ou les assureurs privés⁴¹, appelés à réparer le dommage en vertu de motifs autres que ceux tirés de la responsabilité⁴². L’assureur social n’acquiesce pas non plus les prétentions de la personne lésée au versement du salaire par son employeur (art. 324a, art. 324b CO).

L’exigence d’un titre de responsabilité connaît toutefois une **exception**: l’assureur subrogé peut exercer sa subrogation contre l’assurance-accidents privée conclue par le tiers responsable, avant l’événement dommageable, au profit de la victime (p.ex., **assurance-occupants** d’un véhicule automobile). Cette particularité s’explique par le fait que les prestations de l’assurance-accidents privée sont, dans cette hypothèse, assimilées à l’indemnisation due par le tiers responsable⁴³.

25

3. L’absence d’un privilège de recours

En principe, toute personne responsable du cas d’assurance est un tiers exposé à l’action en réparation de la personne assurée (ou de ses ayants droit) et au recours subrogatoire de l’assureur social. Ce principe connaît toutefois des exceptions: ce sont les **privilèges** accordés par la loi à certains responsables. Ce sont des prérogatives reconnues par la loi à certaines personnes, les exemptant de l’application des règles générales en matière de responsabilité civile. Le bénéficiaire du privilège bénéficie ainsi d’une immunité qui le met à l’abri d’une prétention civile, sous certaines conditions.

26

Dans la LPGA, les privilèges consacrés par l’art. 75 al. 1 et 2 sont **des privilèges de recours**. Ils exemptent le tiers de sa responsabilité pour les seules prétentions subrogatoires de l’assureur social mais pas pour les prétentions de la personne lésée. Ils sont institués au bénéfice des **proches** (sur cette notion: art. 75 N 16 ss) et de **l’employeur** (sur cette notion: art. 75 N 27) **en cas d’accident professionnel**.

27

II. Le concours d’actions (al. 2)

En responsabilité plurale, l’assureur bénéficie d’un concours d’actions ou de **la solidarité** au sens large⁴⁴. A l’instar de la personne assurée (ou de ses ayants droit), il peut agir contre l’un ou l’autre des responsables, en particulier contre le plus solvable, et lui demander la totalité de la réparation⁴⁵. Il ne peut obtenir qu’une fois la réparation de son préjudice. Il en découle que le paiement opéré par une personne responsable libère les autres à due concurrence⁴⁶.

28

41 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 540, n. 927.

42 Le cas de l’assureur en responsabilité civile, sujet à l’action directe du lésé et de l’assureur subrogé, demeure réservé (art. 72 al. 4).

43 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1968.

44 Cette question était controversée avant l’entrée en vigueur de la LPGA. Elle a été tranchée dans un arrêt: TF, 19.11.2002, 4C.208/2002, publié in Praxis des Bundesgerichts 2003 n° 212, 1155 (commenté par FRÉSARD-FELLAY, REAS 2003 143 ss).

45 OVERTON, 335.

46 Pour une présentation générale du concours d’actions en responsabilité civile, cf. WERRO, Responsabilité, N 1688 ss.

- 29 S'agissant de l'hypothèse où l'un des responsables virtuels bénéficie d'un **privilège de recours**, elle est traitée à l'art. 75 (cf. art. 75 N 45 s.).

III. La prescription (al. 3)

- 30 **Le délai** de prescription de la prétention subrogatoire de l'assureur social est identique au délai de prescription des prétentions civiles de la personne lésée (art. 72 al. 3 LPGA). Par exemple, si le tiers est tenu de répondre du dommage en vertu de l'art. 41 CO, les délais de prescription de la créance directe et de la créance subrogatoire sont régis par l'art. 60 CO.
- 31 La créance de la personne lésée et la créance subrogatoire de l'assureur étant **deux créances distinctes**, la prescription court pour chacune d'elles séparément; les mesures interruptives de prescription, telles que des poursuites ou une action en justice, prises par l'un des créanciers, ne bénéficient pas à l'autre.
- 32 **Le point de départ** des délais de prescription des prétentions subrogatoires fait l'objet d'une règle spécifique dérogeant au droit commun: le délai ne commence pas à courir avant que l'assureur ait eu connaissance des prestations qu'il doit allouer ainsi que du responsable (art. 73 al. 3, 2^e phrase). Même si le texte légal ne le dit pas expressément, ce point de départ vise **le délai de prescription ordinaire ou relatif**⁴⁷ et non le délai de dix ans de la prescription subsidiaire. Le *dies a quo* spécifique ne s'applique pas non plus au délai de la prescription extraordinaire qui dépend de la prescription de droit pénal, pour autant que l'acte illicite constitue une infraction. Cela est conforme à la jurisprudence rendue en application de l'art. 60 CO⁴⁸.
- 33 Pour déterminer quand l'assureur a **connaissance des prestations dues et du responsable**, il y a lieu de se référer par analogie aux règles dégagées par la jurisprudence rendue en application de l'art. 60 CO. La connaissance effective des prestations est déterminante. Ainsi, l'assureur doit disposer d'informations suffisantes sur l'existence, la nature et l'étendue des prestations dues pour pouvoir fonder et motiver sérieusement une demande en justice⁴⁹. Même si le texte de l'art. 73 al. 3, 2^e phrase ne l'indique pas, il faut de plus que l'assureur sache si ses prestations ont ou non un caractère indemnitaire, puisque seules les prestations indemnitaires sont recouvrables. En d'autres termes, le délai de prescription ne commence pas à courir avant que l'assureur connaisse les prestations qu'il doit allouer et également l'existence, la nature et l'étendue du dommage en droit de la responsabilité civile, assiette de la subrogation⁵⁰.
- 34 Le délai absolu de prescription de dix ans est trop court dans certains domaines. C'est le cas en ce qui concerne les maladies professionnelles liées à l'amiante où le temps de latence de la maladie est considérablement plus long et peut s'étendre sur plusieurs décennies⁵¹. Le délai de prescription absolu courant dès le fait dommageable, **la prescription**

47 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1826 et renvois; HÜRZELER, Regress, N 36.55; le projet de révision de la LPGA complétera le texte légal dans ce sens (P-LPGA 2018, FF 2018 1655, 1657).

48 Le délai absolu de dix ans court dès le jour du fait dommageable, indépendamment du fait que le lésé ait connaissance à ce moment-là du dommage et de la personne tenue de le réparer (ATF 137 III 16, JdT 2013 II 315; ATF 127 III 257, c. 2b, JdT 2002 I 249, SJ 2002 I 113).

49 ATF 137 III 16, JdT 2013 II 315; ATF 126 III 161, c. 3c, JdT 2000 I 292.

50 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1838 et réf.; d'un autre avis: HÜRZELER, Regress, N 36.55.

51 Pour plus de détails, cf. FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 365 ss N 128 ss.

peut dès lors être acquise avant que la victime (ou ses survivants) ne connaisse l'étendue de sa créance directe⁵² et l'assureur celle de la créance subrogatoire. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'application des règles de prescription (et de péremption) limitait l'accès de la victime à un tribunal et violait l'art. 6 § 1 CEDH⁵³. La révision du droit de la prescription qui envisage une prolongation du délai absolu de prescription est en cours⁵⁴. Le projet du Conseil fédéral a été publié le 29 novembre 2013⁵⁵.

La brièveté des délais de prescription du droit positif impose des mesures interruptives. C'est la raison pour laquelle, en matière d'exercice des prétentions subrogatoires de l'assureur social, la renonciation à la prescription⁵⁶ délivrée après la survenance de l'événement dommageable et avant l'échéance de la prescription est très répandue en pratique, en particulier dans les relations avec les compagnies d'assurance. Elle permet d'éviter de devoir interrompre le cours de la prescription par une action en justice ou une notification d'un commandement de payer, seuls actes interruptifs de prescription du créancier admis par l'art. 135 ch. 2 CO. Une renonciation à invoquer la prescription est licite⁵⁷; toutefois, la renonciation doit être limitée dans le temps. Elle peut également être étendue au-delà du délai de prescription subsidiaire de dix ans. En l'absence d'indication, elle vaut pour la durée du délai de prescription⁵⁸. 35

Les assureurs sociaux concluent souvent avec les assureurs en responsabilité civile des conventions qui règlent en particulier les questions de prescription⁵⁹. Sur ce point, on peut mentionner la convention du 13 janvier 1982 conclue entre les compagnies membres de l'Association suisse des assureurs responsabilité civile et automobiles (ARCA, intégrée dans l'Association Suisse d'Assurances [ASA]) et l'OFAS qui concerne la renonciation à la prescription pour l'exercice des recours dans l'AVS/AI⁶⁰. En vertu de cette convention, les compagnies d'assurance parties à la convention renoncent à invoquer, dans les limites de la couverture, en leur faveur et en celle de leurs preneurs, l'exception de prescription, pour autant que le recours contre le tiers responsable soit annoncé par écrit au responsable ou à la compagnie d'assurance avant que la prescription ne soit acquise et au plus tard 10 ans après l'événement dommageable. 36

52 ATF 136 II 187; ATF 137 III 16, JdT 2013 II 315 (commenté par CHAPPUIS BENOÎT/WERRO FRANZ, Délais de prescription et dommages différés: réflexions sur l'ATF 137 III 16 et la motion parlementaire 07.3763, REAS 2011 140 ss).

53 CourEDH, 11.3.14, *Howald Moor et autres c. la Suisse*, R. 52067/10, 41072/11; WERRO, Responsabilité, N 1632 ss.

54 Voir not. WERRO, Responsabilité, N 1622 ss; KRAUSKOPF, *Haftpflichtprozess*, 51 ss; VOGEL, 97 ss.

55 Projet et Message relatifs à la modification du code des obligations (Droit de la prescription), FF 2014 221, 273 ss.

56 On parle de renonciation à la prescription ou de renonciation à l'exception de prescription; les deux désignations ont la même portée (ATF 99 II 185, c. 3). Sur ce sujet, cf. THÉVENAZ ALAIN, La déclaration de renonciation à se prévaloir de la prescription, in Gauch/Werro/Pichonnaz (éd.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève/Zurich/Bâle 2008, 443 ss.

57 ATF 132 III 226, JdT 2007 I 445.

58 Au sujet du projet de réforme: PICHONNAZ PASCAL, La renonciation à la prescription selon le projet de réforme du droit de la prescription, REAS 2014 84 ss.

59 Voir surtout: KRAUSKOPF, *Verjährungsverzicht*, 318 ss.

60 <<https://www.regress.admin.ch/fr/>> sous Conventions (consulté le 1.6.2017).

IV. Le droit d'action directe et l'inopposabilité des exceptions (al. 4)

- 37 L'art. 72 al. 4 LPGA prévoit le transfert à l'assureur subrogé de deux droits accessoires: le droit direct contre l'assureur en responsabilité civile et l'inopposabilité des exceptions fondées sur le contrat d'assurance⁶¹. Ce transfert découle de la subrogation. En effet, la cession de créance emporte le **transfert des droits accessoires**, pour autant qu'ils ne soient pas inséparables de la personne assurée⁶² (N 16).
- 38 **Le droit d'action directe** permet à la personne lésée de poursuivre l'assureur de la responsabilité civile du tiers responsable en réparation de son dommage à la place du responsable. Lorsque la personne lésée dispose d'un droit direct contre l'assureur en responsabilité civile, ce droit passe également à l'assureur subrogé. Le droit d'action directe est garanti au lésé, en particulier par l'art. 65 al. 1 LCR. Il est prévu aussi par diverses autres lois instituant des responsabilités civiles avec assurance obligatoire pour renforcer les droits de la victime, en particulier l'art. 19 al. 1 LRCN, l'art. 37 al. 1 LITC⁶³, l'art. 33 al. 1 LNI et l'art. 16 al. 2 LChP. C'est évidemment en matière de circulation automobile que le principe joue le plus grand rôle.
- 39 **Les exceptions tirées du contrat d'assurance** qui ne peuvent pas être opposées à la personne lésée ne peuvent pas non plus l'être aux prétentions subrogatoires de l'assureur. Les exceptions fondées sur la LCA, dont l'assureur du tiers responsable ne saurait exciper, sont notamment les suivantes: la violation par le preneur d'assurance de ses obligations à la conclusion du contrat (art. 4 ss LCA, en particulier l'art. 6 LCA qui concerne la réticence⁶⁴) ou en cours d'exécution (art. 20, 28 et 38 LCA) et la faute grave ou intentionnelle de la personne assurée (art. 14 LCA). L'assureur ne peut pas non plus se prévaloir d'exceptions prévues par le contrat d'assurance, par exemple d'une franchise contractuelle ou d'une clause d'exclusion du risque (art. 33 LCA)⁶⁵.
- 40 Il existe également d'autres droits accessoires liés à la créance qui sont transférés à l'assureur social subrogé. On peut mentionner en particulier **le droit de gage de l'art. 60 LCA et la créance d'intérêts**⁶⁶:
- L'art. 60 LCA prévoit qu'en cas de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle les tiers lésés bénéficient d'un droit de gage sur la prestation de l'assureur de la responsabilité civile⁶⁷. Ce droit de gage est assorti du droit pour l'assureur d'exécuter sa prestation directement entre les mains du lésé (art. 60 al. 1 LCA).
 - La créance d'intérêts est un droit accessoire lié à la créance principale. La subrogation de l'assureur social s'exerce sur l'indemnité due pour la composante du dommage que la prestation a indemnisée, jusqu'à hauteur de la prestation. Au même titre que les autres droits accessoires, la créance d'intérêts pour la prétention subrogatoire passe à l'assureur subrogé, avec la cession de créance⁶⁸. On parle alors d'«*Regresszins*».

61 ATF 119 II 289, c. 5, JdT 1993 I 721.

62 TF, 19.11.2002, 4C.208/2002, c. 2.1.2; CR CO I-WERRO, art. 51 N 34.

63 Pour un cas d'application: ATF 143 III 79.

64 ATF 119 II 289, JdT 1993 I 721.

65 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 545.

66 ATF 131 III 12, c. 9.5; HÜRZELER, Regress, N 36.29.

67 Pour une présentation générale: BREHM, N 563 ss; BRULHART VINCENT, Droit des assurances privées, 2^e éd., Berne 2017, N 898 ss.

68 P.ex. ATF 112 II 87, JdT 1986 I 439; DÉCAILLET THIERRY, L'intérêt subrogatoire; quand et comment le calculer?, REAS 2017 314 ss; LÄUBLI ZIEGLER, Zeit ist Geld II, 320 ss; HÜRZELER, Re-

V. L'exercice de la subrogation (al. 5)

A. Généralités

L'art. 72 al. 5, 1^{re} phrase, LPGA donne au Conseil fédéral la compétence d'édicter des dispositions sur l'exercice du droit de recours. Les dispositions d'exécution figurent aux **art. 13 à 17 OPGA** qui forment le chapitre 3 de cette ordonnance. Les dispositions précitées règlent divers aspects de l'exercice du droit de recours subrogatoire: les relations des assureurs entre eux et avec d'autres intéressés (art. 13), l'exercice du recours de l'AVS/AI (art. 14), l'exercice du recours de l'assurance-chômage (art. 15), les rapports entre plusieurs assureurs sociaux (art. 16) et le recours contre un responsable qui n'est pas assuré en responsabilité civile (art. 17). 41

Bien que l'action subrogatoire soit fondée sur une disposition de droit public, il s'agit d'une **action de nature civile**⁶⁹ soumise aux juridictions civiles ordinaires⁷⁰. Cela vaut aussi lorsque la prétention est exercée contre l'Etat en tant que responsable civil d'un préjudice⁷¹. En particulier, la compétence attribuée au Conseil fédéral par l'art. 72 al. 5 LPGA d'édicter des dispositions d'exécution n'inclut pas la compétence de déclarer la procédure subrogatoire de droit public et de donner en matière de subrogation aux assureurs le pouvoir de rendre des décisions⁷². 42

Il appartient d'abord à l'assureur d'allouer ses prestations avant d'exercer son recours subrogatoire; la victime doit connaître les prestations sociales pour déterminer son découvert. Ainsi la fixation des prestations sociales précède nécessairement la détermination du préjudice en droit de la responsabilité civile⁷³. Dès lors, **la question se pose de savoir si les faits tenus pour établis au terme de la procédure administrative et contentieuse d'assurances sociales le sont également en procédure civile**. Le principe est connu: le tiers responsable ou son assureur responsabilité civile ne sont pas parties à la procédure administrative; dès lors, les faits établis par l'assureur social ou le juge des assurances sociales ne lient pas le juge civil appelé à connaître des prétentions directes et/ou subrogatoires. Toutefois, les moyens de preuve sur lesquels s'appuient les deux procédures d'indemnisation sont souvent identiques. La cohérence des régimes d'indemnisation du préjudice corporel veut dès lors que le juge civil ne s'écarte pas sans motifs sérieux de l'appréciation portée en procédure d'assurances sociales⁷⁴. Il s'agit également d'éviter la poursuite d'une production «en chaîne» de rapports médicaux, qui allongent la durée des procédures et dont la multiplication à elle seule crée de graves difficultés d'appréciation⁷⁵. 43

gress, N 36.29; cf. aussi, L'ÄUBLI ZIEGLER, Im gleichen Boot, 252; WERRO, Intérêts moratoires, 39.

69 MAURER, Recht, 9; sur le procès en matière de recours subrogatoire, cf. Forum REAS 2017, 307 ss.

70 KRAUSKOPF, Regressprozess, 73 ss; HÜRZELER, Regress, N 36.60 ss; cf. ég. PRIBNOW/BENJAMIN, 360.

71 Avis CF, FF 1991 II 888, 894.

72 Rapport Commission CN, FF 1999 4168, 4304 s.; avis CF, FF 1991 II 888, 894.

73 GREBER/KAHL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 527 ss N 173 ss.

74 Au sujet des exigences posées à l'assureur social pour l'établissement des prestations dont il demande le remboursement et l'administration des preuves: TF, 15.12.2016, 4A_301/2016, c. 9 (non publié in ATF 143 III 79), commenté par SCHMID MARKUS, Hohe Hürden für den regressierenden Sozialversicherer, REAS 2017 192 s. Cf. également HÜRZELER, Gesetzliche Leistungen, 308 ss; PRIBNOW/RUFF, 310 ss.

75 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1811 ss; dans le même sens: SCHMID M., Regressansprüche, 297; KRAUSKOPF, Regressprozess, 76 s.; PRIBNOW/BENJAMIN, 363.

B. Les conventions (art. 13 OPGA)

- 44 L'art. 13 OPGA régit les rapports des assureurs sociaux entre eux et avec d'autres intéressés par une règle générale. Sous le titre marginal «Principe», l'art. 13 OPGA prévoit que les assureurs qui disposent du droit de recours peuvent conclure des **conventions** entre eux et avec d'autres intéressés⁷⁶.
- 45 **Les intéressés** à des conventions avec les assureurs sociaux sont les personnes ou les organismes concernés par l'exercice de la subrogation: il s'agit en premier lieu des assureurs en responsabilité civile; il s'agit également des personnes et organismes qui versent des prestations pour le même cas d'assurance, comme l'employeur de la victime ou les assureurs privés de dommage.
- 46 Ces conventions ont pour **but** de simplifier la liquidation des recours: il s'agit d'alléger la procédure et, corrélativement, de réduire les coûts. De telles conventions existaient avant l'entrée en vigueur de la LPG⁷⁷.
- 47 Ces conventions sont nombreuses. On peut citer, par exemple, **la convention de recours LAA** passée entre les assureurs-accidents et la plupart des assureurs en responsabilité civile⁷⁸. Elle est assortie de directives d'application qui en font partie intégrante. Il s'agit de l'accord principal du régime conventionnel de la subrogation des assureurs-accidents. Cet accord revêt une grande importance pratique. Il met en œuvre trois moyens: une renonciation générale à l'exception de prescription, une renonciation à l'exercice de la subrogation dans les cas où les prestations n'excèdent pas le montant de CHF 2000.– et le règlement forfaitaire de la créance subrogatoire pour les cas où les prestations sont supérieures à CHF 2000.– mais n'excèdent pas CHF 50 000.–⁷⁹. On mentionnera également **l'accord relatif au règlement de sinistres dans le cadre de collisions en chaîne** du 12 mars 2008 qui lie l'ASA, la CNA et l'OFAS⁸⁰. Elle vise les collisions en chaîne impliquant au minimum 25 véhicules⁸¹. On mentionnera enfin la convention du 13 janvier 1982 conclue entre les compagnies membres de l'Association suisse des assureurs responsabilité civile et automobiles (ARCA, intégrée dans l'Association Suisse d'Assurances [ASA]) et l'OFAS concernant **la renonciation à invoquer la prescription** (N 36).
- 48 Les conventions doivent être distinguées **des recommandations** des assureurs. La mise en œuvre du recours subrogatoire se heurte à des questions non résolues. C'est la raison pour laquelle l'ASA, la CNA et l'OFAS procèdent à des échanges de vues et élaborent en commun des recommandations⁸². Ces recommandations ne sont opposables ni aux personnes lésées ni aux tribunaux⁸³. Elles ont néanmoins le mérite de proposer des solutions à des questions controversées et de contribuer à l'accélération des procédures de règlement des sinistres. Ces recommandations sont publiées par la revue Responsabilité et as-

76 Not. DOLF, Rückgriffrecht, N 366 ss.

77 Not. MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 564 s.

78 <<http://www.svv.ch/fr/content-default/convention-de-recours-laa>> (consulté le 2.6.2016).

79 Pour plus de détails: FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1875 ss.

80 Elle peut être consultée à l'adresse: <www.regress.admin.ch/fileadmin/redaktion/Dienstleistung/Vereinbarungen/f/accord_collision_chaine_2008_f.pdf> (consulté le 26.7.2017).

81 Pour plus de détails: DOLF, Rückgriffrecht, N 377 ss. Pour un cas d'application: KLÄGER MARCEL, Anwendung des Massenkollisionsabkommens, REAS 2018 93 ss.

82 Cf. é.g., DOLF, Rückgriffrecht, N 418 ss.; LÄUBLI ZIEGLER, Koordinationsprobleme, 176; FRÉSARD-FELLAY, LPG, 75 ss.

83 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 549.

surances (REAS), lorsqu'elles revêtent un intérêt pour les tiers⁸⁴. Elles portent notamment sur les thèmes suivants: le calcul du dommage de rente⁸⁵, le calcul de la surindemnisation selon l'art. 69 LPGA, les intérêts moratoires selon l'art. 26 LPGA, la renonciation aux prestations d'assurances sociales, la perte de soutien⁸⁶, le recours des institutions de prévoyance⁸⁷, l'accélération du règlement des recours et les répercussions des révisions de l'assurance-invalidité sur les rapports entre assureurs sociaux et assurés.

C. L'exercice du recours de l'AVS/AI (art. 14 OPGA)

L'art. 14 al. 2 OPGA coordonne l'exercice des créances subrogatoires d'un assureur-accidents, la CNA, avec celles de l'AVS/AI comme suit: **49**

- il prescrit l'**exercice en commun** du recours de la CNA et de l'AVS/AI. Cet exercice en commun concerne les cas de subrogation simultanée, à savoir les cas où les deux assureurs allouent des prestations résultant de la même cause et où un tiers est tenu à réparation du dommage,
- il l'organise en confiant à la CNA la charge d'agir au nom de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité⁸⁸, et
- il impose aux parties de passer convention.

Ce mandat a une **origine historique**⁸⁹. En effet, lors de l'introduction du recours de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité au 1^{er} janvier 1979, les caisses de compensation se trouvaient devant une tâche nouvelle posant différentes questions d'organisation et d'administration. Le législateur a alors considéré que la CNA disposait d'une organisation propre qu'il était judicieux de mettre à profit⁹⁰. **50**

Pour organiser l'exercice du recours de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité par la CNA, les parties ont passé une **convention**, conformément à ce que prescrit l'art. 14 al. 2 OPGA⁹¹. Celle-ci régit les aspects suivants: **51**

- les rapports de représentation et en particulier la collaboration, l'échange d'informations entre les unités en charge de la subrogation et les honoraires du mandataire,
- la répartition de la recette subrogatoire. Alors que l'assurance-accidents est une assurance causale, l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité est une assurance qui repose sur une idée de finalité: elle verse ses prestations sans avoir vérifié si l'invalidité ou le décès ont été causés par un accident ou une maladie. C'est pourquoi la convention règle notamment le partage de la recette subrogatoire dans les hypothèses où le caractère indemnitaire de la prestation de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité pose problème.

On notera que l'OPGA ne régit pas l'exercice concomitant des créances subrogatoires des assureurs sociaux autres que la CNA et l'assurance-vieillesse et survivants/assu- **52**

84 Elles peuvent être consultées sur le site du service des recours de l'OFAS à l'adresse: <www.regress.admin.ch/fr/> sous Recommandations (consulté le 2.6.2017).

85 LÄUBLI ZIEGLER, Rentenschaden, 450 ss.

86 CHAPPUIS/BECK, Perte de soutien, 345 ss.

87 CHAPPUIS/BECK, Recours de l'IP, 79 ss.

88 ATF 143 III 79, c. 3.4.

89 MAURER, Cumul, 74.

90 Message du 7 juillet 1976 à l'appui d'un projet de loi fédérale sur l'assurance-accidents, FF 1976 III 143, 210.

91 Not. DOLF, Rückgriffrecht, N 371 ss.

rance-invalidité, comme par exemple le recours commun entre **un assureur-accidents selon l'art. 68 LAA** et l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité⁹². L'ordonnance autorise toutefois un régime conventionnel, possibilité dont il ne paraît pas avoir été fait usage.

D. L'exercice du recours de l'assurance-chômage (art. 15 OPGA)

- 53 L'art. 15 OPGA charge les organes d'exécution de l'assurance-chômage compétents en vertu de la LACI et le SECO d'exercer les prétentions de l'assurance-chômage⁹³.

E. Les rapports entre plusieurs assureurs sociaux (art. 16 OPGA)

- 54 L'art. 16 OPGA prévoit que lorsque plusieurs assureurs sociaux participent au même recours, ils constituent **une communauté de créanciers** («*Gesamtgläubiger*») et doivent procéder entre eux à la répartition des montants récupérés proportionnellement aux prestations concordantes dues par chacun d'eux.
- 55 Les assureurs sociaux visés par cette disposition sont **les assureurs sociaux qui bénéficient de la subrogation** des art. 72 ss LPGa (N 6) et **les institutions de prévoyance professionnelle pour la prévoyance obligatoire** (art. 27e OPP 2)⁹⁴. **La Caisse fédérale de pensions Publica**, qui bénéficie d'une subrogation intégrale prévue par une loi fédérale pour le régime de prévoyance professionnelle obligatoire ou plus étendu (art. 5 LPubblica), doit être soumise au même régime si elle exerce également son recours. C'est également le cas de **l'employeur de la personne assurée**. Il n'est certes pas un assureur social; toutefois, dans l'exercice de sa prétention contre le tiers tenu à réparation du dommage, il y est assimilé⁹⁵.
- 56 **Malgré le texte réglementaire, il n'y a pas communauté de créanciers** entre les assureurs sociaux qui participent au recours subrogatoire, les créanciers n'étant nullement tenus d'agir en commun⁹⁶. Il s'agirait, selon une partie de la doctrine, d'une **créance solidaire** au sens de l'art. 150 CO⁹⁷. Selon une autre partie de la doctrine, il ne s'agit pas d'une communauté de créanciers mais pas non plus de solidarité car un assureur ne peut faire valoir que ses propres prétentions et non pas l'entier recours⁹⁸, de telle sorte qu'il s'agirait d'une communauté de coordination particulière du droit des assurances sociales. Selon un troisième point de vue enfin, la qualification peut rester ouverte: même si l'on parle d'une communauté de coordination du droit des assurances sociales, les règles de solidarité seraient applicables par analogie⁹⁹. Appelé à trancher le débat, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la qualification du rapport entre plusieurs assureurs sociaux exerçant

92 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 548.

93 Sur la subrogation de l'assurance-chômage dans la LPGa et dans la LACI: OTTIMOFIORE/THALMANN, 189 ss.

94 FRÉSARD-FELLAY, art. 34b, N 234 ss.

95 ATF 126 III 521, c. 2, JdT 2001 I 506.

96 ATF 143 III 79, c. 4.

97 MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, N 1457; RUMO-JUNGO, Thèse d'habilitation, N 1105; RUMO-JUNGO, Subrogation, 422; FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1936 ss; KRAUSKOPE, Regressprozess, 87 s.

98 BECK, ATSG, 149 et N 88; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 72 N 37.

99 MAESCHI, Kommentar, N 13 («*sozialversicherungsrechtlicher Koordinationsgrundsatz*»), N 14 («*Solidarforderung*»), au sujet de l'art. 73 al. 2 LAM; SCHMID M., Regressansprüche, 304.

leur recours, toutefois il a appliqué les règles de solidarité¹⁰⁰. En effet, il a retenu que chaque assureur est autorisé à faire valoir sa créance de manière intégrale et indépendante¹⁰¹. Chaque assureur exerce en principe sa prétention subrogatoire, pour son propre compte. La règle connaît une exception : l'art. 14 al. 2 OPGA donne à la CNA et à l'assurance militaire le mandat d'exercer le recours de l'AVS/AI dans les cas de subrogation simultanée¹⁰² (N 49 ss).

Dans les rapports **externes**, le débiteur se libère en versant le tout à l'un des assureurs subrogés mais au maximum le montant de la créance de celui-ci. Si la réparation ne suffit pas à indemniser les créanciers solidaires (p.ex., s'il y a réduction de la réparation ou si le dommage, assiette de la subrogation, est inférieur aux prestations des assureurs¹⁰³), chacun d'eux peut exiger la totalité de sa créance sans l'accord de son ou de ses cocréanciers ; le débiteur se libère en s'acquittant de la dette totale auprès d'un seul assureur social.

Dans les rapports **internes** entre créanciers solidaires, une fois le paiement effectué à un ou plusieurs créancier(s), il y a lieu à répartition de la recette lorsqu'un des créanciers a reçu plus que sa part. **La répartition de la recette subrogatoire** entre les assureurs sociaux (y compris l'institution de prévoyance pour le régime obligatoire) s'effectue **proportionnellement aux prestations concordantes**¹⁰⁴. Savoir s'il y a concordance se détermine en fonction de quatre critères déterminants (art. 63 N 36, art. 69 N 16 ss, art. 74 N 5 s.)¹⁰⁵. L'assureur subrogé participe ainsi à la répartition de la seule part d'indemnité due pour la composante du dommage qu'il contribue à indemniser. Par exemple, l'assurance-vieillesse et survivants qui verse une rente de survivant ne participe pas à l'indemnité due par le tiers responsable pour couvrir les frais funéraires. Seules les créances représentées participent à la réparation. Si l'un des créanciers renonce à faire valoir sa prétention subrogatoire ou si celle-ci est prescrite, il ne participe pas à la répartition, laquelle s'effectue en fonction des créances représentées : dans cette hypothèse, les créances des assureurs sociaux participant à la distribution augmentent proportionnellement, mais au maximum jusqu'à concurrence de leurs prestations indemnitaires¹⁰⁶.

F. Le recours contre un tiers responsable non assuré (art. 17 OPGA)

Il se peut que le recours subrogatoire s'exerce contre un tiers tenu à réparation du dommage, qui n'est pas assuré en responsabilité civile. Dans cette hypothèse, l'art. 17 OPGA prévoit que les assureurs participant au recours désignent parmi eux celui qui les représentera pour traiter avec le responsable. S'ils ne parviennent pas à se mettre d'accord, **la représentation** sera exercée selon un ordre de priorité par l'assurance-accidents d'abord, puis, dans l'ordre, par l'assurance militaire, l'assurance-maladie et enfin par l'AVS/AI (art. 17 *in fine* OPGA).

Selon ce système, le responsable non assuré n'est pas confronté à des créanciers agissant en ordre dispersé mais traite avec un seul assureur subrogé. Sur le plan interne, il appartient au représentant de coordonner les créances, puis de répartir la recette entre les cocréanciers.

100 Voir en particulier BECK, Mehrzahl, 316 ss. En cas de litige entre assureurs sociaux, KIESER propose l'application de l'art. 87 LAMal et de l'art. 78a LAA (Regressrecht, 56 N 39), malgré la nature civile de l'action subrogatoire.

101 ATF 143 III 79, c. 4.

102 Au 1^{er} juillet 2005, la gestion de l'assurance militaire a été confiée à la CNA.

103 ATF 143 III 79, c. 5.

104 ATF 143 III 79, c. 5.

105 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 551.

106 Voir aussi SCHMID M., Regressansprüche, 306.

Art. 73

Etendue de la subrogation

¹ L'assureur n'est subrogé aux droits de l'assuré et de ses survivants que dans la mesure où les prestations qu'il alloue, jointes à la réparation due pour la même période par le tiers responsable, excèdent le dommage causé par celui-ci.

² Toutefois, si l'assureur a réduit ses prestations au sens de l'art. 21, al. 1 ou 2, les droits de l'assuré ou de ses survivants passent à l'assureur dans la mesure où les prestations non réduites, jointes à la réparation due pour la même période par le tiers, excèdent le montant du dommage.

³ Les droits qui ne passent pas à l'assureur restent acquis à l'assuré ou à ses survivants. Si seule une partie de l'indemnité due par le tiers responsable peut être récupérée, l'assuré ou ses survivants ont un droit préférentiel sur cette partie.

Umfang

¹ Die Ansprüche der versicherten Person und ihrer Hinterlassenen gehen nur so weit auf den Versicherungsträger über, als dessen Leistungen zusammen mit dem vom Dritten für den gleichen Zeitraum geschuldeten Ersatz den entsprechenden Schaden übersteigen.

² Hat jedoch der Versicherungsträger seine Leistungen im Sinne von Artikel 21 Absatz 1 oder 2 gekürzt, so gehen die Ansprüche der versicherten Person und ihrer Hinterlassenen so weit auf den Versicherungsträger über, als dessen ungekürzte Leistungen zusammen mit dem vom Dritten für den gleichen Zeitraum geschuldeten Ersatz den entsprechenden Schaden übersteigen würden.

³ Die Ansprüche, die nicht auf den Versicherungsträger übergehen, bleiben der versicherten Person und ihren Hinterlassenen gewahrt. Kann nur ein Teil des vom Dritten geschuldeten Ersatzes eingebracht werden, so sind daraus zuerst die Ansprüche der versicherten Person und ihrer Hinterlassenen zu befriedigen.

Estensione

¹ L'assicuratore è surrogato nei diritti dell'assicurato e dei suoi superstiti solo nella misura in cui le prestazioni accordate, sommate al risarcimento dovuto per lo stesso periodo dal terzo, superano il corrispondente danno.

² Tuttavia, se l'assicuratore ha ridotto le proprie prestazioni giusta l'articolo 21 capoversi 1 e 2, i diritti dell'assicurato e dei suoi superstiti passano all'assicuratore nella misura in cui le prestazioni non ridotte, sommate al risarcimento dovuto per lo stesso periodo dal terzo, superano il corrispondente danno.

³ I diritti che non passano all'assicuratore restano acquisiti all'assicurato e ai suoi superstiti. Se può essere recuperata unicamente una parte dell'indennità dovuta dai terzi, l'assicurato e i suoi superstiti hanno un diritto preferenziale su questa parte.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. Systématique	2
C. But de la norme	5
II. Le droit préférentiel de répartition (al. 1)	8
A. Principes	8
B. Conditions	13

	N
C. Distinctions	19
D. Concordance temporelle des droits	20
III. Le droit préférentiel pondéré (al. 2)	22
A. Principes	22
B. Conditions	29
C. Exceptions	34
IV. Le droit préférentiel de couverture (al. 3)	35
A. Principes	35
B. Conditions	39
V. Autres applications de la règle	41
A. Le droit préférentiel partiel en matière de tort moral	41
B. Le droit préférentiel virtuel?	47
VI. Les droits exclusifs (al. 3)	49

Bibliographie

Cf. bibliographie sous Introduction aux art. 72 à 75 LPGA. BECK PETER, Quotenvorrecht des Geschädigten: Einführung des Quotenvorrechts zugunsten der Sozialversicherung?, REAS 2008 163 s. (cité: Einführung); FRÉSARD-FELLY, Le droit préférentiel de la victime: et les autres options?, REAS 2008 164 ss (cité: Autres options); FRÉSARD-FELLY GHISLAINE, Le droit préférentiel de la personne lésée: les intérêts en présence, RSAS 2008 278 ss (cité: Intérêts); KOLLER THOMAS, Quotenvorrecht und Genugtuungsleistungen für Körperverletzungen: ein guteidgenössischer Kompromiss des Bundesgerichts?, PJA 1997 1427 ss (cité: Quotenvorrecht); PICHONNAZ PASCAL, Le devoir du lésé de diminuer son dommage, in Werro (éd.), La fixation de l'indemnité: colloque du droit de la responsabilité civile 2003, Université de Fribourg, Berne 2004, 109 ss (cité in Werro [éd.]); WEBER STEPHAN, Die Schadenminderungspflicht – eine metamorphe Rechtsfigur, in Koller (éd.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, St-Gall 1999, 133 ss (cité: Schadenminderungspflicht); WEBER STEPHAN, Reduktion von Schadenersatzleistungen, in HAVE Verein Haftung und Versicherung (éd.), Personen-Schaden-Forum 2007, Zurich 2007, 111 ss (cité: Reduktion); WERRO FRANZ (éd.), La fixation de l'indemnité: colloque du droit de la responsabilité civile 2003, Université de Fribourg, Berne 2004 (cité: AUTEUR, in Werro [éd.]).

I. Introduction

A. Généralités

Dès l'événement dommageable et pour autant que les prestations sociales ne couvrent pas l'intégralité du dommage, le tiers tenu à réparation de celui-ci fait en règle générale face à deux créanciers¹: la victime, titulaire d'une créance directe, et l'assureur social, titulaire d'une créance subrogatoire. Lorsque, pour chaque élément de dommage, **le montant de la réparation globale due par le tiers responsable est suffisant** pour désintéresser à la fois la victime et l'assureur social, on n'a pas à se préoccuper de savoir si l'un doit être préféré à l'autre lors de la distribution. Toutefois, il se peut que, pour différentes raisons, la réparation intégrale du dommage ne puisse intervenir. Par exemple, il se peut que la responsabilité du tiers soit réduite en raison d'une faute propre de la victime ou pour un autre motif; il se peut également que le tiers soit partiellement insolvable. Or l'addition de la prétention pour le découvert et de la prétention subrogatoire ne saurait excéder le montant de la réparation due par le tiers². Il est donc nécessaire de répartir l'in-

1 Lorsque l'un des créanciers est inactif, il n'y a pas de coordination des droits.

2 HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, N 444.

demnité réduite entre la personne lésée et l'assureur social subrogé. En d'autres termes, il s'agira de déterminer qui supportera l'insuffisance: c'est l'objet de l'art. 73. Sous le titre «Etendue de la subrogation», l'art. 73 LPGa institue des droits préférentiels en faveur de la personne assurée et de ses survivants³.

B. Systématique

- 2 L'alinéa 1 de l'art. 73 LPGa consacre le régime de la priorité de la victime sur l'indemnisation: la personne assurée a un droit dit «*préférentiel*» («*Quotenvorrecht*») à une indemnisation de la totalité du dommage subi. Cette règle générale est connue sous l'appellation «**droit préférentiel de répartition**».
- 3 La règle connaît deux applications légales particulières:
 - Lorsque les prestations d'assurance ont été réduites en raison de la violation par la personne lésée de son obligation de prévenir le dommage, le droit préférentiel est atténué (al. 2). Il s'agit du **droit préférentiel pondéré** («*Quotenteilung*»).
 - En cas d'insolvabilité du responsable ou d'insuffisance de la couverture d'assurance responsabilité civile du responsable, le droit préférentiel connaît un mode de calcul particulier (al. 3, 2^e phrase). Il s'agit du **droit préférentiel de couverture** («*Befriedigungs- oder Deckungsvorrecht*»).
- 4 L'art. 73 ne régit pas seulement les droits préférentiels à l'indemnisation de son découvert dont le lésé bénéficie. Cette disposition aborde également les **droits exclusifs** à l'indemnisation de certains composants du dommage (al. 3, 1^{re} phrase). Ces droits s'exercent sur les réparations dues par le tiers responsable pour les dommages non couverts par les prestations sociales.

C. But de la norme

- 5 La règle générale garantit à la personne assurée et à ses survivants une priorité totale à l'indemnisation, jusqu'à concurrence du dommage effectivement subi – et non seulement jusqu'à concurrence de son droit à des dommages-intérêts. La réparation due par la personne civilement responsable va en premier lieu à la personne lésée et complète la prestation de l'assureur bénéficiaire de la subrogation jusqu'à concurrence du dommage; c'est seulement s'il reste un solde après paiement total de ce dommage et au plus pour le montant de ce solde que le recours subrogatoire est admissible⁴. Cette limitation du droit de recours subrogatoire repose sur l'idée que les intérêts des lésés priment sur ceux de l'assureur⁵.
- 6 Le droit préférentiel favorise la victime bénéficiant de prestations d'assurance sociale par rapport à celle qui ne bénéficie pas d'une telle couverture⁶. En effet une personne lésée qui subit un dommage non assuré (p.ex., une perte de gain) ne sera indemnisée que partiellement par le responsable si elle supporte une part de responsabilité dans l'événement dommageable. A l'inverse, une personne lésée qui subit un dommage assuré par un assureur social (p.ex. une perte de gain couverte à 80% par l'indemnité journalière de l'assurance-accidents dès le troisième jour après l'accident [art. 16 s. LAA]) sera totalement in-

3 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 968 ss; DOLF, Rückgriffsrecht, N 250 ss.

4 ATF 93 II 407, c. 2.

5 CR CO I-WERRO, art. 51 N 39.

6 BECK, Schadenausgleichsystemen I, N. 6.141.

demnisée par le tiers responsable de l'accident quand bien même elle supporte une part de responsabilité dans l'événement dommageable.

Le droit préférentiel assure en règle générale à la victime une réparation intégrale du préjudice subi. Celle-ci ne supporte pas la réduction de l'indemnité; le poids de la faute de la victime (ou du fait concomitant) est mis à la charge de l'assureur social. Cet effet est **controversé**: est-il justifié de vouloir à tout prix que la victime d'un préjudice corporel soit entièrement indemnisée même en cas de faute concomitante? Si les risques (en particulier le risque automobile) qui menacent aujourd'hui les personnes imposent une réponse affirmative, pourquoi ce souci de protéger la victime s'imposerait-il au détriment de la sécurité sociale? Ne serait-ce pas au responsable qui a mis en œuvre le risque d'en supporter la charge⁷? Si, à l'inverse, la politique juridique suivie entend faire supporter une partie du poids de la réparation à la victime négligente, pourquoi serait-ce en réalité à l'assureur social et à lui seul qu'elle impose cette sanction? Le débat est ouvert⁸.

II. Le droit préférentiel de répartition (al. 1)

A. Principes

L'art. 73 al. 1 LPGA consacre le droit préférentiel de la personne assurée (ou de ses ayants droit) ou le **droit préférentiel de répartition** («*Quotenvorrecht*» ou «*Verteilungsvorrecht*»)⁹.

Cette règle veut que la créance de la victime pour la part non indemnisée d'un dommage soit imputée en priorité sur la réparation due par le tiers. Le recours subrogatoire de l'assureur est ainsi **subsidaire**. Imaginons par exemple que la personne lésée ait droit à une indemnisation de 50%. Si elle subit une perte de gain de CHF 1000.– indemnisée à 80% par l'indemnité journalière de l'assureur-accidents, soit par CHF 800.– et que la réparation due par le responsable est limitée à CHF 500.–, la victime supporte un découvert de CHF 200.–. Elle peut en obtenir le remboursement par priorité. Elle recevra CHF 800.– de l'assureur social et CHF 200.– du tiers responsable; son dommage sera ainsi entièrement couvert. L'assureur subrogé, qui a payé CHF 800.–, obtiendra le remboursement du solde de l'indemnité à laquelle le responsable est tenu, soit CHF 300.– (CHF 500.– – CHF 200.–).

La personne assurée doit être indemnisée en priorité pour **l'entier du dommage**. Par dommage, on entend le dommage calculé selon les règles du droit de la responsabilité civile (art. 45 et 46 CO; cf. également art. 62 LCR) et non pas les dommages-intérêts ou la réparation due par l'auteur¹⁰. Il en découle que l'assureur n'a une action subrogatoire contre le tiers responsable que dans la mesure où la personne lésée a été intégralement indemnisée.

Ce principe a été posé par la jurisprudence interprétant l'art. 88 LCR¹¹. Le Tribunal fédéral a considéré ensuite que l'art. 88 LCR contenait un principe valable dans tout le do-

7 Cf. ég. PICHONNAZ, 161.

8 Sur ces questions, cf. BECK, *Vorrechte*, 337, 342 s.; BECK, *Einführung*, 163 s.; DOLF, *Rückgriffsrecht*, N 283 ss; FRÉSARD-FELLAY, *Recours subrogatoire*, N 677 ss, N 966 ss, N 1125 ss; FRÉSARD-FELLAY, *Autres options*, 165 ss; FRÉSARD-FELLAY, *Intérêts*, 278 ss; LÄUBLI ZIEGLER, *Das Quotenvorrecht*, 168 ss; PICHONNAZ, *in* Weito (éd.), 160 s.; PRIBNOW, *Das Quotenvorrecht*, 173 s; STOESSEL, *Quotenvorrecht*, 171 ss.

9 Au sujet de la terminologie de langue allemande: DOLF, *Rückgriffsrecht*, N 252 et réf.

10 ATF 93 II 407, c. 2; cf. ég. TF, 27.2.2007, 4C. 402/2006, c. 6.2.

11 ATF 93 II 407.

maine de la responsabilité civile et non seulement en matière de circulation routière¹². Cette jurisprudence, bien établie, a été consacrée par les lois d'assurances sociales, aux art. 42 al. 1 aLAA, 48^{quater} al. 1 aLAVS (auquel l'art. 52 al. 1 aLAI renvoyait), 123 al. 2 aOAMal et 68 al. 1 aLAM.

- 12 L'art. 73 al. 1 reprend les réglementations antérieures¹³. Ce principe s'applique également en matière de **prévoyance professionnelle obligatoire** (art. 27a al. 1 OPP 2)¹⁴. Le droit préférentiel du lésé est reconnu également dans l'assurance privée de dommages¹⁵, y compris en matière de prévoyance professionnelle plus étendue. Sur un point majeur, les mêmes règles s'appliquent ainsi dans le droit de l'indemnisation du préjudice corporel lorsque la personne lésée et l'assureur public ou privé sont en concours. La coordination des droits obéit ainsi à un système homogène.

B. Conditions

- 13 Le droit préférentiel de la personne lésée suppose que trois conditions cumulatives soient remplies. Tout d'abord, il faut que les prestations sociales et les postes du dommage soient concordants (1.). Il faut ensuite que ces derniers ne soient que partiellement couverts par les prestations sociales (2.). Finalement, il faut que l'indemnité due par le tiers ne suffise pas pour indemniser le dommage direct et pour rembourser l'assureur social (3.).

1. L'assureur social verse une prestation qui couvre un poste du dommage concordant

- 14 Le droit préférentiel de la personne assurée présume que le dommage est indemnisé par une ou des prestation(s) de l'assureur social. La règle présuppose ainsi **deux créanciers en concours**. Lorsqu'un seul des créanciers fait valoir sa créance, il n'y a pas concours et la règle du droit préférentiel n'a pas lieu d'être. C'est le cas si la créance de la personne assurée est prescrite: il n'y a plus de concours et la question du rang respectif des créances directes et subrogatoires, ne se pose plus¹⁶.
- 15 Le texte légal prévoit la condition selon laquelle les prestations d'assurance jointes à la réparation n'excèdent pas «le dommage causé». Il vise non pas l'entier dommage au sens du droit de la responsabilité civile mais les seules composantes du dommage indemnisées par l'assureur à défaut des autres éléments du dommage. En effet, la priorité de la victime à l'indemnisation se conjugue avec **le principe de la concordance des droits** (art. 74)¹⁷. Cela signifie que la priorité du lésé à la réparation s'étend séparément à chacune des composantes du dommage, pour autant qu'elle soit indemnisée par une prestation de l'assureur¹⁸. En revanche, le

12 ATF 96 II 355, c. 3, c. 4.

13 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 73 N 7 et réf. Sur l'évolution historique, voir FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 992 ss.

14 Cf. déjà l'arrêt du TF, 7.6.1999, 4P.65/1999, c. 2b/cc, SJ 1999 I 500, où l'indemnisation a été accordée en priorité à la personne lésée par rapport à l'AI et à une caisse de pension.

15 TF, 18.5.2004, 4C.243/2003, c. 5.2.2; BRULHART VINCENT, Droit des assurances privées, 2^e éd., Berne 2017, N 1106 ss; MAURER ALFRED, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3^e éd., Berne 1995, 399; SCHAER, Modernes Versicherungsrecht, § 22 N 103.

16 ATF 134 III 636, c. 1, JdT 2009 I 209; FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1112 ss.

17 Not. DOLF, Rückgriffsrecht, N 256; SCHAER, Modernes Versicherungsrecht, § 22 N 103.

18 ATF 98 II 129, JdT 1973 I 465, n° 68; ATF 113 II 86, JdT 1987 I 442, n° 39, JdT 1986 I 595; KOLLY, Droit préférentiel, 303 ss; MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 556; RUMO-JUNGO, Thèse d'habilitation, N 980 ss; STOESSEL, Regressrecht, 100, n. 4.

droit préférentiel à l'indemnisation ne s'étend pas à la réparation due pour des dommages non indemnisés par l'assureur¹⁹.

2. *Le poste du dommage n'est que partiellement indemnisé par la prestation sociale*

Le droit préférentiel de la personne assurée présume que la prestation d'assurance ne suffit pas à réparer le dommage réel subi par la personne lésée; cette prestation est donc inférieure au dommage effectif²⁰. Par dommage effectif ou réel, on entend le dommage («*Schaden*») calculé selon les règles du droit de la responsabilité civile (art. 45 et 46 CO; cf. également, art. 62 LCR) et non pas les dommages-intérêts ou la réparation due par l'auteur («*Schadenersatz*»)²¹.

16

3. *La réparation due par le tiers responsable est partielle*

Le droit préférentiel de répartition trouve application lorsque la réparation due par le responsable est réduite. Cela signifie que la réparation due ne suffit pas à satisfaire entièrement la créance directe de la victime ou de ses survivants et la créance subrogatoire de l'assureur social. Si les conditions en sont remplies, le responsable est tenu de réparer le préjudice dans sa totalité. Le juge peut toutefois tenir compte de facteurs de réduction. Les circonstances qui peuvent justifier une réduction de la réparation en droit de la responsabilité civile sont énoncées par **les art. 43 al. 1 et 44 CO**²². Ces dispositions ont une **portée générale**: la plupart des lois fondant une responsabilité objective y renvoient dans des formulations diverses. En matière de circulation routière en particulier, l'art. 62 al. 1 LCR contient un renvoi exprès à l'art. 43 CO. Il est admis que le renvoi s'étend aussi à l'art. 44 CO. En dépit de leur titre marginal (art 43 CO: «Fixation de l'indemnité»; art. 44 CO: «Réduction de l'indemnité») et des formulations différentes touchant le pouvoir d'appréciation du juge, ces dispositions visent le même but: permettre de proportionner l'obligation d'indemnisation en fonction de certaines circonstances. Les facteurs de réduction peuvent être opposés à la victime (et aux personnes que la victime décédée soutenait)²³ comme à l'assureur subrogé.

17

La faute concomitante de la victime dans la survenance de l'événement dommageable constitue le cas principal d'application de la règle du droit préférentiel²⁴. Celle-ci peut toutefois trouver application en présence d'autres motifs, par exemple, la faute légère de la personne responsable (art. 43 al. 1 CO)²⁵, la prédisposition constitutionnelle liée²⁶, l'acte de complaisance²⁷ ou le cas fortuit.

18

19 BECK, *Schadenausgleichsystemen I*, N 6.142; FRÉSARD-FELLAY, *Concordance*, 91 ss.

20 ATF 93 II 407, c. 2-6.

21 ATF 93 II 407, c. 2-6.

22 Pour une présentation générale: FELLMANN/KOTTMANN, N 2392 ss; CR CO I-WERRO, art. 43 N 12 ss. Voir aussi FRÉSARD-FELLAY, *in* Werro (éd.), 201 ss; WERRO (éd.), *La fixation de l'indemnité*; WEBER, *Reduktion*, 111 ss.

23 CR CO I-WERRO, art. 44 N 4.

24 ATF 120 II 58, c. 3c, JdT 1994 I 754; ATF 117 II 609, c. 11, JdT 1992 I 726.

25 ATF 131 III 12, c. 4.2, JdT 2005 I 488.

26 ATF 131 III 12, c. 4.1, JdT 2005 I 488; ATF 113 II 86, c. 3, JdT 1987 I 442.

27 ATF 127 III 446, c. 4 b/bb, JdT 2001 I 509.

C. Distinctions

- 19 Certains facteurs de réduction de la réparation peuvent constituer également **des facteurs de réduction du dommage**²⁸. Il s'agit en particulier de la faute de la victime et de la prédisposition constitutionnelle²⁹. Or cette distinction joue un rôle majeur en lien avec le droit préférentiel du lésé. En effet, ces facteurs peuvent jouer deux rôles en relation avec le préjudice corporel³⁰:
- Tantôt **ils contribuent à la survenance du dommage**. C'est le cas, par exemple, de la faute concomitante du conducteur sans ceinture de sécurité qui conduit trop vite et perd la maîtrise du véhicule³¹. C'est le cas également de la prédisposition constitutionnelle liée, à savoir de l'état pathologique antérieur à l'événement dommageable qui favorise ou augmente le dommage mais dont on doit admettre qu'il n'aurait pas influé sur l'intégrité de la victime sans l'événement dommageable³². Dans ce cas, la part du dommage revenant à la prédisposition constitutionnelle peut être prise en compte dans le cadre de l'art. 44 CO et entraîner une réduction modeste de l'indemnité³³. Si l'indemnité est réduite, le lésé bénéficie d'un droit préférentiel et peut cumuler les prestations des assurances sociales et de l'auteur du dommage à hauteur de l'entier de son dommage.
 - Tantôt **ils contribuent à l'aggravation du dommage**. C'est le cas de la violation de l'obligation de réduire le dommage³⁴. C'est le cas d'une prédisposition constitutionnelle indépendante (p. ex., une anomalie de la colonne vertébrale de la personne lésée, un diabète, une ostéoporose, etc.), qui aggrave les troubles consécutifs à l'accident mais dont on doit admettre qu'elle aurait influé sur l'intégrité de la personne même sans la survenance de l'événement dommageable³⁵. Les facteurs qui contribuent à l'aggravation du dommage ne constituent pas un préjudice dont la victime peut demander réparation³⁶. La règle du droit préférentiel ne s'applique pas³⁷. En effet, dans cette hypothèse, le dommage dû à la faute de la victime ou à la prédisposition constitutionnelle indépendante n'est pas en relation de causalité avec l'événement dommageable; il doit être soustrait du dommage indemnifiable. Seul est déterminant le dommage «net», défini comme représentant la différence entre le patrimoine de la personne lésée tel qu'il se présente après l'événement dommageable et celui qui aurait été le sien sans la survenance de celui-ci. La victime n'a dès lors pas de droit préférentiel à l'indemnisation d'un dommage non causal³⁸.

28 FRÉSARD-FELLAY, *in* Werro (éd.), 156 ss; FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1022 ss.

29 ATF 131 III 12, c. 4, JdT 2005 I 488; ATF 113 II 86, c. 3, JdT 1987 I 442, JdT 1986 I 595. Cf. ég., BRULHART, *in* Werro (éd.), 89 ss; PICHONNAZ, *in* Werro (éd.), 109 ss; WERRO, Responsabilité, N 1350 ss.

30 CR CO I-WERRO, art. 44 N 26. Pour un ex., DOLF, Rückgriffrecht, N 739.

31 ATF 117 II 609, JdT 1992 I 726.

32 ATF 131 III 12, c. 4, JdT 2005 I 488; TF, 20.11.2014, 4A_115/2014, c. 7; TF, 25.3.2009, 4A_45/2009, c. 3 et 4.

33 CR CO I-WERRO, art. 44 N 36.

34 TF, 17.1.2007, 4C.263/2006, c. 3.

35 TF, 15.1.2002, 4C.215/2001, c. 3; TF, 29.8.2007, 4C.49/2007, c. 5.6.

36 TF, 15.1.2002, 4A_481/2009, c. 4.2.6.

37 TF, 20.12.2011, 4A_77/2011, c. 4.4; RUMO-JUNGO, Thèse d'habilitation, N 690 ss; STOESSEL, Regressrecht, N 99, n. 2; DOLF, Rückgriffrecht, N 254.

38 TF, 20.12.2011, 4C_77/2011, c. 3.3; TF, 17.1.2007, 4C.263/2006, c. 3; TF, 29.8.2007, 4C.49/2007, c. 5.6; cf. ég., FRÉSARD-FELLAY, *in* Werro (éd.), 156.

D. Concordance temporelle des droits

L'art. 73 al. 1 LPGA prévoit que «l'assureur n'est subrogé aux droits de l'assuré et de ses survivants que dans la mesure où les prestations qu'il alloue, jointes à la réparation due **pour la même période** par le tiers, excèdent le dommage causé par celui-ci». La règle signifie que la subrogation se produit lorsque la prestation de l'assurance sociale est effectuée **pour le même laps de temps** que celui dans lequel existe une prétention devant être réparée par le tiers civilement responsable ou l'assureur de celui-ci³⁹. En d'autres termes, la subrogation ne peut pas porter sur des prestations allouées pour une période excédant celle pendant laquelle la réparation est due⁴⁰. Cette prestation ou part de prestation n'est pas de nature indemnitaire; elle n'est pas objet de la subrogation⁴¹. C'est l'expression du principe de **la concordance temporelle des droits**⁴². La règle exige que seule soit prise en considération la prestation ou la part de prestation due pour le laps de temps correspondant à un dommage que le responsable est tenu de réparer. Dès lors, elle sortit l'effet principal suivant: l'assureur n'est pas subrogé pour la prestation ou part de prestation allouée pour une période excédant celle pendant laquelle le dommage est éprouvé.

20

Ce principe a été repris de l'art. 43 al. 3 aLAA⁴³ qui le consacrait expressément pour les rentes d'invalidité (cf. aussi, art. 69 al. 2 aLAM). Il figurait également à l'art. 43 al. 2 let. b aLAA pour les indemnités journalières. Toutefois, il était admis qu'il avait une portée générale⁴⁴. En conséquence, la LPGA l'a consacré pour tous les éléments du dommage à l'art. 73 al. 2⁴⁵.

21

III. Le droit préférentiel pondéré (al. 2)

A. Principes

Si l'assureur a réduit ses prestations au sens des art. 21 al. 1 ou 2 LPGA⁴⁶, les droits de la personne assurée ou de ses survivants passent à l'assurance sociale dans la mesure où les prestations **non réduites**, jointes à la réparation due pour la même période par le tiers, excèdent le montant du dommage (art. 73 al. 2 LPGA). Le droit préférentiel de la per-

22

39 ATF 126 III 41, c. 2, JdT 2000 367.

40 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 522 ss N 166 ss.

41 ATF 134 III 489, c. 4.3, JdT 2008 I 476; ATF 126 III 41, c. 2, JdT 2000 367.

42 Pour une présentation générale: FRÉSARD-FELLAY, Concordance temporelle, 373 ss.

43 Art. 43 aLAA Classification des droits

¹ Les droits passent à l'assureur séparément pour les prestations de même nature.

² Sont notamment des prestations de même nature:

a ...

b. L'indemnité journalière et l'indemnisation pour l'incapacité de travail pendant la même période;

c ...

³. Si l'assureur alloue des rentes, il ne peut être subrogé que pour la durée pendant laquelle le tiers est tenu de réparer le dommage.

44 GHÉLEW/RAMELET/RITTER, 168; MAURER, Cumul, 90.

45 Le projet de la SSDA reprenait sans modification le texte de l'art. 43 al. 3 aLAA; la Commission du Conseil des Etats a supprimé la référence au principe de la concordance temporelle pour les indemnités journalières (art. 43 al. 2 let. b aLAA) et pour les rentes (art. 43 al. 3 aLAA) car ce principe était (nouvellement) consacré de manière générale à l'art. 73 LPGA (Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 203).

46 Lorsque l'assureur social a réduit ses prestations en application d'autres dispositions, cf. N 34.

sonne lésée s'étend ainsi également à l'hypothèse où l'assureur social a réduit ses prestations en raison du comportement de la victime qui a enfreint son devoir de prévenir le dommage. Toutefois, la règle présente alors une spécificité: elle est plus restrictive⁴⁷; il s'agit du droit préférentiel pondéré («*Quotenteilung*»).

- 23 Il faut comprendre que lorsque les prestations d'assurance ont été diminuées, la personne lésée bénéficie, jusqu'à concurrence du préjudice non couvert, d'un droit préférentiel à l'indemnisation: ses prétentions doivent être satisfaites prioritairement; toutefois, elles sont calculées comme si les prestations de l'assureur n'avaient pas été réduites. Le droit préférentiel pondéré a pour effet de diminuer la somme des prétentions de la victime contre l'assureur social et contre le tiers tenu à réparation du montant correspondant à la réduction opérée par l'assureur social. En revanche, la victime conserve le droit préférentiel au remboursement de l'entier dommage qui dépasse le montant des prestations sociales non réduites⁴⁸.
- 24 **Le but de la règle** est d'empêcher ainsi que la personne assurée puisse compenser une réduction des prestations sociales par une indemnisation du dommage par le tiers responsable du cas d'assurance⁴⁹.
- 25 La question de savoir s'il convient de faire une exception au droit préférentiel du lésé en cas de faute grave ayant donné lieu à une réduction des prestations d'assurances sociales et, dans l'affirmative, quel mode de calcul appliquer, a donné lieu à diverses réponses⁵⁰. L'art.42 al.2 aLAA posait le principe de la répartition proportionnelle («*Quotenteilung*») de l'indemnité due par le tiers responsable entre l'assureur social et la victime assurée⁵¹. La réparation est répartie proportionnellement entre l'assureur et la victime. Par conséquent, l'assureur exerçait sa subrogation en proportion de ses prestations par rapport au dommage; la victime exerçait sa prétention complémentaire en proportion de celle-ci par rapport au dommage. Le législateur de la LPGa en a modifié le mode de calcul. Ceci parce que le calcul de la répartition proportionnelle étendait parfois de manière injustifiée la prétention subrogatoire⁵².
- 26 Exemple: Le dommage total est de CHF 100 000.–. Les prestations non réduites de l'assureur se monteraient à CHF 80 000.–. La réduction opérée par l'assureur est de 50%. Les prestations réduites s'élèvent à CHF 40 000.–. Le dommage de la personne assurée, non indemnisé par les prestations s'élève à CHF 60 000.–. Le tiers responsable, en raison d'une réduction de la réparation, doit 30% du dommage ou CHF 30 000.–. Les prestations non réduites de l'assureur (CHF 80 000.–) ajoutées à l'indemnité due par le tiers (CHF 30 000.–) excèdent le dommage total de CHF 10 000.– (CHF 80 000.– + CHF 30 000.– = CHF 110 000.–; CHF 110 000.– – CHF 100 000.– = CHF 10 000.–). C'est la part qui revient à l'assureur. La personne assurée reçoit le solde de l'indemnité due par le tiers, soit CHF 20 000.–; s'y ajoutent les prestations de l'assureur par CHF 40 000.–. Elle reçoit donc en tout CHF 60 000.–. Le dommage de CHF 100 000.– n'est pas entièrement couvert; il manque CHF 40 000.– qui correspondent à la réduction opérée par l'assureur social.

47 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 73 N 9.

48 BERGER, *Voirecht*, 97 ss.

49 HÜRZELER, *Regress*, N 36.27.

50 FRÉSARD-FELLAY, *Recours subrogatoire*, N 1089 ss.

51 MAURER, *Schweizerisches Unfallversicherungsrecht*, 559; RUMO-JUNGO, *Thèse d'habilitation*, N 1021 ss.; SCHAER, *Grundzüge*, N 1249.

52 Cf. *Avis approfondi CF*, FF 1994 V 897, 938; STOESSSEL, *Regressrecht*, 103 s. Pour une illustration comparative des deux méthodes: FRÉSARD-FELLAY, *Recours subrogatoire*, N 1096 ss.

Tout comme le droit préférentiel commun, le principe du droit préférentiel pondéré se conjugue avec celui de la **concordance des droits** (art. 74 N 1 ss). Il est ainsi restreint aux catégories de dommage correspondant aux prestations que l'assureur social a réduites⁵³. Pour les autres postes du dommage correspondant à des prestations sociales non réduites (p.ex., les prestations en nature), on applique le droit préférentiel commun⁵⁴. 27

Le régime de la prévoyance professionnelle obligatoire connaît la même institution (art. 27a al. 2 OPP 2). 28

B. Conditions

Le droit préférentiel pondéré est subordonné à la condition que **l'assureur social ait réduit sa prestation en application de l'art. 21 al. 1 ou 2 LPGA**. Il s'agit de l'hypothèse où la personne assurée (al. 1), respectivement l'un de ses proches (al. 2), a aggravé le risque assuré ou en a provoqué la réalisation intentionnellement ou en commettant intentionnellement un crime ou un délit. 29

L'application de la règle du droit préférentiel pondéré à d'autres réductions de prestations que celles des art. 21 al. 1 et 2 LPGA exige une disposition dans les lois spéciales. La LAA contient une telle disposition (**art. 42 LAA**⁵⁵), qui prévoit l'application de l'art. 73 al. 2 LPGA lorsque les prestations sociales ont été réduites parce que la personne assurée a provoqué l'événement dommageable par une négligence grave ou en commettant, y compris par négligence, un crime ou un délit (art. 37 al. 2 et 3 LAA), ou parce que l'événement dommageable résulte de l'exposition à un danger extraordinaire ou de la pratique d'une entreprise téméraire (art. 39 LAA, art. 49 et 50 OLAA)⁵⁶. 30

Dans le **projet de révision de la LPGA** (cf. Introduction générale N 35 ss), il est prévu d'introduire une nouvelle hypothèse de droit préférentiel pondéré: la réduction de prestation pour violation de l'obligation de l'assuré de réduire le dommage au sens de l'art. 21 al. 4 LPGA⁵⁷. Cette modification est justifiée au motif que la violation de l'obligation de réduire le dommage joue un rôle grandissant depuis les dernières révisions et par souci d'exhaustivité⁵⁸. L'art. 73 al. 2 sera dès lors complété par un renvoi à l'art. 21 al. 4. 31

Le droit préférentiel pondéré s'applique **peu fréquemment**⁵⁹. En effet, d'une part, les réductions de prestations dans l'assurance sociale sont limitées et, d'autre part, les événements dommageables conjuguant une des hypothèses précitées à charge de la personne assurée et la responsabilité d'un tiers sont rares. Il se peut toutefois par exemple qu'un piéton ou un cycliste victime d'un accident de la circulation supporte une négligence grave mais non exclusive; dans cette hypothèse le détenteur du véhicule automobile impliqué dans l'accident ne pourra pas se libérer de la responsabilité causale stricte qu'il supporte (art. 59 al. 2 LCR). La réparation sera toutefois réduite. Si le droit préférentiel 32

53 MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 559.

54 RUMO-JUNGO, Thèse d'habilitation, N 1041.

55 Rapport Commission CN, FF 1999 4168, 4308.

56 PICHONNAZ, 166; BERGER, Vorrecht, 104 s.

57 Projet-LPGA 2018, FF 2018 1655, 1657.

58 Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1613; Rapport P-LPGA 2017, 9.

59 BECK, Schadenausgleichsystemen I, N 6.149, en relation avec le régime antérieur à la LPGA; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 563; DOLF, Rückgriffrecht, N 294.

pondéré est exceptionnel aujourd'hui, la situation pourrait changer avec l'application envisagée de ce droit aux cas de réduction de prestations due à une violation de l'obligation de réduire le dommage (N 3).

- 33 Les conditions donnant lieu à une réduction de la réparation en droit de la responsabilité civile (art. 43 al. 1, art. 44 CO) et celles entraînant une réduction des prestations d'assurances sociales ne sont pas identiques⁶⁰. **Il se peut que la réparation soit réduite et que les prestations d'assurance ne l'aient pas été**; dans cette hypothèse, le droit préférentiel de répartition (N 8 ss) s'applique. La personne assurée peut dès lors obtenir l'indemnisation de l'entier dommage.

C. Exceptions

- 34 Les conditions auxquelles l'application du droit préférentiel pondéré est subordonnée sont énumérées exhaustivement à l'art. 73 al. 2 LPGA (et à l'art. 42 LAA; N 30)⁶¹. Par conséquent, cette forme spécifique de priorité de la victime ne s'applique pas aux autres cas où l'assureur social a réduit ses prestations⁶². Sont en particulier exclues les situations où l'assureur social a réduit ses prestations pour non-respect du devoir de diminuer le dommage⁶³ (art. 21 al. 4 LPGA)⁶⁴. Sont bien évidemment exclus également les cas où la réduction des prestations d'assurance est consécutive au concours de diverses causes du dommage (art. 36 al. 2 LAA)⁶⁵ ou à l'existence de règles de coordination intra- ou inter-systémiques des régimes d'assurances sociales.

IV. Le droit préférentiel de couverture (al. 3)

A. Principes

- 35 Si seule une partie de l'indemnité due par le tiers responsable peut être récupérée pour des motifs de fait, l'assuré ou ses survivants ont un droit préférentiel sur cette partie (art. 73 al. 3, 2^e phrase, LPGA). Le droit préférentiel de la victime déploie ainsi ses effets également **lorsque l'indemnité due ne peut être que partiellement récupérée**. Il s'agit du droit préférentiel de couverture ou de garantie⁶⁶ («*Befriedigungs- oder Deckungsvorrecht*»).
- 36 A la différence du droit préférentiel de répartition, il ne se conjugue pas avec le principe de la concordance des droits⁶⁷. Il s'applique **globalement pour l'ensemble du préjudice subi** par la victime. On calcule le découvert de la personne lésée tout d'abord classiquement pour chacun des postes du dommage; puis – et c'est la particularité –, on additionne les découverts ainsi obtenus avant d'imputer leur somme sur la réparation recouvrable. L'assureur ne peut prétendre qu'au solde de la garantie ou de l'indemnité disponible.

60 RUMO-JUNGO, Thèse d'habilitation, N 1021.

61 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 73 N 7 et renvois.

62 Cf. ég. RUMO-JUNGO, Thèse d'habilitation, N 1024; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 562.

63 Rapport Commission CN, FF 1999 4168, 4308 et procès-verbal de la sous-commission du Conseil national des 3 et 4 septembre 1998, 26 s.; WEBER, Schadenminderungspflicht, 133 ss.

64 Le projet de révision de la LPGA prévoit d'ajouter cette hypothèse aux cas donnant lieu à l'application du droit préférentiel pondéré (N 31).

65 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 441 N 349 ss.

66 ATF 134 III 636, c. 1, JdT 2009 I 209.

67 Not. DOLF, Rückgriffrecht, N 257.

Exemple: supposons que le dommage total (perte de gain, remboursement de frais, dommage matériel, etc.) est de CHF 150 000.– et les prestations de l'assureur (rente d'invalidité) de CHF 80 000.–. Le dommage non couvert est de CHF 70 000.–. La responsabilité du tiers est de 100% et la garantie (ou le montant disponible) est de CHF 100 000.–. Cette indemnité globale est répartie comme suit: au lésé: CHF 70 000.–; à l'assureur: CHF 30 000.–. Le lésé reçoit ainsi les prestations de l'assureur (CHF 80 000.–) et CHF 70 000.– du responsable. Il est donc indemnisé totalement du préjudice effectif subi (CHF 150 000.–).

Le régime de la prévoyance professionnelle obligatoire connaît la même institution (art. 27a al. 3 OPP 2). 38

B. Conditions

Si l'indemnité due ne peut être que partiellement récupérée, c'est que le tiers responsable tenu personnellement à réparation du dommage est **partiellement insolvable**. L'insolvabilité doit être avérée⁶⁸. 39

Il se peut également que **la somme assurée ne suffise pas** à couvrir entièrement la prétention subrogatoire de l'assureur et le découvert de la victime (et le tiers est insolvable)⁶⁹. 40

V. Autres applications de la règle

A. Le droit préférentiel partiel en matière de tort moral

La LAA prévoit le versement à l'assuré d'une indemnité équitable pour atteinte à l'intégrité si, par suite de l'accident, la personne assurée souffre d'une atteinte importante et durable à son intégrité physique ou mentale ou psychique (art. 24 LAA). L'assurance militaire connaît également une rente pour atteinte à l'intégrité (art. 48 al. 1 LAM); elle prévoit de plus une indemnité à titre de réparation morale en faveur de la victime et/ou de ses proches (art. 59 LAM). 41

L'art. 74 al. 2 let. e LPGA prescrit que l'indemnité pour atteinte à l'intégrité est un poste du préjudice de même nature que **l'indemnité à titre de réparation morale**. La prétention en réparation du tort moral passe donc à l'assureur jusqu'à concurrence de l'indemnité pour atteinte à l'intégrité de l'assurance-accidents (ou à l'indemnité analogue de l'assurance militaire) versée. 42

Lorsque le lésé qui a commis une faute concomitante (ou qui voit la réparation due réduite pour d'autres motifs (art. 43, art. 44 CO) a touché une indemnité pour atteinte à l'intégrité et qu'il agit en réparation du tort moral contre le responsable, la question se pose de savoir s'il bénéficie d'un droit préférentiel à l'indemnisation. Certains auteurs y étaient opposés; ils soutenaient que le tort moral différait, quant à sa nature subjective et aux modalités de sa fixation, du dommage et appelait en conséquence un traitement particulier. D'autres préconisaient l'application du droit préférentiel de répartition; ils ne voyaient pas de motif de s'écarter de la réglementation générale, dès lors que la jurisprudence tendait à un traitement analogue du tort moral et du dommage. Oftinger et Stark 43

68 MOSIMANN, Art. 72-75 ATSG art. 73 N 21.

69 ATF 134 III 636, c. 1, JdT 2009 I 209.

ont proposé une solution intermédiaire⁷⁰. Ils ont été suivis par la jurisprudence⁷¹. **Le Tribunal fédéral retient un droit préférentiel partiel.** Il s'agit d'une application analogique partielle des dispositions relatives au droit préférentiel; concrètement, il réduit le montant à concurrence duquel l'assureur est subrogé du pourcentage correspondant à la faute concomitante de la personne lésée.

- 44** Exemple: nous illustrons le mode de calcul adopté par la jurisprudence à l'aide de la cause qui a donné lieu à l'arrêt de principe⁷². Les faits étaient les suivants: en raison de travaux de construction, une plage sur laquelle est érigé un plongoir, s'ensable; la profondeur de l'eau est insuffisante pour assurer la sécurité des usagers. Un jeune homme de 17 ans plonge à de nombreuses reprises le jour de l'accident, touchant même le fond. Il finit par se fracturer la colonne vertébrale, subissant une tétraplégie incomplète. Le Tribunal fédéral admet la responsabilité pour faute de la société chargée de l'entretien du plongoir et la responsabilité causale de l'Etat propriétaire de l'ouvrage, tenus solidairement; il confirme la réduction de 20% de la réparation opérée en instance cantonale en raison d'une faute concomitante de la victime. L'instance cantonale a fixé l'indemnité pour tort moral à CHF 120 000.– et, après déduction de l'indemnité pour atteinte à l'intégrité de CHF 69 600.– versée par l'assureur-accidents, l'a ramenée à CHF 50 400.–. Le Tribunal fédéral réduit de 20% l'indemnité pour tort moral abstraite de CHF 120 000.– et l'indemnité pour atteinte à l'intégrité arrondie à CHF 70 000.–; il retient CHF 96 000.– au titre de réparation morale concrète et CHF 56 000.– au titre d'indemnité subrogatoire de l'assureur. Après imputation de CHF 56 000.– sur la réparation morale due de CHF 96 000.–, la victime conserve une créance complémentaire de CHF 40 000.–. Le lésé obtient ainsi au total CHF **110 000.–** (CHF 70 000.– + CHF 40 000.–).
- 45** **A titre comparatif**, on observera ceci: si le Tribunal fédéral avait appliqué **le droit préférentiel de répartition**, il aurait obtenu le résultat suivant: la personne lésée peut prétendre une indemnisation de 80%. Si elle subit un tort moral de CHF 120 000.– indemnisé par l'indemnité pour atteinte à l'intégrité de l'assureur-accidents de CHF 70 000.–, la victime supporte un découvert de CHF 50 000. Le responsable doit CHF 96 000.– (80% x CHF 120 000.–). Le lésé peut obtenir le remboursement du découvert de CHF 50 000 par priorité et l'assureur subrogé obtiendra le solde de l'indemnité à laquelle le responsable est tenu, soit CHF 46 000.– (CHF 96 000.– – CHF 50 000.–). Le lésé obtient au total CHF **120 000.–**. C'est dire que le mode de calcul du droit préférentiel partiel de la victime aboutit à un résultat très proche de celui auquel parviendrait l'application d'un droit préférentiel de répartition.
- 46** Une partie notable de la doctrine critique cette jurisprudence, en soutenant que l'indemnité pour tort moral et celle pour le dommage matériel doivent être fixées selon les mêmes principes⁷³.

70 Pour l'illustration chiffrée, cf. OFTINGER KARL/STARK EMIL WILHELM, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Vol. I, Allgemeiner Teil, Zurich 1995, § 8 N 55, N 101.

71 ATF 123 III 306, c. 9.

72 ATF 123 III 306, c. 9.

73 BK OR III-BREHM, art. 47 N 83d; GUYAZ ALEXANDRE, Le tort moral en cas d'accident: une mise à jour, SJ 2013 II 260; ZK-LANDOLT, Vorbemerkungen art. 47/49, N 235; WERRO, Responsabilité, N 1483 ss; CR CO I-WERRO, art. 47 N 26; voir aussi, KOLLER, Quotenvorrecht, 1427 ss.

B. Le droit préférentiel virtuel?

L'hypothèse est la suivante: la victime d'un préjudice corporel indemnisée par les prestations de l'assureur, ne demande pas réparation d'un dommage non couvert, au tiers responsable. **Seul l'assureur subrogé met en œuvre sa créance.** Si la réparation due par le responsable est suffisante pour satisfaire les deux créanciers potentiels, l'assureur social obtient le remboursement de sa prétention subrogatoire. L'inaction de la victime profite au tiers responsable (ou à l'assureur en responsabilité civile) qui n'est pas tenu de s'acquitter du solde de la réparation. En revanche, en cas de réparation réduite, reste ouverte la question de savoir si l'assureur social peut obtenir le remboursement de ses prestations comme s'il était seul créancier ou s'il doit se laisser imputer le découvert virtuel ou abstrait⁷⁴ («*fiktives Quotenvorrecht*») dont la victime aurait pu obtenir réparation si elle s'était manifestée⁷⁵.

L'inaction de la victime peut avoir diverses causes⁷⁶. Par exemple, elle peut avoir explicitement renoncé à sa créance. Dans ce cas, la créance est éteinte; son titulaire en a disposé. La renonciation profite au débiteur. Il se peut également que le lésé n'ait pas fait valoir sa créance (pour des motifs inconnus) et que celle-ci soit prescrite. Dans un tel cas, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'y avait pas de place pour un droit préférentiel de couverture⁷⁷.

VI. Les droits exclusifs (al. 3)

L'art. 73 al. 3, 1^{re} phrase, LPGA prévoit ceci: «Les droits qui ne passent pas à l'assureur restent acquis au lésé et à ses survivants». Par **droits qui ne passent pas à l'assureur**, il faut entendre:

- Les indemnités réparant des dommages non pris en charge par l'assureur social comme, par exemple, le dommage matériel;
- La part de l'indemnité due en droit de la responsabilité civile qui excède le dommage couvert par la prestation indemnitaire de l'assureur social, comme les 20% de la perte de gain non couverte par l'indemnité journalière de l'assureur-accidents.

Cette disposition a trait à l'étendue de la subrogation (titre marginal de l'art. 73). Elle suppose un **concours de prétentions** directe et subrogatoire. Il découle des droits exclusifs de la personne assurée (et de ses survivants) que l'assureur n'est pas admis à exercer les droits de la personne assurée à l'indemnisation de son découvert⁷⁸. Ainsi, dans l'assurance-maladie sociale, le Tribunal fédéral a déclaré contraire à la loi la pratique de certaines caisses-maladie consistant à rembourser la totalité des frais médicaux, du moins à titre d'avances, pour ensuite inclure la participation de la personne assurée aux coûts (art. 64 LAMal) dans leur action contre le tiers responsable⁷⁹.

Les droits exclusifs du lésé (et de ses survivants) emportent le **cantonement de la subrogation**. Cela signifie que l'assureur n'est pas admis à poursuivre le remboursement de

74 Terminologie utilisée par KOLLY, Droit préférentiel, 302 ss.

75 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1112 ss.

76 Cf., p.ex. ATF 124 III 222, JdT 1998 I 757, où la veuve n'a pas fait valoir de découvert, pour des raisons inconnues; cf. ég., TF, 19.11.2002, 4C.208/2002.

77 ATF 134 III 636, JdT 2009 I 209; pour plus d'hypothèses: DOLF, Rückgriffrecht, N 259 ss. Voir aussi MOSIMANN, Art. 72-75 ATSG, art. 73 N 13.

78 Est réservée la cession des droits à l'assureur dans les formes légales.

79 ATF 129 V 396.

ses prestations légales (art. 72 N 11) sur les composantes du préjudice qu'il n'indemnise pas; celles-ci sont exclues de l'assiette du recours subrogatoire, au profit de la seule victime. Ce principe a été consacré au motif que si l'assureur pouvait recourir pour des dommages qu'il ne répare pas, il serait enrichi⁸⁰.

- 52 Exemple: en cas de décès, l'assureur-accidents verse une rente de survivant à la veuve de la victime. Cette rente indemnise la perte de soutien subie par l'ayant droit (art. 74 al. 2 let. f); elle est donc objet de la subrogation. Si cette rente (calculée selon la LAA) excède la perte de soutien (calculée selon les règles du droit de la responsabilité) subie par la bénéficiaire, l'assureur ne pourra pas prétendre au remboursement de l'excédent sur l'indemnité due au titre de réparation morale par le responsable; la veuve a un droit exclusif à la réparation de cette composante du préjudice que l'assureur-accidents ne répare pas.
- 53 Cette règle **exclut toute jonction des divers postes du dommage ou toute compensation des soldes de divers postes** (cf. aussi art. 74 N 8), comme l'a retenu le Tribunal fédéral dans un arrêt de principe mettant un terme aux hésitations antérieures⁸¹.

Art. 74

Classification des droits

¹ Les droits passent à l'assureur pour les prestations de même nature.

² Sont notamment des prestations de même nature:

- a. le remboursement des frais de traitement et de réadaptation par l'assureur et par le tiers responsable;
- b. l'indemnité journalière et l'indemnisation pour l'incapacité de travail;
- c. les rentes d'invalidité ou les rentes de vieillesse allouées à leur place et l'indemnisation pour l'incapacité de gain;
- d. les prestations pour impotence, la contribution d'assistance et le remboursement des frais liés aux soins et des autres frais dus à l'impotence;
- e. l'indemnité pour atteinte à l'intégrité et l'indemnité à titre de réparation morale;
- f. les rentes de survivants et les indemnités pour perte de soutien;
- g. les frais funéraires et les autres frais liés au décès.

Gliederung der Ansprüche

¹ Die Ansprüche gehen für Leistungen gleicher Art auf den Versicherungsträger über.

² Leistungen gleicher Art sind namentlich:

- a. vom Versicherungsträger und von Dritten zu erbringende Vergütungen für Heilungs- und Eingliederungskosten;
- b. Taggeld und Ersatz für Arbeitsunfähigkeit;
- c. Invalidenrenten beziehungsweise an deren Stelle ausgerichtete Altersrenten und Ersatz für Erwerbsunfähigkeit;
- d. Leistungen für Hilflosigkeit, Assistenzbeitrag und Vergütungen für Pflegekosten sowie andere aus der Hilflosigkeit erwachsende Kosten;
- e. Integritätsentschädigung und Genugtuung;
- f. Hinterlassenenrenten und Ersatz für Versorgerschaden;
- g. Bestattungs- und Todesfallkosten.

80 ATF 95 II 582, c. 5; ATF 98 II 129, c. 1b; MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 547 ss; FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 922.

81 ATF 134 III 489, c. 4.4, JdT 2008 I 476; sur les hésitations antérieures, cf. surtout, STUDHALTER, Kongruenzdivergenzen, 114 ss.

- Classificazione dei diritti
- ¹ I diritti passano all'assicuratore per le prestazioni di uguale natura.
- ² Sono segnatamente prestazioni di uguale natura:
- a. il rimborso delle spese di guarigione e d'integrazione da parte dell'assicuratore e del terzo;
 - b. l'indennità giornaliera e l'indennizzo per incapacità al lavoro;
 - c. le rendite d'invalidità o le rendite di vecchiaia accordate in loro vece e l'indennizzo per incapacità al guadagno;
 - d. le prestazioni per grandi invalidi, il contributo per l'assistenza e il rimborso delle spese di cura e delle altre spese derivanti dalla grande invalidità;
 - e. l'indennità per menomazione dell'integrità e l'indennità per riparazione morale;
 - f. le rendite per superstiti e le indennità per perdita di sostegno;
 - g. le spese funerarie e le spese connesse con il decesso.

Plan

	N
I. La concordance des droits	1
A. Notion	1
B. Conditions	4
C. Effets	8
II. La concordance matérielle (al. 1)	9
III. La table de concordance (al. 2)	14
A. Les nomenclatures indicatives	14
B. Le jour de calcul	18
C. Le catalogue	21

Bibliographie

Cf. aussi bibliographie sous Introduction aux art. 72-75 LPGA. BITTEL THOMAS/STUDHALTER BERNHARD, Stört das Regressprivileg die Koordination, *in* Weber Beck (éd.), HAVE Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II, Zurich 2017, 91 ss; CHAPPUIS BENOÎT, Le moment de la fixation du dommage, *in* Werro (éd.), Le temps dans la responsabilité civile: colloque du droit de la responsabilité civile 2005, Université de Fribourg, Berne 2007, 1 ss; DÉCAILLET THIERRY, L'intérêt subrogatoire: quand et comment le calculer?, REAS 2017 314 ss (cité: Intérêt); FULLIN NICOLA/WYSSMANN RÉMY/ZIGERLI OLIVIER, Berechnung des Versorgungsschadens – ist einfach auch richtig?, *in* Weber (éd.), Personen-Schaden-Forum 2012, Zurich 2012, 67 ss; KAUFMANN DANIEL N., Neun Thesen zu den Hilfeleistungskosten (Pflege- und Betreuungskosten) im Haftpflichtrecht, REAS 2003 123 ss; KIESER UELI, Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), *in* Meyer (éd.), SBVR, 245 ss (cité: SBVR); LANDOLT HARDY, Regress für Pflegekosten, REAS 2017 324 ss (cité: Pflegekosten); MONNARD SÉCHAUD CORINNE, Coordination inter-système: la concordance en pratique, REAS 2012 279 ss (cité: REAS 2012); ROTHENBERGER ADRIAN, Das Spannungsfeld von Überentschädigungsverbot und Kongruenzgrundsatz: ausgewählte Fragen zur Koordination von Haftpflicht- und Sozialversicherungsleistungen, thèse, St-Gall/Berne 2015 (cité: Spannungsfeld); ROTHENBERGER ADRIAN, Der Kongruenzgrundsatz als Steuermittel für eine gerechtere Allokation von Haftpflichtleistungen, REAS 2016 114 ss (cité: Kongruenzgrundsatz); ROTHENBERGER ADRIAN, Die Verwirklichung der Koordinationsziele durch den Kongruenzgrundsatz, *in* Weber/Beck (éd.), HAVE Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II, Zurich 2017, 69 ss (cité: Verwirklichung); WERRO FRANZ, Les intérêts moratoires et compensatoires dans la responsabilité civile: le point sur quelques développements récents, *in* Werro (éd.), Le temps dans la responsabilité civile: colloque du droit de la responsabilité civile 2005, Université de Fribourg, Berne 2007, 27 ss (cité: Intérêts moratoires).

I. La concordance des droits

A. Notion

- 1 Dans les opérations de coordination des régimes d'indemnisation du droit des assurances sociales et du droit de la responsabilité civile, on applique la règle de la concordance des droits¹ (art. 74 LPGa; «*Kongruenz*»). Celle-ci permet de délimiter les dommages en droit de la responsabilité civile indemnisés par les prestations sociales de ceux qui ne l'ont pas été. Les premiers seront objet du recours subrogatoire de l'assureur social contre le tiers responsable de l'évènement dommageable; les seconds seront objet de la créance directe de la victime. La règle revêt ainsi une importance majeure dans la répartition de l'indemnisation due par l'auteur du dommage entre la victime et l'assureur social.
- 2 Le principe de la concordance des droits découle de la disparité des régimes d'indemnisation du préjudice corporel². En effet, le droit de la responsabilité civile connaît des postes du préjudice, alors que le droit des assurances sociales connaît des prestations légales. Les notions ne sont pas identiques: les premiers présupposent une diminution de patrimoine; les secondes ont un caractère forfaitaire. La disparité est plus ou moins marquée selon le régime d'assurance sociale considéré. Dans le domaine de l'assurance-accidents (LAA), issu de la responsabilité civile, la disparité est moins marquée que dans les autres régimes d'assurances sociales. Quoiqu'il en soit le principe demeure: il est des postes du préjudice qui ne donnent pas lieu à indemnisation sociale (par exemple, la réparation du tort moral des survivants en cas de décès de la personne assurée dans l'assurance-accidents) et des prestations allouées en vertu de la loi, quand bien même il n'y a pas (ou plus) de dommage à réparer à ce titre (par exemple, une rente de conjoint survivant est allouée quand bien même il n'y aurait pas de perte de soutien en droit commun). De plus, lorsque les deux indemnisations couvrent bien un dommage, elles ne se recoupent pas toujours parfaitement.
- 3 Initialement, la règle de la concordance des droits a été développée en coordination extrasystémique par la jurisprudence interprétant l'art. 100 LAMA; elle avait d'abord pour objectif de limiter ce qui était alors la priorité de l'assureur subrogé par rapport à l'assuré sur une indemnité réduite due par le responsable³. Toutefois, à la faveur du développement des assurances sociales et, de ce fait, des nécessités de coordination des divers régimes d'indemnisation du préjudice corporel, le champ d'application de la règle s'est progressivement étendu. Aujourd'hui, la jurisprudence et la doctrine lui reconnaissent une **portée générale**⁴. En particulier, en présence d'une pluralité de prestations d'assurance sociales, on applique également la règle de la concordance des droits pour coordonner ces prestations (art. 69 al. 1, 2^e phrase, N 12 ss).

B. Conditions

- 4 La question se pose de savoir quand il faut admettre concrètement qu'une prestation sociale répare un dommage en droit commun. La réponse découle souvent du bon sens: la

1 La terminologie en langue française n'est toutefois pas bien établie; on rencontre également les termes de «congruence», «coïncidence», «correspondance» et «identité» des droits.

2 Sur ce point cf. not. SCHMID M., *Konvergenz und Divergenz*, 17.

3 SCHAEER, *Grundzüge*, N 1107; FRÉSARD-FELLAY, *Recours subrogatoire*, N 1212 ss.

4 ATF 142 V 75, c. 6; ATF 129 V 150, c. 2.2 et les arrêts cités, en particulier ATF 124 V 279; KIESER, SBVR, N 377. MONNARD SÉCHAUD, REAS 2012, 280. Pour l'aide sociale, cf. cependant, TF, 28.3.2015, 8C_110/2014, c. 3.1.

victime qui a perçu de l'assureur social la prise en charge des frais de traitement à la suite d'un événement dommageable dont un tiers répond, ne doit pas l'obtenir une seconde fois du tiers tenu à réparation du dommage. Ces frais de traitement seront objet du recours subrogatoire de l'assureur social. La règle apparaît limpide. Toutefois, la simplicité n'est bien souvent qu'apparente. C'est le cas, par exemple, lorsque le lésé reçoit une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité consécutive à la fois à un accident dont un tiers répond et à une maladie. On doit alors se demander si le lésé doit se voir imputer l'entier de la rente de l'assurance-invalidité pour déterminer sa prétention directe contre le tiers responsable de l'accident ou seulement une part (le cas échéant, laquelle?) de celle-ci. Autre exemple: la perte de gain subie dès l'accident avant l'octroi de la rente d'invalidité (art. 28 LAI) est-elle assiette de la subrogation de l'assurance-invalidité pour la rente d'invalidité contre le tiers tenu de répondre de l'accident ou cette séquence temporelle doit-elle être écartée de la créance subrogatoire?

Dans ce contexte, le principe de la concordance des droits impose **une comparaison** entre la prestation de l'assureur social et l'indemnité due par le responsable pour réparer un chef du préjudice au sens du droit de la responsabilité civile⁵. La comparaison permet de déterminer si les prestations réparent bien les dommages subis. Même s'ils ne figurent pas tous dans les textes, il est généralement admis que la comparaison entre une prestation et un dommage s'effectue à l'aide de **quatre critères**⁶. Ils constituent les conditions posées pour admettre l'existence d'une concordance entre les indemnisations des deux régimes:

- le critère fonctionnel (art. 74 al. 1 LPGA⁷; «de même nature»);
- le critère temporel (art. 73 al. 2 LPGA; «pour la même période»⁸);
- le critère personnel⁹, et
- le critère événementiel¹⁰.

La prestation de l'assureur social et l'indemnité due par le responsable ou son assureur concordent donc, lorsque l'assurance sociale et le tiers responsable sont tenus à indemnisations de même nature, pour la même période, pour la même victime et pour le même événement dommageable¹¹.

En coordination intersystémique, l'art. 69 al. 1, 2^e phrase, LPGA consacre ainsi expressément la concordance événementielle («en raison de l'événement dommageable»), la concordance matérielle ou fonctionnelle («de nature et de but identiques») et la concordance personnelle («à l'assuré») mais pas la concordance temporelle.

5 P.ex. ATF 126 III 41, c. 2, JdT 2000 I 367.

6 ATF 134 III 489, c. 4.2, JdT 2008 I 476; ATF 132 III 321, c. 2.2.1, JdT 2006 I 447. Antérieurement, on envisageait deux critères seulement: la concordance matérielle et temporelle (BERENSTEIN, Assurance-accidents, 58 ss).

7 ATF 126 III 41, c. 2-4, JdT 2000 I 368.

8 FRÉSARD-FELLAY, Concordance temporelle, 373 ss.

9 ATF 131 III 12, c. 7.2, JdT 2005 I 488.

10 ATF 131 III 360, c. 7.2, JdT 2005 I 502; TF, 26.1.2010, 4A_481/2009, c. 4.2.6; TF, 20.12.2011, 4A_77/2011, c. 4.2.2.

11 ATF 134 III 489, c. 4.2, JdT 2008 I 476; ATF 132 III 321, c. 2.2.1, JdT 2006 I 448.

C. Effets

- 8 La règle de la concordance des droits a pour but de protéger les droits de la victime. Elle a également pour effet de limiter le recours subrogatoire de l'assureur social à trois égards¹²:
- **L'objet du recours subrogatoire** est constitué par les prestations sociales dont l'assureur peut demander le remboursement. La règle de la concordance des droits le limite en écartant les prestations ou part de prestations qui ne réparent pas un dommage. Il en découle que la victime conserve d'une part la prestation non indemnitaire et, d'autre part, son droit à la réparation du dommage non couvert à l'égard du responsable. Cette règle a pour conséquence que la victime reçoit parfois au total plus que la réparation de son dommage car elle a obtenu des prestations sociales non indemnitaires¹³. On peut y voir une «surindemnisation de la victime». Ainsi la victime d'un événement dommageable dont un tiers répond, qui reçoit une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité indemnisant à la fois l'invalidité consécutive à cet événement et à une maladie, se verra imputer la seule part de rente due à l'accident sur sa prétention en indemnisation de la perte de gain. Elle conserve la part de rente consécutive à la maladie considérée comme non indemnitaire. Elle reçoit au total plus que la réparation de son entier dommage.
 - **L'assiette du recours subrogatoire** est constituée par la somme des indemnités dues par le tiers responsable sur lesquelles la subrogation peut s'exercer. La règle de la concordance limite l'assiette en écartant les indemnités dues pour des dommages non indemnisés. Ainsi, l'assureur-accidents qui verse des prestations d'invalidité ne peut pas faire porter son recours sur les indemnités dues pour les dommages non indemnisés, par exemple, l'indemnité réparant le préjudice domestique.
 - Une fois l'objet et l'assiette du recours subrogatoire délimités, il faut encore déterminer comment s'exerce la créance de l'assureur subrogé. En bonne orthodoxie, l'assiette du recours est la projection de l'objet du recours; il en résulte que le recours s'exerce **poste par poste** et non pas globalement. Chaque prestation indemnitaire est imputée séparément sur l'indemnisation du dommage qui lui correspond, pour déterminer la créance directe de la victime. L'assureur exerce son recours pour chaque prestation indemnitaire sur la seule indemnité due pour la composante du dommage que la prestation a contribué à indemniser. Ce **cantonement** a pour conséquence qu'il n'y a pas de compensation possible entre les diverses composantes du dommage; il s'oppose également à une imputation globale où la somme des prestations indemnitaires serait imputée sur la somme des dommages indemnisés. Ainsi, en présence d'une perte de gain future de 50%, l'assureur qui verse une rente d'invalidité fondée sur un taux d'invalidité de 100% ne pourra exercer son recours que sur le poste de perte de gain future. Il ne pourra pas recouvrer l'éventuel excédent de prestations sociales en exerçant son recours sur un autre poste du dommage (par exemple, la perte de gain actuelle) ou compenser les soldes des deux postes¹⁴.

II. La concordance matérielle (al. 1)

- 9 L'art. 74 al. 1 LPGa prévoit que les droits passent à l'assureur pour les prestations de même nature. La loi consacre ainsi le principe de la concordance fonctionnelle

¹² FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1179 ss.

¹³ ATF 134 III 489, c. 4.4, JdT 2008 I 476.

¹⁴ ATF 134 III 489, c. 4.4, JdT 2008 I 476.

(«*sachliche Kongruenz*»). A cet égard, la LPGa a repris la norme de l'art. 43 al. 1 aLAA¹⁵.

Pour admettre le caractère indemnitaire de la prestation sociale, il faut que la prestation et le poste du préjudice soient «de même nature» («*gleicher Art*»). Le critère de délimitation est ainsi **la nature et la fonction** de la prestation considérée¹⁶, à savoir **son sens et le but** qu'elle vise¹⁷. De la justification du principe qui est d'éviter la surindemnisation, il découle que cette nature doit être analysée d'un point de vue **économique**¹⁸. Il ne s'agit ni de savoir si la composante du dommage est «assurée» ou pas, ni de comparer les modalités de calcul des indemnités¹⁹.

La concordance matérielle s'apprécie au regard de la nature et de la fonction de la prestation **dans son ensemble**. En revanche, le montant de la prestation, les facteurs de calcul et en particulier les taux que la législation sociale impose ainsi que le mode de financement ne jouent pas de rôle²⁰. Ainsi, il importe peu que la rente d'invalidité de l'assureur-accidents soit calculée sur la base du gain assuré (art. 15 LAA) alors que la perte de gain que le responsable doit réparer est évaluée à l'aide du gain hypothétique futur de la victime; ce qui est déterminant, c'est que les deux indemnités ont la même fonction: réparer la perte de gain de la personne lésée²¹.

Si la prestation sociale et l'indemnité due par le responsable doivent être de même nature, **elles ne doivent pas être identiques**. En effet, en terminologie, l'épithète «identique», retenue par la jurisprudence rendue en application de l'ancien art. 100 LAMA, a été remplacée, dans la LAA, puis dans la LPGa, par «de même nature» ce qui indique qu'une correspondance complète n'est pas exigée; une analogie fonctionnelle suffit.

Pour faciliter la comparaison entre les prestations des assureurs sociaux et les chefs du préjudice, le législateur a adopté une **table de concordance** (art. 74 al. 2)²². Cette table rapproche d'une part la nomenclature des postes de préjudice en droit commun et, d'autre part, celle des prestations des assureurs sociaux. Ensuite, elle classe les postes du préjudice et les prestations sociales par paires. Elle indique ainsi pour quelles catégories de prestations sociales la concordance fonctionnelle est tenue pour établie. Il ne s'agit dès lors pas de disséquer les postes du dommage dans leurs diverses composantes mais de confronter globalement chaque poste à la prestation paire²³.

15 Cf. aussi art. 48^{quinquies} aLAVS; art 52 al. 1 aLAI; art. 124 al. 1 aOAMal.

16 ATF 131 III 360, c. 7.2 et réf., JdT 2005 I 502.

17 ATF 126 III 41, JdT 2000 I 367.

18 ATF 131 III 360, c. 7.2, JdT 2005 I 502; ATF 126 III 41, c. 2 et réf., JdT 2000 I 367.

19 BECK, *Schadenausgleichssystemen I*, N 6.28; GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 519 s. N 158.

20 ATF 132 III 321, c. 2.2.2, JdT 2006 I 447; ATF 131 III 12, c. 7.2-7.4, JdT 2005 I 488; RUMO-JUNGO, Thèse d'habilitation, N 992.

21 ATF 132 III 321, c. 2.2.2, JdT 2006 I 447.

22 Au sujet de la genèse de cette table: FRÉSARD-FELLAY, *Recours subrogatoire*, N 1212 ss.

23 TF, 8.9.2014, 4A_260/2014, c. 5.3.2.

III. La table de concordance (al. 2)

A. Les nomenclatures indicatives

1. Les deux nomenclatures

- 14 L'art. 74 al. 2 consacre une table de concordance entre deux nomenclatures, celle des prestations des assureurs sociaux et celle des postes du préjudice. Ce catalogue définit :
- d'une part, **les prestations** des assureurs sociaux qui sont considérées comme indemnitaires, et
 - d'autre part, **les postes du préjudice** que ces prestations indemnisent et que l'assureur peut en conséquence recouvrer.

L'énumération retenue est fondée sur la division tripartite usuelle en droit de la responsabilité civile: le dommage consécutif aux **lésions corporelles**, le dommage consécutif au **décès** et le **tort moral**. Le poste du dommage en droit de la responsabilité civile constitue le terme de référence pour opérer la comparaison entre chef de préjudice et prestation sociale²⁴.

2. Le complément jurisprudentiel

- 15 L'art. 74 al. 2 indique: «Sont **notamment** des prestations de même nature: [...]». Partant, les deux nomenclatures ne sont pas exhaustives; il s'agit d'une **liste indicative** susceptible au besoin de s'enrichir de nouveaux postes qui viendraient s'ajouter à la liste initiale²⁵. D'autres prestations que celles énoncées peuvent être également objet de la subrogation dont l'assiette peut s'étendre à des postes du préjudice qui ne sont pas mentionnés expressément²⁶. La jurisprudence a ainsi complété le catalogue en y incluant deux postes qui ne sont pas expressément mentionnés par les textes :
- **L'indemnisation du dommage de rente**; c'est l'assiette du recours subrogatoire de l'assurance-accidents pour la part de rente d'invalidité allouée après la fin de la vie active de la victime²⁷ (N 43 ss).
 - **L'indemnisation du préjudice ménager**; c'est l'assiette du recours subrogatoire de l'assurance-invalidité dans la mesure où la rente d'invalidité n'est pas versée exclusivement pour couvrir une perte de gain²⁸ (N 32).
- 16 Si une prestation n'est pas mentionnée dans l'énumération légale, sa nature doit être analysée au regard du principe de la concordance des droits, afin de déterminer si elle a un caractère indemnitaire ou non et quel poste du dommage elle contribue à indemniser.

24 FRÉSARD-FELLAY, Concordance temporelle, 378.

25 P.ex. ATF 126 III 41, c. 2, JdT 2000 I 370 (en relation avec l'art. 43 al. 2 aLAA).

26 GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, 521 N 161.

27 ATF 126 III 41, c. 2, JdT 2000 I 370.

28 ATF 134 III 489, c. 4.5, JdT 2008 I 476; voir aussi ATF 131 III 12, c. 7, JdT 2005 I 488 (qui admet la concordance fonctionnelle entre la rente mixte d'invalidité de l'assurance-invalidité allouée à une personne temporairement sans activité lucrative et le préjudice ménager); ATF 131 III 360, c. 7.3 (qui admet la concordance fonctionnelle entre une rente d'invalidité ordinaire de l'assurance-invalidité allouée à une personne exerçant une activité lucrative à temps partiel et le préjudice ménager); cf. ég. STUDHALTER, Kongruenzdivergenzen, 114.

3. Les intérêts

Le catalogue de l'art. 74 al. 2 est muet au sujet des **intérêts**. En droit de la responsabilité civile, le débiteur doit payer un intérêt sur les indemnisations échues²⁹. On parle d'«intérêt compensatoire» ou d'«intérêt du dommage» («*Schadenszins*»). S'il ne s'agit pas d'une rubrique propre du dommage, il constitue bien un élément du dommage³⁰: il a pour but de placer la victime dans la situation qui serait la sienne si elle avait immédiatement reçu satisfaction³¹. Si les prestations sociales légales et indemnitaires sont objet du recours subrogatoire, la créance d'intérêts est un **droit accessoire lié à la créance principale** (art. 72 N 40)³². La subrogation s'exerce ensuite sur l'indemnité due pour la composante du dommage que la prestation a indemnisée, jusqu'à hauteur de la prestation. Au même titre que les autres droits accessoires, la créance d'intérêts pour la préention subrogatoire passe à l'assureur subrogé, avec la cession de créance³³. La créance subrogatoire comprend dès lors deux composantes: d'une part, le principal, c'est-à-dire l'indemnité, et, d'autre part, l'accessoire, c'est-à-dire l'intérêt du dommage sur l'indemnité échue. On parle alors d'«intérêt subrogatoire» («*Regresszins*»)³⁴. Les modalités de calcul de l'intérêt subrogatoire sont les mêmes que celles de l'intérêt compensatoire. Les logiciels de calcul du dommage tels que Leonardo facilitent la tâche³⁵.

17

B. Le jour de calcul

La classification opérée par l'art. 74 al. 2 entre les postes du dommage et les prestations sociales ne distingue pas les indemnisations temporaires des indemnisations durables ou permanentes ou le dommage actuel du dommage futur. Cela est conforme à l'art. 46 CO qui ne le fait pas non plus. La règle connaît toutefois une exception: l'art. 74 al. 2 let. b et c répertorie distinctement l'incapacité de travail et l'incapacité de gain, comme le fait l'art. 46 CO (incapacité de travail et atteinte à l'avenir économique). Toutefois, dans la mesure où le moment auquel le dommage est provoqué et celui auquel on le détermine ne coïncident par définition jamais, la question du moment du calcul se pose³⁶. La règle est la même pour les dommages-intérêts dus à la victime et pour la créance subrogatoire de l'assureur: on se place au jour du jugement de la juridiction cantonale devant laquelle on peut alléguer pour la dernière fois des faits nouveaux³⁷. En cas de transaction judi-

18

29 Pour une présentation générale, cf. LÄUBLI ZIEGLER, *Zeit ist Geld II*; WERRO, *Intérêts moratoires*, 27 ss.

30 ATF 131 III 12, c. 9, JdT 2005 I 488; SCHAETZLE/WEBER, N 3.293 ss.

31 ATF 131 III 12, c. 9, JdT 2005 I 488.

32 TF, 15. 12. 2016, 4A_301/2016, c. 10 non publié in ATF 143 III 79; voir surtout DÉCAILLET, *Intérêt*, 314 ss.

33 P.ex. ATF 112 II 87, JdT 1986 I 439.

34 TF, 15. 12. 2016, 4A_301/2016, c. 10, non publié in ATF 143 III 79; pour une présentation globale, cf. DÉCAILLET, *Intérêt*, 314 ss; LÄUBLI ZIEGLER, *Zeit ist Geld II*, 321 ss; en pratique, l'OFAS, la Commission des chefs de sinistres de l'ASA et la CNA ont élaboré une déclaration d'intention en vertu de laquelle l'assureur social s'engage à établir régulièrement des demandes d'acomptes, les intérêts n'étant portés en compte que si l'assureur de la responsabilité civile ne verse pas des acomptes appropriés. Il s'agit de la recommandation n°9/2005 du 11 novembre 2005, qui peut être consultée à l'adresse: <www.regress.admin.ch/fr/> sous Recommandations (consulté le 29. 10. 2017).

35 <https://www.leonardo.ag/willkommen.html> (consulté le 29. 10. 2017).

36 CHAPPUIS B., 3.

37 ATF 125 III 14, c. 2c, JdT 1999 I 359; WERRO, *Responsabilité*, N 1045 et réf.

ciaire ou extrajudiciaire, le jour de calcul est le jour de la transaction (ou le jour convenu par transaction). Il s'agit du jour de calcul selon la terminologie usuelle.

- 19 Le jour de calcul permet d'opérer une délimitation entre le dommage actuel (qui s'est déjà produit) et le dommage futur (qui se produira postérieurement). Cette césure est justifiée, non seulement pour faciliter le calcul du juge³⁸, mais également parce que dommage actuel et dommage futur divergent sous deux aspects: d'une part, le dommage actuel est assorti d'un intérêt compensatoire alors que le dommage futur est capitalisé donc escompté; d'autre part, le dommage passé est calculé alors que le dommage futur est évalué à l'aide d'hypothèses (art. 42 al. 2 CO)³⁹. Il est dès lors justifié d'opérer le calcul des dommages durables en deux phases, antérieure et postérieure au jour de calcul⁴⁰. Le principe ne va pas sans exception et la jurisprudence s'en distancie parfois, notamment en matière de perte de soutien où le calcul s'opère selon la jurisprudence au jour du décès⁴¹, ce qui est contesté dans la pratique.
- 20 En présence d'un dommage durable ou permanent, il est nécessaire que **le jour de calcul de la créance de la victime et celui de la créance subrogatoire coïncident**. En effet, le dommage permanent doit être capitalisé donc escompté. C'est le cas également de la rente d'invalidité de l'assureur social. Même si le règlement des créances directes et subrogatoires n'est pas conjoint, la capitalisation des indemnités civiles et sociales, base du jugement ou de la transaction, doit ainsi être opérée à la même date, de telle manière que le responsable s'acquitte de l'entier de la réparation, répartie entre deux créanciers.

C. Le catalogue

- 21 La première opération pour celui qui entend établir l'étendue du recours subrogatoire de l'assureur social, dans un cas particulier, consiste à déterminer le dommage et la réparation due par le responsable en droit commun. Il s'agit de fixer le montant des dommages-intérêts auquel aurait droit la victime, si elle n'était pas d'ores et déjà indemnisée (partiellement ou totalement) par l'assureur. Une fois le montant de l'indemnité fixée, pour chacun des postes du préjudice, dans l'étape suivante du processus, il s'agit de savoir quelles sont les prestations d'assurance objets du recours subrogatoire, en d'autres termes, quels sont les éléments que l'assureur peut recouvrer. La subrogation présuppose le caractère indemnitaire de la prestation. Pour qu'une prestation soit dite indemnitaire, il faut qu'elle «concorde» avec l'indemnité due pour un dommage en droit commun. Compte tenu de la diversité des prestations, la règle de la concordance des droits doit être concrétisée dans chaque cas particulier, avec le catalogue de l'art. 74 al. 2 à l'appui.

1. Le remboursement des frais de traitement et de réadaptation (let. a)

- 22 Selon l'art. 74 al. 2 let. a LPGa, sont des indemnités de même nature: d'une part, le remboursement des frais de traitement et de réadaptation par l'assureur, et, d'autre part, le remboursement de ces frais par le tiers responsable. La loi subroge ainsi l'assureur social

38 La jurisprudence observe étrangement que la distinction n'a d'autre fonction que celle de faciliter le calcul du juge: p.ex. TF, 5.1.2006, 4C.324/2005, c. 3.2; TF, 29.6.2004, 4C.101/2004, c. 3.2.1.

39 P.ex. TF, 12.7.2011, 4A_127/2011, c. 5.

40 Dans le même sens, ROTHENBERGER, *Verwirklichung*, 79 s.

41 ATF 84 II 292, c. 7.

aux droits de la personne lésée quant au remboursement des frais de traitement et de réadaptation dus par le tiers responsable du dommage, jusqu'à concurrence des frais pris en charge. En droit de la responsabilité civile, selon l'art. 46 CO, la victime de lésions corporelles a droit au remboursement des frais qui résultent de son incapacité de travail totale ou partielle⁴². De plus, selon l'art. 45 al. 2 CO, si la mort n'est pas survenue immédiatement, les dommages-intérêts comprennent en particulier les frais. Ces frais visés par l'art. 74 al. 2 let. a constituent l'assiette du recours subrogatoire.

Si la loi mentionne, dans la nomenclature des prestations sociales, objet du recours subrogatoire, les «**frais de traitement**», il est admis que cette rubrique doit être plus largement entendue. Elle ne vise pas seulement les frais des mesures médicales mais bien l'**ensemble des prestations en nature** fournies ou remboursées par l'assureur social (art. 14 LPG), y compris les prestations de soins. Forment toutefois une exception ceux qui font l'objet d'une autre rubrique de la table de concordance, à savoir: les frais liés à l'assistance (art. 74 al. 2 let. d) et les frais liés au décès (art. 74 al. 2 let. g). Sont également visés par cette rubrique les remboursements de frais, par exemple, dans l'assurance-accidents, les frais de sauvetage de voyage, de transport (art. 13 LAA), les moyens auxiliaires (art. 11 LAA) et les dommages matériels (art. 12 LAA). 23

La disposition de l'art. 74 al. 2 let. a LPG mentionne le «**remboursement**» des frais de traitement que l'assureur aurait à effectuer. Or l'assureur social alloue souvent ses prestations en nature; dans l'assurance-accidents, il accorde des prestations en nature sous la forme de soins médicaux dispensés par un médecin ou un autre fournisseur de prestations dont il prend directement en charge les honoraires et frais (système du tiers payant). A proprement parler, il n'a dès lors pas à «rembourser» à la victime les frais de traitement que celle-ci ne supporte pas. Toutefois, que le dommage soit indemnisé en nature ou en espèces n'exclut pas l'existence d'un dommage; de plus, le mode d'allocation des prestations ne modifie pas leur fonction qui est toujours indemnitaire. La subrogation de l'assureur au droit de la victime à l'indemnisation jusqu'à concurrence de la prestation en nature est donc admise⁴³. 24

Les assureurs peuvent passer des **conventions avec les fournisseurs de prestations** afin de régler les modalités de leur collaboration et de fixer les tarifs⁴⁴. Si un tiers est tenu à réparation du dommage ni les fournisseurs de soins ni la victime ne sauraient demander au tiers le remboursement de frais supplémentaires (par exemple, la différence entre le tarif conventionnel et le tarif que le fournisseur aurait pu facturer s'il n'avait pas dû s'en tenir au tarif conventionnel); les fournisseurs ne peuvent pas le faire faute d'une base légale; la victime ne le peut pas davantage, car elle ne subit pas de dommage dont elle pourrait exiger réparation⁴⁵. Dans l'assurance-maladie toutefois, le canton de résidence de l'assuré a un droit de recours subrogatoire dans certains cas (art. 79a LAMal)⁴⁶. 25

Les mesures de réadaptation ne sont pas prévues par toutes les assurances sociales; seules l'assurance militaire (art. 33 ss LAM) et l'assurance-invalidité (art. 14 ss LAI) prévoient de telles mesures⁴⁷. Dans l'assurance-invalidité, en particulier, les mesures de 26

42 WERRO, Responsabilité, N 1021 ss.

43 BECK, Schadenausgleichsystemen I, N 6.39; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 74 N 9.

44 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 74; pour l'assurance-accidents: FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 655 ss.

45 ATF 126 III 36, c. 2, JdT 2000 I 367.

46 KIESER, Kantonale Leistungen, 178 ss.

47 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 66.

réadaptation comprennent les mesures d'intervention précoce (art. 7d LAI), les mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle (art. 14a LAI), les mesures d'ordre professionnel (art. 15 ss LAI)⁴⁸ et les frais de voyage nécessaires à l'exécution des mesures de réadaptation (art. 51 LAI). Ces mesures ont pour but de prévenir ou réduire une invalidité (incapacité de gain ou incapacité d'accomplir ses travaux habituels)⁴⁹. Il n'est pas toujours facile de distinguer les mesures médicales des mesures de réadaptation en coordination intersystémique. En coordination extrasystémique toutefois, la distinction ne joue pas de rôle, ces mesures faisant l'objet d'une seule rubrique de la table de concordance.

- 27 Les rapports médicaux et d'expertises qui sont nécessaires au traitement et à la réadaptation font partie du traitement et de la réadaptation et, à ce titre, sont objets de la subrogation⁵⁰.
- 28 L'art. 74 al. 2 let. a LPGa réunit des **éléments hétérogènes** du dommage; ceux-ci ont en effet pour seule particularité commune de représenter des prestations servies en nature ou des frais remboursés par l'assureur social (art. 14 LPGa). En application rigoureuse du principe de la concordance fonctionnelle, on pourrait distinguer ces divers frais pour classer chaque élément (par exemple, les frais de traitement, les moyens auxiliaires, le dommage matériel, etc.) dans une catégorie propre. Toutefois, cette façon de faire compliquerait inutilement les choses⁵¹. En effet, en matière de «remboursement de frais», la personne lésée ne subit guère de découvert. Or c'est bien l'éventualité du découvert de la personne lésée qui impose la distinction entre les postes du dommage: en effet, en cas de réparation réduite, elle bénéficie du droit préférentiel pour le découvert subi sur les chefs de préjudice indemnisés partiellement par l'assureur; en revanche, pour les postes non indemnisés par l'assureur, elle supporte une réduction de son indemnisation (art. 73).

2. *L'indemnité journalière et l'indemnisation pour l'incapacité de travail (let. b)*

- 29 La loi subroge l'assureur social aux droits de la personne lésée à l'indemnisation pour l'incapacité de travail, jusqu'à concurrence de l'indemnité journalière versée. Cette disposition reprend celle de l'art. 43 al. 1 let. c aLAA et celle de l'art. 69 al. 1 let. c aLAM, sans la mention de la concordance temporelle qui figure désormais à l'art. 73 al. 2 LPGa (art. 73 N 20).
- 30 **L'objet de la subrogation** est en principe **l'indemnité journalière** de l'assureur social (art. 68 N 2). Il peut également s'agir **d'arrérages de rente d'invalidité** au jour de calcul. En effet, la césure retenue par l'art. 74 al. 2 entre, d'une part, l'incapacité de travail (art. 74 al. 2 let. b) et, d'autre part, l'incapacité de gain (art. 74 al. 2 let. c) est opérée **au jour de calcul** de la créance en droit de la responsabilité civile (N 20 ss). Elle ne se produit pas au jour où en assurance sociale, l'indemnité journalière est remplacée par la rente d'invalidité (par exemple art. 19 al. 1 LAA).
- 31 La prestation sociale pour la perte de revenus professionnels entre le jour de l'événement dommageable et celui de la transaction (ou du jugement) et l'indemnisation civile ne couvrent pas nécessairement le même laps de temps. Par exemple, les indemnités journalières sont parfois assorties de délais de carence que le droit commun ne connaît pas.

48 Pour plus de détails: DOLF, Rückgriffrecht, N 183 ss.

49 Au sujet de l'exigibilité de la réadaptation: TF, 6.7.2015, 4A_588/2014, c. 4.

50 TF, 28.5.2014, 2C_1087/2013, c. 5.

51 STOESSEL, Regressrecht, 81.

C'est le cas de l'indemnité journalière de l'assurance-accidents qui est versée à partir du troisième jour après l'accident (art. 16 al. 2 LAA). Les deux premiers jours forment un délai de carence. En vertu du principe de **la concordance temporelle**, la perte de gain des deux premiers jours est exclue de l'assiette de la subrogation de l'assurance-accidents. En coordination des indemnités journalières de l'assurance-accidents et d'une rente de l'assurance-invalidité, la jurisprudence effectue un calcul de surindemnisation global prenant en considération toute la période concernée et non la seule période où les prestations sont allouées concomitamment⁵². Le laps de temps pris en considération lors de la coordination (préalable) des régimes d'assurances sociales doit s'appliquer également en coordination (postérieure) extrasystémique⁵³; il en va de la cohérence entre les systèmes d'indemnisation du préjudice corporel (cf. aussi art. 72 N 43).

L'art. 74 al. 2 ne mentionne pas **le dommage ménager ou domestique**. A cet égard, la jurisprudence a complété la table de concordance (N 15). Toutefois, les indemnités journalières des assureurs sociaux n'indemnisent pas ce dommage. En particulier, l'indemnité journalière de l'assurance-invalidité n'indemnise pas le dommage domestique car les personnes qui n'ont pas d'activité lucrative n'ont pas droit à cette indemnité⁵⁴. Le dommage domestique n'est donc pas compris dans l'assiette de la subrogation de l'assurance-invalidité, y compris pour les personnes qui ont une activité lucrative à temps partiel⁵⁵. 32

Lorsqu'il y a concours d'indemnités journalières avec une rente d'invalidité (art. 68), l'art. 69 LPGa institue une règle de coordination intersystémique des prestations. S'agissant du plafond de surindemnisation, l'art. 69 al. 2 introduit des **éléments non concordants**: les frais supplémentaires et les éventuelles diminutions de revenu de proches. Dans cette mesure, il faut constater que le législateur n'applique pas le principe de la concordance des droits dans toute sa rigueur. Lorsque la responsabilité d'un tiers est engagée, cet amalgame entre deux préjudices différents pose problème au regard du principe de la concordance fonctionnelle des droits⁵⁶. Aussi, le cantonnement du recours subrogatoire impose à l'assureur qui entend poursuivre le remboursement de sa créance subrogatoire, de ventiler l'indemnité journalière et/ou la rente d'invalidité versée en deux parts⁵⁷: 33

- pour la part de l'indemnité journalière/rente couvrant le dommage consécutif à l'incapacité de travail, il est subrogé sur l'indemnité due en remboursement de dommage consécutif à l'incapacité de gain;
- pour la part de l'indemnité journalière/rente couvrant les frais de soins et d'assistance, il est subrogé sur l'indemnité due au titre de réparation des frais de soins et d'assistance (art. 74 al. 2 let. d).

L'ASA, la CNA et l'OFAS ont élaboré une **recommandation** commune destinée à faciliter cette procédure et éviter que l'assureur responsabilité civile et l'assureur social n'indemnisent deux fois ce dommage de soins et d'assistance⁵⁸. 34

52 ATF 117 V 394, c. 3; ATF 132 V 27, c. 3.1; ATF 139 V 519, c. 3.

53 Dans ce sens ég. BECK, Koordinationsprinzipien, 260.

54 SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 13 N 71.

55 DOLF, Rückgriffrecht, N 203.

56 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1447 ss.

57 Pour un ex. de calcul des prétentions directes et subrogatoires dans cette hypothèse spécifique, cf. LÄUBLI ZIEGLER, Koordinationsprobleme, 179.

58 Recommandation 3/2003 du 3 septembre 2003, REAS 2003 348, avec un commentaire de CHAPPUIS GUY/BECK PETER. Elle peut également être consultée sur le site Internet du service

3. *Les rentes d'invalidité ou les rentes de vieillesse allouées à leur place et l'indemnisation pour l'incapacité de gain (let. c)*

- 35 La loi subroge l'assureur social dans les droits de la personne lésée à l'indemnisation de l'incapacité de gain, jusqu'à concurrence de la rente d'invalidité ou des rentes de vieillesse allouées à la place de la rente d'invalidité.
- 36 **L'objet de la subrogation** est en principe la rente d'invalidité⁵⁹ des assureurs sociaux et la rente de vieillesse allouée à la place de la rente d'invalidité de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance militaire (art. 33^{bis} LAVS; art. 47 LAM). La rente pour enfants de l'assurance-invalidité (art. 35 LAI) allouée à la personne assurée constitue une forme d'indemnisation de la perte de gain que celle-ci subit; elle est considérée comme indemnitaire et autorise donc, en vertu du principe de la concordance personnelle, le recours contre le tiers tenu de réparer le dommage⁶⁰. C'est le cas également de la rente pour enfant versée à un tiers⁶¹.
- 37 **L'assiette de la subrogation** est l'indemnisation due par le tiers responsable pour l'incapacité de gain au sens de l'art. 46 CO. En vertu de cette disposition, la victime de lésions corporelles a droit à la réparation du dommage qui résulte de son incapacité de travail totale ou partielle, ainsi que de l'atteinte portée à son avenir économique; est déterminante la diminution de la capacité de gain. La perte de gain décisive est la perte de gain nette⁶².
- 38 La table de concordance ne mentionne pas **l'atteinte à l'avenir économique**. Toutefois, les notions d'incapacité de travail et d'atteinte à l'avenir économique formant deux composantes du même dommage⁶³, il y a bien concordance fonctionnelle entre la rente d'invalidité de l'assureur social et l'indemnisation de ces composantes. Les deux prestations ont la même nature et la même fonction: réparer la perte ou la diminution des possibilités de gain du fait de l'atteinte à l'intégrité corporelle de la victime⁶⁴. La jurisprudence a d'ailleurs admis, sans discussion, la concordance fonctionnelle entre ces types d'indemnisation⁶⁵.
- 39 Il se peut que l'assureur ne verse pas de rente d'invalidité parce que la personne lésée ne subit pas de perte de gain ou subit une perte de gain insuffisante pour ouvrir le droit à une rente d'invalidité et qu'une indemnisation de l'atteinte à l'avenir économique soit due sur le terrain civil. Dans cette hypothèse, il est possible que l'assureur soit amené **dans le futur** à verser une rente⁶⁶. Or si la personne lésée a été indemnisée pour l'atteinte à l'avenir économique subie, l'allocation postérieure d'une rente d'invalidité pourrait entraîner une surindemnisation et le responsable pourrait être tenu à un double paiement. Pour pallier ce risque, on peut envisager deux solutions: soit la victime et le tiers responsable (ou son assureur de la responsabilité civile) conviennent du versement de l'indemnité pour at-

des recours de l'OFAS: <www.regress.admin.ch/fr/> sous Recommandations (consulté le 28.7.2017).

59 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 50.

60 ATF 112 II 118, c. 5f.

61 HÜRZELER, Regress, N 36.16.

62 ATF 136 III 222, c. 4; ATF 129 III 135, c. 2.2.

63 Pour plus de détails: FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1510 ss.

64 Cf. ég. BECK, ATSG, 135.

65 P.ex. TF, 1.7.2003, 4C.108/2003; TF, 29.6.2005, 4C.101/2004.

66 Il arrive que le TF ne tienne pas compte de ce risque. P.ex. TF, 23.3.1999, 4C.223/1998.

teinte à l'avenir économique sous forme de rente, soit ils prévoient une clause d'imputation⁶⁷ dans la convention d'indemnisation⁶⁸.

Une lésion corporelle peut porter atteinte non seulement à la capacité de gain, mais également à la capacité de travail, particulièrement à celle relative aux activités non rémunérées, telles que la tenue du ménage et les soins et l'assistance fournis aux enfants. Il est alors question de dommage domestique⁶⁹ ou de préjudice ménager⁷⁰. Ce type de préjudice donne droit à des dommages-intérêts en application de l'art. 46 al. 1 CO. En vertu du principe de la concordance fonctionnelle, lorsque la rente d'invalidité servie par l'assureur social a pour but exclusif de compenser l'incapacité de gain de l'ayant droit, elle n'a pas pour fonction de réparer le **dommage domestique ou ménager** ou le préjudice dans d'autres activités non rémunérées⁷¹. Le dommage domestique ou ménager est ainsi exclu de l'assiette de la subrogation⁷². C'est le cas pour la rente d'invalidité versée par l'assureur-accidents ou l'institution de prévoyance. En revanche, la rente d'invalidité de l'assurance-invalidité indemnise le préjudice domestique si elle n'est pas versée exclusivement pour couvrir une perte de gain⁷³.

En présence d'une rente d'invalidité de l'assurance-invalidité qui indemnise à la fois la perte de gain et le dommage domestique⁷⁴ et d'une rente d'invalidité d'un assureur social qui indemnise uniquement la perte de gain, seule la part de la rente de l'assurance-invalidité couvrant l'incapacité de gain est prise en compte en coordination intersystème⁷⁵. En coordination extrasystème également, il faut s'en tenir à un strict cantonnement de chacun des dommages et des prestations qui les indemnisent. La rente de l'assurance-invalidité doit dès lors être **ventilée** en une part «activité domestique» et une part «activité lucrative»; l'assurance-invalidité pourra exercer son recours pour chacune des parts de rente sur le seul dommage que celle-ci indemnise. L'assureur social pourra exercer son recours subrogatoire pour la rente d'invalidité sur le seul dommage de perte de gain. A l'inverse, la constitution d'un pôle de deux dommages (dommage domestique et incapacité de gain) avec imputation globale des prestations des assureurs subrogés, heurte le principe de la concordance des droits⁷⁶, en présence d'une rente de l'assurance-accidents et/ou de la prévoyance professionnelle qui couvre(nt) exclusivement l'incapacité de gain.

Il n'y a pas lieu de distinguer la perte de gain selon qu'elle résulte d'une activité **dépendante ou indépendante, assurée ou non**: la perte de gain globale constitue l'assiette de la subrogation. Au demeurant, la table de concordance de l'art. 74 al. 2 ne distingue pas les composantes des prestations ou du dommage⁷⁷.

En vertu du principe de la concordance **temporelle**, l'assureur social qui alloue une rente d'invalidité viagère comme l'assurance-accidents ne peut la recouvrer que pour la pé-

67 Ce procédé est prévu par l'art. 29 al. 3 OLAA en cas d'invalidité due à la perte d'organes pairs.

68 Dans cette dernière hypothèse, la valeur capitalisée de l'indemnité pour atteinte à l'avenir économique serait déduite de la rente d'invalidité capitalisée pour la même période.

69 SCHAETZLE/WEBER, N 3.259.

70 ATF 127 III 403, JdT 2001 I 482.

71 WERRO, Dommage ménager, 15 ss; CHAPPUIS, Préjudice ménager, 282 ss.

72 ATF 134 III 489, c. 4.5, JdT 2008 I 476.

73 ATF 134 III 489, c. 4.5, JdT 2008 I 476.

74 P.ex. ATF 131 III 12, c. 7.3, JdT 2008 I 488; ATF 131 III 360, c. 7.3.

75 ATF 124 V 279.

76 ATF 134 III 489, c. 4, JdT 2008 I 476; voir aussi, STUDHALTER, Kongruenzdivergenzen, 114 ss.

77 Au sujet des taux d'invalidité divergents entre assurance sociale et droit commun: TF, 8.9.2014, 4A_260/2014, c. 5.3.2; MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 552, n. 1436b.

riode pendant laquelle la personne assurée subit un dommage consécutif à l'incapacité de gain⁷⁸. Or l'âge ouvrant le droit à une rente de l'assurance-vieillesse et survivants correspond pour toutes les catégories de travailleurs à la limite temporelle de l'activité professionnelle, sauf circonstances particulières⁷⁹. Toutefois, le droit à la rente d'invalidité de l'assurance-accidents (ou à la rente de vieillesse de l'assurance-vieillesse et survivants qui remplace la rente d'invalidité) ne s'éteint qu'au décès de la personne assurée. Le tiers civilement responsable, qui a l'obligation de réparer le dommage subi par la personne lésée, répond également de la réduction future des prestations de vieillesse que les assurances sociales accorderont à ce dernier⁸⁰. Le dommage consécutif à la réduction d'une rente («*Rentenverkürzungsschaden*») ou **le dommage de rente** («*Rentenschaden*»), ou encore la perte sur pensions («*Rentenausfallschaden*»), correspond à la perte de rentes de vieillesse provoquée par une réduction du revenu qui survient à la suite d'une atteinte à la capacité de gain⁸¹.

- 44 Cette perte sur pensions correspond à la part non financée de la prévoyance de vieillesse⁸². C'est l'assiette de la prétention directe de la victime et de la subrogation des assureurs sociaux. En effet, la jurisprudence a retenu que l'assureur-accidents bénéficie, jusqu'à concurrence de la rente d'invalidité viagère qu'il alloue, d'une subrogation dans les droits de la victime à l'indemnisation du dommage de rente de vieillesse⁸³. Bien que le Tribunal fédéral ne se soit prononcé que sur la subrogation de l'assureur-accidents, il a précisé que l'on ne pouvait plus déduire de sa jurisprudence que l'assurance sociale ne pouvait en aucun cas être subrogée pour des prestations de vieillesse. On en conclut que les prestations indemnitaires de l'assurance-vieillesse et survivants, versées dès la retraite de la victime, sont également objet de la subrogation⁸⁴.
- 45 En conséquence et bien que le texte légal évoque la seule indemnisation de l'incapacité de gain (art. 46 CO), l'assiette de la subrogation des assureurs sociaux est double:
- pour la rente d'invalidité allouée pendant la durée prévisible de l'activité lucrative de la victime (phase active), la subrogation s'exerce sur l'indemnité due pour **l'incapacité de gain**, respectivement sur l'indemnisation de **l'atteinte à l'avenir économique**, pendant la même période;
 - pour la rente d'invalidité allouée dès la cessation prévisible de l'activité jusqu'au décès de la personne bénéficiaire (phase passive) ou pour la rente de vieillesse allouée à la place d'une rente d'invalidité, la subrogation s'exerce sur la réparation de **la perte sur pensions** consécutive à la perte de gain. Le projet de révision de la LPGA prévoit de compléter l'art. 74 al. 2 let. c en ajoutant à l'indemnisation pour l'incapacité de gain «l'indemnisation pour dommage de rente»⁸⁵.
- 46 L'indemnisation de la perte de gain future et de la perte sur pensions consécutive à l'invalidité dues par le responsable, d'une part, et la rente d'invalidité (et/ou l'indemnité en capital) versée par l'assurance sociale avant et après la fin présumable de l'activité lucra-

78 ATF 95 II 582, c. 5.

79 ATF 136 III 310, c. 4.2.2.

80 ATF 113 II 345, c. 1b/aa, JdT 1988 I 696; ATF 126 III 41, c. 3, JdT 2000 I 367.

81 ATF 126 III 41, c. 3, JdT 2000 I 367; pour une présentation générale: SCHAETZLE/WEBER, N 2.187 ss, N 3.252 ss, N 3.279 ss, N 3.491 ss; WEBER, Altersrenten, 186; CHAPPUIS, Dommage de rente II, 71 ss; CHAPPUIS, Dommage de rente I, 109 ss.

82 SCHAETZLE/WEBER, N 3.507 ss.

83 ATF 126 III 41, JdT 2000 I 367.

84 DOLF, Rückgriffrecht, N 214; LÄUBLI ZIEGLER, Rentenschaden, 451.

85 Art. 74 al. 2 let. c P-LPGA, FF 2018 1655, 1657; Mess. révision LPGA, FF 2018 1597, 1613.

tive⁸⁶, d'autre part, ne concordent pas dans toutes leurs composantes. En particulier, les revenus déterminants, les taux d'incapacité de travail ou de gain peuvent diverger. Comme en matière de perte de gain antérieure au jour de calcul, il s'agit une fois encore de comparer la nature des indemnisations sociales et civiles, à savoir leur sens et leur but. L'hétérogénéité des critères de calcul ou d'autres composantes des indemnisations ne sont dès lors pas décisives (N 42)⁸⁷.

Les prestations sociales durables, telles les rentes d'invalidité, sont **subjectes à révision**. 47 Une fois réglées, les créances directes de la victime et subrogatoires de l'assureur social, un changement peut se produire dans les circonstances dont dépendait l'octroi des prestations sociales. A cet égard, les assurances sociales et le droit de la responsabilité civile ne répercutent pas les changements dans la même mesure⁸⁸. En effet, une rente d'invalidité peut être augmentée, réduite ou supprimée en cas de changement de la situation de fait ou de droit prévalant lors de son octroi⁸⁹ (art. 53 N 2). En revanche, si un tiers est tenu de répondre du dommage en droit de la responsabilité civile, la prétention civile de la victime en réparation de la perte de gain (art. 46 CO) et les prétentions subrogatoires des assureurs sociaux qui l'indemnisent, sont réglées le plus souvent par transaction, généralement par un versement en capital pour solde de tout compte. Le règlement civil est en principe définitif. Cette disparité pose problème en coordination extrasystème et mérite une attention particulière des intervenants, pour garantir la meilleure cohésion possible entre les systèmes d'indemnisation du préjudice corporel⁹⁰.

4. *Les prestations pour impotence, la contribution d'assistance et le remboursement des frais liés aux soins et autres frais dus à l'impotence (let. d)*

La terminologie désignant la perte d'autonomie de la personne lésée et les frais auxquels elle est exposée est floue. On parle d'impotence (art. 9 LPGA), de dépendance, d'assistance (« *Hilflosigkeit, Pflegebedürftigkeit* »). S'agissant du dommage qu'elle subit, on parle, spécifiquement en droit de la responsabilité civile, de « dommage de soins et assistance » (« *Pflege- und Betreuungsschaden* »)⁹¹. 48

Sont **objets de la subrogation** les prestations pour impotence et la contribution d'assistance. Si la loi parle des « prestations » pour impotence et non seulement de « l'allocation » pour impotent, c'est parce que l'assurance militaire, à la différence de l'assurance- 49

86 L'art. 20 al. 2^{er} LAA prévoit qu'au moment où l'assuré atteint l'âge ordinaire de la retraite selon l'AVS, la rente d'invalidité et la rente complémentaire de l'assurance-accidents, allocations de renchérissement comprises, seront réduites en fonction de l'âge qu'il avait lors de l'accident. L'élément déterminant pour la réduction est le nombre d'années entières écoulées après que l'assuré ait eu 45 ans. Pour chaque année entière comprise entre la date de son 45^e anniversaire et le jour où l'accident est survenu, la réduction est de 2 points de pourcentage, mais au maximum de 40%. Lorsque le taux d'invalidité est inférieur à 40%, la réduction est d'1 point de pourcentage par année entière, mais au maximum de 20%. Pour plus de détails et des illustrations de la règle, voir IONTA DAVID, Révision de la loi fédérale sur l'assurance-accidents: résumé et commentaires des modifications les plus importantes, Jusletter du 30 janvier 2017.

87 TF, 12.7.2011, 4A_127/2011, c. 5.3.2.

88 Pour une présentation générale de l'évolution postérieure au règlement, cf. RUMO-JUNGO, Thèse d'habilitation, N 1046 ss.

89 Sur les diverses éventualités, cf. FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 537 ss.

90 Sur cette question, cf. DOLF, IVG-Schlussbestimmungen, 150 ss; DUPONT, Sécurité sociale, 390 ss; FRÉSARD-FELLAY, Questions actuelles, 37 ss; FRÉSARD-FELLAY, 5^e révision de l'AI, 135 ss; MÜLLER, 53 ss.

91 SCHAETZLE/WEBER, N 3.540.

accidents (art. 26 LAA), de l'assurance-invalidité (art. 42 LAI) et de l'assurance-vieillesse et survivants (art. 43^{bis} LAVS), ne verse pas d'allocation; elle rembourse les frais supplémentaires dus à l'impotence (art. 20 al. 1 LAM)⁹². Est également objet de la subrogation la contribution d'assistance versée à la personne qui perçoit une allocation pour impotent de l'assurance-invalidité, qui vit chez elle et a besoin d'un accompagnement (art. 42^{quater} LAI; cf. aussi art. 43^{ter} LAVS). En droit de la responsabilité civile, selon l'art. 46 CO, la victime de lésions corporelles a droit au remboursement des frais qui résultent de son incapacité de travail totale ou partielle. Les frais incluent notamment le **dommage de soins et d'assistance**⁹³. C'est l'assiette de la subrogation.

50 Les frais liés aux soins et à l'assistance des grands invalides peuvent être considérables et de nature très diverse⁹⁴. On distingue généralement trois types de dépenses⁹⁵:

- **Les frais à caractère médical**: ces frais ne sont pas visés par l'art. 74 al. 2 let. d; ils sont visés par l'art. 74 al. 2 let. a.
- **Le recours à des moyens palliatifs matériels**: la vie du grand invalide à domicile peut exiger un déménagement ou l'aménagement de son logement (circulation en fauteuil roulant, adaptation de la cuisine, des sanitaires, des installations électriques, etc.); ces frais sont pris en charge partiellement par les assureurs sociaux au titre de moyens auxiliaires (art. 64 N3). Ces frais sont aussi visés exclusivement par l'art. 74 al. 2 let. a.
- **Le recours à des moyens palliatifs humains**: la nature des besoins des grands invalides dépendants peut conduire soit au maintien à domicile, soit à l'hospitalisation ou au séjour permanent en établissement spécialisé. A domicile, l'assistance d'une tierce personne est souvent indispensable pour la toilette, l'habillement, l'activité ménagère et les déplacements du grand invalide. Les prestations pour impotents des assureurs sociaux, y compris la contribution d'assistance de l'assurance-invalidité⁹⁶, y contribuent. C'est cette catégorie de frais que vise l'art. 74 al. 2 let. d.

51 Pour répondre aux exigences de la concordance des droits et à la classification prévue à l'art. 74 al. 2 LPGA, il est justifié en coordination extrasystème de **distinguer** deux types de prestations: d'une part, les frais médicaux et les frais de moyens palliatifs matériels (moyens auxiliaires) et, d'autre part, les frais de moyens palliatifs humains. En effet, l'invalide dépendant supportera parfois un important dommage non couvert au titre de l'assistance d'une tierce personne⁹⁷, mais, en règle générale, pas ou peu de découvert sur les autres catégories de dépenses médicales.

5. L'indemnité pour atteinte à l'intégrité et l'indemnité à titre de réparation morale (let. e)

52 L'art. 74 al. 2 let. e met en parallèle l'indemnité pour atteinte à l'intégrité, objet de la subrogation, et l'indemnité à titre de réparation morale, assiette de la subrogation. La loi subroge l'assureur social aux droits de la personne lésée à une indemnité à titre de réparation morale, jusqu'à concurrence de l'indemnité pour atteinte à l'intégrité allouée.

⁹² KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 52.

⁹³ TF, 26.3.2002, 4C.276/2001, c. 6.

⁹⁴ Cf. en particulier LANDOLT, Pflegekosten, 324 ss.

⁹⁵ Un arrêt fait le point: TF, 26.3.2002, 4C.276/2001, commenté par SCHAETZLE, REAS 2002 276; cf. aussi KAUFMANN, 123 ss.

⁹⁶ DOLF, Rückgriffrecht, N 224.

⁹⁷ Dans l'arrêt du TF, 26.3.2002, 4C.276/2001, une rente de plus CHF 5000.– par mois a été allouée à une jeune victime, quand bien même l'assistance était fournie par sa mère.

Les indemnités pour atteinte à l'intégrité sont allouées par l'assurance-accidents (art. 24 al. 1 LAA) et par l'assurance militaire (art. 48 al. 1 LAM)⁹⁸; l'assurance militaire alloue également des indemnités à titre de réparation morale (art. 59 al. 1 LAM)⁹⁹. L'art. 74 al. 2 let. e prescrit que l'indemnité pour atteinte à l'intégrité est un poste du dommage de même nature que l'indemnité à titre de réparation morale (art. 47 CO). La prétention en réparation du tort moral passe donc à l'assureur jusqu'à concurrence de l'indemnité pour atteinte à l'intégrité ou de l'indemnité à titre de réparation morale¹⁰⁰. Le législateur a ainsi tranché une question controversée en doctrine et laissée un temps ouverte par la jurisprudence avant que celle-ci n'en prenne acte¹⁰¹.

Le principe de la concordance des droits exclut l'allocation d'une **indemnité globale réparandue en pratique**, au titre de réparation du dommage pécuniaire et immatériel. Il s'oppose pareillement à ce que l'indemnité à titre de tort moral soit arrondie pour corriger la réparation (ou l'absence de réparation) retenue dans une autre catégorie de préjudice. Une telle solution est également contraire au système légal qui distingue clairement les deux actions et applique à la réparation des deux préjudices des principes en partie différents.

6. Les rentes de survivants et l'indemnité pour perte de soutien (let. f)

Selon l'art. 74 al. 2 let. f, il y a concordance fonctionnelle entre, d'une part, les rentes de survivants¹⁰², objets de la subrogation et, d'autre part, les indemnités pour perte de soutien, assiette de la subrogation (art. 45 al. 3 CO). La loi subroge l'assureur social aux droits des survivants de la personne lésée à l'indemnisation de la perte de soutien, jusqu'à concurrence des rentes de survivants. Si la personne défunte soutenait plusieurs personnes, la perte de soutien doit être calculée isolément pour chaque ayant droit¹⁰³. Le principe de **la concordance personnelle** l'exige. Parfois, le Tribunal fédéral a retenu que les prétentions des enfants, limitées dans le temps, n'avaient pas à être distinguées de celle du conjoint survivant lorsque, pratiquement, elles étaient comprises dans la sienne. Si le procédé constituait une mesure de simplification concevable du temps où l'assurance-vieillesse et survivants n'était pas subrogée dans les droits des survivants à la réparation de leur dommage, il ne peut plus être maintenu car il heurte le principe de la concordance personnelle et matérielle des droits.

La contribution de soutien peut consister non seulement dans des prestations en espèces mais également dans un soutien en nature ayant une valeur économique, à l'exemple de l'activité ménagère ou du travail non rémunéré dans l'entreprise de son conjoint¹⁰⁴. La question de savoir **s'il y a concordance matérielle entre les rentes de survivants et la perte de soutien tirée de l'activité domestique** est controversée. En 1978, le Tribunal fédéral a admis que les rentes de survivants de l'assurance-vieillesse et survivants couvraient ce dommage¹⁰⁵. En 2001, il s'est prononcé sur la prétention directe en réparation de la perte de soutien qu'un enfant exerçait contre le tiers responsable du décès de sa mère. La défunte contribuait à l'entretien de la communauté familiale par le revenu de son activité lucrative et par son activité ménagère. Le Tribunal fédéral a calculé le dom-

98 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 60.

99 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 61.

100 Au sujet du rôle de l'atteinte à l'intégrité dans la fixation de la réparation morale: FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1625 ss.

101 ATF 123 III 306, c. 9.

102 KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLAY, Table 48.

103 TF, 19.12.1995, 4C.479/1994, c. 4b/aa; TF, 15.4.2014, 4A_433/2013, c. 5.2.

104 ATF 114 II 144, c. 2a; TF, 15.4.2014, 4A_433/2013, c. 5.2.

105 ATF 124 III 222, c. 3b, JdT 1998 I 757.

mage de perte de soutien en cumulant l'activité lucrative et domestique et a imputé les rentes de survivants de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-accidents pour déterminer le découvert¹⁰⁶. Dans le même sens, une partie de la doctrine soutient que l'assureur social est subrogé pour les rentes de survivants qu'il verse dans les droits de ceux-ci à l'indemnisation de la perte de soutien en espèces ou en nature¹⁰⁷. D'autres auteurs veulent exclure la perte de soutien domestique de l'assiette de la subrogation¹⁰⁸.

- 57 **La perte sur pensions en cas de décès**, tout comme la perte sur pensions en cas d'invalidité (N 15), ne figure pas à l'art. 74 al. 2. Comme exposé plus haut, le Tribunal fédéral avait dégagé la règle suivante: l'assureur-accidents verse des rentes d'invalidité et des rentes de survivants jusqu'au décès de l'ayant droit; ces rentes couvrent notamment le dommage de rente; c'est la raison de la subrogation de l'assureur-accidents jusqu'à concurrence de ses prestations postérieures à l'âge présumé de la retraite, sur le dommage de rente de la personne lésée. Il y a concordance matérielle (et temporelle) des indemnisations sociale et civile (N 43 ss). En revanche, pour l'assurance-vieillesse et survivants (et les institutions de prévoyance professionnelle), seules les prestations indemnitaires non financées au moment de l'événement dommageable entrent en considération¹⁰⁹. La perte sur pensions en cas de décès est donc objet de la subrogation des assureurs sociaux. Toutefois, la CNA et l'OFAS, en commun avec l'ASA, ont élaboré une **recommandation prévoyant la renonciation** à demander réparation de ce dommage¹¹⁰. A l'appui de cette recommandation, les auteurs évoquent la complexité du calcul et la modicité des sommes en jeu. Selon la recommandation et en contrepartie de cette renonciation à exercer le recours subrogatoire, les assureurs prévoient que la perte de soutien en espèces pendant la vie active du soutien doit être calculée sur la base du revenu brut du soutien, à savoir les cotisations sociales incluses.

7. Les frais funéraires et les autres frais liés au décès (let. g)

- 58 L'art. 74 al. 2 let. g LPGa met en parallèle les frais funéraires (par exemple, art. 14 al. 1 et 2 LAA; art. 21 al. 1 OLAA), objet de la subrogation et les autres frais liés au décès (art. 45 al. 1 CO), assiette de la subrogation. La loi subroge l'assureur social aux droits des survivants de la personne lésée à l'indemnisation des frais liés au décès, jusqu'à concurrence des frais funéraires pris en charge.
- 59 Ces frais sont **hétérogènes**: il s'agit des frais funéraires (le coût de la morgue, des annonces mortuaires, du cercueil, des pompes funèbres, de la pierre tombale) ainsi que d'autres frais, comme les frais de transport du corps (y compris depuis ou à l'étranger) et d'autopsie. Les frais funéraires pris en charge par l'assureur social ne constituent parfois qu'une participation aux frais effectifs (art. 14 LAA); les ayants droit au remboursement de ces frais ont alors un découvert sur ce poste du dommage; dans cette hypothèse, il s'impose de distinguer ce poste d'autres frais remboursés par l'assureur social pour respecter le droit préférentiel du lésé (art. 73) et le principe de la concordance des droits.

106 TF, 20.7.2001, 5C.7/2001, c. 8, commenté par FRÉSARD-FELLAY, Concordance, 116 ss.

107 DÉCAILLET/RUFFIEUX, 386 ss; DOLF, Rückgriffrecht, N 228; FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 1746 ss; HERRMANN, 41; ROTHENBERGER, Spannungsfeld, N 561; WERRO, Damage ménager, 35; cf. aussi FULLIN/WYSSMANN/ZIGERLI, 67 ss.

108 BECK, Schadenausgleichsystemen II, N 6.128; GUYAZ, 71 ss; SCHMID, Versorgungsschaden, 41 ss; STUDHALTER, Kongruenzprobleme, 90 s.

109 DOLF, Rückgriffrecht, N 230 et réf.

110 Recommandation 1/2001 des 20 mars 2001/10 février 2004, REAS 2002 144 ss, REAS 2004 156. Elle peut également être consultée sur le site internet du service des recours de l'OFAS à l'adresse: <www.regress.admin.ch/fr/> sous Recommandations (consulté le 11.5.2017).

Art. 75**Limitation du droit de recours**

¹ L'assureur n'a un droit de recours contre le conjoint de l'assuré, ses parents en ligne ascendante et descendante ou les personnes qui font ménage commun avec lui que s'ils ont provoqué l'événement assuré intentionnellement ou par négligence grave.

² Si les prétentions récursoires découlent d'un accident professionnel, la même limitation est applicable à l'employeur de l'assuré, aux membres de sa famille et aux travailleurs de son entreprise.

³ Il n'y a pas de limitation du droit de recours de l'assureur dans la mesure où la personne contre laquelle le recours est formé est couverte par une assurance responsabilité civile obligatoire.

Einschränkung des Rückgriffs

¹ Ein Rückgriffsrecht gegen den Ehegatten der versicherten Person, deren Verwandte in auf- und absteigender Linie oder mit ihr in gemeinsamem Haushalt lebende Personen steht dem Versicherungsträger nur zu, wenn sie den Versicherungsfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt haben.

² Die gleiche Einschränkung gilt für den Rückgriffsanspruch aus einem Berufsunfall gegen den Arbeitgeber der versicherten Person, gegen dessen Familienangehörige und gegen dessen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

³ Die Einschränkung des Rückgriffsrechts des Versicherungsträgers entfällt, wenn und soweit die Person, gegen welche Rückgriff genommen wird, obligatorisch haftpflichtversichert ist.

Limitazione del diritto di regresso

¹ L'assicuratore può esercitare un diritto di regresso contro il coniuge dell'assicurato, i parenti dell'assicurato in linea ascendente o discendente o le persone che vivono in comunione domestica con l'assicurato unicamente se hanno provocato l'evento assicurato intenzionalmente o per negligenza grave.

² La stessa limitazione vale per il diritto di regresso relativo a un infortunio professionale contro il datore di lavoro dell'assicurato nonché contro i suoi familiari e salariati.

³ La limitazione del diritto di regresso dell'assicuratore vien meno se e per quanto la persona contro cui è esercitato il regresso è assicurata obbligatoriamente per la responsabilità civile.

Plan

	N
I. Introduction	1
A. Généralités	1
B. La systématique	4
C. Le champ d'application	6
D. La justification des privilèges	8
II. Le privilège des proches (al. 1)	16
A. Les bénéficiaires du privilège	16
B. La règle	21
C. L'exception	25
III. Le privilège de l'employeur (al. 2)	26
A. Les bénéficiaires du privilège	26
B. La règle	31
C. L'exception	33
IV. La levée des privilèges	34

	N
A. La faute intentionnelle ou la négligence grave personnelle (al. 1 et 2) . . .	35
B. L'existence d'une assurance responsabilité civile obligatoire (al. 3)	39
V. Le privilège de recours en concours de responsabilité	43

Bibliographie

Cf. aussi bibliographie Introduction aux art. 72 à 75 LPGa. BECK PETER, Der Regress auf Familienangehörige und Arbeitnehmer, *in* Koller (éd.), *Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1995, Tagungsbeiträge*, St-Gall 1995, 115 ss; BECK PETER, Letztes Aufbäumen vor der Abschaffung des Haftungsprivilegs, REAS 2002 215 ss (cité: *Abschaffung*); BITTEL THOMAS/STUDHALTER BERNHARD, Stört das Regressprivileg die Koordination?, *in* Weber/Beck (éd.), *HAVE Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II*, Zurich 2017, 91 ss; BRULHART VINCENT, Des conflits d'intérêts et de quelques clauses contractuelles couramment discutées en matière d'assurance, *in* Werro/Pichonnaz (éd.), *Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées: colloque du droit de la responsabilité civile 2015*, Université de Fribourg, Berne 2016, 77 ss (cité: *Conflits*); BUSSY ANDRÉ *et al.*, *Code suisse de la circulation routière: commenté*, 4^e éd., Bâle 2015; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, *Le droit de recours contre le tiers responsable selon la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)*, *in* LAMal-KVG, *Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances à l'occasion de son Assemblée générale du 5 septembre 1997 à Lausanne*, IRAL 619 ss (cité: *Droit de recours LAMal*); HERI LEA, Verträgt sich die Suva-Klausel mit dem Freistellungsanspruch der Arbeitnehmer nach Art. 321e OR?, REAS 2015 146 ss; KÖLLER THOMAS, Die Haftung des Arbeitgebers und das Sozialversicherungsrecht, PJA 1997 428 ss (cité: *Haftung*); KROPF FABIENNE, La levée du privilège de recours de l'employeur en présence d'une assurance responsabilité civile obligatoire au sens de l'article 75 alinéa 3 LPGa, *in* Wyler (éd.), *Panorama en droit du travail, Recueil d'études réalisées par des praticiens*, IDAT n° 35, Berne 2009, 635 ss; LÄUBLI ZIEGLER SYLVIA, Ein Ende der Gewissheiten, BGE 143 III 79, REAS 2018, 30 ss (cité: *Ende*); MORENO IGNACIO, Das Regressprivileg des Arbeitgebers, REAS 2015 367 ss; MÜLLER ROLAND/INAUEN DAVID, Die Haftung des Arbeitgebers bei Berufsunfällen und Berufskrankheiten, PJA 2016 173 ss; MURER ERWIN, Mehrseitige Arbeitsverhältnisse und Art. 44 Abs. 2 UVG, RSAS 1992 1 ss (cité: *Mehrseitige Arbeitsverhältnisse*); STÖCKLI HUBERT, Die «Suva-Klausel» und Ihre Auslegung, REAS 2013 373 ss; WENIGER CATHERINE, Assurances/Responsabilité civile de l'employeur et du travailleur, subrogation des assureurs sociaux et recours, *in* Wyler (éd.), *Panorama en droit du travail, Recueil d'études réalisées par des praticiens*, IDAT n° 35, Berne 2009, 615 ss; WERRO FRANZ/PERRITAZ VINCENT, Les limitations inattendues de couverture et le recours de l'assureur dommages, *in* Werro/Pichonnaz (éd.), *Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées: colloque du droit de la responsabilité civile 2015*, Université de Fribourg, Berne 2016, 45 ss; WYLER RÉMY, La responsabilité civile de l'employeur, y compris en ce qui concerne les actes de ses organes et auxiliaires, DTA 2011 249 ss (cité: *Responsabilité civile*).

I. Introduction

A. Généralités

- 1 En principe, toute personne responsable du cas d'assurance est un tiers exposé à l'action en réparation de la personne assurée (ou de ses ayants droit) et au recours subrogatoire de l'assureur social. Ce principe connaît toutefois des exceptions: ce sont les privilèges accordés par la loi à certains responsables. Ces prérogatives les exemptent de l'application des règles générales en matière de responsabilité civile. Le bénéficiaire du privilège bénéficie ainsi d'une immunité qui le met à l'abri d'une prétention civile, sous certaines conditions. Les dispositions spéciales sur la responsabilité civile contenues dans les lois fédérales et cantonales ne sont pas applicables.

1. Les notions de privilège de responsabilité et de privilège de recours

On distingue les **privilèges de responsabilité** («*Haftungsprivilegien*») et les **privilèges de recours** («*Regressprivilegien*»): 2

- **Les privilèges de responsabilité** protègent le tiers contre les prétentions directes de la victime pour le dommage pour lequel il existe une prestation d'assurance correspondante¹ et contre la subrogation de l'assureur social².

Exemple: A a causé un préjudice à B. A bénéficie d'un privilège de responsabilité. Si B recherche A, celui-ci pourra invoquer ce privilège pour faire barrière à la prétention du créancier; il n'aura dès lors pas à répondre. Il en va de même si l'assureur social qui a indemnisé B exerce une action subrogatoire contre A.

L'ancien art. 129 LAMA et l'art. 44 aLAA prévoyaient un privilège de responsabilité en faveur des proches et en faveur de l'employeur et des collègues de travail en cas d'accident professionnel³. Ni le lésé ni l'assureur subrogé ne pouvaient demander réparation à l'auteur privilégié.

- **Les privilèges de recours** constituent des privilèges de responsabilité partiels. En effet, ils exemptent le tiers de sa responsabilité pour les seules prétentions subrogatoires⁴. S'ils protègent le tiers qui en bénéficie contre le recours subrogatoire de l'assureur, ils laissent subsister la prétention complémentaire de la victime. Dès lors, à l'inverse de l'assureur subrogé, la victime peut obtenir pleine réparation de son dommage.

Exemple: A a causé un préjudice à B. A bénéficie d'un privilège de recours. Si B recherche A, A sera tenu de répondre en application des chefs de responsabilité du droit commun. En revanche, si l'assureur social qui a indemnisé B recherche A, celui-ci pourra invoquer en sa faveur le privilège de recours; il n'aura pas à supporter le dommage de l'assureur (sauf si les conditions d'une levée de l'immunité sont données; sur ce dernier point cf. N 34 ss).

2. L'abrogation des privilèges de responsabilité

La LPGa a abrogé les privilèges de responsabilité des membres de la famille de la personne assurée et de l'employeur de celle-ci que la LAA connaissait (art. 44 aLAA⁵) au profit de privilèges de recours⁶. Sous le titre «Limitation du droit de recours», elle instaure deux **privilèges de recours** au détriment des assureurs sociaux subrogés (art. 75 al. 1 et 2 LPGa). Ceux-ci exonèrent le tiers de sa responsabilité pour les seules prétentions subrogatoires de l'assureur social, à certaines conditions (N 34 ss). Ils permettent en revanche à la personne lésée de faire valoir des prétentions civiles contre les personnes visées pour le dommage non couvert par les prestations sociales⁷. Depuis l'abrogation de l'art. 44 aLAA, il n'existe plus de privilège de responsabilité en droit suisse des assu- 3

1 ATF 110 II 163, c. 2; ATF 72 II 429, c. 7; cf. ég. TF, 31.7.2007, 4A_106/2007, commenté par FRÉSARD-FELLAY, Concordance, 102 ss: l'instance cantonale a omis l'exigence de concordance et le grief n'a pas été soulevé devant le TF.

2 ATF 125 IV 153, c. 2b/bb et les réf. citées, JdT 2001 IV 42 (en rapport avec l'art. 44 al. 2 aLAA); ATF 123 III 280, c. 2b/bb (en rapport avec l'art. 44 al. 2 aLAA); ATF 96 II 218, c. 4a (en rapport avec l'ancien art. 129 LAMA).

3 MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 566 ss; GHÉLEW/RAMELET/RITTER, 171 ss.

4 ATF 117 II 609, c. 4c/aa, JdT 1992 I 727.

5 P.ex. TF, 5.5.2011, 4A_132/2010; TF, 8.11.2007, 2A.726/2006.

6 BECK, Abschaffung, 216 s.; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 577; KAHIL-WOLFF, Abrogation, 301 ss.

7 P.ex. TF, 6.7.2015, 4A_189/2015.

rances sociales. Le remplacement des privilèges de responsabilité par des privilèges de recours constitue l'une des innovations matérielles importantes de la LPGA⁸.

B. La systématique

- 4 La LPGA instaure deux privilèges de recours:
- d'une part, la loi accorde un privilège au conjoint, aux membres de la famille et aux personnes vivant dans le ménage de la personne assurée (art. 75 al. 1 LPGA; cf. N 16 ss); ce privilège est connu sous la désignation de «**privilège des proches**» («*Familienprivileg*»);
 - d'autre part, la loi accorde un privilège à l'employeur ainsi qu'aux membres de la famille de l'employeur et aux travailleurs de l'entreprise de celui-ci, en cas d'accident professionnel (art. 75 al. 2 LPGA; cf. N 26 ss); il s'agit du «**privilège de l'employeur**» («*Arbeitgeberprivileg*»)⁹.

Cette énumération est exhaustive¹⁰.

- 5 Les privilèges sont **relatifs**; ils peuvent être levés à certaines conditions:
- d'une part, en cas de faute intentionnelle ou de négligence grave du bénéficiaire du privilège (art. 75 al. 1 et 2 LPGA; N 35 ss);
 - d'autre part, en cas de responsabilité civile obligatoire couvrant le responsable (art. 75 al. 3 LPGA; N 39 ss).

C. Le champ d'application

- 6 Les privilèges de recours s'appliquent aux prétentions des assureurs sociaux subrogés au sens de la LPGA (art. 72 N 6).

Il s'agit des assureurs sociaux suivants:

- **L'assurance-accidents**: l'art. 75 LPGA substitue le privilège de recours des proches et de l'employeur aux privilèges de responsabilité que connaissaient l'art. 44 aLAA et, auparavant déjà, l'ancien art. 129 LAMA¹¹.
- **L'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité**: l'art. 75 LPGA consacre dans la loi le privilège de recours retenu par la jurisprudence dans l'interprétation de l'art. 48^{ter} aLAVS¹².
- **L'assurance militaire**: avant l'adoption de la LPGA, celle-ci ne connaissait pas de privilège de responsabilité ni de privilège de recours, au motif que le régime, plus proche de la responsabilité civile que de l'assurance, créé par la loi sur l'assurance militaire, ne le justifiait pas¹³. Bien que l'assurance militaire n'ait pas changé de nature, l'art. 75 LPGA lui est désormais applicable: elle connaît ainsi le privilège de recours des proches et le privilège de recours de l'employeur. L'incidence de celui-ci est toutefois faible puisque l'art. 3 al. 1 LAM exclut toute couverture de l'assurance militaire pendant l'exercice d'une activité lucrative¹⁴.

8 FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 578.

9 KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, 79 ss.

10 BECK, ATSG, 143.

11 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4311.

12 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4310.

13 MAESCHI, Kommentar, 476 N 5 et réf.

14 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4311.

- **L'assurance-chômage**: celle-ci ne connaissait ni la subrogation de l'assureur ni à plus forte raison de privilège. Les art. 72 à 75 LPGA lui sont maintenant applicables.
- Le même régime a été étendu à la **prévoyance professionnelle obligatoire**, en vertu de l'art. 27c OPP 2, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005¹⁵.

L'assurance-maladie constitue une exception à la règle. En effet, elle connaît un privilège de recours en faveur des seuls proches et non pas en faveur de l'employeur, des membres de la famille de l'employeur et des travailleurs de son entreprise¹⁶. C'est le premier régime social dans lequel un privilège légal de recours (en faveur des proches) avait été introduit au 1^{er} janvier 1996¹⁷; il est donc maintenu. En revanche, l'assurance-maladie ne connaît pas de privilège en faveur de l'employeur, au motif que celui-ci ne contribue pas au financement de l'assurance-maladie. Dès lors, une clause dérogoire a été introduite à l'art. 79 LAMal.

D. La justification des privilèges

1. La justification classique

Le privilège des proches répond au souci que l'assureur ne puisse priver directement ou indirectement son assuré du bénéfice des prestations auxquelles il est tenu¹⁸. Or en raison de la communauté d'intérêts fondée sur les liens matrimoniaux, parentaux ou domestiques, il en serait ainsi si le proche devait rembourser à l'assureur les prestations servies à la personne assurée.

Le privilège de l'employeur a été introduit, au début du vingtième siècle, par l'ancienne Loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance-maladie et accidents (LAMA), en contrepartie du **financement de l'assurance des accidents et maladies professionnels** à charge exclusive de l'employeur¹⁹; il avait également pour but le maintien de la paix sociale en excluant largement les litiges entre employeurs et travailleurs²⁰; il a ensuite été repris par la LAA qui connaît le même mode de financement des accidents et maladies professionnels²¹. Finalement, la LPGA a transformé le privilège de responsabilité en un privilège de recours. Le législateur a ainsi considéré qu'il était juste que l'employeur, qui a versé les primes d'assurance-accidents professionnels à l'assureur social, fût déchargé. Mais si l'assureur social ne couvre pas entièrement le dommage, l'employeur n'a pas payé de primes pour la part du dommage non couverte. Il est dès lors équitable qu'il soit tenu de réparer ce dommage résiduel²².

L'immunité des membres de la famille de l'employeur paraît avoir eu la même justification que le privilège des proches. Un recours contre eux eût chargé l'employeur comme un recours contre un proche eût chargé la personne lésée²³. Le législateur entend ainsi

15 Au sujet du recours subrogatoire des institutions de prévoyance professionnelle dès le 1^{er} janvier 2005: FRÉSARD-FELLAY, in Schneider/Geiser/Gächter (éd.), art. 34b LPP.

16 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4311.

17 Au sujet du privilège de recours en faveur des proches de l'art. 79 al. 2 aLAMal, cf. FRÉSARD-FELLAY, Droit de recours LAMal, 637.

18 ATF 117 II 609, c. 4c/aa, JdT 1992 I 727; ATF 112 II 167.

19 Pour une présentation générale de la norme et de son évolution: FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 845 ss.

20 ATF 127 III 580, c. 2b, JdT 2002 I 626 (en relation avec l'art. 44 aLAA).

21 ATF 123 III 280, c. 2b; BOLLER, 52 ss; MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, 567.

22 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 939.

23 KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, 90.

accorder aux membres de la famille de l'employeur la même faveur qu'aux parents de la personne assurée.

- 11 **La justification du privilège des collègues de travail de l'assuré** réside enfin dans des considérations d'équité: il eût été injuste de traiter différemment les membres d'une même entreprise²⁴.

2. Une appréciation

- 12 Si l'argument économique du paiement des primes garde sa valeur aujourd'hui en faveur du privilège de l'employeur, c'est pour le seul régime de l'assurance-accidents puisque le mode de financement de l'assurance des accidents et maladies professionnels n'a pas changé. En revanche, cet argument n'a guère de sens dans l'assurance-vieillesse et survivants et dans l'assurance-invalidité, dans le régime de la prévoyance professionnelle et dans l'assurance-chômage: l'obligation de cotiser incombe aux salariés et aux employeurs, sans que l'on opère de distinction en fonction de l'événement dommageable potentiel. Dès lors, si l'on voulait privilégier l'employeur dans ces régimes au motif qu'il cotise, il devrait être privilégié non seulement pour les prétentions subrogatoires nées des accidents professionnels mais également en cas d'accidents non professionnels. Dans l'assurance militaire, l'argument a encore moins de sens puisque le financement du régime est supporté par les pouvoirs publics.
- 13 Le second motif à l'appui du privilège de l'employeur, à savoir **le maintien de la paix sociale**, a également perdu de son importance avec le remplacement du privilège de responsabilité par un privilège de recours, dans la mesure où la personne assurée peut demander réparation à son employeur.
- 14 De manière générale, on constate que l'évolution législative et jurisprudentielle tend à une **limitation graduelle des privilèges**²⁵. En effet, la jurisprudence a tout d'abord interprété le renvoi de l'art. 48^{ter} aLAVS à l'art. 44 aLAA comme instaurant un privilège de recours et non un privilège de responsabilité, au motif que les prestations de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité ne couvraient de loin pas le dommage subi²⁶. L'évolution législative a suivi: ce fut le cas d'abord dans la loi sur l'assurance-maladie entrée en vigueur en 1996. En effet, celle-ci a instauré un privilège de recours en faveur des proches et non un privilège de responsabilité (art. 79 al. 2 aLAMal). La jurisprudence a en parallèle souligné le caractère exceptionnel du privilège de l'employeur pour refuser d'étendre sa portée à l'employeur de fait²⁷. La LPGa a ensuite supprimé tout privilège de responsabilité au profit de privilèges de recours. Enfin, – nous l'exposons plus loin –, la 5^e révision de la LAI a limité le privilège de recours en présence d'une assurance responsabilité civile obligatoire couvrant le tiers responsable (N 39 ss). L'assureur social peut ainsi exercer ses prétentions subrogatoires contre l'employeur et contre les proches de la personne assurée, pour autant qu'une assurance responsabilité civile obligatoire garantisse le responsable.
- 15 Au terme de cette évolution, le constat s'impose que le privilège de recours en faveur des proches tout comme le privilège de recours en faveur de l'employeur conduisent à faire

24 BOLLER, 59.

25 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 743 ss; voir aussi KIESER, ATSG-Kommentar, art. 75 N 8.

26 ATF 112 II 167; ATF 117 II 609, c. 4c/aa, JdT 1992 I 727.

27 ATF 123 III 280, c. 2b.

supporter par l'assureur social des coûts de responsabilité. Or il n'incombe pas à l'assurance sociale de couvrir des risques de responsabilité, sinon comme débitrice provisoire²⁸. Le financement des assurances sociales est une obligation qui incombe aux employeurs et aux travailleurs; aucun droit n'en constitue la contrepartie²⁹; ce financement n'a plus de rôle à jouer dans l'imputation des dommages. Lorsque le proche est garanti par une assurance responsabilité civile³⁰, un privilège en sa faveur ne se justifie pas non plus. La communauté de vie qu'on entend protéger l'est: si l'assureur social subrogé est en droit d'obtenir le remboursement de ses prestations, ce remboursement ne porte pas préjudice à la communauté familiale. En effet, on conçoit difficilement que des prétentions subrogatoires à l'encontre d'une assurance responsabilité civile mettent en danger la paix familiale, lorsque celle-ci couvre le responsable. Cette paix est plutôt troublée par le privilège (qui libère inéquitablement l'assureur du responsable du poids de la réparation) que par des pourparlers parfaitement usuels entre assureurs. La levée de ce privilège dans les cas où le responsable bénéficie d'une assurance responsabilité obligatoire, soit en règle générale les cas où le responsable a mis en œuvre un risque aggravé, supprime en pratique une part de cette iniquité. On ne voit toutefois guère de raison de ne pas étendre la règle de la levée des privilèges également en présence d'une **assurance responsabilité civile facultative**. L'assurance sociale serait, à bon droit, déchargée des coûts sociaux dont une communauté de responsables répond³¹.

II. Le privilège des proches (al. 1)

A. Les bénéficiaires du privilège

Le droit de recours subrogatoire de l'assureur social est limité contre le conjoint de l'assuré, ses parents en ligne ascendante et descendante ou les personnes qui font ménage commun avec lui (art. 75 al. 1 LPGa). Cette énumération est **exhaustive**; elle correspond à celle qui figurait à l'art. 44 al. 1 aLAA. **16**

Le conjoint est l'époux ou l'épouse de la personne assurée au sens du Code civil³². La vie commune n'est pas exigée, alors qu'elle l'est pour le concubin. Le partenariat enregistré étant assimilé au mariage dans le droit des assurances sociales (art. 13a LPGa), le **partenaire enregistré** tel que défini par la LPart est assimilé au conjoint³³. **17**

Les parents en ligne ascendante et descendante sont les parents en ligne directe dont les liens de filiation sont juridiquement établis. Ainsi, les frères et sœurs ne bénéficient pas de l'immunité, à moins qu'ils fassent ménage commun avec la personne assurée. **18**

Les personnes qui font ménage commun avec la personne assurée bénéficient également du privilège des proches³⁴, sans qu'aucun lien juridique ne soit exigé entre la vic- **19**

28 Cf. ég. KOLLER, *Regressprivileg*, 27 ss.

29 GHÉLEW/RAMELET/RITTER, 172.

30 KOLLER, *Regressprivileg*, 28 s.

31 FRÉSARD-FELLAY, *Recours subrogatoire*, N 857 ss; déjà en 1997: KOLLER, *Haftung*, 483 ss.

32 Pour des cas d'application: ATF 117 II 609, JdT 1992 I 727; TF, 18.2.2004, 4C.286/2003 (en rapport avec les art. 79 aLAMal et 72 al. 3 LCA).

33 L'art. 27c al. 1 OPP 2, qui régit le privilège de recours dans le régime de la prévoyance professionnelle obligatoire, prévoit expressément le partenaire enregistré dans l'énumération des bénéficiaires du privilège des proches. Cette mention a été introduite par l'ordonnance du 29 septembre 2006 sur la mise en œuvre de la loi du 18 juin 2004 sur le partenariat dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008 (RO 2006 4155).

34 Pour un cas d'application: ATF 98 II 124 (en rapport avec l'art. 63 al. 3 let. b LCR).

time et la personne vivant avec elle. En revanche, il faut une communauté de toit et de gîte ainsi qu'une relation étroite et d'une certaine durée. Ne sont pas privilégiés: les invités, locataires, personnes de passage, membres d'une communauté d'habitation; mais bien le concubin et les enfants du partenaire de vie, pour autant qu'ils vivent ensemble³⁵.

- 20 Pour déterminer s'il y a bien ménage commun entre victime et responsable, il faut prendre en compte les circonstances **au moment de l'événement dommageable**³⁶.

B. La règle

- 21 L'art. 75 al. 1 LPGA prévoit qu'un assureur n'a un droit de recours contre les proches bénéficiaires du privilège que s'ils ont provoqué l'événement assuré intentionnellement ou par négligence grave. Cela signifie que les bénéficiaires ne sont pas tenus de répondre du dommage à l'égard de l'assureur, en cas de faute de peu de gravité ou en cas de responsabilité causale³⁷. Dans cette mesure et sous certaines conditions, ils bénéficient d'une prérogative les exemptant de l'application des règles générales en matière de responsabilité civile.
- 22 Si les proches bénéficient d'une immunité à l'égard du recours de l'assureur, ils répondent à l'égard de l'assuré ou de ses survivants. A cet égard, le Tribunal fédéral a considéré qu'un privilège de responsabilité entre proches parents et, particulièrement, entre époux, ne correspond à **aucun principe général en droit de la responsabilité**³⁸.
- 23 Le privilège des proches est applicable tant aux accidents **professionnels** que **non professionnels**, contrairement au privilège de l'employeur qui ne concerne que les accidents professionnels (N 31).
- 24 Le moment déterminant pour juger si les conditions de l'immunité sont remplies est **le moment de l'événement dommageable**³⁹.

C. L'exception

- 25 L'immunité est levée en cas de faute intentionnelle ou de négligence grave (N 35 ss), ainsi que si, et dans la mesure où, la personne contre laquelle le recours est formé est couverte par une assurance responsabilité civile obligatoire (N 39 ss).

III. Le privilège de l'employeur (al. 2)

A. Les bénéficiaires du privilège

- 26 L'art. 75 al. 2 LPGA instaure une limitation du droit de recours subrogatoire de l'assureur social, en faveur de **l'employeur, des membres de la famille de l'employeur et des travailleurs de son entreprise**⁴⁰. Cette énumération est la même que celle qui figurait à l'art. 44 al. 2 aLAA et la jurisprudence relative à cette disposition demeure applicable.

35 FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 801a et renvois.

36 Voir aussi DOLF, Rückgriffrecht, N 305 s.

37 ATF 117 II 609, c. 4c/aa, JdT 1992 I 727; ATF 125 IV 153, c. 2b/bb, JdT 201 IV 42.

38 ATF 117 III 609, c. 4a-b, JdT 1992 I 727.

39 Dans le même sens: BECK, Abschaffung, 216. D'un autre avis: HÜRZELER, Regress, N 36.22, qui préconise de se fonder sur le moment de l'exercice du recours subrogatoire.

40 KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, 79 ss.

D'après la jurisprudence rendue en matière d'assurance-accidents, **la notion d'employeur** repose sur un **critère formel**: l'employeur est celui qui doit, conformément à l'art. 91 al. 1 LAA, s'acquitter des primes de l'assurance obligatoire contre les accidents et les maladies professionnels⁴¹; il s'agit de celui qui est lié au travailleur par une obligation contractuelle. Ce critère formel est légitime puisque le privilège de l'employeur est lié initialement – comme exposé plus haut – au paiement des primes de l'assurance (N 9). Il en découle que l'employeur de fait ne bénéficie pas du privilège.

Le privilège de l'employeur s'étend aux **travailleurs de l'entreprise de l'employeur**, car il eût été injuste de traiter différemment les personnes d'une même entreprise⁴². Savoir qui sont les travailleurs de l'entreprise de l'employeur dépend de la qualité d'«employeur», qui doit au préalable être établie. Ainsi, lorsque l'accident a été causé par un collègue de travail du lésé, seul le collègue relevant de l'entreprise de l'employeur du lésé bénéficie de l'immunité. D'autres travailleurs, occupés par d'autres employeurs, ne sont pas privilégiés. Ainsi, en communauté de travail, les travailleurs occupés par l'entreprise locataire de services, engagés par une entreprise intérimaire, ne sont pas privilégiés pour les prétentions subrogatoires consécutives aux dommages causés aux travailleurs engagés par l'entreprise locataire de service⁴³.

Les assureurs ont réagi promptement en **excluant de la couverture d'assurance responsabilité civile les dommages corporels causés par un travailleur dont les services sont loués**, sauf en cas de faute grave des organes de l'entreprise. Toutefois, le Tribunal fédéral a déclaré la clause insolite et a contraint les assureurs à la biffer de leurs conditions générales⁴⁴.

Le privilège a aussi été étendu aux **membres de la famille de l'employeur**. Il s'agit du **conjoint** et des **parents en ligne ascendante et descendante**, termes employés au sens du droit de la famille⁴⁵. Les autres personnes vivant en ménage commun avec l'employeur ne sont pas privilégiées pour autant qu'il ne s'agisse pas de travailleurs de son entreprise: elles ne figurent pas dans l'énumération des bénéficiaires du privilège⁴⁶.

B. La règle

Le privilège de l'employeur s'applique aux seuls **accidents professionnels**. Cette notion est celle en vigueur dans l'assurance-accidents⁴⁷. Sont réputés accidents professionnels les accidents dont est victime la personne assurée, principalement lorsqu'elle exécute des travaux sur ordre de son employeur ou dans son intérêt, au cours d'une interruption de travail, de même qu'avant ou après le travail, lorsqu'elle se trouve, à bon droit, au lieu de travail ou dans la zone de danger liée à son activité professionnelle (art. 7 al. 1 LAA; art. 4 LPGGA)⁴⁸.

41 ATF 123 III 280, c. 2b/bb; MURER, *Mehrseitige Arbeitsverhältnisse*, 1 ss.

42 FRÉSARD-FELLAY, *Recours subrogatoire*, N 823 et renvoi.

43 *Contra*: WYLER, *Responsabilité*, 685 s.; MORENO, 367 ss.

44 TF, 9.5.2008, 4A_187/2007, JdT 2009 I 32 commenté par FRÉSARD-FELLAY, *Coordination*, 244 ss; voir aussi WYLER, *Responsabilité*, 689 s.; au sujet des clauses élaborées par les assureurs responsabilité civile, qui sont intégrées à leurs conditions générales dans le but de faire obstacle aux prétentions subrogatoires des assureurs sociaux: BRULHART, *Conflits*, 77 ss; HERI, 146; LÄUBLI ZIEGLER, *Deckungsausschlüsse*, 26 ss; STÖCKLI, 373 ss; WERRO/PERRITAZ, 49 ss.

45 ATF 121 V 125, c. 2c/dd, en relation avec l'art. 22 al. 2 let. c OLAA.

46 KIESER, *ATSG-Kommentar*, art. 75 N 20.

47 FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, 354 N 95.

48 FRÉSARD-FELLAY, *Recours subrogatoire*, N 804 ss.

Sont également réputés accidents professionnels les accidents qui se produisent pendant les trajets effectués dans des véhicules de l'entreprise pour se rendre au travail ou en revenir, si le transport est financé par l'employeur⁴⁹. On notera également qu'en coordination extrasystémique, **les maladies professionnelles** sont assimilées aux accidents professionnels⁵⁰.

- 32 Le moment déterminant pour juger si les conditions de l'immunité sont remplies est le moment de l'événement dommageable⁵¹.

C. L'exception

- 33 L'immunité est levée en cas de faute intentionnelle ou de négligence grave (N 35 ss) et ainsi que si, et dans la mesure où, la personne contre laquelle le recours est formé est couverte par une assurance responsabilité civile obligatoire (N 39 ss).

IV. La levée des privilèges

- 34 Les privilèges de recours des proches et de l'employeur peuvent être levés à certaines conditions:
- La personne privilégiée perd sa prérogative en cas de **faute intentionnelle ou de négligence grave** (N 35 ss).
 - La personne privilégiée perd sa prérogative lorsqu'elle est assurée par **une assurance responsabilité civile obligatoire**. Cela signifie que le bénéficiaire répond s'il n'est pas assuré en responsabilité civile ou s'il bénéficie d'une assurance responsabilité civile facultative (N 39 ss).

A. La faute intentionnelle ou la négligence grave personnelle (al. 1 et 2)

- 35 Le responsable privilégié perd sa prérogative en cas de faute intentionnelle ou de négligence grave (art. 75 al. 1 et 2 LPGA)⁵². Cela signifie que, quelle que soit la source de la responsabilité, le bénéficiaire ne répond que si une faute intentionnelle ou une négligence grave est retenue à sa charge⁵³. *A contrario*, cela signifie que s'il est tenu d'une faute non grave ou d'une responsabilité purement causale, le responsable bénéficie du privilège⁵⁴.
- 36 Selon la jurisprudence, l'existence d'une négligence (ou d'une faute par négligence) grave suppose classiquement la violation des règles de précaution les plus élémentaires dont le respect s'impose à toute personne raisonnable placée dans la même situation⁵⁵. La faute intentionnelle ou négligence grave sont des **notions** identiques à celles qui ont

49 Exemple: l'accident qui se produit pendant la pause de midi, alors que la personne assurée se rend en voiture privée au restaurant est un accident non professionnel; il en va autrement si la personne assurée utilise un véhicule de l'entreprise (ATF 121 V 321).

50 MÜLLER/INAUEN, 182; sur la distinction entre maladie professionnelle et non professionnelle, cf. p.ex. TF, 12.6.2014, 8C_872/2013, c. 2.

51 Dans le même sens: BECK, Abschaffung, 216. D'un autre avis: HÜRZELER, Regress, N 36.32, qui préconise de se fonder sur le moment de l'exercice du recours subrogatoire.

52 BOLLER, 129 ss.

53 P.ex. ATF 104 II 259, c. 2 (en rapport avec l'art. 129 al. 2 LAMA); TF, 5.5.2011, 4A_132/2010, c. 3.2 (en rapport avec l'art. 44 al. 2 aLAA).

54 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 75 N 16.

55 ATF 128 III 76, c. 1b; ATF 119 II 443, c. 2a; ATF 115 II 283, c. 2a.

cours en **droit de la responsabilité civile**⁵⁶. Toutefois, le critère de gravité de la négligence doit être envisagé au regard des normes protectrices spécifiques qui ont été enfreintes (par exemple art. 328 CO). En effet, pour apprécier s'il y a négligence grave, le tribunal doit tenir compte des objectifs de politique juridique poursuivis par la norme applicable dans le cas concret. Ainsi, une négligence considérée comme légère du point de vue du droit pénal – où la situation personnelle est déterminante – n'exclut pas qu'elle puisse être considérée comme grave lorsqu'elle sera appréciée en rapport avec un privilège de responsabilité ou de recours⁵⁷. Il s'agit d'ailleurs d'une application du principe général de l'indépendance du juge civil figurant à l'art. 53 al. 2 CO. La faute moyenne ne suffit pas à engager la responsabilité de l'auteur privilégié.

La levée du privilège est subordonnée à une faute intentionnelle ou à une négligence grave commise **personnellement** par la personne au bénéfice du privilège⁵⁸. Il ne suffit pas qu'un tiers, dont répond la personne au bénéfice du privilège, ait commis une faute grave. En particulier, le chef de famille ne répond que de sa propre faute grave et non de celle des personnes placées sous son autorité (art. 333 CC). Il en va de même pour le détenteur d'un véhicule, qui ne répond pas de la faute de son auxiliaire prévue par l'art. 58 al. 4 LCR. L'employeur ne répond que de sa propre faute grave et non de celle de ses travailleurs ou autres auxiliaires. Partant, l'assureur subrogé ne peut s'appuyer ni sur l'art. 55 CO ni sur l'art. 101 CO pour imputer à l'employeur la faute de ses auxiliaires. L'art. 75 al. 1 et 2 LPGa substitue ainsi aux responsabilités spéciales, une responsabilité délictuelle soumise à ses propres conditions. L'assureur doit toujours établir une faute personnelle de l'employeur. Il arrive que les tribunaux cantonaux perdent de vue la condition de la faute personnelle, malgré la jurisprudence, certes ancienne mais bien établie⁵⁹.

Lorsque le bénéficiaire du privilège est une **personne morale**, la question qui se pose avant tout est celle de savoir en quelle qualité le responsable du dommage corporel a agi dans l'accomplissement du travail qui lui avait été confié. Si le responsable a agi en tant qu'**organe** de la personne morale, la négligence grave permet la levée du privilège⁶⁰. En effet, il faut imputer à la personne morale les actes de ses organes (art. 55 al. 2 CC). Au demeurant, le Tribunal fédéral a assoupli la notion d'organe en considérant que «si l'organe a délégué ses compétences à un collaborateur, celui-ci devient en raison de cette délégation, un organe de l'employeur. Toute autre construction juridique reviendrait à dire qu'il suffit d'avoir une structure hiérarchisée pour que la responsabilité de l'employeur se dilue, ce qui n'est pas acceptable»⁶¹. Si le responsable a agi en tant qu'**auxiliaire** de la personne morale en revanche, il n'y a pas de levée du privilège de la personne morale⁶².

56 Notamment: TF, 28.5.2014, 2C_1087/2013, c. 4.4.

57 ATF 125 IV 153, c. 2c/bb, JdT 2001 IV 42.

58 TF, 15.2.2001, 4C.379/2000, c. 4 (en rapport avec l'art. 44 al. 2 aLAA); ATF 104 II 259, c. 3a (en rapport avec l'art. 129 al. 2 LAMA).

59 TF, 28.5.2014, 2C_1087/2013, c. 4.4: le TC a reconnu une négligence grave à charge d'un enseignant responsable de l'explosion d'une préparation chimique qui avait blessé sa collègue; il a condamné l'employeur de l'enseignant, soit la commune de X (qui n'avait rien à se reprocher), à réparer le préjudice de l'assurance-invalidité. Il a ainsi perdu de vue que l'assureur doit établir une faute grave personnelle de l'employeur. Le moyen n'a pas été soulevé devant le TF.

60 ATF 128 III 76, c. 1b.

61 ATF 128 III 76, c. 1b; cf. aussi TF, 5.5.2011, 4A_132/2010, c. 3.3; critique: not. WYLER, Responsabilité civile, 254.

62 TF, 15.2.2001, 4C.379/2000, c. 4; ATF 110 II 163, c. 1; ATF 104 II 259.

B. L'existence d'une assurance responsabilité civile obligatoire (al. 3)

- 39 Le responsable privilégié perd sa prérogative dans la mesure où il est couvert par une assurance responsabilité civile obligatoire⁶³.
- 40 Ce motif de levée de l'immunité partielle a été introduit dans la LPGA avec effet au 1^{er} janvier 2008 par la 5^e révision de la LAI. **Il répond aux critiques** qui considéraient comme injustifié que les assureurs sociaux supportent des risques pour lesquels l'auteur du dommage est au bénéfice d'une assurance en responsabilité civile obligatoire⁶⁴.
- 41 La levée du privilège de recours est subordonnée à **deux conditions**:

- Il faut, d'une part, **l'existence d'une assurance responsabilité civile obligatoire** couvrant le responsable contre lequel le recours est dirigé. Diverses **lois spéciales de responsabilité civile** instituent une assurance responsabilité civile obligatoire. Il s'agit généralement de lois instituant une responsabilité objective stricte; il s'agit parfois également de lois instituant une responsabilité délictuelle (par exemple art. 70 LCR). Au plan **fédéral**, on peut mentionner, pour les moyens de transport, les art. 63 al. 1 LCR, 33 al. 1 LNI, 70 al. 1 LA et 16 al. 1 LTro; pour les activités ou installations présentant des dangers particuliers: art. 19 al. 1 LRCN, 35 al. 1 LITC et 16 al. 1 LChP. Des lois **cantonales** prévoient également des assurances responsabilité civile obligatoire pour la garantie de certains risques particuliers. C'est évidemment en matière de circulation routière que la levée des privilèges de recours joue le plus grand rôle.

La SDRCA a élaboré un projet de loi sur les responsabilités civiles obligatoires⁶⁵. Elle propose d'introduire une assurance responsabilité civile obligatoire des particuliers pour les dommages corporels⁶⁶.

- En présence d'une assurance responsabilité civile obligatoire couvrant le responsable, il faut, d'autre part, que **cette assurance couvre effectivement le sinistre**. La levée du privilège s'effectue dans la seule mesure de cette couverture d'assurance (version française: «dans la mesure où la personne contre laquelle le recours est formé est couverte par une assurance responsabilité civile obligatoire»; version allemande: «*wenn und soweit die Person, gegen welche Rückgriff genommen wird, obligatorisch haftpflichtversichert ist*»; version italienne: «*se et per quanto la persona contro cui è esercitato il regresso è assicurata obbligatoriamente*»). En d'autres termes, il n'y a pas de levée du privilège si l'assurance responsabilité civile obligatoire n'avait pas à prendre en charge le sinistre, par exemple, en cas de suspension de l'assurance pour défaut de paiement d'une prime (art. 20 LCA).
- 42 Il y a dispense de l'obligation d'assurance pour certains véhicules automobiles. C'est le cas en particulier des véhicules automobiles définis aux art. 32 OAV (machines pour la construction des routes) et 33 OAV (véhicules affectés au trafic interne d'une entreprise) et qui n'abordent pas les voies ouvertes à la circulation. Ainsi, en cas d'accident où le responsable bénéficie d'un privilège de recours, ce privilège ne sera pas levé à défaut d'assurance responsabilité civile obligatoire. Toutefois, l'obligation d'assurance subsiste

63 Pour une présentation générale, cf. FRÉSARD-FELLAY, 5^{ème} révision AI, 135 ss; KROPF, 635 ss.

64 DOLF, Rückgriffrecht, N 297; FRÉSARD-FELLAY, Recours subrogatoire, N 857 ss; FRÉSARD/MOSER-SZELESS, Assurance-accidents obligatoire, N 582; HÜRZELER/TAMM/BIAGGI, N 457.

65 Le projet est disponible à l'adresse: <www.sghvr.ch/fileadmin/redaktion/Projekte/2012_PflVG/2012_E-PflVG_franzoesisch.pdf> (consulté le 26.7.2017).

66 Au sujet de l'état des travaux parlementaires: <www.sdrca.ch/science/projekte/2012-pflvg/> (consulté le 26.7.2017).

si ces véhicules circulent sur des routes ouvertes à la circulation⁶⁷. Dans ce dernier cas, il y a levée du privilège car le détenteur/conducteur du véhicule, tenu responsable d'un accident, est au bénéfice d'une assurance responsabilité civile obligatoire. Peu importe à cet égard que l'accident se produise sur une route ouverte à la circulation, sur un chantier ou sur un domaine affecté au trafic interne d'une entreprise. Ce qui est décisif c'est que le responsable est, au moment de l'accident, assuré contre les conséquences de sa responsabilité civile par une assurance obligatoire.

V. Le privilège de recours en concours de responsabilité

En responsabilité plurale, l'assureur bénéficie d'un concours d'actions ou de **la solidarité** au sens large (art. 72 al. 2 LPGA)⁶⁸. A l'instar de la personne assurée (ou de ses ayants droit), il peut agir contre l'un ou l'autre des responsables, en particulier contre le plus solvable, et lui demander la totalité de la réparation. Il ne peut obtenir qu'une fois la réparation de son préjudice. Il en découle que le paiement opéré par une personne responsable libère les autres à due concurrence. 43

Si l'un des responsables virtuels bénéficie d'un **privilège de recours** (art. 75 LPGA), le Tribunal fédéral retient que l'assureur social peut exiger du responsable recherché la seule quote-part de l'indemnité dont celui-ci serait redevable dans les rapports internes avec le coresponsable virtuel, si celui-ci ne bénéficiait pas d'un privilège⁶⁹. Autrement dit, l'assureur ne peut pas s'en prendre au responsable recherché pour l'entière créance. Sur le terrain procédural, l'assureur social peut certes invoquer dans un premier temps à l'égard du responsable recherché la totalité de sa créance subrogatoire. Il appartient toutefois à celui-ci, dans un second temps, d'exposer et d'établir la part de responsabilité à charge du responsable privilégié pour réduire d'autant l'indemnité à laquelle il est tenu. Sur le plan dogmatique, le Tribunal fédéral considère le privilège de recours comme un motif de réduction de la réparation due par le responsable non privilégié, au sens de l'art. 44 CO. 44

67 Bussy *et al.*, art. 63 N 1.6.

68 Pour une présentation sous forme d'un casus: WENIGER, 615 ss.

69 ATF 143 III 79, c. 6, commenté par FRÉSARD-FELLAY, Privilège de recours, 186 ss; cf. aussi HÜRZELER, Regressprivileg, 343 ss; OVERNEY, 337 ss; BITTEL/STUDHALTER, 91 ss; LÄUBLI ZIEGLER, Ende, 30 ss.

Best

Chapitre 6: Dispositions diverses

Art. 76

Autorité de surveillance

¹ Le Conseil fédéral surveille la mise en œuvre des assurances sociales et en rend régulièrement compte.

² En cas de violation grave et répétée des dispositions légales par un assureur, le Conseil fédéral ordonne les mesures nécessaires au rétablissement d'une gestion de l'assurance conforme à la loi.

Aufsichtsbehörde

¹ Der Bundesrat überwacht die Durchführung der Sozialversicherungen und erstattet hierüber regelmässig Bericht.

² In Fällen wiederholter schwerer Missachtung der gesetzlichen Vorschriften durch einen Versicherungsträger ordnet der Bundesrat die notwendigen Massnahmen zur Wiederherstellung der gesetzmässigen Verwaltung an.

Autorità di vigilanza

¹ Il Consiglio federale sorveglia l'applicazione delle assicurazioni sociali e ne rende regolarmente conto.

² In caso di violazione grave e ripetuta delle disposizioni legali da parte di un assicuratore, il Consiglio federale ordina le necessarie misure per ristabilire una gestione dell'assicurazione conforme alla legge.

Plan

	N
I. La genèse de la disposition	1
II. La systématique	2
III. Les lois spéciales	4
IV. La surveillance par le Conseil fédéral (al. 1)	5
A. Le but de la surveillance	5
B. Le type de surveillance exercée	6
V. L'obligation de rendre compte (al. 1)	18
VI. Les moyens de surveillance (al. 2)	21
A. Les moyens à disposition du Conseil fédéral	22
B. Les mesures prévues par les lois spéciales	25

Bibliographie

BIAGGINI GIOVANNI, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat: Rechtsfragen der «vollzugsföderalistischen» Gesetzesverwirklichung am Beispiel des schweizerischen Bundesstaates unter vergleichender Berücksichtigung der Rechtsverwirklichungsstrukturen in der Europäischen Gemeinschaft, thèse d'habilitation, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1996; CAMINADA PETRA, Staatliche Aufsicht in der beruflichen Vorsorge: Neuregelung infolge der Strukturreform, thèse Zurich, SSVR vol. 28, Zurich 2012; GYGI FRITZ, Verwaltungsrecht: eine Einführung, Berne 1986; KOLLER HEINRICH, Regierung und Verwaltung, in Thürer/Aubert/Müller (éd.), Verfassungsrecht in der Schweiz, Zurich 2001, 1131 ss; KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3^e éd., Zurich 2013; LAUBSCHER THEO, Die Aufsicht des Bundes über die Krankenversicherer nach dem neuen Recht, CHSS 1995 244 ss; MARANTELLI-SONANINI VERA, Einführung in das öffentliche Recht: Verwaltungsrecht, vol. II, 2^e éd., Berne 2006; MAYHALL NADINE, Aufsicht und Staatshaftung, thèse Fribourg, Zurich 2008; MÖLLER FABIAN, Rechtsschutz bei Subventionen: die Rechtsschutzmöglichkeiten Privater im Subventionsverfahren des Bundes unter Berücksichtigung der neuen Entwicklungen des nationalen und internationalen

Subventions- und Beihilferechts, thèse Bâle, Bâle 2006; MOSIMANN HANS-JAKOB/VÖLGER WINSKY MARION/PLÜSS KASPAR, *Öffentliches Recht: ein Grundriss für Studium und Praxis*, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017; MÜLLER STEFAN/SCHÜPBACH SALOME/HORVARTH SOLANGE, *Die neukonzipierte Sozialversicherungsstatistik: ein Schritt in Richtung Gesamtsicht*, CHSS 2013 86 s.; NYFFELER ROBERT, *Aufsicht über die soziale Krankenversicherung*, CHSS 2006 153 ss; RYSER SIMON, *Die Bedeutung der Verwaltungsweisungen für die Bemessung von Invalidität und Hilflosigkeit*, thèse Berne, Grösch 1986; SCHMID ANATOL, *Von der Aufsicht über die AHV-Ausgleichskassen*, ZBl 1951 177 ss; SÄGESSER THOMAS, *Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997*, Berne 2007; SCHWARZENBACH HANS RUDOLF, *Weisungsrecht und Rechtsprechung in der AHV*, ZBl 1954 33 ss; TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd., Berne 2014; TSCHENTSCHER AXEL/LIENHARD ANDREAS, *Öffentliches Recht: ein Grundriss*, Zurich/St-Gall 2011; VOISARD STÉPHANE, *L'auxiliaire dans la surveillance administrative: du droit bancaire et financier au droit administratif général*, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2014; ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Surveillance financière et assurance-maladie: un système hybride*, in Riemer-Kafka/Rumo-Jungo (éd.), 991 ss.

I. La genèse de la disposition

- 1 L'art. 76 LPGa trouve sa source dans le texte proposé par la SSDA en 1984¹. Celui-ci a été repris tel quel par la Commission du Conseil des Etats². La Commission du Conseil national supprima le deuxième alinéa de la disposition, qui prévoyait que les lois particulières devaient désigner les autorités de surveillance et définir la nature et les moyens de la surveillance. Elle invoquait le principe de la liberté du Conseil fédéral, nouvellement ancré dans la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration; il lui appartenait de régler la question de la surveillance dans le cadre de sa compétence d'exécution³. C'est la version qu'adopta le Parlement fédéral. Une seule modification est intervenue par rapport au texte retenu par la Commission du Conseil national: la Commission de rédaction décida d'user du pluriel, et non du singulier, en parlant des assurances sociales au premier alinéa.

II. La systématique

- 2 L'art. 76 LPGa a une double portée: en premier lieu, il règle la question de la surveillance des assurances sociales, en désignant l'autorité de surveillance (al. 1) et en décrivant certains des moyens dont elle peut user (al. 2). En second lieu, il dispose que l'autorité de surveillance elle-même doit rendre des comptes, ce qui dépasse le cadre strict de l'objet de la loi (N 18). Il régit ainsi la haute surveillance exercée par le Parlement sur le Conseil fédéral (al. 1).
- 3 L'art. 76 al. 2 LPGa prévoit des mesures répressives; l'art. 77 LPGa est son pendant préventif⁴.

III. Les lois spéciales

- 4 L'art. 76 LPGa constitue une clause générale, que chaque loi spéciale d'assurance sociale peut préciser ou compléter (N 8 à N 17).

1 Rapport SSDA, 84.

2 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 204.

3 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4313.

4 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 76 N 2.

IV. La surveillance par le Conseil fédéral (al. 1)

A. Le but de la surveillance

La surveillance est «une activité étatique qui vise à protéger l'intérêt public contre certains risques par divers moyens»⁵. Les réglementations sur la surveillance peuvent poursuivre plusieurs objectifs visant la protection de la personnalité, de la sécurité des données, des travailleurs ou des consommateurs, etc. L'art. 76 LPGA tend, quant à lui, à ce que l'assureur social exécute les tâches qui lui sont confiées de manière correcte et dans le respect des dispositions légales, étant admis que la surveillance est également destinée à favoriser la mise en pratique du droit dans un cas concret⁶. Pour leur part, les lois spéciales des assurances sociales peuvent poursuivre des buts distincts ou complémentaires. En effet, au cours des travaux préparatoires, il avait été dit que l'adoption de l'art. 84 LPGA du projet (devenu l'art. 76 LPGA) n'entraînerait aucune modification matérielle des lois particulières⁷. Ainsi, les dispositions contenues dans les lois spéciales assurent la protection des assurés (art. 1a let. b, art. 80 LAI; art. 58 al. 1 LAMal; art. 80 1^{re} phrase LAA; art. 1a al. 1 et 110 LACI)⁸. Dans le domaine de l'assurance-maladie, l'OFSP est chargé de veiller au bon fonctionnement du système: les usagers doivent être traités de manière égale, les coûts et l'utilisation adéquate des primes devant être contrôlés et maîtrisés⁹.

B. Le type de surveillance exercée

1. La surveillance selon la LPGA

Aux termes de l'art. 76 al. 1 LPGA, le Conseil fédéral «surveille la mise en œuvre des assurances sociales». La doctrine considère qu'il s'agit d'une tâche de **haute surveillance** («*Oberaufsicht*»)¹⁰. Ce terme doit être distingué de la surveillance au sens étroit (N 8 à N 17). Il est en général réservé à deux situations bien distinctes: d'une part, lorsqu'une collectivité publique est assujettie à la surveillance d'une autre collectivité publique¹¹, d'autre part, lorsqu'un organe de l'administration centralisée ou décentralisée est assujetti à la surveillance d'un parlement¹². Ces situations ne correspondent toutefois pas à l'éventualité visée par l'art. 76 LPGA. En réalité, parler ici de haute surveillance provient du fait que la délimitation entre haute surveillance et surveillance prête souvent à confusion. On constate en effet que la haute surveillance peut concerner toutes les activités administratives (y compris la surveillance) et qu'une autorité de haute surveillance peut également être autorité de surveillance¹³. Ces considérations n'ont pas qu'une portée théorique. Elles ont une importance certaine, dès lors que l'on admet que l'exercice de la haute surveillance ne peut être délégué (N 23)¹⁴. Or il se trouve qu'en sus de la surveillance prévue à l'art. 76 LPGA, chaque régime de la sécurité sociale contient ses propres règles sur la surveillance (N 8 à N 17). Cette situation a été voulue par le législateur lors-

5 VOISARD, N 8.

6 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 76 N 9; cf. MAURER, SVR I, 249.

7 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4313.

8 VOISARD, N 13.

9 ZUFFEREY, 999.

10 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 76 N 11.

11 BIAGGINI, 151; VOISARD, N 65.

12 VOISARD, N 66.

13 VOISARD, N 69.

14 KOLLER, § 72 N 50.

qu'en adoptant l'art. 76 LPGA, il a pris la décision de ne pas modifier matériellement les lois particulières (N 5). A ses yeux, le Conseil fédéral pouvait en effet régler la question de la surveillance dans le cadre de sa compétence d'exécution (N 1)¹⁵. De plus, les dispositions relatives à la surveillance contenues dans la LPGA avaient, selon lui, pour but de poser certains principes applicables à l'ensemble des assurances sociales afin d'en souligner l'homogénéité: le Conseil fédéral était ainsi chargé de la surveillance de l'ensemble du domaine de l'assurance sociale et appelé à intervenir en cas de manquements graves aux prescriptions légales¹⁶. Pour le reste, les règles contenues dans les lois spéciales demeuraient applicables. De ces considérations résulte une apparente contradiction entre l'existence d'une autorité générale de (haute) surveillance mise en place par l'art. 76 LPGA (et qui ne peut en déléguer l'exercice) et l'intervention (concurrente ou parallèle) d'autorités spécifiques à chaque branche de l'assurance sociale qui disposent chacune de moyens propres. Dès lors, de deux choses l'une: ou bien, au risque de forcer la définition de la notion, on admet que le Conseil fédéral assume exclusivement une forme de haute surveillance (ce qui ne l'empêche pas, même si la surveillance est effectivement exercée par une autre autorité dans chacun des régimes particuliers, d'intervenir dans les cas graves à la place de l'autorité de surveillance¹⁷), ou bien on considère qu'il est seul habilité (en dépit, par exemple, du texte de l'art. 176 al. 1 RAVS) à prendre les mesures de surveillance prévues à l'art. 76 al. 2 LPGA. La question peut cependant rester ouverte au vu de la modération des interventions du Conseil fédéral en la matière¹⁸.

2. La surveillance découlant des lois spéciales

- 7 La conception classique distingue deux types de surveillance au sens étroit. En premier lieu, la **surveillance interne**, qui intervient lorsque l'assujéti est un organe inférieur de l'administration centrale ou décentralisée¹⁹. En second lieu, la **surveillance externe** («*die Staatsaufsicht*»), qui vise les situations dans lesquelles l'assujéti est un organe extérieur à l'administration centrale ou décentralisée, sans être pour autant une juridiction²⁰. La surveillance interne peut être **hiérarchique** («*die Dienstaufsicht*») ou **non hiérarchique** («*die Verbandsaufsicht*»). Dans la première situation, l'organe supérieur exerce la surveillance sur un organe inférieur au sein de la même administration (centralisée ou décentralisée). Dans la seconde, un organe de l'administration centralisée surveille un organe décentralisé²¹, une communauté ou une corporation de droit public assumant des tâches administratives²². Dans le domaine des assurances sociales, la situation est très enchevêtrée²³. Plusieurs organes font l'objet d'une surveillance externe²⁴ ou d'une surveillance hiérarchique²⁵.

15 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4313; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 76 N 12.

16 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 265.

17 Cf. OFJ, Contrôle et surveillance du Conseil fédéral à l'égard des entreprises paraétatiques, JAAC 54.36, ch. III.1.e; MAYHALL, 20; SÄGESSER, art. 8 LOGA N 42; VOISARD, N 69.

18 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 76 N 25.

19 GYGI, 63, 73; MARANTELLI-SONANINI, 29, 31; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 5 N 32, N 33; VOISARD, N 85.

20 VOISARD, N 89.

21 MOSIMANN/VÖLGER WINSKY/PLÜSS, N 15.12 s.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 5 N 32, N 33; TSCHENTSCHER/LIENHARD, N 410, N 416; VOISARD, N 97.

22 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 76 N 8; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, N 767.

23 Cf. VOISARD, N 140.

24 VOISARD, N 118.

25 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 76 N 8.

Assurance-vieillesse et survivants: les caisses de compensation professionnelles doivent être créées par une ou plusieurs associations professionnelles aux conditions de la loi (art. 53 al. 1 LAVS), alors que les caisses de compensation cantonales (art. 61 al. 1 LAVS), les caisses de compensation de la Confédération (art. 62 al. 1 LAVS) ainsi que la Centrale de compensation (art. 71 al. 1 LAVS) sont créées en vertu de la loi. Toutes ces entités font l'objet d'une surveillance de la Confédération (art. 49, art. 72 al. 1, 1^{re} phrase, LAVS). Cette surveillance est confiée au Conseil fédéral, qui l'exerce par le biais du DFI, qui peut déléguer certaines tâches à l'OFAS (art. 176 al. 1 LAVS)²⁶. Seules les caisses de compensation professionnelles font l'objet d'une surveillance externe²⁷.

Assurance-invalidité: la Confédération doit surveiller les offices AI et les services médicaux régionaux (art. 53 et 64 al. 1, 1^{re} phrase, LAI). Elle l'exerce par l'OFAS (art. 64a al. 1, 1^{re} phrase, LAI), l'art. 72 LAVS étant, pour le surplus, applicable par analogie (art. 64 al. 1, 2^e phrase, LAI).

Prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI: la surveillance est confiée au Conseil fédéral (art. 28 al. 1, 1^{re} phrase, LPC), qui peut déléguer certaines tâches à l'OFAS (art. 28 al. 1, 2^e phrase, LPC; l'art. 55 OPC-AVS/AI prévoit que cette surveillance est exercée par l'OFAS)²⁸. Il s'agit d'une surveillance non hiérarchique²⁹.

Assurance-maladie: le législateur a adopté, le 26 septembre 2014, la LSAMal. Les assureurs-maladie (soit les caisses-maladies et les entreprises d'assurance privées; art. 1 al. 1 let. a et b LSAMal) doivent être au bénéfice d'une autorisation au sens de l'art. 4 LSAMal. La fondation de l'institution commune (art. 1 al. 1 let. d LSAMal) fait l'objet d'une approbation par le DFI (art. 18 al. 1, 1^{re} phrase, LAMal). La surveillance de l'assurance-maladie est exercée par l'OFSP (art. 56 LSAMal)³⁰, l'assurance-maladie complémentaire étant de plus assujettie à la surveillance de la FINMA (art. 34 al. 5 LSAMal)³¹. La question se pose de savoir si cette surveillance s'étend aux organisations professionnelles, telles que *santésuisse*³². Dans un arrêt rendu le 2 février 2018, le Tribunal fédéral a jugé que, si elle a pour but social notamment de sauvegarder et de représenter les intérêts de ses membres, l'association de droit privé *santésuisse* «n'est pas chargée en vertu de la LAMal de mettre en œuvre l'assurance-maladie sous la surveillance de la Confédération, comme le sont les assureurs-maladie admis à pratiquer l'assurance-maladie sociale»³³.

Assurance-accidents: la CNA est une entité externe à l'administration³⁴, créée par la loi (art. 61 al. 1 LAA). Elle est soumise à la haute surveillance de la Confédération, qui l'exerce par le Conseil fédéral (art. 61 al. 3, 1^{re} phrase, LAA). La caisse supplétive reconnue l'est également (art. 79 al. 3 LAA). Les autres assureurs-accidents reconnus (art. 68 al. 1 LAA) sont également soumis à la haute surveillance de la Confédération (art. 79 al. 1 LAA), ainsi qu'à un régime de surveillance propre à chacun d'eux: les entreprises d'assurances privées

26 Cf. VOISARD, N 140.

27 Cf. VOISARD, N 118.

28 Cf. VOISARD, N 140.

29 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 76 N 8.

30 Avant l'entrée en vigueur de la LSAMal, la surveillance ressortait au CF, qui l'exerçait par l'entremise de l'OFAS (art. 21 al. 3 aLAMal; VOISARD, N 140).

31 VOISARD, N 140.

32 TF, 18.12.2009, 9C_707/2009, c. 2.1.1; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 76 N 14.

33 TF, 2.2.2018, 9C_214/2017, c. 3.3.2, avec l'analyse de LONGCHAMP. GUY, Newsletter rcassurances.ch avril 2018.

34 Rapport de la Chancellerie fédérale sur l'annexe de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA) du 12 décembre 2008, JAAC 2009.7, 120.

(art. 68 al. 1 let. a) sont soumises à la surveillance de la FINMA (art. 79 al. 4 LAA, art. 46 LSA), étant précisé que si elles pratiquent aussi l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal, elles sont, de surcroît, assujetties à la surveillance de l'OFSP (art. 1 al. 1 let. b et 56 LSA-Mal); les caisses publiques d'assurance-accidents (art. 68 al. 1 let. b LAA) relèvent de la collectivité qui les a instituées; quant aux caisses-maladie qui pratiquent l'assurance-accidents (art. 68 al. 1 let. c LAA), le régime de la LSAMal leur est applicable (art. 1 al. 1 let. b et 2 al. 3 LSAMal), la surveillance étant assumée par l'OFSP (art. 56 LSAMal). Enfin, aux termes de l'art. 104 OLAA, l'OFSP veille à ce que les assureurs-accidents appliquent la loi de manière uniforme et exerce la surveillance sur la caisse supplétive.

- 13 **Assurance militaire**: la gestion de l'assurance militaire a été transférée à la CNA (art. 81 al. 2 LAM; art. 35a OAM; N 12).
- 14 **Allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité**: l'art. 72 LAVS est applicable par analogie (art. 23 al. 1 LAPG; N 8).
- 15 **Allocations familiales**: en matière d'allocations familiales ordinaires, la surveillance (de type non hiérarchique³⁵) est exercée par le Conseil fédéral, qui peut charger l'OFAS de certaines tâches (art. 27 al. 1 et 2 LAFam). Les caisses de compensation pour allocations familiales sont quant à elles soumises à la surveillance des cantons (art. 17 al. 2 LAFam). Deux régimes de surveillance sont ainsi juxtaposés, de façon clairement voulue par le législateur³⁶. L'art. 76 al. 2 LPGa ne s'applique toutefois pas (art. 1, 2^e phrase, LAFam). En matière d'allocations familiales dans l'agriculture, les dispositions de la LAFam et de la LAVS sont applicables par analogie (art. 25 al. 1 LFA).
- 16 **Assurance-chômage**: l'organe de compensation de l'assurance-chômage (administré par le SECO, art. 83 al. 3 LACI) contrôle la gestion des caisses et des autorités cantonales (art. 83 al. 1 let. c LACI)³⁷. Le fonds de compensation est quant à lui placé sous le contrôle d'une commission de surveillance (art. 89 al. 1 LACI).
- 17 Sur le plan interne, l'OFAS assure la surveillance dans les domaines de l'assurance-vieillesse et survivants, de l'assurance-invalidité, des prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI, des allocations pour perte de gain et des allocations familiales. L'OFSP exerce les tâches de surveillance dans les régimes de l'assurance-maladie, de l'assurance-accidents et de l'assurance militaire³⁸.

V. L'obligation de rendre compte (al. 1)

- 18 L'art. 76 al. 1 LPGa impose au Conseil fédéral de rendre régulièrement compte de sa surveillance. Sur le plan systématique, l'emplacement de cette disposition est discutable. La LPGa est chargée de régir la surveillance du domaine des assurances sociales et des institutions qui en assurent l'exécution, en déterminant l'autorité de surveillance compétente, les tâches de celles-ci ainsi que les moyens dont elle peut user. Dès lors qu'à l'évidence, c'est à l'Assemblée fédérale que le Conseil fédéral est appelé à rendre des comptes (N 19), cette disposition aurait dû trouver place dans un texte régissant les rapports entre le gouvernement et le Parlement (par exemple la LOGA). Au surplus, l'art. 187 al. 1 let. b Cst. prévoit déjà que le Conseil fédéral rend régulièrement compte

35 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 76 N 8.

36 BO CE 2005 714.

37 VOISARD, N 140.

38 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 76 N 13.

de sa gestion à l'Assemblée fédérale (cf. art. 32 let. d LOGA). A l'occasion de la 11^e révision de la LAVS, le Conseil fédéral souhaitait d'ailleurs supprimer cette obligation³⁹. Les Commissions de gestion des Chambres fédérales s'y sont toutefois opposées⁴⁰. Le Conseil fédéral n'est pas revenu à charge dans son projet de modification de la LPGA de 2017.

En dépit du fait que la loi soit muette sur ce point, c'est bien à l'Assemblée fédérale que le Conseil fédéral doit rendre compte⁴¹ dès lors qu'elle exerce la haute surveillance sur le gouvernement (art. 169 al. 1 Cst.; art. 26 al. 1 LParl). **19**

En pratique, le Conseil fédéral élabore un «rapport annuel selon l'art. 76 LPGA». La première partie de celui-ci est consacrée à un survol général et aux principaux développements des assurances sociales. La deuxième partie fournit une vue d'ensemble des défis à relever (stratégies et mesures nécessaires). La troisième partie donne une vue détaillée de chaque assurance (statistiques illustrant leur évolution, analyse de la situation financière actuelle, réformes en cours et perspectives plausibles). Enfin, la quatrième partie conclut le rapport sous un angle transversal en abordant les thématiques du recours, des relations internationales, de la recherche et de la jurisprudence⁴². **20**

VI. Les moyens de surveillance (al. 2)

La juxtaposition, sans coordination, d'un double régime de surveillance (N 6) rend le système difficilement lisible. On distinguera les moyens à disposition du Conseil fédéral (N 22 à N 24) et les mesures que les lois spéciales mettent à disposition des autorités de surveillance concernées (N 25). **21**

A. Les moyens à disposition du Conseil fédéral

L'objectif fixé par l'alinéa 2 de l'art. 76 LPGA tend au rétablissement d'une gestion de l'assurance conforme au droit. **22**

La **condition** posée à l'intervention du Conseil fédéral consiste dans la violation grave et répétée des dispositions légales par un assureur. Cela implique que, dans les cas où la condition posée par la loi est remplie, seul le Conseil fédéral est habilité à prendre les mesures nécessaires. Comme il a été dit, l'exercice de la haute surveillance ne peut être délégué (N 6); or l'art. 76 al. 1 LPGA désigne clairement le Conseil fédéral comme détenteur de cette attribution. Celle-ci ne devrait ainsi pas pouvoir être modifiée par une loi spéciale d'assurance sociale. A cela s'ajoute que les mesures qu'est appelée à prendre l'autorité de surveillance au cas où un assureur social manque gravement et de façon répétée à ses obligations peuvent avoir un impact politique ou économique tel que seul le Conseil fédéral est légitimé à les adopter. Tel est le cas, par exemple, de la nomination d'un commissaire chargé de la gestion d'une caisse de compensation de l'AVS (art. 72 al. 3 LAVS). L'art. 180 al. 1 RAVS qui, contrairement au texte de l'art. 72 al. 3 LAVS, **23**

39 Premier Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2006 sur la 11^{ème} révision de l'AVS (nouvelle version), FF 2006 1917, 1989.

40 Rapport annuel 2007 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales du 25 janvier 2008, FF 2008 4579, 4609 s.

41 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 76 N 16.

42 Cf. Assurances sociales 2016 – Rapport annuel selon l'art. 76 LPGA, publié par l'OFAS, 2017 (accessible à l'adresse: www.ofas.admin.ch, publications et services, publications, brochures, [consulté le 12 avril 2018]).

confie cette tâche au DFI, est dès lors discutable⁴³. On peut en dire autant de l'art. 176 al. 1 RAVS, qui donne au DFI la compétence d'exécuter des tâches ressortissant au Conseil fédéral aux termes des art. 72 LAVS et 76 LPGA.

- 24 Le Conseil fédéral est appelé à prendre les «**mesures nécessaires**», sans autres précisions. Il s'agit tant des mesures usuelles dans de telles situations que des mesures prévues par les lois spéciales. Lorsque l'autorité de surveillance constate que l'organe surveillé viole des prescriptions légales, elle peut prononcer **un avertissement** (somma-tion, admonestation, rappel à la loi, mise en garde); celui-ci peut consister dans le simple rappel à la loi ou contenir la menace de retrait de l'acte d'assujettissement (auto-risation, concession, octroi d'une subvention, etc.) au cas où l'assurance ne rétablit pas la situation légale⁴⁴. L'autorité peut également **révoquer l'autorisation** accordée à l'as-sureur: l'art. 60 al. 2 LAVS prévoit que si les organes d'une caisse de compensation se sont rendus coupables de manquements graves et réitérés à leurs devoirs, le Conseil fédéral dissout la caisse (cf. également art. 166 al. 3 RAVS sur le retrait de la reconnais-sance d'un bureau de révision). L'art. 72 LAVS (applicable par analogie à l'assurance-invalidité [art. 64 LAI], et à l'allocation pour perte de gain [art. 23 LAPG]) donne au Conseil fédéral la faculté de demander au canton de relever les fonctionnaires et em-ployés de caisse dans les cas de grave violation de leurs devoirs (al. 2) et d'ordonner la gestion d'une caisse de compensation par commissaires (al. 3). Un **retrait d'une sub-vention** (ou sa réduction) est également envisageable⁴⁵. Le Conseil fédéral dispose enfin de **moyens préventifs** de surveillance, à savoir certains actes d'approbation: approba-tion du règlement (et de ses modifications) de la caisse de compensation (art. 56 al. 3 et 57 al. 1 LAVS).

B. Les mesures prévues par les lois spéciales

- 25 Certaines lois spéciales prévoient également des mesures de surveillance. Celles-ci seront appliquées en particulier si la violation de prescriptions légales par un assureur n'atteint pas le caractère de gravité et de réitération exigé par l'art. 76 al. 2 LPGA. Ce sont les dis-positions suivantes: art. 176 al. 1 RAVS; art. 64a LAI (et art. 50 et 51 RAI); art. 28 al. 2 LPC (et art. 55 OPC-AVS/AI); art. 38 ss LSAMal; art. 79 et art. 80 LAA; art. 83 al. 1 et 110 LACI.

Art. 77

Rapports et statistiques

Berichterstattung
und Statistik

Les assureurs sociaux sont tenus de fournir aux autorités de surveil-lance tous les renseignements dont celles-ci ont besoin pour contrôler leur activité et pour établir des statistiques significatives. Ils ont l'obli-gation de leur remettre un rapport et des comptes annuels.

Die Träger der Sozialversicherung haben den Aufsichtsbehörden alle Aus-künfte zu erteilen, die diese für die Überprüfung der Tätigkeit und für die Erstellung aussagekräftiger Statistiken benötigen. Sie haben jeweils Jahres-berichte und Jahresrechnungen einzureichen.

43 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 76 N 22 ss.

44 ATF 125 II 119, c. 2a; ATF 103 Ib 50, c. 2; VOISARD, N 225.

45 Cf. MÖLLER, 182; VOISARD, N 214 s.

Contenuto dei rapporti e statistiche Le istituzioni di assicurazione sociale devono fornire alle autorità di vigilanza tutte le informazioni di cui esse hanno bisogno per controllare la loro attività e per compilare statistiche significative. Devono inoltre consegnare loro un rapporto e il bilancio annuale.

Plan

	N
I. La genèse de la disposition	1
II. La systématique	2
III. Les lois spéciales	4
IV. Les assureurs sociaux concernés	14
V. Les obligations	15
A. La fourniture de renseignements	15
B. La remise d'un rapport et des comptes annuels	17

Bibliographie

GÄCHTER THOMAS, Sozialversicherungsrecht, Allgemeiner Teil, Berne 2007 (cité: Sozialversicherungsrecht); LONGCHAMP GUY, Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_214/2017, Newsletter rcassurances.ch, avril 2018; VOISARD STÉPHANE, L'auxiliaire dans la surveillance administrative: du droit bancaire et financier au droit administratif général, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2014.

I. La genèse de la disposition

La SSDA avait proposé, en 1984, que les assureurs sociaux fussent tenus de fournir aux autorités de surveillance tous les renseignements dont celles-ci avaient besoin pour contrôler leur activité et établir des statistiques significatives. Ils devaient également leur remettre un rapport et des comptes annuels. Les différentes lois sur les assurances sociales régleraient les détails¹. Ce devoir de renseignement représentait une question touchant l'ensemble des branches d'assurance². La Commission du Conseil des Etats a repris intégralement cette proposition³. La Commission du Conseil national supprima la dernière phrase de la disposition, qui renvoyait aux lois particulières, en raison d'une nouvelle conception de technique législative (art. 2 N 5)⁴. C'est la version qu'adopta le Parlement fédéral.

II. La systématique

L'art. 77 LPGA poursuit un double objectif: en premier lieu, il constitue un moyen de surveillance préventif (N 15), l'art. 76 al. 2 LPGA étant son pendant répressif⁵. En second lieu, il sert un but scientifique par la récolte de données statistiques (N 16). Cette disposition n'a pas donné lieu à une jurisprudence la concernant directement⁶; en revanche, l'importance de ce moyen de surveillance a été rappelée par le Tribunal administratif fédéral dans plusieurs arrêts concernant les institutions de prévoyance professionnelle (N 19).

1 Rapport SSDA, 84.

2 Rapport SSDA, 59.

3 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 204.

4 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4314.

5 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 77 N 2.

6 Cf. GÄCHTER, Sozialversicherungsrecht, 121.

- 3 L'art. 77 LPGA n'indique pas à quelle autorité de surveillance les rapports, comptes et données doivent être communiqués. Il appartient à chacune des lois spéciales des assurances sociales de le préciser, respectivement de compléter le régime de l'art. 77 LPGA (N 4 à N 13).

III. Les lois spéciales

- 4 L'art. 77 LPGA constitue une disposition générale, que chacune des lois spéciales des assurances sociales peut préciser ou compléter, en désignant notamment l'autorité de surveillance (N 5 à N 13).
- 5 **Assurance-vieillesse et survivants:** la surveillance de la Confédération (art. 49 LAVS) est confiée au Conseil fédéral, qui l'exerce par le biais du DFI, qui peut à son tour la déléguer à l'OFAS (art. 176 al. 1 RAVS)⁷. Les caisses de compensation doivent lui faire périodiquement rapport sur leur gestion (art. 72 al. 1 et 4 LAVS). Les comptes annuels, le bilan et l'état de la fortune détaillé du Fonds de compensation doivent être publiés (art. 108 al. 2 LAVS).
- 6 **Assurance-invalidité:** la surveillance des offices AI (art. 53 LAI) et des services médicaux régionaux est exercée par l'OFAS, l'art. 72 LAVS étant, pour le surplus, applicable par analogie (art. 64 et 64a LAI). Les dispositions de la LAVS sont également applicables par analogie en ce qui concerne la comptabilité (art. 66 LAI).
- 7 **Prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI:** la surveillance est exercée par le Conseil fédéral, qui peut déléguer certaines tâches à l'OFAS (art. 28 al. 1 LPC)⁸. L'art. 28 al. 2 LPC reprend, presque mot pour mot, la teneur de l'art. 77 LPGA.
- 8 **Assurance-maladie:** le législateur a adopté, le 26 septembre 2014, la LSAMal. La surveillance de l'assurance-maladie est exercée par l'OFSP (art. 56 LSAMal)⁹, l'assurance-maladie complémentaire étant, en sus, assujettie à la surveillance de la FINMA (art. 34 al. 5 LSAMal)¹⁰. Les assureurs doivent établir chaque année un rapport de gestion composé des comptes, du rapport annuel, et, cas échéant, des comptes du groupe (art. 24 al. 1 LSAMal). L'institution commune doit livrer un rapport annuel auquel sont joints le compte d'exploitation pour chaque domaine de tâches, un compte d'exploitation global, un bilan, une vue d'ensemble des réserves du domaine de la réduction des primes ainsi que le rapport de l'organe de révision (art. 46 LSAMal). Les entreprises surveillées doivent fournir à l'autorité de surveillance tous les renseignements, les documents nécessaires à l'exécution de la surveillance ainsi que les données liées à leur activité (art. 35 al. 1 et 2 LSAMal). Les assureurs doivent au surplus annoncer sans délai à l'autorité de surveillance les faits qui sont de grande importance pour la surveillance (art. 35 al. 3 LSAMal).
- 9 **Assurance-accidents:** la CNA, les autres assureurs-accidents et la caisse supplétive sont soumis à la haute surveillance de la Confédération, exercée par le Conseil fédéral (art. 61 al. 3 et art. 79 al. 1 LAA). La FINMA est également chargée de la surveillance des autres assureurs-accidents (art. 2, art. 46 et art. 104 al. 3 OLAA). Aux termes de l'art. 104

7 VOISARD, N 140.

8 VOISARD, N 140.

9 Avant l'entrée en vigueur de la LSAMal, la surveillance était confiée au CF, qui l'exerçait par l'entremise de l'OFAS (art. 21 al. 3 aLAMal; VOISARD, N 140).

10 VOISARD, N 140.

OLAA, l'OFSP veille à ce que les assureurs appliquent la loi de manière uniforme et exerce la surveillance sur la caisse supplétive¹¹. Les cantons veillent, quant à eux, à ce que les employeurs respectent leur obligation d'assurer les travailleurs (art. 80 LAA; art. 107 OLAA). La CNA soumet son rapport et ses comptes annuels au Conseil fédéral (art. 61 al. 3 LAA). Les autres assureurs-accidents et la caisse supplétive doivent remettre un rapport et les comptes annuels à l'OFSP; les autres institutions privées d'assurance-accident doivent adresser un double de ces documents à la FINMA (art. 91 et art. 96 al. 2 OLAA).

Assurance militaire: la gestion de l'assurance militaire a été transférée à la CNA (art. 67 al. 1 LAA; art. 81 LAM). L'art. 67 al. 2 LAA (selon lequel l'assurance militaire est organisée de telle manière qu'elle puisse accomplir ses tâches conformément à la LAM et que l'établissement de rapports annuels et de statistiques selon l'art. 77 LPGA soit garanti) ne précise que les points essentiels au niveau de la loi. L'organisation de l'assurance militaire est réglée dans une convention conclue entre la Confédération et la CNA ainsi que dans les règlements de la CNA et dans un règlement d'organisation et de gestion propre à l'assurance militaire¹². **10**

Allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité: l'art. 72 LAVS est applicable par analogie (art. 23 al. 1 LAPG; N 5). **11**

Allocations familiales: en matière d'allocations familiales, la surveillance est exercée par le Conseil fédéral (art. 27 al. 1 LAFam), qui peut charger l'OFAS de donner des directives aux services chargés de l'exécution de la loi et d'établir des statistiques harmonisées; les caisses pour allocations familiales sont pour leur part soumises à la surveillance des cantons (art. 17 al. 2 LAFam). L'art. 77 LPGA est applicable pour le surplus (art. 1 LAFam). Le même régime est applicable pour les allocations familiales dans l'agriculture (art. 25 al. 1 LFA). **12**

Assurance-chômage: l'organe de compensation de l'assurance-chômage (administré par le SECO, art. 83 al. 3 LACI) contrôle l'exécution des tâches confiées aux caisses et aux autorités cantonales (art. 83 al. 1 let. c^{bis} LACI)¹³. Cet organe doit remettre des rapports périodiques concernant notamment le contrôle de la gestion des caisses à la commission de surveillance (art. 83 al. 2 let. c LACI). Le fonds de compensation est quant à lui placé sous la surveillance de cette commission, qui examine les comptes et le rapport annuels à l'intention du Conseil fédéral (art. 89 al. 1 LACI). Enfin, les caisses de chômage présentent chaque année leurs comptes, conformément aux directives de l'organe de compensation (art. 81 al. 1 let. e LACI). **13**

IV. Les assureurs sociaux concernés

L'art. 77 LPGA parle d'«assureurs sociaux» («*Träger der Sozialversicherung, istituzioni di assicurazione sociale*»). Il ne vise ainsi pas, à l'inverse de l'art. 78 LPGA, les corporations publiques et les organisations fondatrices privées. La raison tient au fait que seuls les assureurs sociaux sont à même de fournir les renseignements et données statistiques nécessaires¹⁴. **14**

11 Selon VOISARD (N 140), la surveillance est exercée par l'OFAS.

12 Message concernant la loi fédérale sur le transfert à la CNA de la gestion de l'assurance militaire du 12 mai 2004, FF 2004 2659, 2668.

13 VOISARD, N 140.

14 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 77 N 6.

Selon Kieser, les organisations professionnelles (« *Branchenverbände* ») ne sont pas soumises aux obligations prévues par l'art. 77 LPGA¹⁵.

V. Les obligations

A. La fourniture de renseignements

- 15** Les renseignements visés sont d'abord ceux qui sont nécessaires au contrôle de l'activité de l'assureur social. Il appartient à l'autorité de surveillance de préciser de quelles informations elle a besoin pour exercer sa tâche, étant admis qu'elle peut le faire ponctuellement ou sur l'activité générale déployée par l'assureur.
- 16** L'assureur doit ensuite fournir les données destinées à l'établissement de statistiques « significatives ». Compte tenu du développement des assurances sociales, cette tâche prend une importance croissante. L'OFS publie chaque année la Statistique des assurances sociales (SAS). Celle-ci offre une vue d'ensemble des différentes assurances sociales et elle inclut le Compte global des assurances sociales (CGAS). Certaines lois spéciales ou ordonnances d'exécution contiennent des dispositions spécifiques à cette tâche (art. 23 LAMal; art. 105 OLAA; art. 20 OAFam).

B. La remise d'un rapport et des comptes annuels

- 17** Le rapport et les comptes annuels constituent un outil de surveillance préventif (N 2), destiné à l'ensemble des branches de l'assurance sociale. La particularité de ce rapport tient au fait qu'il est établi par l'assureur social lui-même, et non par un préposé à la surveillance¹⁶. Il s'agit d'un rapport de gestion, qui a trait aux comptes de l'entité concernée, l'autorité de surveillance étant libre d'en décrire le contenu¹⁷.
- 18** L'art. 77 LPGA est complété par plusieurs dispositions des lois spéciales (N 5 à N 13).
- 19** Dans plusieurs arrêts, le Tribunal administratif fédéral a rappelé, dans le domaine de la prévoyance professionnelle – auquel l'art. 77 LPGA ne s'applique pas –, que l'obligation de faire rapport constituait le corollaire du droit pour l'institution d'être consultée et informée par son autorité de surveillance¹⁸. Celle-ci doit veiller au respect de déposer le rapport et les comptes annuels (art. 62 al. 1 LPP)¹⁹.

¹⁵ KIESER, ATSG-Kommentar, art. 77 N 6; cf. concernant *santésuisse*: TF, 2.2.2018, 9C_214/2017, c. 3.2.2 avec l'analyse de LONGCHAMP; TF, 18.12.2009, 9C_707/2009, c. 2.1.1, SVR 2010 KV n° 7 29.

¹⁶ VOISARD, N 135.

¹⁷ VOISARD, N 136.

¹⁸ TAF, 23.10.2009, C-6709/2007, c. 5.3; TAF, 4.4.2008, C-249/2007, c. 3.3; TAF, 19.2.2008, C-2365/2006, c. 5.3; cf. VOISARD, N 134 (n. 477).

¹⁹ TAF, 30.10.2007, C-2406/2006, c. 3.5; TAF, 29.10.2007, C-2405/2006, c. 3.5; TAF, 15.10.2007, C-2400/2006, c. 3.5; cf. VOISARD, N 136 (n. 480).

Art. 78

Responsabilité

¹ Les corporations de droit public, les organisations fondatrices privées et les assureurs répondent, en leur qualité de garants de l'activité des organes d'exécution des assurances sociales, des dommages causés illicitement à un assuré ou à des tiers par leurs organes d'exécution ou par leur personnel.

² L'autorité compétente rend une décision sur les demandes en réparation.

³ La responsabilité subsidiaire de la Confédération pour les institutions indépendantes de l'administration ordinaire de la Confédération est régie par l'art. 19 de la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité.

⁴ Les dispositions de la présente loi s'appliquent à la procédure prévue aux al. 1 et 3. Il n'y a pas de procédure d'opposition. Les art. 3 à 9, 11, 12, 20, al. 1, 21 et 23 de la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité sont applicables par analogie.

⁵ Les personnes agissant en tant qu'organes ou agents d'un assureur, d'un organe de révision ou de contrôle ou auxquelles sont confiées des tâches dans le cadre des lois spéciales, sont soumises à la même responsabilité pénale que les membres des autorités et les fonctionnaires, selon les dispositions du code pénal.

Verantwortlichkeit

¹ Für Schäden, die von Durchführungsorganen oder einzelnen Funktionären von Versicherungsträgern einer versicherten Person oder Dritten widerrechtlich zugefügt wurden, haften die öffentlichen Körperschaften, privaten Trägerorganisationen oder Versicherungsträger, die für diese Organe verantwortlich sind.

² Die zuständige Behörde entscheidet durch Verfügung über Ersatzforderungen.

³ Die subsidiäre Haftung des Bundes für ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehende Organisationen richtet sich nach Artikel 19 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958.

⁴ Für die Verfahren nach den Absätzen 1 und 3 gelten die Bestimmungen dieses Gesetzes. Ein Einspracheverfahren wird nicht durchgeführt. Die Artikel 3–9, 11, 12, 20 Absatz 1, 21 und 23 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958 sind sinngemäss anwendbar.

⁵ Personen, die als Organe oder Funktionäre eines Versicherungsträgers, einer Revisions- oder Kontrollstelle handeln oder denen durch die Einzelgesetze bestimmte Aufgaben übertragen wurden, unterliegen der gleichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit wie Behördemitglieder und Beamte nach dem Strafgesetzbuch.

Responsabilità

¹ Gli enti di diritto pubblico, gli organismi fondatori privati e gli assicuratori rispondono, in qualità di garanti dell'attività degli organi d'esecuzione delle assicurazioni sociali, per i danni causati illecitamente a un assicurato o a terzi da parte degli organi d'esecuzione o dei loro funzionari.

² L'autorità competente emette una decisione sulle pretese di risarcimento.

³ La responsabilità sussidiaria della Confederazione per organizzazioni esterne all'amministrazione ordinaria della Confederazione è disciplinata conformemente all'articolo 19 della legge del 14 marzo 1958 sulla responsabilità.

⁴ Per le procedure di cui ai capoversi 1 e 3 si applicano le disposizioni della presente legge. Non è svolta alcuna procedura d'opposizione. Gli arti-

coli 3–9, 11, 12, 20 capoverso 1, 21 e 23 della legge del 14 marzo 1958 sulla responsabilità sono applicabili per analogia.

⁵ Le persone che agiscono quali organi o funzionari di un’istituzione assicurativa, di un servizio di revisione o di controllo o alle quali sono affidati compiti nell’ambito delle singole leggi, sono sottoposte alla stessa responsabilità penale dei membri delle autorità e dei funzionari secondo le disposizioni del Codice penale.

Plan

	N
I. La genèse de la disposition	1
II. Le champ d’application	2
III. Les conditions de la responsabilité (al. 1)	5
A. Un sujet de responsabilité	5
B. Un organe d’exécution ou son personnel	13
C. L’exécution d’une tâche prévue par la loi	17
D. Un acte illicite	18
E. Un dommage	29
F. Une personne assurée ou un tiers lésé	36
G. Un rapport de causalité	40
IV. La décision (al. 2)	45
V. La responsabilité subsidiaire de la Confédération (al. 3)	47
VI. La procédure (al. 4)	53
A. L’application de la LPGA	53
B. L’application analogique de certaines dispositions de la LRCSF	67
VII. La responsabilité pénale (al. 5)	80
VIII. La délimitation par rapport aux autres normes régissant la responsabilité	83
A. Dans le domaine des assurances sociales	83
B. La LRCSF	97
C. La responsabilité délictuelle et contractuelle	98
IX. Le dommage subi par l’assurance sociale	99
X. La casuistique	115

Bibliographie

BETTEX BJÖRN, L’expertise judiciaire – Etude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, thèse Lausanne, Berne 2006; CHAPPUIS CHRISTINE, La préemption en droit de la responsabilité, in Werro (éd.), Colloque du droit de la responsabilité civile 2005, Université de Fribourg, Berne 2005, 107 ss; DUC JEAN-MICHEL, Quelques considérations sur la responsabilité au sens de l’art. 78 LPGA à la lumière de la dernière jurisprudence, RSAS 2007 390 ss (cité: Considérations); DUC JEAN-MICHEL, Quelques réflexions sur le devoir de renseignement des assurances sociales suite à l’ATFA du 14 juillet 2006 – C 335/05, RSAS 2007 172 ss (cité: Réflexions); FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht vol. I, Berne 2012; FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE, Une responsabilité objective nouvelle: La responsabilité de l’assureur social (art. 78 LPGA), REAS 2007 180 ss (cité: Responsabilité); FRETZ MÉLANIE, La responsabilité selon l’art. 52 LAVS: une comparaison avec les art. 78 LPGA et 52 LPP, REAS 2009 238 ss; GÄCHTER THOMAS, Sozialversicherungsrecht, Allgemeiner Teil, Berne 2007 (cité: Sozialversicherungsrecht); GEIGER WILLI, Die rechtliche Verantwortlichkeit der AHV-Verbandsausgleichskassen sowie ihrer Organe und Angestellten, RSAS 1959 197 ss; GROSS JOST, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2^e éd., Berne 2001 (cité: Staatshaftungsrecht); GROSS JOST, Staats- und Beamtenhaftung, in Geiser/Münch (éd.), Schaden – Haftung – Versicherung, Bâle/Genève/Munich 1999, 95 ss (cité: Staats- und Beamtenhaftung); HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^e éd., Zurich 2016; HÄNNI PETER, Staatshaftung wegen Untätigkeit der Verwaltung, in Bovay/Nguyen (éd.), Mé-

langes en l'honneur de Pierre Moor, Berne 2005, 337 ss; HOTZ REINHOLD, Die Haftpflicht des Beamten gegenüber dem Staat, dargestellt am Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes und am Haftungsgesetz des Kantons Zürich, thèse Zurich, Zurich 1973; HÜRLIMANN ROLAND, Der Architekt als Experte, in Gauch/Tercier (éd.), Das Architektenrecht/Le droit de l'architecte, 3^e éd., Fribourg 1995, 429 ss (cité: der Architekt als Experte); HÜRLIMANN ROLAND, Bau-Expertisen – Nutzen, Risiken und die Verantwortung des Experten, in Schweizerische Baurechtstagung 2011, Fribourg 2011, 197 ss (cité: Bau-Expertisen); HÜRZELER MARC, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht (AHV/IV/EO/berufliche Vorsorge) im Jahr 2011 (BGE 137), Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 2012 623; JAAG TOBIAS, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zurich, 3^e éd., Zurich 2005 (cité: Zurich); JAAG TOBIAS, Staats- und Beamtenhaftung, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, [SBVR] vol. I, 3^e éd., Bâle/Genève/Munich 2017 (cité: SBVR); KIESER UELI, Auswirkungen des Bundesgesetzes über das Bundesgericht auf die Sozialversicherungspflege, in Ehrenzeller/Schweizer (éd.), Die Reorganisation der Bundesrechtsprechung: Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, vol. 40, St-Gall 2006, 439 ss (cité: Auswirkungen); KIESER UELI, Rechtsprechung des Bundesgerichts zur AHV, 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2012, art. 52 LAVS N 1 ss (cité: Rechtsprechung); KIESER UELI, Haftung der Sozialversicherungsträger nach Art. 78 ATSG, in Gross/Pribnow/Volker (éd.), Sozialversicherungsrechtstagung 2013, St-Gall 2014, 82 ss; KIESER UELI, Alters- und Hinterlassenenversicherung, in Meyer (éd.), SBVR, 1325 ss (cité: Alters- und Hinterlassenenversicherung); KUHN MORITZ, Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten auf Grund des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958, mit besonderer Berücksichtigung von Art. 3 und Art. 12, thèse Zurich, Zurich 1971; KÜHNI BEAT/BÄRTSCHI HARALD, art. 19 LFINMA in Water/Vogt (éd.), BSK Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2^e éd., Bâle 2011 110 ss; LONGCHAMP GUY, Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_214/2017, Newsletter rcassurances.ch, avril 2018; MIZEL CÉDRIC, Circulation routière: les divers examens médicaux légaux et la responsabilité des différents médecins qui les effectuent, SJ 2011 II 79 ss; MOOR PIERRE, Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat, § 16, in Thürer/Aubert/Müller (éd.), Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, 265 ss; MORIN ARIANE, Responsabilité de l'expert dans un procès civil, in Chappuis/Winiger (éd.), La preuve en droit de la responsabilité civile, Journée de la responsabilité civile 2010, Genève/Zurich/Bâle 2011; MOSIMANN HANS-JAKOB, art. 78 LPGa, in Fischer/Luterbacher (éd.), Haftpflichtkommentar: Bâle 2011, 53 ss Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zurich 2016, 2477 ss (cité: art. 78 LPGa); NUSSBAUMER THOMAS, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 1996 1071 ss; OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5^e éd., Zurich 1995; OVERNEY ALEXIS, Illicéité de résultat et illicéité de comportement, une distinction dépassée?, in Fuhrer/Chappuis (éd.), Liber amicorum Roland Brehm, Berne 2012, 293 ss; REICHMUTH MARCO, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, thèse Fribourg, Zurich 2008; ROBERTO VITO, Schadensrecht, Bâle/Francfort sur le Main 1997; RYTER MAIRIANNE, Staatshaftungsrecht, in Biaggini/Häner/Saxer/Schott (éd.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2015, 1211 ss; SALADIN PETER, Rechtstaatliche Anforderungen an Gutachten, in Merz/Schlupe (éd.), Recht und Wirtschaft heute, Festgabe Max Kummer, Zurich 1980, 657 ss (cité: Anforderungen); SCHÖN FRANZ, Staatshaftung als Verwaltungsrechtsschutz, thèse Bâle 1979; SCHWARZENBACH-HANHART HANS RUDOLF, Die Staats- und Beamtenhaftung in der Schweiz, 2^e éd., Zurich 1985; STARK EMIL W., Einige Gedanken zur Haftpflicht für staatliche Verrichtungen, RSJ 1990 1 ss; STÖCKLI ANDREAS, Behördenmitglieder in der obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, thèse Fribourg, Berne 2012; VOISARD STÉPHANE, L'auxiliaire dans la surveillance administrative, thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2014; WERRO FRANZ/CARRON MAXENCE, La révision du droit de la prescription, in Journées du droit de la circulation routière 26-27 juin 2014, Berne 2014, 1 ss; WESSNER PIERRE, Au menu: bœuf, salades et fromages contaminés ou la notion d'illicéité dans tous ses états, in Aronovitz (éd.), Gastronomie, alimentation et droit, Mélanges en l'honneur de Pierre Widmer, Zurich 2003, 243 ss; WIDMER PIERRE/WESSNER PIERRE, Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile et rapport explicatif, Berne 2000; WINZELER ARTHUR, Die Haftung der Organe und Kassenträger in der AHV, thèse Zurich, Zurich 1952; ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, L'expertise-arbitrage – Texte explicatif, Modèle de contrat, Genève/Zurich/Bâle 2013.

I. La genèse de la disposition

- 1 La SSDA avait proposé, en 1984, de régler la question de la responsabilité civile des organes des assurances sociales par une disposition unique. Dans sa conception, il s'agissait d'une **responsabilité aquilienne**, subordonnée à la commission d'une infraction pénale, respectivement à une violation intentionnelle ou par négligence des prescriptions légales ou réglementaires – une simple négligence étant suffisante. La disposition ne contenait aucune indication quant aux personnes lésées¹. La Commission du Conseil des Etats reprit la proposition de la SSDA en y apportant deux modifications : en premier lieu, tout en maintenant l'exigence de la faute, elle la limita à la commission d'une **négligence grave** (« *grobfahrlässige Missachtung* »). En second lieu, elle précisa que le cercle des lésés potentiels comprenait l'assuré, les tiers ainsi que l'assurance sociale elle-même². Le Conseil fédéral suggéra de simplifier la formulation de la disposition. Dans le but d'assurer une concordance avec l'art. 3 LRFC, il entendit surtout introduire une **responsabilité causale**. Il était trop sévère, selon lui, de ne pouvoir émettre de prétentions que si une faute grave avait été commise³. A cela s'ajoute qu'il n'y avait aucune raison de prévoir un régime moins strict lorsque le dommage avait été causé par un organe d'exécution du droit des assurances sociales que dans l'hypothèse où il procédait de l'activité de l'Etat, soumise à la responsabilité objective de la LRFC⁴. La Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national procéda à une refonte complète du texte. Le changement majeur consistait à **restreindre le champ d'application de la loi** en écartant l'assurance sociale du cercle des lésés potentiels. « La nature juridique des assureurs est si diverse que la responsabilité des organes vis-à-vis des assureurs doit être régie par les lois particulières »⁵, exposait-elle. La Commission proposait également de soumettre les créances en réparation aux autorités compétentes en vertu de chacune des lois particulières, lesquelles se prononceraient par voie de décision. Elle se rangeait ensuite à l'avis du Conseil fédéral pour ce qui tenait à la nature causale de la responsabilité. Enfin, elle donnait à la LPGA le caractère d'une *lex specialis* par rapport à la LRFC, seules certaines des dispositions de celle-ci étant applicables⁶. Le Parlement fédéral adopta, moyennant quelques adaptations rédactionnelles, le texte proposé par la Commission du Conseil national.

II. Le champ d'application

- 2 Aux termes de l'art. 78, les seuls **sujets de responsabilité** externes sont les corporations de droit public, les organisations fondatrices privées et les assureurs, à l'exception des organes et du personnel de ceux-ci⁷ (N 5 à 12).
- 3 Le **cercle des lésés** est circonscrit aux assurés et aux tiers (N 36 à 39), qui seuls peuvent se prévaloir de la protection de l'art. 78 LPGA, à l'exception de l'assurance sociale elle-même (N 99 à 114)⁸ – sous réserve du cas où elle est lésée par le comportement d'un autre assureur (N 39).

1 Rapport SSDA, 59 et 85.

2 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 204.

3 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 941.

4 FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 182 s.

5 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4316.

6 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4316.

7 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 69 ss; MOSIMANN, art. 78 LPGA, N 14.

8 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4316; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 4; MOSIMANN, art. 78 LPGA, N 26.

La responsabilité instituée par l'art. 78 LPGA revêt un caractère **subsidaire**. Elle ne peut intervenir que dans deux cas de figure : soit la prétention de la personne lésée ne peut être obtenue par le biais d'une procédure administrative ou judiciaire ordinaire en matière d'assurance sociale⁹; soit il n'existe aucune norme spéciale de responsabilité du droit des assurances sociales (p.ex. art. 11 LAI, art. 6 al. 3 LAA, art. 18 al. 6 LAM; N 86 à 96)¹⁰.

III. Les conditions de la responsabilité (al. 1)

A. Un sujet de responsabilité

La loi prévoit que sont responsables «les corporations de droit public, les organisations fondatrices privées et les assureurs en leur qualité de garants de l'activité des organes d'exécution des assurances sociales» (art. 78 al. 1 LPGA). 5

a) Cette formulation (au demeurant peu claire) résulte d'une part de la rédaction retenue par la SSDA en 1984 («[...] *Durchführungsorganen oder einzelnen Funktionären von Versicherungsträgern [...] öffentlichen Körperschaften, privaten Trägerorganisationen oder Versicherungsträgern [...]*») ¹¹, qui n'a suscité que peu d'explications de la part de la SSDA¹² ou du législateur¹³. D'autre part, elle est due à la grande diversité des supports et des régimes juridiques régissant les institutions pratiquant l'assurance sociale; en particulier, certaines lois spéciales contiennent des dispositions sur la responsabilité des assureurs pour les dommages occasionnés par les organes d'exécution ou par des agents (p.ex. art. 82 LACI et art. 70 LAVS) alors que, dans d'autres domaines (comme l'assurance militaire), la responsabilité de la Confédération peut découler de la LRCF. L'art. 78 al. 1 LPGA tend à définir une responsabilité uniforme pour l'ensemble de cette constellation juridique¹⁴. 6

b) L'art. 78 al. 1 LPGA ne traite que la **responsabilité externe** à l'égard de la personne assurée ou du tiers. Il ne répond pas à la question de savoir si un organe de l'assurance répond envers l'assurance (N 99 à 114)¹⁵. 7

L'art. 78 LPGA exclut toute responsabilité externe d'un organe de l'assurance¹⁶. C'est en leur qualité de garants de l'activité des organes d'exécution que les corporations, les organisations et les assureurs sont désignés comme sujets exclusifs de responsabilité. 8

La loi évoque «l'activité des organes d'exécution des assurances sociales». Si, à première vue, cette formulation paraît limitative, elle n'a néanmoins pas pour but d'exclure l'activité du personnel des assurances sociales du champ d'application de l'art. 78 LPGA (N 15). Celui-ci reprend en effet l'essentiel de la réglementation de la LRCF, qui exclut toute responsabilité externe du personnel (responsabilité causale de la collectivité pu- 9

9 TF, 8.8.2017, 9C_314/2017, c. 6.3; DUC, 390; MOSIMANN, art. 78 LPGA, N 3.

10 ATF 133 V 14, c. 5; DUC, 390; FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 183; GROSS, Staats- und Beamtenhaftung, N 3.2, 3.72; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 7.

11 Art. 86 du projet de la SSDA.

12 Rapport SSDA, 59 s.

13 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 265 s.; Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 941; Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4315 ss.

14 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 265.

15 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 76.

16 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 69; cf. également TF, 7.5.2015, 6B_1093/2014, c. 1.2 (plainte pénale contre deux employés d'un office AI).

blique ou de l'organisation à laquelle on a confié des tâches publiques avec responsabilité subsidiaire de l'Etat, conformément à l'art. 19 LRFCF, et recours contre l'auteur du dommage limité au dommage causé intentionnellement ou par négligence grave)¹⁷.

- 10 Même si elle n'est pas exclue dans son principe, la solidarité paraît difficilement concevable dans le régime de l'art. 78 LPGA (N 103). La personne lésée aura en effet toujours en face d'elle un débiteur solvable (corporation, organisation, assurance). A supposer que le dommage soit le fait de plusieurs organes d'exécution, chacun d'eux répondra envers l'organisme ou l'assurance sociale en proportion de sa faute (art. 9 al. 2 LRFCF applicable par renvoi de l'art. 78 al. 4 LPGA; N 74)¹⁸. L'énumération des sujets de responsabilité de l'art. 78 al. 1 LPGA ne signifie cependant pas que le créancier pourrait librement choisir entre eux¹⁹.
- 11 c) Les institutions mentionnées à l'art. 78 al. 1 LPGA (corporations de droit public, organisations fondatrices, assureurs) représentent un spectre relativement large, qui tient compte de la diversité des acteurs de l'assurance sociale. Dans cette optique, on peut considérer que les entités organisationnelles qui exécutent ou exploitent une branche d'assurance (comme une caisse de compensation de l'assurance-vieillesse et survivants) tombent sous le coup de la notion d'«organisation» au sens de l'art. 19 LRFCF²⁰. Le Tribunal fédéral a précisé que, «par <organisations fondatrices privées>, on entend par exemple les associations professionnelles habilités à créer une caisse de compensation dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants (...), tandis que la version allemande du texte légal (<private Trägerorganisationen>) correspond à une notion plus large, sans référence à la notion fondatrice²¹».
- 12 Le sujet de responsabilité, qui répondra en dernière ligne du dommage, ne doit pas nécessairement être confondu avec l'autorité auprès de laquelle la demande en réparation doit être adressée, les deux organismes pouvant être distincts. L'art. 78 constituant une norme générale applicable à plusieurs régimes de l'assurance sociale, chaque loi spéciale va ainsi décliner, dans son domaine, l'autorité auprès de laquelle la demande en réparation doit être adressée (N 46)²². C'est ainsi que, dans l'assurance-vieillesse et survivants, sera concernée en dernière ligne comme sujet de responsabilité l'association fondatrice d'une caisse de compensation au sens de l'art. 53 LAVS²³ – l'art. 55 LAVS dispose d'ailleurs qu'elle doit fournir des sûretés pour couvrir les dommages au sens de l'art. 78 LPGA. En matière d'assurance-invalidité, le Tribunal fédéral a retenu que, en sa qualité d'établissement autonome de droit public au sens de l'art. 54 al. 2 LAI, chargé de mettre en œuvre l'assurance-invalidité sous la surveillance de la Confédération (art. 53 LAI), en exerçant les attributions qui lui sont conférées par l'art. 57 LAI, un office AI devait répondre comme sujet de responsabilité sur la base l'art. 78 LPGA²⁴.

17 Avis approfondi CF, FF 1994 V 897, 941; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 70.

18 FRETZ, 245; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 71.

19 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 75.

20 MAURER, SVR I, 242 ss; KIESER, *Verwaltungsverfahren*, N 248.

21 TF, 2.2.2018, 9C_214/2017, c. 3.3.2 avec l'analyse de LONGCHAMP.

22 FRETZ, 239.

23 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 74.

24 ATF 134 V 138, c. 1.2.2; cf. également TF, 18.9.2017, 8C_247/2017; TF, 13.6.2016, 6B_681/2016, c. 2.3; TF, 17.7.2015, 1C_125/2015, c. 2.2; ATF 133 V 14; TF, 30.10.2006, I 440/05 et I 450/05; concernant *santésuisse*, cf. N 16.

B. Un organe d'exécution ou son personnel

Les organismes désignés à l'art. 78 al. 1 LPGA voient leur responsabilité engagée en leur qualité de «garants de l'activité des organes d'exécution des assurances sociales». **13**

Une définition précise de l'**organe d'exécution** est délicate, voire impossible à poser, tant le domaine de l'assurance sociale est riche d'acteurs chargés de la mettre en œuvre. Deux critères peuvent néanmoins être retenus. En premier lieu, est visé un organe subordonné à l'assureur. En second lieu, il doit s'agir d'une unité dont l'activité est régie dans une mesure substantielle par des normes et des directives données²⁵. **14**

Nonobstant la formulation malheureuse de la disposition, le champ d'application de l'art. 78 LPGA ne saurait être circonscrit à l'activité des seuls organes d'exécution. Il s'étend à l'évidence au **personnel** («*Funktionäre*») de ceux-ci, dès lors que le même alinéa prévoit que doit être réparé le dommage causé par «les organes d'exécution ou par leur personnel». Sont ainsi assimilés à l'organe d'exécution les auxiliaires qui y sont employés et qui l'aident à remplir sa mission, comme, par exemple, le médecin d'arrondissement de la CNA ou l'assistante médicale active dans un service médical régional de l'assurance-invalidité²⁶. La notion ne recouvre toutefois que les personnes qui assument directement une fonction dans l'exécution de la loi. Tel ne sera pas le cas, par exemple, du médecin traitant appelé à établir un rapport médical²⁷. En revanche, un bureau d'expertise mandaté par un office AI devrait, à notre sens, tomber sous le coup de la disposition²⁸. Même s'il n'est pas directement intégré dans les organes d'exécution de l'assurance-invalidité, il participe à l'application de celle-ci. Comme les centres d'observation médicale et professionnelle, les experts font partie de l'organisation de l'assurance-invalidité (art. 59 al. 3 LAI); ils aident les offices AI à accomplir leurs tâches, comme le font les services médicaux régionaux²⁹. Aux yeux de la doctrine, sont des agents publics les auxiliaires désignés par une décision de nomination ou par un contrat passé avec l'autorité³⁰. Par exemple, parce qu'il exerce la quasi-puissance publique³¹, respectivement une tâche publique³², l'expert en procédure civile est un agent public au sens de la LRCS³³; tel est également le cas dans plusieurs cantons³⁴. Le médecin indépendant qui établit un certificat inexact à l'attention du service des automobiles s'expose à une action civile, alors que le médecin-expert désigné par ce service est un agent public dont les actes engagent la responsabilité de l'Etat³⁵. Il n'y a ainsi pas de raison de considérer qu'un expert commis par un office AI n'est pas un agent public. **15**

25 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 52.

26 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 52.

27 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 53.

28 *Contra*: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 54.

29 Message du 21 février 2011 concernant la 4^e révision de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, FF 2001 3045, 3136.

30 VOISARD, N 980 et les références citées.

31 BETTEX, 281 ss.

32 HÜRLIMANN, Der Architekt als Experte, N 1606; HÜRLIMANN, Bau-Expertisen, 217.

33 VOISARD, N 971; pour l'expert en procédure civile, MORIN, 64; pour l'expert en procédure administrative, SALADIN, Anforderungen, 663; pour l'expert en procédure civile, pénale et administrative, ZUFFEREY, 30.

34 HÜRLIMANN ROLAND, Bau-Expertisen, 218; VOISARD, N 983; TA du canton de Saint-Gall, 24.8.2000, SGGVP 2000 n° 50, 130; Tribunal de district de Zurich, 8.4.1941, RSJ 1941-1942, n° 33 236. A noter que dans d'autres cantons, l'expert judiciaire répond seul de ses actes, cf. VOISARD, 983 et les références citées.

35 VOISARD, N 980; MIZEL, 89.

- 16 Sont également englobées dans le cercle des organes visés par l'art. 78 al. 1 LPGA les personnes morales de droit privé qui assument des tâches d'exécution en matière d'assurance sociale, telles que les caisses-maladie comme organes d'exécution de l'assurance-maladie sociale³⁶. Le Tribunal fédéral a en revanche laissé ouverte la question de savoir si *santésuisse* doit être considérée comme une organisation dont la responsabilité selon l'art. 78 LPGA est directement engagée³⁷.

C. L'exécution d'une tâche prévue par la loi

- 17 Même si, au contraire de l'art. 3 al. 1 LRCF, l'art. 78 LPGA n'exige pas que l'organe d'exécution ou son personnel ait agi «dans l'exercice de ses fonctions», cette condition doit être remplie: la disposition circonscrit la responsabilité des organismes évoqués à leur qualité de «garants de l'activité des organes d'exécution», autrement dit une activité destinée à assurer l'application de la loi. Pour que la responsabilité de l'Etat soit engagée sur la base de la LRCF, son activité doit relever du droit public³⁸. Si la Confédération agit comme sujet du droit privé, sa responsabilité est régie par les dispositions du droit privé (art. 11 al. 1 LRCF)³⁹. Il en va de même pour l'art. 78 LPGA. A cet égard, il est surprenant que le Tribunal fédéral ait admis que l'art. 78 LPGA s'appliquait à l'action en responsabilité introduite par un médecin à l'encontre de *santésuisse* du chef d'un refus d'admission de pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire alors que, selon l'art. 1 al. 2 let. a LAMal, la LPGA ne s'applique pas à l'admission des fournisseurs de prestations⁴⁰.

D. Un acte illicite

- 18 La responsabilité des organismes désignés à l'art. 78 LPGA n'est engagée que si un dommage a été causé **illicitement** à un assuré ou à des tiers. L'art. 78 al. 4 LPGA renvoyant aux art. 3 à 9 LRCF pour ce qui concerne les conditions d'application du régime, celle de l'illicéité au sens de l'art. 78 al. 1 LPGA correspond à la notion (traduite de manière peu heureuse par l'expression «sans droit»⁴¹) de l'art. 3 al. 1 LRCF. Elle peut donc être examinée à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence consacrées à cette disposition.
- 19 Dans sa conception classique (à savoir dans sa conception objective), l'acte illicite se définit comme la violation d'une norme légale générale protectrice des intérêts d'autrui, en l'absence de motifs justificatifs⁴². Elle ne suppose en principe pas la réalisation d'une faute. Cependant, dans certaines situations, la gravité de la violation peut revêtir une importance particulière. La jurisprudence distingue **l'illicéité de résultat** («*Erfolgsunrecht*»), lorsque l'acte porte atteinte à un droit absolu du lésé, et **l'illicéité de comporte-**

36 JAAG, SBVR, N 220; CFR en matière de responsabilité de l'Etat (CRR), 5.7.2006, CRR 2005-009, c. 2.

37 TF, 2.2.2018, 9C_214/2017, c. 3.3.3 avec l'analyse de LONGCHAMP.

38 CFR en matière de responsabilité de l'Etat (CRR), décision du 18.3.2005, 2004-003, JAAC 69.78, c. 2a/bb et cc.

39 ATAF 2008-59, c. 2; ATF 113 II 424, c. 1a; MOOR, 280 ss.

40 TF, 2.2.2018, 9C_214/2017 avec l'analyse de LONGCHAMP.

41 ATF 132 II 305, c. 4.1; WESSNER, 253 et les références citées à la n. 44.

42 TF, 2.2.2018, 9C_214/2017, c. 4.1 avec l'analyse de LONGCHAMP; TF, 24.1.2017, 8C_283/2016, c. 4.1; TF, 22.7.2014, 9C_143/2014, c. 3; ATF 137 V 76, c. 3.2; ATF 133 V 14, c. 8.1; ATF 132 II 305, c. 4.1; ATF 123 II 577, c. 4; ATF 118 Ib 473, c. 2b; ATF 116 Ib 193, c. 2; ATF 107 Ib 160, c. 3a; FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 181; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 55 ss.

ment (« *Verhaltensunrecht* »), lorsqu'il enfreint une injonction ou une interdiction d'ordre légal destinée à protéger le bien juridique atteint⁴³. L'illicéité de résultat suppose une atteinte à un droit absolu du lésé, soit à un droit qui a une fonction défensive contre tout tiers (effets *erga omnes*). Le catalogue des droits absolus est limité: il comprend les droits de la personnalité, la vie, l'intégrité corporelle, l'intégrité psychique, la santé, l'honneur, le nom, la liberté, la sphère privée ou encore la propriété et la possession. En revanche, il ne comprend ni le patrimoine, ni les droits relatifs comme les créances⁴⁴. L'illicéité de résultat bénéficie d'une protection inconditionnelle: la violation d'un droit absolu est illicite en elle-même, en raison du résultat produit. L'illicéité de comportement suppose, quant à elle, une atteinte à un droit relatif du lésé, soit à un droit qui a une fonction défensive entre les parties uniquement (effet *inter partes*). Elle ne bénéficie d'une protection que dans l'hypothèse où l'auteur, par son comportement, a enfreint une norme destinée à protéger le lésé et si le dommage est de ceux que la norme entend éviter (« *Schutznorm* »)⁴⁵. En pratique, il ne suffit donc pas qu'un dommage puisse être mis en relation de causalité naturelle avec la violation par un tiers d'une norme de comportement de l'ordre juridique suisse, quelle qu'elle soit, en ce sens que le dommage ne se serait pas produit si cette norme de comportement avait été respectée. Il faut encore que la norme dicte un comportement pour prévenir certains dommages (finalité protectrice), de sorte que, mise en relation avec l'art. 41 al. 1 CO, cette norme semble avoir pour but la réparation de ces dommages⁴⁶.

L'illicéité peut procéder d'un acte positif de son auteur, mais également d'une **omission**. 20 Il faut alors qu'il existât, au moment déterminant, une norme juridique qui sanctionnait explicitement l'omission causée ou qui imposait à l'Etat de prendre en faveur du lésé la mesure omise. Un tel chef de responsabilité suppose dès lors que l'Etat ait eu une position de garant vis-à-vis du lésé et que les prescriptions qui déterminent la nature et l'étendue de ce devoir aient été violées⁴⁷.

La responsabilité instituée par l'art. 78 LPGA ne suppose pas la réalisation d'une faute. 21 Elle est donc **causale ou objective**⁴⁸. Telle est l'intention claire du législateur. En cela, elle s'écarte de la décision du Conseil des Etats qui souhaitait limiter la responsabilité aux actes tombant sous le coup de la loi pénale ou résultant de la violation intentionnelle ou par négligence grave des dispositions légales (N 1)⁴⁹. Le parallélisme est ainsi assuré avec la LRFC, qui institue elle aussi une responsabilité causale (art. 19 al. 1 LRFC). On ne voit d'ailleurs pas pour quelle raison on aurait admis, dans le domaine des assurances

43 TF, 2.2.2018, 9C_214/2017, c. 4.1 avec l'analyse de LONGCHAMP; ATF 137 V 76, c. 3.2; ATF 133 V 14, c. 8.1; TF, 3.10.2008, 8C_510/2007, c. 7.1; MOSIMANN, art. 78 LPGA, N 8; OVERNEY, 295 s.

44 ATF 137 V 76, c. 3.2; ATF 133 V 14, c. 8.1; ATF 118 Ib 473, c. 2; OVERNEY, 295.

45 ATF 188 Ib 473, c. 2b; BK OR-BREHM, art. 41 CO N 35b-38; OVERNEY, 295 s.; WESSNER, 249 s.

46 TF, 29.4.2008, 4A_54/2008 c. 5.3.2; TF, 30.6.2009, 6B_81/2009, c. 3.3; OVERNEY, 296; cf. également TF, 24.1.2017, 8C_283/2016, c. 4.2, où le TF nie le caractère protecteur du ch. II, let. a, ch. 1 des dispositions transitoires de la 4^e révision de l'AI du 21.3.2003.

47 TF, 3.10.2008, 8C_510/2007, c. 7.3.1; ATF 133 V 14, c. 8.1; ATF 133 II 305, c. 4.1; ATF 118 Ib 473, c. 2b; ATF 116 Ib 367, c. 4c; TASS-GE, 15.5.2008, ATAS/621/2008; DUC, Considérations, 391; FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 182; HÄNNI, 342; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 56; MOSIMANN, art. 78 LPGA N 8.

48 TF, 18.9.2017, 8C_247/2017, c. 3.2.4; ATF 133 V 14, c. 7; FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 182; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 47; MOSIMANN, art. 78 LPGA, N 7.

49 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 204; FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 182 s.

sociales, une responsabilité moins stricte que dans le régime général de la LRCF⁵⁰. Cela est d'autant plus pertinent que, lorsqu'une autorité fédérale assure directement l'exécution de la loi (art. 55 al. 2 LPGA), sa responsabilité est causale⁵¹. Conformément à l'art. 6 al. 1 LRCF (applicable en vertu du renvoi de l'art. 78 al. 4 LPGA), la faute constitue cependant une condition de la responsabilité dans l'hypothèse où le lésé fait valoir une **indemnité pour tort moral** (N 34)⁵²; elle peut également entraîner une **réduction de l'indemnité** (N 33). Lorsque le dommage est subi par l'assureur social – hypothèse non visée par l'art. 78 LPGA (N 99 à 114)⁵³ – les normes spécifiques prévoient parfois une responsabilité pour faute (p.ex. art. 70 al. 1 LAVS), ou encore exigent une négligence grave (p.ex. art. 52 al. 1 LAVS) ou simple (p.ex. art. 85g al. 1 LACI⁵⁴ et art. 52 LPP)⁵⁵.

- 22 En règle générale, la **gravité de la violation** importe peu. Cependant, lorsque l'illicéité reprochée résulte d'un acte juridique telle qu'une décision ou un jugement, seule la violation particulièrement importante des devoirs de fonction par le juge ou le fonctionnaire est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat⁵⁶. Le fait de rendre une décision se révélant par la suite inexacte, contraire au droit ou arbitraire n'est pas suffisant: ce sont les devoirs de la fonction qui protègent le justiciable contre les dommages consécutifs à un acte juridique erroné et non les normes du droit matériel que le juge ou le fonctionnaire est tenu d'appliquer⁵⁷.
- 23 Les tribunaux amenés à se pencher sur la condition de l'illicéité ont pu vérifier la portée et le poids des principes développés ci-dessus.
- 24 Le Tribunal fédéral a rappelé que l'art. 78 LPGA visait à protéger l'assuré et les tiers, et non les intérêts des organes d'exécution des assurances sociales. Ceux-ci ne peuvent donc se prévaloir de cette disposition comme norme protectrice de leurs intérêts⁵⁸.
- 25 Appelé à examiner la question de savoir si, en supprimant le versement d'une rente de l'assurance-vieillesse et survivants et en reprenant le versement quelques semaines plus tard, la Caisse suisse de compensation avait agi illicitement, le Tribunal administratif fédéral a considéré que cette dernière, de par son devoir de verser les rentes aux assurés (art. 63 al. 1 LAVS), devait, sous réserve de l'obligation de collaboration de l'assuré, rechercher d'office les renseignements dont elle avait besoin (art. 43 LPGA)⁵⁹. Le Tribunal fédéral relève cependant que le refus de prestations de l'assurance sociale consécutif à une application erronée du droit ne relève pas d'une illicéité au sens de l'art. 78 LPGA⁶⁰.
- 26 Le Tribunal fédéral a jugé que l'office AI qui projette de supprimer une rente mais néglige de le faire durant près de dix ans, n'engage pas sa responsabilité à l'égard de l'institution de prévoyance. Si l'art. 49 al. 1 LPGA impose à l'assureur de rendre une décision (notamment en cas de révision selon l'art. 17 al. 1 LPGA), il ne crée pas une position de garant de l'office AI envers l'institution de prévoyance. Le fait que l'art. 23 let. a LPP lie

50 FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 183; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 49.

51 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 49.

52 JAAG, SBVR, N 159; FRETZ, 243; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 68.

53 TF, 18.9.2017, 8C_247/2017, c. 3.2.4.

54 SVR 2000 ALV n°9 27.

55 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 50.

56 ATF 132 II 305, c. 4.1; ATF 123 II 577, c. 4d/dd.

57 TF, 2.2.2018, 9C_214/2017, c. 4.1 et références citées, avec l'analyse de LONGCHAMP.

58 TF, 18.9.2017, 8C_247/2017, c. 3.2.4.

59 TAF, 2.12.2014, C-124/2013, c. 10.

60 TF, 2.2.2018, 9C_214/2017, c. 4.3.4 et références citées, avec l'analyse de LONGCHAMP.

la décision de cette institution à celle de l'office AI n'y change rien, dès lors que les institutions de prévoyance ne sont pas tenues de suivre aveuglément les décisions rendues par les organes de l'assurance-invalidité lorsque cette évaluation apparaît comme manifestement insoutenable⁶¹.

Le Tribunal administratif fédéral a également jugé que le comportement de l'organe d'exécution conforme au droit actuel n'était pas constitutif d'un acte illicite au sens de l'art. 78 LPG⁶². 27

Un office AI avait omis d'envoyer à l'employeur, qui en avait pourtant fait la demande, le formulaire de remboursement des paiements rétroactifs de rente, ce qui avait occasionné un dommage de plus de CHF 30 000 pour celui-ci. Appelé à déterminer si l'office AI était tenu de prendre la mesure omise, ou si une norme sanctionnait cette omission et si cette obligation avait pour but de protéger les intérêts de l'employeur (N 19 s.), le Tribunal fédéral a estimé que l'art. 85^{bis} RAI donnait aux employeurs le droit d'exiger le remboursement de leurs avances au moyen d'un formulaire adéquat. Cette disposition, si elle vise à assurer une bonne coordination des assurances sociales (notamment par la prévention d'une surindemnisation), est également destinée à sauvegarder les intérêts de tiers qui ont versé des avances à l'assuré en attendant qu'il soit statué sur ses droits. Quand bien même la loi ne sanctionne pas formellement l'omission de l'envoi de la formule spéciale, le principe de la bonne foi commande que l'administration respecte la procédure qu'elle a elle-même instituée à l'égard de l'employeur créancier⁶³. 28

E. Un dommage

A l'instar du droit privé de la responsabilité civile, le régime de responsabilité prévu par l'art. 78 LPG pose la condition de la réalisation d'un dommage. Sans dommage, il n'existe aucune obligation de réparation⁶⁴. 29

Il n'existe pas de définition légale du dommage⁶⁵. Dans le domaine de la responsabilité des collectivités publiques (et, ensuite du renvoi à la LRCP prévu à l'al. 4 de l'art. 78 LPG, dans le domaine des assurances sociales), cette notion est **équivalente à celle qui prévaut dans le droit privé de la responsabilité civile**⁶⁶. 30

Consistant dans la diminution involontaire de la fortune nette, le dommage représente la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Il peut survenir sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmenta- 31

61 ATF 133 V 73, c. 3.3.1; ATF 126 V 308, c. 1.

62 TAF, 21. 7. 2011, C-1342/2011 pour un cas d'intérêts moratoires; TF, 30. 11. 2011, 9C_258/2010 et 9C_265/2010, c. 5.6 pour un cas de remboursement de frais administratifs à un assureur-maladie dans une procédure de restitution.

63 ATF 133 V 14; DUC, Considérations, 391; FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 182; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 59.

64 JAAG, SBVR, N 51.

65 L'avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile ne contient pas non plus de définition du dommage. Les art. 45 à 45 f. – de cet avant-projet se limitent à fixer les formes et les catégories de dommages (WIDMER/WESSNER, 3 ss).

66 JAAG, SBVR, N 51; BK OR-BREHM, art. 41 CO N 66 ss; FELLMANN/KOTTMANN, 27 ss; HOTZ, 81 ss; KUHN, 130 ss; OFTINGER/STARK, 70 ss; ROBERTO VITO, 9 ss; RYTER, N 29.61 ss; SCHÖN, 150 ss; SCHWARZENBACH-HANHART, 36 ss, 42 s.

tion de l'actif ou d'une non-diminution du passif⁶⁷; il revêt, à cet égard, un **aspect matériel**⁶⁸. Il peut aussi avoir une coloration **immatérielle** lorsqu'il embrasse la détérioration de la qualité de vie, sous la forme de souffrances ou d'autres conséquences de nature physiques ou psychiques⁶⁹; outre la mort et les lésions corporelles, on compte également les atteintes à la personnalité (telles que le *mobbing*)⁷⁰.

- 32 Le dommage couvert par l'art. 78 LPGA peut être de nature **corporelle, matérielle ou de nature (purement) économique**⁷¹. Il se différencie en cela du dommage visé par l'art. 52 LAVS, qui est limité aux cotisations irrécouvrables⁷².
- 33 Conformément à l'art. 4 LRCF (applicable par renvoi de l'art. 78 al. 4 LPGA), l'indemnité peut être **réduite** si le lésé a contribué à la survenance ou à l'augmentation du dommage. Cette réglementation est analogue à l'art. 44 CO. Dans le cadre de l'application de l'art. 52 LAVS, le Tribunal fédéral a ainsi admis que les art. 4 LRCF et 44 al. 1 CO étaient applicables par analogie⁷³. Une cour cantonale a quant à elle estimé que le reproche fait à une assurée de n'avoir pas été attentive à ses décomptes d'assurance-chômage (ce qui eût entraîné une réduction de son dommage) constituait une faute bénigne qui n'était pas susceptible d'entraîner une réduction des prestations⁷⁴.
- 34 Sont notamment constitutifs d'un dommage non seulement les prétentions d'assurance sociale prévues par la loi, mais également les autres postes du dommage tels que le **préjudice ménager**⁷⁵, une indemnité pour **tort moral** (à la condition qu'une faute ait été commise, N 21)⁷⁶ et les **prestations versées à tort** à un assuré et non recouvrables⁷⁷.
- 35 En matière d'**intérêts moratoires**, le droit des assurances sociales connaît une réglementation particulière qui diverge du principe non écrit admis par le Tribunal fédéral pour les dettes de droit public⁷⁸. Selon une jurisprudence déjà ancienne, le Tribunal fédéral des assurances considérait qu'il n'y avait en principe pas de place pour les intérêts moratoires, dans la mesure où ils n'étaient pas prévus par la législation⁷⁹. Les juges genevois ont considéré que la LPGA, entrée en vigueur postérieurement à cette jurisprudence, prévoit expressément une réglementation en matière d'intérêts moratoires (l'art. 26 al. 2 LPGA), de sorte qu'un tel intérêt est dû à partir du moment fixé par cette disposition⁸⁰.

67 ATF 133 III 462, c. 4.4.2 (en matière de responsabilité de l'Etat pour l'activité des médecins hospitaliers); ATF 132 III 359, c. 4; ATF 132 III 321, c. 2.2.1; BK OR-BREHM, art. 41 CO N 69 ss; BSK OR-SCHNYDER, art. 41 CO N 3; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 65.

68 JAAG, SBVR, N 53; KÜHNI/BÄRTSCHI, art. 19 LFINMA N 62; OFTINGER/STARK, 71.

69 JAAG, SBVR, N 54 et 54a; FELLMANN/KOTTMANN, N 2609 ss; OFTINGER/STARK, 417 ss.

70 TF, 27.5.2009, 1C_418/2008; TAF, 24.6.2009, A-4685/2007; JAAG, SBVR, N 54a.

71 FRETZ, 240 («toute atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle, à la personnalité ou au patrimoine»); JAAG, SBVR, N 51.

72 FRETZ, 240.

73 ATF 122 V 185; TFA, 26.6.2006, H 57/2006, c. 5; NUSSBAUMER, 1081 s, § 9.

74 TCAS-GE, 15.5.2008, ATAS/621/2008.

75 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 65.

76 TF, 3.10.2008, 8C_510/2007, c. 10.

77 TF, 11.12.2012, 8C_81/2012; TF, 11.3.2011, 8C_162/2010. Dans un arrêt du 20.8.2007 (IV 2006/178), le TASS du canton de St-Gall a décidé qu'un dommage ne pouvait être admis que si l'on pouvait démontrer que le remboursement n'était plus possible (par un acte de défaut de biens).

78 ATF 95 I 258, c. 3.

79 ATFA 1952 88.

80 TCAS-GE, 15.5.2008, ATAS/621/2008.

F. Une personne assurée ou un tiers lésé

L'art. 78 LPGA délimite la sphère de protection de la personne lésée à l'assuré ou à un tiers. 36

Il appartient à la loi particulière de chaque branche d'assurance dans laquelle un organe a provoqué un dommage de déterminer qui est l'**assuré**⁸¹. 37

Le tiers visé par l'art. 78 al. 1 LPGA peut être une personne physique ou morale. Le champ d'application de la disposition est dès lors relativement large, ce qui a pour conséquence d'exclure l'application de la LRCF (N 97). On songe notamment aux survivants, aux membres de la famille, aux personnes soumises à tort à un régime d'assurance sociale, mais également à un autre assureur social (N 39), à un autre prestataire de prestations (qui dispose de possibilités spéciales d'action, comme p.ex. art. 89 LAMal), ou encore une corporation de droit public (p.ex. une commune ou un canton)⁸². 38

L'art. 78 LPGA ne vise pas la situation dans laquelle l'assurance sociale elle-même a subi un dommage du fait de l'un de ses organes (N 3, 84 et 99 à 114)⁸³. Si, en revanche, l'assurance sociale a éprouvé un dommage **du fait d'un autre assureur**, elle sera considérée comme un tiers au sens de cette disposition⁸⁴. Une telle situation peut se présenter si, en application de l'art. 64 al. 2 LPGA, un assureur est tenu de fournir des prestations. Néanmoins, l'assureur concerné dispose des moyens nécessaires pour se protéger (art. 49 al. 4 LPGA; N 4), de sorte que l'importance pratique d'une telle hypothèse est réduite à sa portion congrue⁸⁵. 39

G. Un rapport de causalité

Il doit enfin exister un rapport de causalité naturelle et adéquate entre l'acte illicite (ou l'omission) et le dommage⁸⁶. 40

Le droit à des prestations suppose d'abord **un lien de causalité naturelle** entre l'événement dommageable de caractère accidentel et l'atteinte à la santé. Cette exigence est remplie «lorsqu'il y a lieu d'admettre que, sans l'événement accidentel, le dommage ne se serait pas produit du tout, ou qu'il ne serait pas survenu de la même manière. Savoir s'il existe un rapport de causalité naturelle est une question de fait, généralement d'ordre médical, qui doit être résolue en se conformant à la règle du degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit pas que l'existence d'un rapport de cause à effet soit simplement possible; elle doit pouvoir être qualifiée de probable dans le cas particulier, sans quoi le droit aux prestations fondées sur l'accident doit être nié»⁸⁷. 41

Le droit à des prestations suppose en outre un rapport de **causalité adéquate**, question de droit qu'il appartient à l'administration et, en cas de recours, au juge de trancher⁸⁸. Constitue la cause adéquate d'un dommage «tout fait qui, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, était propre à entraîner un effet du genre de ce-

81 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 24; MOSIMANN, art. 78 LPGA N 6.

82 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 25; MOSIMANN, art. 78 LPGA N 6.

83 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4316.

84 TF, 11.12.2012, 8C_81/2012, c. 3; TF, 11.3.2011, 8C_162/2010, c. 6.2.

85 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 28.

86 ATF 133 V 14, c. 7; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 60 ss; MOSIMANN, art. 78 LPGA, N 10.

87 TF, 13.9.2016, 8C_685/2015, c. 3.1; ATF 129 V 177, c. 3.1; ATF 119 V 335, c. 1.

88 TF, 13.9.2016, 8C_685/2015, c. 3.2; ATF 115 V 133, c. 6; ATF 115 V 403, c. 5.

lui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par le fait en question»⁸⁹.

- 43 Si le manquement retenu consiste en une **omission**, l'établissement du lien de causalité revient à se demander si l'accomplissement de l'acte omis aurait empêché la survenance du résultat dommageable (causalité hypothétique). En cette matière, la jurisprudence n'exige pas une preuve stricte. Il suffit que le juge parvienne à la conviction qu'une vraisemblance prépondérante plaide pour un certain cours des événements⁹⁰. Le Tribunal fédéral a ainsi admis l'existence d'une causalité hypothétique dans une situation où un office AI avait omis de donner suite à une demande de l'employeur de remise de la formule spéciale en vue d'obtenir le remboursement des prestations arriérées⁹¹ ou dans le cas d'une lésion causée par le médecin d'arrondissement de la CNA lors d'un examen médical qui aurait pu être évitée par la consultation des radiographies⁹².
- 44 La causalité adéquate peut être **interrompue**, l'enchaînement des faits perdant alors sa portée juridique, lorsqu'une autre cause concomitante – la force majeure, la faute ou le fait d'un tiers, la faute ou le fait de la victime – constitue une circonstance tout à fait exceptionnelle ou apparaît si extraordinaire que l'on ne pouvait pas s'y attendre. L'imprévisibilité de l'acte concurrent ne suffit pas en soi à interrompre le rapport de causalité adéquate; il faut encore que cet acte ait une importance telle qu'il s'impose comme la cause la plus probable et la plus immédiate de l'événement considéré, reléguant à l'arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à l'amener, en particulier le comportement de l'auteur⁹³. Ainsi, le Tribunal fédéral a considéré comme interruptif de causalité le comportement d'une institution de prévoyance qui avait négligé de suivre le dossier de l'un de ses assurés alors qu'un office AI avait omis, durant plus de dix ans, d'exécuter une décision d'abrogation de rente; les assureurs qui émettent des prétentions doivent adopter un comportement actif pour déterminer si un organe d'exécution a commis un acte illégitime⁹⁴. Le Tribunal fédéral a également estimé qu'il existait une faute interruptive d'un tiers lorsque l'office AI versait par erreur une rente sur un compte bancaire erroné sur lequel des prélèvements indus étaient effectués⁹⁵. A l'inverse, il a jugé que tel n'était pas le cas d'un assureur-accidents qui avait versé une rente trop élevée en raison du fait que l'assurance-invalidité ne lui avait pas annoncé le versement d'une rente complémentaire et d'une rente pour enfant⁹⁶.

IV. La décision (al. 2)

- 45 Il appartient à l'autorité compétente de rendre une décision sur les prétentions émises par la personne lésée (art. 78 al. 2 LPGA)⁹⁷. Cette décision doit être motivée (cf. art. 10 al. 1

89 TF, 11.12.2012, 8C_81/2012, c. 4; ATF 129 V 177, c. 3.2; ATF 125 V 456, c. 5a; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 61; MOSIMANN, art. 78 LPGA, N 11.

90 ATF 133 V 14, c. 9; ATF 132 III 305, c. 3.5; ATF 115 II 440, c. 6a; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 62; MOSIMANN, art. 78 LPGA, N 10.

91 ATF 133 V 14, c. 9.3.

92 TF, 3.10.2008, 8C_510/2007, c. 9.2.

93 ATF 133 V 14, c. 10.2; TF, 21.1.2013, 8C_194/2012, c. 6.1; ATF 130 III 182, c. 5.4; TF, 13.9.2005, 4C.422/2004, c. 5; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 62; MOSIMANN, art. 78 LPGA, N 12.

94 ATF 137 V 76, c. 3.3.1, avec la critique de HÜRZELER; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 63.

95 TF, 2.5.2007, I 83/2007, SVR 2007 IV n° 42 140.

96 TF, 21.1.2013, 8C_194/2012, c. 6.4.

97 Duc, Considérations, 392; FRETZ, 247.

LRCF et art. 35 al. 1 PA)⁹⁸. Il devrait cependant être possible pour les parties de conclure une transaction (N 60 s.).

L'art. 78 LPGa ne désigne pas l'autorité compétente, celle-ci n'étant pas nécessairement le sujet de responsabilité (N 12) (dans le domaine de l'AVS, p.ex., ce ne sera pas l'association fondatrice, mais la caisse de compensation qui rendra la décision, conformément à l'art. 70 al. 2 LAVS)⁹⁹. Il appartient ainsi à chaque loi spéciale de déterminer l'autorité compétente¹⁰⁰. Ce sont les autorités suivantes:

- **assurance-vieillesse et survivants**: la caisse de compensation compétente (art. 70 al. 2 LAVS)¹⁰¹, respectivement la Caisse suisse de compensation¹⁰².
- **assurance-invalidité**: l'office AI (art. 59a LAI).
- **prestations complémentaires**: l'autorité désignée par le droit cantonal (art. 25 LPC). Le législateur assume le fait que les caisses de compensation soient soumises à plusieurs régimes de responsabilité, en fonction des tâches qu'elles accomplissent¹⁰³. La question se pose de savoir si les cantons tombent dans le champ d'application de l'art. 19 LRCF (N 47)¹⁰⁴.
- **prévoyance professionnelle**: la LPP ne renvoyant pas à la LPGa, la prétention doit être exercée par voie d'action contre l'institution de prévoyance concernée.
- **assurance-maladie**: l'assureur (art. 78a LAMal)¹⁰⁵. Les droits de l'institution commune sont régis par l'art. 16 al. 1 de l'ordonnance sur la compensation des risques dans l'assurance-maladie¹⁰⁶. L'art. 15 aLAMal disposait en outre que les assurés ne répondaient pas des obligations des assureurs¹⁰⁷.
- **assurance-accidents**: l'assureur (art. 100 LAA)¹⁰⁸.
- **assurance militaire**: la CNA (art. 82a al. 2 LAM)¹⁰⁹.
- **allocations pour perte de gain**: la caisse de compensation compétente, l'art. 21 al. 2 LAPG renvoyant à l'art. 70 LAVS.
- **allocations familiales**: l'art. 78 LPGa n'est pas applicable aux allocations familiales ordinaires (art. 1 LAFam), les caisses étant soumises à la surveillance des cantons¹¹⁰, ce qui rend la situation comparable à celle des prestations complémentaires. Pour les allocations familiales dans l'agriculture, la caisse de compensation compétente (l'art. 25 al. 3 LFA renvoie à l'art. 70 LAVS)¹¹¹.

98 JAAG, SBVR, N 187.

99 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 77.

100 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4317; DUC, Considérations, 392; MOSIMANN, art. 78 LPGa N 16; TF, 2.2.2018, 9C_214/2017, c. 3.1 avec l'analyse de LONGCHAMP.

101 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4425.

102 TAF, 2.12.2014, C-124/2013.

103 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4452 s.

104 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 119; cf. JAAG, ~~SBVR~~, N 216 ss.

105 TF, 2.2.2018, 9C_214/2017, c. 3.1 avec l'analyse de LONGCHAMP.

106 RS 832.112.1; Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4318; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 41 et 120.

107 MOSIMANN, art. 78 LPGa, N 26.

108 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4357.

109 ATF 127 II 289 (rapports entre la responsabilité de la Confédération fondée sur la loi fédérale sur l'armée et l'administration militaire et la responsabilité fondée sur la LAM).

110 Initiative parlementaire – Prestations familiales, Rapport complémentaire de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, FF 2004 6459, 6474.

111 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4318.

- **assurance-chômage**: la caisse compétente (art. 82a al. 1 LACI)¹¹², l'autorité cantonale compétente (art. 85h al. 1 LACI)¹¹³ ou l'organe compétent de l'organe de compensation, du fonds de compensation, des caisses de compensation, de la Centrale de compensation de l'AVS ou de la commission de surveillance (art. 89a al. 1 LACI)¹¹⁴.

V. La responsabilité subsidiaire de la Confédération (al. 3)

- 47** La responsabilité subsidiaire de la Confédération pour les actes commis par ses «institutions indépendantes de l'administration ordinaire» est régie par l'art. 19 LRCF. Cela signifie que l'art. 19 LRCF est d'application immédiate (ou directe) et non pas analogique¹¹⁵. Dans le cas contraire, la responsabilité de la Confédération ne connaîtrait plus de limites, les cantons risquant eux aussi de voir leur responsabilité engagée¹¹⁶. La responsabilité de la Confédération n'est ainsi pas élargie par l'art. 78 al. 3 LPG, mais reste fixée dans les limites de l'art. 19 LRCF.
- 48** L'art. 19 al. 1 LRCF couvre deux cas de figure: en premier lieu, le **dommage causé à un tiers** par une assurance sociale (let. a); en second lieu, le **dommage causé à la Confédération** par un organe ou un employé de l'assurance sociale (let. b). En revanche, il ne régit pas le dommage causé par un organe ou le personnel à l'assurance sociale elle-même. Ce sont les dispositions relatives à chaque branche d'assurance sociale qui sont applicables (N 99 à 114)¹¹⁷.
- 49** L'assurance sociale concernée assume une **responsabilité primaire**¹¹⁸. Ce n'est que si elle n'est pas en mesure de réparer le dommage causé à un tiers que la Confédération voit sa responsabilité engagée (art. 19 al. 1 let. a LRCF).
- 50** Il n'est pas aisé de déterminer quelles sont les **institutions visées par l'art. 19 LRCF**. Le premier critère consiste à délimiter les organisations internes de la Confédération (qui ne tombent pas sous le coup de l'art. 19 LRCF) des institutions indépendantes de celles-ci, qui sont seules touchées. Le second critère a pour but de différencier les organisations qui remplissent des tâches de la Confédération au sens de l'art. 19 LRCF et celles qui n'en exécutent pas et pour lesquelles la responsabilité subsidiaire de la Confédération est exclue. La responsabilité subsidiaire de la Confédération est ainsi intimement liée aux risques substantiels de son activité, ce qui ne va pas sans poser de fréquentes questions de procédure¹¹⁹.
- 51** Les assureurs sociaux sont habilités à rendre des décisions tombant dans le champ d'application de la LPG. En leur confiant cette mission, le législateur leur a ainsi transféré une tâche d'intérêt public de la Confédération au sens de l'art. 19 LRCF. Cette disposition revêt dès lors une portée générale (et un champ d'application très large) dans le domaine des assurances sociales¹²⁰.

112 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4395.

113 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4398.

114 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4399.

115 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4316; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 78; MOSIMANN, art. 78 LPG, N 23.

116 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4316.

117 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 82.

118 JAAG, SBVR, N 202.

119 JAAG, SBVR, N 204.

120 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 80 s.

Comptent au chapitre des institutions visées par l'art. 19 al. 1 let. a LRCF: la CNA¹²¹, les caisses-maladie en leur qualité de support de l'assurance-maladie sociale¹²², les caisses de compensation professionnelles dotées de la puissance publique¹²³, *Skyguide* et l'Aéroport de Zurich¹²⁴, mais non les institutions d'utilité publique au sens de l'art. 17 LPC (fondation *Pro Senectute*¹²⁵, association *Pro Infirmis*, fondation *Pro Juventute*)¹²⁶. Pour *santésuisse*, la question a été laissée ouverte (N 16).

VI. La procédure (al. 4)

A. L'application de la LPGA

1. Les dispositions applicables

La procédure prévue à l'art. 78 al. 1 et 3 LPGA est régie par cette loi (art. 78 al. 4 LPGA). Sont dès lors soumises à la LPGA non seulement les procédures relatives à la responsabilité des corporations de droit public et des organisations fondatrices (al. 1), mais **aussi la responsabilité subsidiaire de la Confédération** (al. 3), comme l'a clairement exprimé le législateur¹²⁷. 53

Les dispositions de procédure visées par l'al. 4 concernent notamment le devoir de transmission obligatoire (art. 30 LPGA), les règles relatives aux délais (art. 38 à 41 LPGA), le devoir de prendre d'office les mesures d'instruction nécessaires (art. 43 al. 1 LPGA) et de notifier la décision à tous les intéressés (art. 49 al. 3 et 4 LPGA) et, enfin, les voies de recours au tribunal cantonal (art. 56 ss LPGA) et au Tribunal fédéral (art. 62 LPGA)¹²⁸. 54

2. La demande en réparation

L'assuré ou le tiers lésé doit présenter une demande en réparation auprès de l'autorité compétente aux termes de la **loi particulière du régime de sécurité sociale concerné** (N 46)¹²⁹. Les délais de péremption fixés par la loi (N 77) doivent être observés, les art. 38 à 41 LPGA étant applicables à cet égard (à l'exception de l'art. 38 al. 4 LPGA, dès lors que les délais de péremption sont fixés en années)¹³⁰. Chaque organe d'assurance sociale doit transmettre à l'autorité compétente les demandes qui lui ont été adressées par erreur (art. 30)¹³¹. Si la Confédération est recherchée parce qu'une organisation fondatrice est insolvable (art. 78 al. 3 LPGA et art. 19 al. 1 let. a LRCF; N 47 à 52), la demande doit être adressée au Département fédéral des finances (art. 20 al. 2 LRCF). 55

121 JAAG, SBVR, N 210.

122 JAAG, SBVR, N 220; CFR en matière de responsabilité de l'Etat (CRR), décision du 5.7.2006, CRR 2005-009, c. 2.

123 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 80.

124 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2502 et références citées.

125 *Contra*: JAAG, SBVR, N 220: *Pro Senectute* exécute en effet des tâches de droit public en faveur des personnes âgées (art. 101^{bis} LAVS).

126 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 80.

127 FF 1999 IV 4168, 4316.

128 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 83 ss; MOSIMANN, art. 78 LPGA, N 17.

129 TF, 2.2.2018, 9C_214/2017, c. 3.1 avec l'analyse de LONGCHAMP; TF, 15.10.2015, 9C_512/2015, c. 4.2 (pour la CNA); FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 183; FRETZ, 247.

130 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 84.

131 FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 183.

3. *L'instruction de la demande*

- 56** Si un **recours contre un fonctionnaire** entre en considération, ce dernier doit être informé sans délai de la demande (art. 3 al. 4 LRCF applicable par renvoi de l'art. 78 al. 4 LPGGA).
- 57** L'assureur doit examiner la demande, prendre d'office les mesures d'instruction nécessaires et recueillir les renseignements dont il a besoin (art. 43 al. 1 LPGGA). La maxime inquisitoire est ainsi applicable; elle est toutefois restreinte par le devoir de collaboration du lésé, qui doit étayer et démontrer sa prétention. Celui-ci a donc en principe également le **fardeau de la preuve**¹³².
- 58** Le droit d'être entendu des parties doit être respecté (art. 42 LPGGA). Le sujet de responsabilité amené à indemniser le lésé ne sera pas forcément identique à l'autorité appelée à statuer (N 12 et 46). Il devra également être entendu dans le cadre de la procédure (cf. N 63 pour la notification)¹³³.
- 59** La procédure en réparation du dommage au sens de l'art. 78 LPGGA est une **procédure indépendante**, soumise à un régime spécifique. Un tribunal ne peut dès lors entrer en matière sur une demande en réparation qui serait formulée à l'occasion d'un litige relatif à des prestations¹³⁴. Le Tribunal fédéral a néanmoins jugé qu'il pouvait exceptionnellement se justifier, au vu des circonstances, d'examiner la question d'une éventuelle indemnité au sens de l'art. 78 LPGGA lorsque l'autorité est saisie d'une contestation contre une décision relative à des prestations d'assurance sociale¹³⁵.

4. *La possibilité de transiger*

- 60** La jurisprudence n'a pas déterminé si les parties peuvent solder le litige relatif à la responsabilité par une transaction. La question est controversée en doctrine¹³⁶. Fretz penche pour l'affirmative¹³⁷. Après avoir clairement exclu une telle possibilité, Kieser semble l'admettre à tout le moins au stade de la procédure judiciaire consécutive à la décision sur la réparation¹³⁸.
- 61** Il n'y a **pas de motif d'exclure une telle transaction**. Un accord amiable est parfaitement envisageable dans le domaine de la responsabilité de la Confédération, qui prend la forme d'une convention de droit administratif au sens de l'art. 33b PA¹³⁹. A cela s'ajoute que, avant même l'entrée en vigueur de la LPGGA, une transaction pouvait intervenir dans le cadre de la réparation du dommage au sens de l'art. 52 LAVS¹⁴⁰. La LPGGA a consacré la possibilité de régler par voie transactionnelle les litiges portant sur des prestations d'assurance sociale, aussi bien au stade de l'opposition qu'à celui du recours (art. 50 LPGGA). Depuis, le Tribunal fédéral a confirmé qu'une transaction est admissible dans une procédure de recours relative à une créance en réparation du dommage au sens

132 JAAG, SBVR, N 186.

133 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4425 pour la procédure de l'art. 70 al. 2 LAVS.

134 TF, 29.11.2016, 8C_641/2016, c. 6; TF, 23.12.2009, 9C_231/2009, c. 5; TASS du canton de St-Gall, 28.6.2007, AVI 2006/138.

135 TF, 31.5.2011, 8C_26/2011, c. 6.3.2.

136 MOSIMANN, art. 78 LPGGA N 19.

137 FRETZ, 248.

138 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 85, 88.

139 JAAG, SBVR, N 188.

140 FRETZ, 248; SVR 1996 AHV n°74, 223; SVR 2000 AHV n° 23 73; TFA, 16.2.2000, H 155/99; TFA, 30.1.2002, H 64/01 (résumé in PJA 2003 67).

de l'art. 52 LAVS¹⁴¹. Or, le règlement d'un dommage au sens de l'art. 78 LPGa ne présente pas de différences notables avec ces situations. Au demeurant, l'intérêt public en jeu dans l'application de l'art. 78 LPGa (qui concerne le dommage d'un assuré ou d'un tiers) est moindre que dans celui de l'art. 52 LAVS (qui traite du dommage subi par la caisse de compensation du fait de l'employeur)¹⁴².

5. L'absence de procédure d'opposition

Aucune opposition ne peut être déposée contre la décision rendue suite à la demande en réparation (art. 78 al. 4, 2^e phrase, LPGa)¹⁴³. L'argument retenu lors des travaux préparatoires, selon lequel il s'agissait de tenir compte des délais¹⁴⁴, est erroné car, comme le relève Kieser, si le lésé dépose sa demande dans le délai de péremption prescrit par l'art. 20 al. 1 LRFC, le délai est respecté une fois pour toutes; cela rend cette exclusion dépourvue de sens¹⁴⁵.

62

6. La notification de la décision

La décision doit être notifiée à **toutes les personnes concernées** (art. 49 al. 3 LPGa). Cela concerne également le sujet de responsabilité, lorsqu'il n'est pas appelé à rendre la décision (N 58).

63

Dans les cas où la Confédération peut être amenée à répondre à titre subsidiaire, il est conseillé au lésé d'adresser une copie de la décision au Département fédéral des finances¹⁴⁶; ainsi, la Confédération ne pourra plus, par la suite, contester le montant des dommages-intérêts¹⁴⁷. En effet, la force de chose jugée de la décision rendue par l'autorité compétente selon l'art. 78 al. 2 LPGa pourra être opposée à la Confédération si elle a participé à la procédure¹⁴⁸.

64

7. Les voies de recours

La décision relative à la demande de réparation peut être déférée au **tribunal cantonal des assurances** (art. 56 ss), mais non au Tribunal administratif fédéral¹⁴⁹. Si la prétention est émise par un tiers, c'est le tribunal du canton de domicile de celui-ci qui sera compétent (art. 58 al. 1 LPGa)¹⁵⁰. Si le tiers lésé est un autre assureur social (N 39), c'est le tribunal du canton du siège de celui-ci qui devra être saisi¹⁵¹. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGa). En matière d'assurance-maladie, le Tribunal fédéral s'est volontairement abstenu d'examiner l'articulation de l'art. 89 al. 1 LAMal avec les règles de procédure prévues par l'art. 78 al. 1 et 4 LPGa. Il ne répond ainsi malheureusement pas à la

65

141 ATF 135 V 65.

142 FRETZ, 248.

143 DUC, Considérations, 392; FRETZ, 247; FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 183; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 89; MOSIMANN, art. 78 LPGa N 18; dans un arrêt de 2012, le TAF donne des indications sur la procédure à suivre si une opposition a néanmoins été déposée (TAF, 10. I. 2012, C-142/2010, c. 2.1).

144 FF 1999 IV 4168, 4316.

145 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 89.

146 JAAG, SBVR, N 241.

147 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 86.

148 JAAG, SBVR, N 241; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 93.

149 TF, 11.3.2011, 8C_162/2010, c. 5.2.

150 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 90; MOSIMANN, art. 78 LPGa N 20.

151 TF, 11.3.2011, 8C_162/2010, c. 6.3; MOSIMANN, art. 78 LPGa N 20.

question de savoir qui, du tribunal cantonal des assurances ou du tribunal arbitral prévu par l'art. 89 al. 1 LAMal était compétent pour traiter d'un litige visant la réparation du dommage selon l'art. 78 LPGA¹⁵².

- 66 Les jugements rendus par les tribunaux cantonaux des assurances peuvent faire l'objet d'un **recours au Tribunal fédéral** (art. 62 LPGA)¹⁵³. Les prétentions visées par l'art. 78 LPGA tombent sous le coup de la notion de «responsabilité étatique» au sens de l'art. 85 al. 1 let. a LTF¹⁵⁴. Dès lors, le recours en matière de droit public n'est ouvert que si la valeur litigieuse s'élève au moins à CHF 30 000.—¹⁵⁵, sous réserve de l'exception prévue à l'art. 85 al. 2 LTF¹⁵⁶. Au sujet de cette exception, le Tribunal fédéral se montre exigeant: alors qu'un office AI prétendait, avec force arguments, lui soumettre un cas dont la valeur litigieuse était inférieure à CHF 30 000.—, il a objecté que les questions posées n'étaient pas d'importance fondamentale, qu'il s'était déjà penché à plusieurs reprises sur les conditions d'application de l'art. 78 al. 1 LPGA, y compris en relation avec le délai de péremption de l'art. 20 LRCF (applicable en vertu de l'art. 78 al. 4 LPGA), ainsi que sur la détermination du dommage¹⁵⁷. Pour ce qui concerne l'art. 85 al. 1 let. a LTF, le Tribunal fédéral a donné une définition assez large de la notion de «responsabilité étatique», rejoignant en cela la doctrine majoritaire, qui parle à ce propos de «responsabilité de droit public»¹⁵⁸. Est ainsi visée non seulement la responsabilité des collectivités publiques (Confédération, cantons, communes) et de leurs agents, mais aussi celles d'autres personnes morales de droit public ou de droit privé qui causent un dommage à un tiers dans l'exercice des tâches de droit public qui leur sont confiées¹⁵⁹.

B. L'application analogique de certaines dispositions de la LRCF

- 67 L'application analogique de certaines dispositions de la LRCF permet d'assurer l'unité de la matière.
- 1. Les conditions de la responsabilité, le calcul du dommage, le recours contre le responsable, la responsabilité interne, la responsabilité de droit privé et la responsabilité pour les actes juridiques (art. 3 à 9, 11 et 12 LRCF)*
- 68 **L'art. 3 LRCF** fixe les conditions de la responsabilité et exclut toute action du lésé contre l'auteur de l'acte illicite.
- 69 **L'art. 4 LRCF** permet de réduire, voire de supprimer, les dommages-intérêts en raison du fait du lésé (consentement à la lésion, faute, etc.). Cette disposition correspond à

152 TF, 2.2.2018, 9C_214/2017, c. 3.1 avec l'analyse de LONGCHAMP. Le TF motive son refus de trancher par le fait que les parties n'ont pas remis en cause la compétence du tribunal arbitral qui avait été saisi ainsi que par la durée de la procédure, laquelle avait débuté en 2009.

153 ATF 134 V 138, c. 1.1; ATF 133 V 14, c. 3; FRETZ, 246.

154 TF, 17.7.2015, 1C_125/2015, c. 2.2; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 92; MOSIMANN, art. 78 LPGA N 21.

155 TF, 8.8.2017, 9C_314/2017, c. 1.2; TF, 3.4.2017, 9C_236/2017; TF, 24.1.2017, 8C_283/2016, c. 1; TF, 11.3.2011, 8C_162/2010, c. 1.3; TF, 4.3.2008, 9C_408/2007, c. 1.2.3; ATF 134 V 138, c. 1.2; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 92; MOSIMANN, art. 78 LPGA N 21.

156 ATF 134 V 138, c. 1.3; FRETZ, 248.

157 TF, 18.9.2017, 8C_247/2017, c. 2.4.

158 ATF 135 V 98, c. 5.1 et les références citées; *contra*: KIESER, Auswirkungen, N 60.

159 ATF 135 V 98, c. 5.1.

l'art. 44 al. 1 CO, que le Tribunal fédéral applique par analogie¹⁶⁰, de sorte que la jurisprudence rendue à son propos est également valable pour l'art. 4 LRCF.

L'art. 5 LRCF détermine le mode de calcul du dommage. Il correspond aux art. 45 et 46 CO. 70

L'art. 6 LRCF, consacré à l'indemnité pour tort moral (qui suppose l'existence d'une faute, N 21 et 34), reprend la teneur des art. 47 et 49 al. 1 CO. La possibilité de substituer ou d'ajouter, en cas d'atteinte à la personnalité, un autre mode de réparation à l'allocation d'une indemnité pour tort moral (art. 49 al. 2 CO) n'est pas prévue par l'art. 6 LRCF. 71

L'art. 7 LRCF fixe les conditions du recours de la corporation de droit public ou de l'organisation fondatrice contre la personne responsable – dans le cas de l'art. 78 LPGa, il s'agira de l'organe d'exécution et du personnel de la corporation de droit public ou de l'organisation fondatrice (N 13 à 16). Cette disposition s'applique pour autant que la loi particulière ne prévoit pas de solution dérogatoire¹⁶¹. Tout manquement aux devoirs de service n'entraîne pas la responsabilité de l'auteur du dommage; il faut que l'organe ou la personne ait commis une faute qualifiée (intention ou négligence grave)¹⁶². Commet une négligence grave la personne qui viole les devoirs requis de manière crasse, à qui l'on peut reprocher le mépris de ses devoirs élémentaires¹⁶³. Le Tribunal administratif fédéral n'estime pas illogique d'appliquer par analogie à l'art. 8 LRCF la jurisprudence rendue à propos de l'art. 321e CO (responsabilité du travailleur), en tenant compte, toutefois, que seule une violation intentionnelle ou commise par négligence grave entre en considération dans la responsabilité de droit public¹⁶⁴; ce raisonnement peut être appliqué à l'art. 7 LRCF. 72

L'art. 8 LRCF régit la responsabilité du fonctionnaire envers la Confédération pour le dommage qu'il lui cause directement. L'application analogique de cette disposition ne va pas sans poser problème. En effet, comme il a été dit, le dommage causé à l'assurance sociale par l'un de ses organes ou par son personnel ne tombe pas sous le coup de l'art. 78 LPGa, mais des lois particulières de chaque régime d'assurance sociale (N 3, 84 et 99 à 114). A cela s'ajoute que la LRCF ne règle pas la responsabilité interne du personnel des organisations indépendantes de l'administration ordinaire chargées d'accomplir des tâches de droit public par la Confédération pour les dommages causés immédiatement à ces organisations. L'art. 19 al. 1 let. b LRCF déclare l'art. 8 LRCF applicable seulement pour les dommages causés directement à la Confédération, et non à l'organisation concernée. On se rapportera donc au droit régissant les rapports entre l'organisation concernée et son personnel. S'il s'agit de rapports de droit public, les art. 8 et 23 LRCF seront applicables. Si ces rapports ressortissent au droit privé, la responsabilité sera soumise au droit des obligations et à la procédure civile¹⁶⁵. 73

L'art. 9 LRCF règle la responsabilité interne en renvoyant aux dispositions du Code des obligations. Le texte déroge cependant à l'art. 50 CO, en prévoyant que les responsables 74

160 ATF 122 V 185, c. 3.b.

161 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 95.

162 JAAG, SBVR, N 271.

163 TA du canton de Zurich, 10.2.2010, PB.2009.00032, c. 2.6; JAAG, SBVR, N 279; JAAG, Zurich, N 3139; SCHWARZENBACH-HANHART, 201.

164 TAF, 23.7.2009, A-286/2007, c. 4.2.1.

165 JAAG, SBVR, N 256, 299a; *contra*: STÖCKLI, 506, qui plaide pour une application de l'art. 8 LRCF en raison de l'absence de réglementation pour le personnel des organisations indépendantes de l'administration ordinaire de la Confédération.

ne répondent pas solidairement du dommage, mais en proportion de leur faute (N 10)¹⁶⁶. Ces dispositions seront appliquées non pas à titre de droit privé, mais en tant que droit public supplétif. Leur interprétation tiendra compte des particularités du droit administratif.

- 75 **L'art. 11 LRCF** règle la situation dans laquelle l'organisme concerné agit comme sujet de droit privé.
- 76 Aux termes de **l'art. 12 LRCF**, la légalité des actes juridiques (décisions, arrêtés et jugements ayant force de chose jugée) ne peut être revue dans une procédure en responsabilité.

2. *Les délais de péremption et de prescription (art. 20, 21 et 23 LRCF)*

- 77 **L'art. 20 al. 1 LRCF** prévoit un délai de péremption relatif d'une année à compter de la connaissance du dommage et un délai de péremption absolu de dix ans à compter de l'acte dommageable. Il s'agit bien de délais de péremption, et non de prescription, qui ne peuvent être interrompus, mais uniquement sauvegardés par le dépôt en temps utile de la demande¹⁶⁷. Il n'y a pas de place pour un délai de plus longue durée prévu par le droit pénal¹⁶⁸. A noter que dans l'intérêt de la sécurité juridique¹⁶⁹, le législateur a rappelé ces mêmes délais aux art. 70 al. 2 let. b LAVS et 80a al. 2 LACI, alors que le renvoi à l'art 78 LPGa était suffisant¹⁷⁰. Par «connaissance du dommage», il faut entendre une connaissance telle que le demandeur puisse agir utilement, ce qui implique qu'il connaisse non seulement le dommage au sens strict, mais encore les autres conditions permettant de mettre en cause la responsabilité de la Confédération¹⁷¹. Le délai absolu commence à courir dès l'acte dommageable, de sorte qu'il n'est pas exclu que la péremption de la créance en dommages-intérêts survienne avant le dommage. Le Tribunal fédéral n'avait pas jugé cette situation contraire à l'art. 6 par. 1 CEDH¹⁷², ce qu'a infirmé la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt du 11 mars 2014¹⁷³. Le Conseil fédéral a proposé une modification législative actuellement pendante devant les Chambres¹⁷⁴.
- 78 **L'art. 21 LRCF** traite de la prescription de la prétention récursoire contre l'organe d'exécution, contre le personnel de la corporation publique ou de l'organisation fondatrice en cas de dommage indirect. Il s'agit bien de délais de prescription¹⁷⁵.

166 JAAG, SBVR, N 286.

167 ATF 136 II 187, c. 6; ATF 133 V 14, c. 6; ATF 126 II 145, c. 2a; FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 183; FRETZ, 246; MOSIMANN, art. 78 LPGa N 15; *contra*: CHAPPUIS, 121 ss; STARK 1 ss. A noter que dans un arrêt de 2013, le TF use du vocable de «*Verjährungsfrist*» (TF, 21.1.2013, 8C_194/2012, c. 7.2).

168 ATF 126 II 145, c. 4.b; GROSS, Staatshaftungsrecht, 373; JAAG, SBVR, N 182; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 95.

169 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4425 et 4395.

170 Avant 2003, les délais pour déposer la demande étaient fixés à l'art. 173 aRAVS. En dépit de la terminologie dont usait cette disposition, les délais institués par cette norme réglementaire avaient un caractère de péremption (ATF 112 V 265, c. 2b).

171 ATF 133 V 14, c. 6; ATF 108 Ib 97, 98, c. 1b; TF, 18.1.2000, 5A.3/1999, c. 2a; FRETZ, 246.

172 ATF 136 II 187, c. 7 et 8.2; MOSIMANN, art. 78 LPGa N 15.

173 CourEDH, 11.3.2014, *Howald Moor Renate Anita et cons. c. la Suisse*, arrêts n° 52067/10 et 41072/11.

174 Message du 29 novembre 2013 relatif à la révision du Code des obligations (Droit de la prescription), FF 2014 221, 273 ss; WERRO/CARRON, 1 ss.

175 JAAG, SBVR, N 291.

L'art. 23 LRCF règle la prescription de la prétention en cas de dommage direct causé par l'organe d'exécution ou le personnel. Il s'agit également de délais de prescription¹⁷⁶. 79

VII. La responsabilité pénale (al. 5)

Selon l'art. 78 al. 5 LPGA, les dispositions du Code pénal sur la responsabilité pénale des membres des autorités et des fonctionnaires sont applicables aux personnes qui agissent comme organes ou agents d'un assureur¹⁷⁷. Aux yeux du législateur, il s'agissait d'**unifier la responsabilité pénale de ces personnes avec celle des autorités et des fonctionnaires**¹⁷⁸. 80

Le Tribunal fédéral adopte une **conception large de la notion de fonctionnaire**. Il retient aussi bien un critère formel que fonctionnel. Est ainsi fonctionnaire non seulement la personne qui est engagée au sein de l'administration publique, mais aussi celle qui n'est pas clairement intégrée dans la structure de l'Etat, mais qui effectue une tâche d'intérêt public¹⁷⁹. 81

L'art. 78 LPGA ne renvoie pas aux art. 13 ss LRCF. Or, l'art. 15 LRCF soumet la poursuite pénale contre un fonctionnaire en raison d'infractions en rapport à son activité à une **autorisation du Département fédéral de justice et police**. Si la personne est soumise directement à la LRCF, elle pourra se prévaloir de cette disposition. En revanche, relève Kieser, cela ne va pas sans poser problème si la personne est assujettie uniquement à l'art. 78 LPGA; comme *lex specialis*, l'art. 78 LPGA exclut en principe l'application générale de la LRCF¹⁸⁰. Le fait que l'art. 78 al. 3 LPGA déclare certaines dispositions de la LPGA applicables par analogie ne permet pas de soutenir qu'il s'agirait là d'une lacune proprement dite, mais bien plutôt d'un silence qualifié, de sorte que l'art. 15 LRCF ne trouve pas application. Sur le plan de l'égalité de traitement, cette situation n'est pas heureuse. 82

VIII. La délimitation par rapport aux autres normes régissant la responsabilité

A. Dans le domaine des assurances sociales

La LPGA (N 85) et les lois spéciales des assurances sociales (N 86 à 96) contiennent des dispositions spécifiques sur la responsabilité. Alors que le projet de loi réservait les règles spéciales de la responsabilité prévues par les lois particulières¹⁸¹, cette précision a disparu du texte de l'art. 78 LPGA. Pour autant, il est admis que ces normes restent applicables¹⁸². 83

Les normes relatives à la responsabilité pour le **dommage subi par l'assurance** (N 99 à 114) prennent le pas sur l'art. 78 LPGA¹⁸³ (cf. toutefois N 39), considéré comme une dis- 84

176 TAF, 23.7.2009, A-286/2007, c. 3.

177 MOSIMANN, art. 78 LPGA N 25.

178 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 266.

179 ATF 141 IV 329, c. 1.4.

180 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 98; MOSIMANN, art. 78 LPGA N 25.

181 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 205 et 265 s.

182 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 15 (citant à ce propos l'arrêt TFA, 17.7.2003, K 86/01, c. 4.2, résumé dans l'ATF 129 V 394, c. 4).

183 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4318; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 4, 5, 30 ss; MOSIMANN, art. 78 LPGA N 26.

position spéciale de responsabilité¹⁸⁴ revêtant un caractère subsidiaire¹⁸⁵. La procédure n'est pas régie par l'art. 78 LPGA¹⁸⁶.

- 85 Les normes de comportement contenues dans la LPGA** sont nombreuses¹⁸⁷: art. 27 LPGA (obligation d'information)¹⁸⁸, art. 29 al. 2 LPGA (obligation de remettre les formules relatives au droit aux prestations), art. 30 LPGA (communication des documents reçus par erreur), art. 31 al. 2 (devoir d'information des autres assureurs en cas de changement de circonstances déterminantes pour l'octroi de prestations)¹⁸⁹, art. 33 LPGA (obligation de garder le secret), art. 43 al. 1 LPGA (devoir d'instruire les demandes), art. 46 LPGA (devoir de conserver les documents), art. 47 al. 2 LPGA (consultation du dossier par l'intermédiaire d'un médecin), art. 49 LPGA (devoir de rendre des décisions), ainsi que l'envoi d'un formulaire de remboursement à l'employeur¹⁹⁰.
- 86** Les lois spéciales comprennent de très nombreuses normes touchant à la responsabilité. Certaines régissent **la responsabilité pour le dommage subi par l'assurance** (p.ex. art. 70 al. 1 LAVS; N 104). D'autres concernent le **dommage subi par l'assuré du fait d'une mesure ordonnée par l'assurance** (p.ex. art. 68^{quinquies} LAI, art. 6 al. 3 LAA et art. 18 al. 6 LAM). D'autres, enfin, règlent la **réparation du dommage causé par un auxiliaire de l'assurance, tel que l'employeur** (p.ex. art. 88 al. 2 LACI).
- 87** a) **assurance-vieillesse et survivants**: les art. 70 al. 1 LAVS (autorité compétente: N 46) et 70 al. 3 let. b et 4 LAVS **complètent l'art. 78 LPGA**¹⁹¹. **Autres dispositions sur la responsabilité**: art. 49a let. d et art. 102 al. 1 let. d LAVS (action récursoire), art. 52 LAVS (dommage causé à l'assurance, N 101 à 103), art. 57 al. 2 let. h LAVS (obligation de réglementation du droit de recours en cas d'application des art. 70 LAVS et art. 78 LPGA), art. 63 al. 5 LAVS (responsabilité des associations fondatrices et des cantons pour les tâches incombant aux caisses de compensation), art. 70 al. 1, al. 3 let. a et al. 4 LAVS (responsabilité des dommages causés envers l'assurance-vieillesse et survivants par les organes ou le personnel des caisses de compensation, N 104)¹⁹², art. 71a LAVS (responsabilité de la Centrale fédérale de compensation).
- 88** b) **assurance-invalidité**: l'art. 59a LAI **complète l'art. 78 LPGA** (autorité compétente: N 46). **Autres dispositions sur la responsabilité**: art. 66 LAI (dommage subi par l'assurance-invalidité: application analogique des art. 52, 70 et 71a LAVS)¹⁹³, art. 68^{quinquies} LAI (responsabilité pour les dommages causés par l'assuré à l'employeur ou à des tiers durant un placement à l'essai au sens de l'art. 18a LAI), art. 77 al. 1 let. d

184 TF, 11.3.2011, 8C_162/2010, c. 5.2.1.

185 TF, 8.6.2010, 8C_1078/2009, c. 3.2; FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 183; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 4.

186 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 31.

187 FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 183; MOSIMANN, art. 78 LPGA N 9.

188 TF 18.12.2008, 9C_894/2008, c. 4 et 6; TF, 31.5.2011, 8C_26/2011, c. 6.3.2.

189 TF, 21.1.2013, 8C_194/2012.

190 ATF 133 V 14, c. 8.4; MOSIMANN, art. 78 LPGA N 9.

191 REICHMUTH, N 122.

192 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4425; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 32 ss; REICHMUTH, N 120.

193 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4278 et 4318.

LAI (recettes provenant des actions récursoires). Les dommages causés par l'employeur à l'assuré durant un placement sont couverts par l'art. 78 LPGA¹⁹⁴.

c) **prestations complémentaires**: la LPC déroge à l'art. 78 LPGA (art. 25 LPC: responsabilité de l'organe d'exécution: régie par le droit cantonal; N 107)¹⁹⁵. **89**

d) **prévoyance professionnelle**: à l'inverse des autres branches du droit des assurances sociales¹⁹⁶, **la LPGA ne s'applique pas à la LPP**. L'institution de prévoyance qui entend faire valoir des prétentions en réparation du dommage à l'encontre d'un responsable fautif doit ainsi agir par la voie de l'action¹⁹⁷. L'art. 52 LPP (complété par les art. 49 al. 2 ch. 8 et 73 al. 1 let. c LPP) règle spécifiquement le régime de la **responsabilité des organes envers l'assurance**. **Autres dispositions sur la responsabilité**: art. 56 al. 1 let. h et 56a LPP (responsabilité relative au fonds de garantie), art. 53j LPP (responsabilité de la fondation de placement), art. 64 al. 3 LPP (responsabilité de la Confédération), art. 85a let. c, 85b let. e et 87 let. e LPP (prétention récursoire). **90**

e) **assurance-maladie**: l'art. 78a LAMal (autorité compétente: N 46) **complète l'art. 78 al. 1 LPGA**. **Autres dispositions sur la responsabilité**: art. 7 al. 5 LAMal (responsabilité du nouvel assureur qui omet de faire à l'assuré la communication prévue), art. 84 let. e LAMal (données personnelles et prétention récursoire). La LAMal ne règle en revanche pas la responsabilité de l'organe d'exécution (N 109). **91**

f) **assurance-accidents**: l'art. 100 LAA (autorité compétente: N 46) **complète l'art. 78 LPGA**. **Autres dispositions sur la responsabilité**: art. 6 al. 3 LAA (lésions causées lors du traitement médical), art. 46 al. 3 LAA (responsabilité de l'employeur qui omet de déclarer l'accident)¹⁹⁸, art. 53 al. 1 LAA (responsabilité du personnel médical), art. 64c LAA (responsabilité des organes envers la CNA, N 110) et art. 96 let. d LAA (données personnelles et prétention récursoire). **92**

g) **assurance militaire**: l'art. 82a LAM **complète l'art. 78 LPGA** (autorité compétente: N 46). **Autres dispositions sur la responsabilité**: art. 82 al. 1 et 2 LAM (prise en charge par la Confédération des frais de l'assurance militaire non couverts; cf. art. 19 LRCF)¹⁹⁹ et art. 94a let. c LAM (données personnelles et prétention récursoire). **93**

h) **allocations pour perte de gain**: l'art. 21 al. 3 LAPG contient une **norme dérogatoire à l'art. 78 LPGA**: la responsabilité des comptables de l'armée et des organismes de protection civile est soumise à la législation sur l'armée, respectivement sur la protection civile²⁰⁰. **Autres dispositions sur la responsabilité**: art. 21 al. 2 LAPG (responsabilité des organes de l'AVS envers l'assurance régie par les art. 52, 70 et 71a LAVS applicables par analogie, N 112)²⁰¹, art. 20a LAPG (responsabilité des cantons). **94**

194 Le législateur a considéré qu'ils ne nécessitaient pas de disposition spécifique ■(Message du 24 février 2010 relatif à la modification de la loi sur l'assurance-invalidité (6^e révision, premier volet), FF 2010 1647, 1733 s.)■.

195 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 40.

196 Art. 1 al. 1 LAVS/LAI/LAA/LACI/LAMal.

197 FRETZ, 247.

198 MAURER, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, N 241 ss. La disposition paraît avoir peu d'importance pratique (KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 42).

199 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 43.

200 ATF 139 V 422.

201 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4409; ATF 139 V 422.

- 95 i) **allocations familiales: (1) allocations familiales ordinaires: l'art. 78 LPGA n'est pas applicable** (art. 1 LAFam): les caisses de compensation pour allocations familiales sont soumises à la surveillance des cantons²⁰². **Autre disposition sur la responsabilité:** art. 25 let. c LAFam (application de l'art. 52 LAVS; N 101 à 103 et 113). **(2) Allocations familiales dans l'agriculture: l'art. 78 LPGA est applicable** (art. 1 LFA). **Autre disposition sur la responsabilité:** art. 25 al. 3 LFA (responsabilité pour les dommages causés par les organes de l'assurance-vieillesse et survivants: régie par les art. 78 LPGA et les art. 52, 70 et 71a LAVS, N 113)²⁰³.
- 96 j) **assurance-chômage:** la LACI **complète l'art. 78 LPGA**²⁰⁴: art. 82a LACI (autorité compétente [N 46], délai de péremption relatif d'un an et absolu de dix ans), art. 85h LACI (art. 78 LPGA applicable à la responsabilité des cantons), art. 89a al. 1 LACI (art. 78 LPGA applicable à la responsabilité des organes de la Confédération et des caisses de compensation, autorité compétente: N 46). **Autres dispositions sur la responsabilité:** art. 79 al. 1 LACI (règlement de la responsabilité des fondateurs), 82 LACI (responsabilité des fondateurs à l'égard de la Confédération), art. 85g LACI (responsabilité des cantons à l'égard de la Confédération), art. 88 al. 2 à 5 LACI (responsabilité des employeurs), art. 89a al. 2 LACI (responsabilité des organes envers l'assurance, N 114).

B. La LRCF

- 97 La LRCF entretient une triple relation avec l'art. 78 LPGA. Elle lui cède d'abord le pas en raison de son caractère subsidiaire (art. 3 al. 2 LRCF)²⁰⁵. Elle en assure ensuite le complément, par une application analogique de certaines de ses dispositions (art. 78 al. 4 LPGA; N 67 à 79). Elle s'applique enfin directement dans l'hypothèse visée par l'art. 78 al. 3 LPGA (N 47 à 52); compte tenu du champ d'application relativement large de l'art. 78 LPGA (N 2 à 4) le recours à la LRCF en dehors de ces hypothèses paraît cependant difficilement concevable²⁰⁶. L'art. 78 LPGA constitue donc à la fois une disposition **spéciale** de responsabilité par rapport à la LRCF (à l'instar de l'art. 70 LAVS, p. ex.)²⁰⁷ et une disposition **subsidiaire** de responsabilité par rapport aux normes contenues dans le droit des assurances sociales (N 86 à 96)²⁰⁸.

C. La responsabilité délictuelle et contractuelle

- 98 L'art. 78 LPGA n'entre en considération que si le dommage est causé par un organe d'exécution des assurances sociales dans l'exercice de son activité (N 17)²⁰⁹. Dès lors, il ne supplante pas les autres normes de responsabilité du droit commun. Ainsi, la responsabilité de l'assureur en sa qualité de propriétaire de bâtiment demeure engagée aux

202 Initiative parlementaire – Prestations familiales, Rapport complémentaire de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 8.9.2004, FF 2004 6459, 6474.

203 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4318; ATF 134 I 179.

204 Ces trois dispositions n'ont pour l'essentiel pas été modifiées lors de l'entrée en vigueur de la LPGA, cf. Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4318.

205 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 19; JAAG, SBVR, N 34.

206 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 20.

207 TF, 11.3.2011, 8C_162/2010, c. 5.2.1.; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 21; MOSIMANN, art. 78 LPGA N 5.

208 TF, 8.6.2010, 8C_1078/2009, c. 3.2.; FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 183; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 21.

209 FRÉSARD-FELLAY, Responsabilité, 183; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 17.

conditions de l'art. 58 CO²¹⁰. De même, la responsabilité contractuelle de l'assureur ne tombe pas sous le coup de l'art. 78 LPGa, mais reste soumise aux dispositions relatives aux relations contractuelles concernées²¹¹.

IX. Le dommage subi par l'assurance sociale

L'assurance sociale peut elle-même subir un dommage. Deux hypothèses sont envisageables: le dommage peut être **provoqué par un autre assureur social**; l'assurance sociale lésée sera alors considérée comme un tiers lésé au sens de l'art 78 al. 1 LPGa, cette disposition étant applicable (N 39). Si, en revanche, le préjudice est **du fait de l'un de ses organes ou de son personnel**, il est exclu du champ d'application de l'art. 78 LPGa (N 3 et 86)²¹²: ce sont les dispositions spéciales des lois particulières de chaque branche d'assurance sociale qui seront applicables (N 99 à 114)²¹³. Cela a pour conséquence que la responsabilité sera causale ou aquilienne en fonction de la disposition légale applicable. La procédure ne sera pas régie par la LPGa²¹⁴. L'importance pratique de la question mérite toutefois qu'elle soit développée ici.

Un organe ou le personnel d'un assureur social est susceptible de lui causer un dommage dans **plusieurs hypothèses**²¹⁵: l'instruction des faits est mal conduite et des prestations sont allouées à tort²¹⁶; les prétentions en restitution (art. 25 LPGa) ou en dommages-intérêts (art. 52 al. 3 LAVS) ne peuvent être exercées, par exemple du fait de la prescription²¹⁷; des cotisations ne peuvent plus être encaissées en raison de mesures d'encaissement insuffisantes ayant entraîné la prescription²¹⁸; le dommage est causé en raison d'actes punissables du personnel d'une institution²¹⁹.

a) **assurance-vieillesse et survivants**: les art. 52, 70 al. 1 et 71a LAVS concernent le dommage causé par un organe de l'assurance. L'art. 52 LAVS revêt une importance particulière et contient de notables différences avec le régime de l'art. 78 LPGa, raison pour laquelle il est examiné de manière plus approfondie (N 102 s.).

Compte tenu du nombre important de litiges qu'il a provoqués, **l'art. 52 LAVS** revêt une importance pratique particulière dans le domaine de la responsabilité²²⁰. Il n'a pas été modifié lors de l'entrée en vigueur de la LPGa et présente des différences notables avec l'art. 78 LPGa²²¹. Le législateur a expressément exclu l'application de l'art. 78 LPGa aux prétentions en responsabilité découlant de l'art. 52 LAVS (art. 52 al. 6 LAVS)²²². Cette exclusion peut paraître inutile, car l'art. 78 LPGa régit la responsabilité des or-

210 MOSIMANN, art. 78 LPGa N 4.

211 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 18.

212 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4316; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 4 s., 30 ss; MOSIMANN, art. 78 LPGa N 26.

213 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4316, 4318; MOSIMANN, art. 78 LPGa N 26.

214 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 31.

215 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 4 s. 30; MOSIMANN, art. 78 LPGa N 26.

216 ATF 105 V 119.

217 Zivilrecht aktuell (ZAK) 1986 515; l'art. 25 al. 2 P-LPGA 2018 prévoit de nouveaux délais de prescription (FF 2018 1655).

218 ATF 106 V 204.

219 ATF 112 V 265.

220 KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, 1325 ss; KIESER, Bundesgesetz, art. 52 LAVS N 1 ss.

221 REICHMUTH, *passim*.

222 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4423.

ganes de l'AVS et des personnes chargées de la gestion pour les dommages qu'ils causent de manière illicite à **un assuré ou à un tiers**, alors que l'art. 52 LAVS institue une responsabilité de l'employeur pour le dommage qu'il cause intentionnellement ou par négligence grave à **l'assurance-vieillesse et survivants**²²³. Le législateur justifiait cependant sa démarche en raison du fait que les assurés et les tiers ne devaient pas pouvoir fonder d'éventuelles prétentions contre l'employeur sur la base de l'art. 52 LAVS, ce qui aurait été envisageable eu égard au fait que l'employeur est considéré comme un organe d'exécution au sens de l'art. 49 LAVS²²⁴. L'employé, en sa qualité d'assuré auprès de l'assurance-vieillesse et survivants, n'est ainsi pas fondé à émettre des prétentions à l'encontre de l'employeur comme organe d'exécution sur la base de l'art. 78 LPGA; dans le contexte d'une violation, par l'employeur, de ses obligations de calcul et de paiement de la contribution, un dommage à l'employé est d'ailleurs difficilement concevable²²⁵. Seule la caisse de compensation peut dès lors se prévaloir de l'art. 52 LAVS (art. 52 al. 1 LAVS), les assurés et les tiers devant invoquer d'autres fondements de responsabilité pour obtenir la réparation de leur dommage auprès de l'employeur (p.ex. art. 41 ss CO ou la responsabilité contractuelle)²²⁶.

- 103** L'art. 52 LAVS se distingue de l'art. 78 LPGA sur plusieurs points. Le **sujet de responsabilité** de l'art. 52 LAVS est l'employeur, respectivement et avant tout les organes de celui-ci²²⁷, à la différence des sujets concernés par l'art. 78 LPGA – les corporations de droit public, les organisations fondatrices privées et les assureurs (N 2 et 5 à 12)²²⁸. Alors que l'art. 52 LAVS ne couvre que les cotisations irrécouvrables, l'art. 78 LPGA vise aussi le **dommage** causé par les atteintes à la vie, à l'intégrité corporelle ou au patrimoine (N 31)²²⁹. L'employeur commet un **acte illicite** au sens de l'art. 52 LAVS, lorsqu'il ne retient pas la cotisation du salarié et ne la verse pas, avec la sienne propre, à la caisse de compensation, de même quand il ne remet pas les pièces comptables concernant les salaires versés à ses employés (art. 14 LAVS et art. 34 ss RAVS). L'acte illicite visé par l'art. 78 LPGA est beaucoup plus large: conformément à la théorie objective de l'illicéité dérogée du droit de la responsabilité civile, il procède d'une illicéité de résultat ou d'une illicéité de comportement²³⁰. A la différence de l'art. 78 LPGA, qui instaure une responsabilité objective (N 1 et 21), l'art. 52 LAVS suppose une **faute qualifiée de l'employeur** (violation intentionnelle ou par négligence grave de ses devoirs). Alors que dans le domaine de l'art. 52 LAVS, l'hypothèse d'une **interruption du lien de causalité** n'est reçue que de façon restrictive par la jurisprudence²³¹, elle est plus aisément admise dans le régime de la responsabilité objective de l'art. 78 LPGA (N 44)²³². Si plusieurs employeurs ont causé un dommage à l'assurance au sens de l'art. 52 LAVS, ils en répondent **solidairement** tandis que la solidarité paraît difficilement envisageable dans le champ d'application de l'art. 78 LPGA (N 10). Selon l'art. 52 al. 3 LAVS, le droit à la réparation obéit à un **délai de prescription** relatif de deux ans et à un délai absolu de cinq ans, alors que le régime de l'art. 78 LPGA prévoit un **délai de péremption** relatif d'une année et un

223 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 36; REICHMUTH, N 122.

224 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4423.

225 REICHMUTH, N 122.

226 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 38.

227 Art. 52 al. 2 LAVS.

228 FRETZ, 238 s.

229 FRETZ, 239; ATF 133 V 14; TF, 3.10.2008, 8C_510/2007.

230 FRETZ, 239; MOSIMANN, art. 78 LPGA; cf. à ce sujet, OVERNEY, 293 ss.

231 VSI 1996 310, c. 5a; TF, 25.7.2000, H 319/99.

232 FRETZ, 244; ATF 133 V 14, c. 10.2 SVR 2007 IV n° 42, 140 c. 3.6.

délai absolu de dix ans (art. 20 al. 1 LRCF applicable par renvoi de l'art. 78 al. 4 LPGa ; N 77)²³³. Pour ce qui est de la **procédure**, la caisse de compensation fait valoir sa prétention en réparation du dommage par voie de décision (art. 52 al. 4 LAVS), à l'instar de l'art. 78 al. 2 LPGa (N 45 s.).

L'art. 70 al. 1 LAVS (complété par les al. 3 let. a et 4), dont l'importance est négligeable²³⁴, régit la responsabilité pour les dommages subis par l'assurance-vieillesse et survivants²³⁵. La procédure est régie par la PA (art. 70 al. 1 LAVS) et les normes de la LPGa ne sont pas applicables²³⁶. L'art. 70 al. 3 let. a LAVS prévoit un délai de prescription relatif d'un an et un délai absolu de 10 ans²³⁷. Le législateur n'a à cet égard pas repris la teneur de l'art. 173 al. 2 aRAVS²³⁸, selon lequel, si l'action se fondait sur un acte punissable soumis par le droit pénal à une prescription de plus longue durée, cette dernière était applicable. 104

L'art. 71a LAVS concerne le dommage subi par la Centrale de compensation. Il se contente de renvoyer à l'art. 70 al. 1 à 3 LAVS. 105

b) **assurance-invalidité**: l'art. 66 LAI renvoie aux art. 52, 70 et 71a LAVS²³⁹. 106

c) **prestations complémentaires**: l'art. 25 LPC prévoit l'application du droit cantonal à l'exclusion de l'art. 78 LPGa. 107

d) **prévoyance professionnelle**: l'art. 52 LPP régit la responsabilité des personnes chargées d'administrer ou de gérer l'institution de prévoyance ainsi que des experts en matière de prévoyance professionnelle²⁴⁰. Il est complété par les art. 49 al. 2 ch. 8 LPP (application de l'art. 52 LPP à la prévoyance plus étendue) et 73 al. 1 let. c LPP (tribunal compétent pour connaître des prétentions en responsabilité). 108

e) **assurance-maladie**: le législateur estimait qu'une disposition *ad hoc* n'était pas nécessaire dès lors que cette responsabilité découle de la structure de l'organisation de l'assurance (p.ex. le droit des sociétés anonymes)²⁴¹. Les formes d'organisation admissibles sont régies par l'art. 5 let. a LSAMal. 109

f) **assurance-accidents**: en 2008, le Conseil fédéral, rappelant que la responsabilité des organes de la CNA et des personnes chargées de la direction et de la révision pour les dommages qu'ils causent de manière illicite à un assuré ou à un tiers est régie par l'art. 78 LPGa, relevait que leur responsabilité envers l'entreprise elle-même n'était pas réglée. Il a dès lors proposé de combler cette lacune par une disposition *ad hoc*. «Comme le fonctionnement de la CNA peut être comparé à celui d'une institution de prévoyance, la solution proposée est reprise de l'art. 52 LPP», expliquait-il²⁴². Le législateur a introduit l'art. 64c LAA en 2015. 110

233 FRETZ, 246; ATF 133 V 14, c. 6.

234 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 27; KIESER, Bundesgesetz, art. 70 LAVS, N 1 ss.

235 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4425.

236 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 34.

237 ATF 112 V 265, c. 2.

238 Abrogé en 2002 (RO 2002 3710).

239 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4446.

240 Pour une comparaison avec les art. 78 LPGa et art. 52 LAVS, cf. FRETZ, 238 ss.

241 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4318.

242 Message du 30 mai 2008 relatif à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (Assurance-accidents et prévention des accidents; organisation et activités accessoires de la CNA), FF 2008 4877, 4936; cf. également Message additionnel du 19 septembre 2014 relatif à

- 111** g) **assurance militaire**: le régime de responsabilité découle des dispositions générales sur la responsabilité de la Confédération (art. 19 LRFCF)²⁴³.
- 112** h) **allocations pour perte de gain**: la responsabilité des organes envers l'assurance est régie par les dispositions de la LAVS (art. 52, 70 et 71a LAVS), applicables par analogie (art. 21 al. 2 LAPG)²⁴⁴. L'art. 20a LAPG institue quant à lui une **responsabilité des cantons** envers la Confédération pour les dommages subis au titre du régime d'allocations pour perte de gain en cas de non-respect de certaines prescriptions²⁴⁵.
- 113** i) **allocations familiales**: en matière d'allocations familiales ordinaires, l'art. 25 let. c LAFam renvoie à l'art. 52 LAVS pour la responsabilité de l'employeur. La LPGa est en revanche applicable aux allocations familiales dans l'agriculture (art. 1 LFA); dès lors, la responsabilité pour les dommages causés par les organes de l'assurance-vieillesse et survivants est régie par les art. 78 LPGa et par les art. 52, 70 et 71a LAVS (art. 25 al. 3 LFA)²⁴⁶.
- 114** j) **assurance-chômage**: la loi contient de nombreuses dispositions relatives à la responsabilité des organes: art. 79 al. 1 LACI (selon lequel les fondateurs d'une caisse de chômage doivent fixer dans un règlement les responsabilités lorsque la caisse a plusieurs fondateurs – l'art. 80 al. 2 let. c LACI prévoyant une sanction en cas de manquement à cette obligation), art. 82 LACI (responsabilité des fondateurs envers la Confédération)²⁴⁷, art. 85g LACI (responsabilité des cantons à l'égard de la Confédération)²⁴⁸, art. 88 al. 2 à 5 LACI (responsabilité des employeurs – l'alinéa 5 excluant expressément l'application de l'art. 78 LPGa)²⁴⁹, art. 89a al. 2 LACI (renvoi par analogie à l'art. 70 LAVS pour la responsabilité des caisses de compensation de l'assurance-vieillesse et survivants envers la Confédération)²⁵⁰. L'organe de compensation est compétent pour statuer sur les demandes en réparation de la Confédération contre le fondateur, le canton, l'employeur ou la caisse de compensation de l'assurance-vieillesse et survivants (art. 83 al. 1 let. f LACI)²⁵¹.

X. La casuistique

- 115** L'application de l'art. 78 LPGa a donné lieu à une abondante jurisprudence. Les cas les plus fréquents touchent à la violation des normes de comportement contenues dans la LPGa (N 85), mais d'autres situations ont également été abordées par les tribunaux.

la modification de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (Assurance-accidents et prévention des accidents; organisation et activités accessoires de la CNA), FF 2014 7691, 7738; RO 2016 4941, 4944. Auparavant, les prétentions étaient régies par le droit déterminant selon la forme juridique choisie par l'assureur (KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 123).

243 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 43.

244 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4409; ATF 139 V 422.

245 Cf. ATF 139 V 422 pour la responsabilité du canton pour le dommage causé à l'institution APG par l'activité des comptables de la protection civile.

246 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4318; ATF 134 I 179.

247 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4395; ATF 135 V 98, c. 4.2.

248 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4397; SVR 2000 ALV n° 9 27.

249 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4398; ainsi que l'art. 88 al. 2^{bis} LACI selon le P-LPGA 2018 (FF 2018 1655, 1672).

250 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4399.

251 Renvoyant par erreur à l'art. 85d (issu du projet de loi) au lieu de l'art. 85g LACI, cf. Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4397.

Un des cas les plus courants consiste dans la **violation du devoir d'information** prévu par l'**art. 27 LPGA**. Sous l'angle de l'ancien droit, les règles de la bonne foi n'imposaient à l'administration de renseigner un administré que dans des circonstances particulières²⁵². Après la codification de cette obligation dans la LPGA, le Tribunal fédéral des assurances a estimé que la violation du devoir légal de renseigner était assimilée à une déclaration erronée²⁵³. Les alinéas 2 et 3 instaurent un droit individuel des assurés à être conseillés par les organes des assurances sociales²⁵⁴. Ce devoir n'a cependant pas un caractère absolu: ainsi, l'assuré doit réagir s'il estime que l'information donnée par l'assureur-maladie ne concorde pas avec celle de l'hôpital consulté quant aux traitements disponibles en Suisse²⁵⁵. Un assuré est censé connaître l'existence de l'assurance-chômage, de sorte qu'un office AI n'a pas à élaborer un plan de vie complet («*eine umfassende Lebensplanung*») pour celui-ci²⁵⁶. La violation de l'art. 27 LPGA a en revanche été admise, s'agissant d'une caisse de chômage qui avait renseigné l'assuré de manière inexacte sur ses droits, lui faisant perdre des indemnités de chômage, ce qui engageait sa responsabilité au sens de l'art. 78 LPGA²⁵⁷. De la même manière, le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'un assuré pouvait raisonnable attendre de son conseiller ORP qu'il le renseigne spontanément et lui fasse part de son droit à des indemnités de chômage complètes²⁵⁸, ce qui conduit, si l'assuré en subit un dommage, par exemple parce qu'il perd son droit, à l'indemniser conformément à l'art. 78 LPGA²⁵⁹ (à noter que, selon une jurisprudence cantonale, la communication d'un renseignement erroné ne peut pas conduire à l'application de l'art. 78 LPGA²⁶⁰). Une cour cantonale a également admis que les organes de l'assurance-chômage s'étaient rendus coupables d'une omission pour n'avoir pas examiné correctement, avant de lui proposer un emploi temporaire fédéral pour six mois, si une assurée bénéficiait de suffisamment d'indemnités journalières à cet effet²⁶¹.

La violation du **devoir d'informer un autre assureur** (art. 31 al. 2 LPGA) entre également en considération. Ainsi en est-il allé d'un office AI qui avait omis d'informer un assureur-accidents de ce qu'il versait une rente complémentaire ainsi qu'une rente pour enfant²⁶². Les informations données à l'autre assureur doivent être correctes: si les indications données conduisent un autre assureur à admettre à tort une couverture d'assurance, le dommage qui s'ensuit pour celui-ci doit être réparé si la prétention induite ne peut plus être recouvrée auprès de l'assuré²⁶³.

L'omission d'envoyer certains formulaires peut conduire à la condamnation de l'assureur responsable. Un office AI a vu sa responsabilité engagée pour n'avoir pas envoyé à un employeur, qui la lui avait demandée, la formule spéciale en vue d'obtenir le rembour-

252 ATF 124 V 220, c. 2b.

253 ATF 131 V 472, c. 4 et 5; TFA, 14.7.2006, C 335/05, c. 3.

254 TF, 31.5.2011, 8C_26/2011, c. 5.2.1; ATF 131 V 472, c. 4.1.

255 TF, 14.11.2013, 9C_375/2013, c. 5.

256 TF, 18.12.2008, 9C_894/2008, c. 4 et 6.

257 TF, 31.5.2011, 8C_26/2011, c. 6.3.2, dans lequel le TF admet, exceptionnellement, l'application de l'art. 78 LPGA dans le cadre d'un recours au sujet des prestations d'assurance (N 59).

258 TFA, 14.7.2006, C 335/05, c. 3; DUC, Réflexions, 172 ss.

259 DUC, Considérations, 393.

260 TASS du canton de St-Gall, 11.3.2010, EO 2009/1; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 100.

261 TCAS-GE, 15.5.2008, ATAS/621/2008.

262 TF, 21.1.2013, 8C_194/2012.

263 TF, 11.3.2011, 8C_162/2010.

sement des prestations qu'il avait avancées, les arriérés de rente ayant été versés directement à l'assuré et non à l'employeur²⁶⁴.

- 119 La violation des intérêts** (art. 48 LAA) **ou de l'intégrité corporelle d'un assuré** a fait l'objet de décisions judiciaires. Tel a été le cas, notamment, d'une lésion causée par le médecin d'arrondissement de la CNA lors d'un examen médical qui aurait pu être évitée par la consultation des radiographies²⁶⁵. **La surveillance d'une assurée** par un détective privé mandaté par un assureur-accidents a été jugée contraire au droit parce qu'effectuée en violation des droits garantis par les art. 8 CEDH et 13 Cst.²⁶⁶.
- 120** On songe aussi aux cas de **prescription et de péremption** dont se rendrait responsable un assureur social qui négligerait de traiter une demande reçue à temps²⁶⁷.
- 121** L'assureur qui **paie des prestations d'assurance en mains d'un tiers** par suite d'une erreur pourrait être tenu de réparer le dommage que subirait l'assuré de ce chef²⁶⁸. L'assureur peut également se voir reprocher de n'avoir pas versé à un tiers les prestations d'assurance: ainsi, de l'absence de remboursement des arriérés de rente en mains d'un employeur en application de l'art. 85^{bis} RAI²⁶⁹ ou d'une rente pour enfant à un service social²⁷⁰. De la même manière, un assureur qui **suspend le paiement des prestations** alors qu'il devait rechercher d'office les renseignements dont il avait besoin (art. 43 LPG) doit rembourser le dommage en résultant²⁷¹.
- 122** L'assureur qui **omet de réduire ou de supprimer une rente** verra difficilement sa responsabilité engagée envers d'autres assureurs. Un office AI qui avait négligé d'exécuter une décision de suppression de rente durant plus de dix ans n'a pas été considéré comme garant des intérêts de l'institution de prévoyance qui avait poursuivi le versement de sa propre rente durant ce laps de temps (N 26)²⁷².
- 123** Un **calcul inexact** ou une **évaluation erronée des conditions d'octroi** des prestations d'assurance sont également envisageables. Une caisse d'assurance-chômage qui accorde à tort des prestations en considérant que les conditions de l'art. 8 LACI sont remplies a été amenée à rembourser la CNA pour les prestations que celle-ci avait allouées à tort et qui n'étaient plus recouvrables²⁷³. Un refus de prestations fondé sur une application erronée du droit n'entraîne cependant pas de responsabilité au sens de l'art. 78 LPG (N 25).

264 ATF 133 V 14 (et ATF 134 V 138); cf. également TF, 18.9.2017, 8C_247/2017; GÄCHTER, Sozialversicherungsrecht, 122.

265 TF, 3.10.2008, 8C_510/2007.

266 TF, 8.11.2017, 8C_570/2016, c. 1.4; cf. Rapport du 7 septembre 2017 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats relatif à l'initiative parlementaire tendant à une base légale pour la surveillance des assurés (FF 2017 7003), Avis du Conseil fédéral du 1^{er} novembre 2017 sur ce rapport (FF 2017 7021) et projet de loi y relatif (FF 2017 7017), faisant suite à CourEDH, 18.10.2016, Vukota-Bojic c. la Suisse, arrêt n° 61838/19.

267 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 102.

268 Versement sur un compte bancaire erroné: TF, 2.5.2007, I 83/07, SVR 2007 IV n° 42 140.

269 ATF 133 V 14.

270 TF, 9.6.2010, 9C_392/2010.

271 TAF, 2.12.2014, C-124/2013.

272 ATF 137 V 76, c. 3.3.1, avec la critique de HÜRZELER; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 78 N 104.

273 TF, 11.12.2012, 8C_81/2012; cf. également TF, 10.11.2017, 9C_367/2017, c. 5.2 (différence de prime AMal lorsqu'une caisse-maladie rend impossible un changement d'assureur); TF, 8.8.2017, 9C_314/2017 (omission de statuer sur une demande d'allocation pour mineur im-potent).

Un **déni de justice ou un retard injustifié** ayant provoqué un dommage peut faire l'objet d'une réparation²⁷⁴. Le Tribunal fédéral a cependant jugé que même si un retard injustifié provoquait une atteinte grave à la personnalité, celle-ci se trouvait compensée par le constat du comportement illicite des organes concernés, qui constituait une forme de réparation²⁷⁵.

Art. 79

Dispositions pénales ¹ La partie générale du CP ainsi que l'art. 6 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif sont applicables.

² La poursuite pénale incombe aux cantons.

Strafbestimmungen ¹ Die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches sowie Artikel 6 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht finden Anwendung.

² Die Strafverfolgung ist Sache der Kantone.

Disposizioni penali ¹ Sono applicabili la parte generale del Codice penale, nonché l'articolo 6 della legge del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo.

² L'azione penale spetta ai Cantoni.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. Le renvoi à la partie générale du CP (al. 1)	3
III. Le renvoi à l'art. 6 DPA (al. 1)	9
IV. La poursuite des infractions (al. 2)	10

Bibliographie

JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ, Précis de procédure pénale, 2^e éd., Berne 2018; NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (éd.), Schweizerische Strafprozessordnung: Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 2^e éd., Bâle 2014 (cité: BSK StPO-AUTEUR); RIEMER HANS MICHAEL, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über die berufliche Vorsorge (art. 75-79 BVG), in Hauser/Rehberg/Stratenwerth (éd.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zurich 1984, 267 ss (cité: Strafbestimmungen); SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3^e éd., Zurich 2017.

I. Introduction

L'art. 79 LPGA est l'unique disposition pénale contenue dans la LPGA. Il ne s'agit en réalité que d'une **norme de renvoi** vers des règles générales de nature matérielle (al. 1) et procédurale (al. 2). Cette disposition s'applique à toutes les infractions pénales prévues dans les lois spéciales sur les assurances sociales qui prévoient l'application de la LPGA (art. 2 LPGA); la LPP n'est donc pas visée par l'art. 79 LPGA. Cette loi contient ses

274 TAF, 10. I. 2012, C-142/2010.

275 TF, 6. 11. 2000, 5A.8/2000, c. 3; ATF 129 V 411, c. 1.3; ATF 122 IV 103, c. 1/4; TCAS-GE, 26. 11. 2008, ATAS/1421/2008, c. 10 (qui estime également qu'il n'y a pas lieu, faute de base légale, d'accorder un dédommagement supplémentaire aux dépens accordés).

propres dispositions pénales, que nous aborderons également dans le cadre de ce commentaire, par souci d'exhaustivité.

- 2 S'agissant des **infractions** en elles-mêmes, celles-ci sont définies dans les différentes lois spéciales, constituant ainsi des normes appartenant au droit pénal accessoire. On trouve ces différentes incriminations, notamment aux art. 87 à 91 LAVS, également applicables en matière d'assurance-invalidité par le renvoi de l'art. 70 LAI, aux art. 112 LAA, 92 LAMal, 53 à 55 LSAMal, 75 à 79 LPP, 31 LPC et 105 à 107 LACI. Les infractions du Code pénal restent évidemment applicables, leur mise en œuvre étant parfois réservée de manière expresse, notamment aux art. 112 al. 1 et 2 LAA, 75 ch. 1 et 76 al. 8 LPP, 92 LAMal, 31 al. 1 LPC et 105 al. 5 LACI. Ainsi, les normes spéciales du droit des assurances sociales sont généralement d'application subsidiaire à celles de la partie spéciale du Code pénal¹. On mentionnera l'entrée en vigueur récente le 1^{er} octobre 2016², d'un nouvel article 148a CP introduit dans le sillage de la mise en œuvre de l'initiative sur le renvoi des délinquants étrangers et qui incrimine spécifiquement le fait d'obtenir des prestations indues d'une assurance sociale ou de l'aide sociale par des déclarations fausses ou incomplètes ou en taisant des faits pertinents.

II. Le renvoi à la partie générale du CP (al. 1)

- 3 L'art. 79 al. 1 LPGA prévoit l'**application de la partie générale du CP** aux infractions contenues dans les différentes législations fédérales gouvernant les assurances sociales au sens de l'art. 2 LPGA. Cette norme fait écho à l'art. 333 al. 1 CP qui consacre le même principe, de manière générale pour l'ensemble du droit pénal accessoire, sous réserve de dispositions contraires. Il en découle que, nonobstant la non-application de l'art. 79 LPGA au domaine de la LPP, le renvoi à la partie générale du Code pénal prévaut également dans ce contexte. Ce renvoi vise les art. 1 à 110 CP qui constituent la partie générale du Code pénal.
- 4 Dans le domaine de la **participation** au sens général du terme, il existe quelques normes apportant des dérogations au système général de la partie générale du Code pénal. Ainsi, tout d'abord, le renvoi de l'art. 79 al. 1 LPGA vers l'art. 6 DPA permet de déterminer le cercle des participants punissables, lorsque l'infraction est commise dans la gestion d'une entreprise. En substance, la responsabilité peut passer de la personne physique ayant individuellement commis l'acte (al. 1)³, au chef d'entreprise, employeur ou mandant ou encore à l'organe de ceux-ci (al. 2 et 3). Dans le domaine spécifique de l'assurance-chômage, l'art. 107 LACI élargit ce renvoi à l'art. 7 DPA, permettant ainsi, à certaines conditions, de condamner l'entreprise elle-même. L'art. 55 LSAMal prévoit également, dans une mesure analogue, la faculté de condamner l'entreprise à titre subsidiaire, mais sans référence directe à l'art. 7 DPA⁴. Enfin, l'art. 77 LPP aménage un système spécifique relatif aux infractions commises dans la gestion d'une entreprise, sur

1 TF, 28.9.2000, 6S.288/2000, c. 2; RIEMER, *Strafbestimmungen*, 270; TREMP/UTTINGER, *in* Schneider/Geiser/Gächter (éd.), art. 79 N 2; VALTERIO, *Commentaire LPC*, art. 31 N 7 s.

2 RO 2016 2329.

3 Notons que l'art. 89 al. 1 LAVS rappelle ce principe de responsabilité individuelle en le complétant par un système de responsabilité solidaire de l'entreprise elle-même pour le montant de l'amende (cf. N 7).

4 Le montant maximum de l'amende est de CHF 20 000.– (art. 55 let. b LPGA), alors qu'il est de CHF 5000.– à l'art. 7 DPA.

une base pour ainsi dire identique⁵ à celle élaborée par les art. 6 et 7 DPA, mais sans renvoyer pour autant à ces dispositions qui ne sont pas applicables⁶.

Signalons également l'art. 78 al. 5 LPGA qui dispose que les personnes agissant en tant qu'organes ou agents d'un assureur, d'un organe de révision ou de contrôle ou auxquelles sont confiées des tâches dans le cadre des lois spéciales, sont soumises à la même responsabilité pénale que les membres des autorités et les **fonctionnaires**, selon les dispositions du code pénal; il faut en déduire que les personnes visées par cette disposition sont présumées entrer dans la catégorie des fonctionnaires de l'art. 110 al. 3 CP⁷. 5

S'agissant de l'examen de la **faute**, l'art. 333 al. 7 CP renverse le paradigme de l'art. 12 al. 1 CP pour les contraventions du droit pénal accessoire; dès lors, la négligence est toujours punissable, sauf disposition contraire. On trouvera de telles dispositions contraires, par exemple, aux art. 75 ch. 1 LPP, 88 al. 1 LAVS, 31 al. 2 let. a LPC et 106 al. 1 LACI qui incriminent au titre d'une contravention le fait de donner «sciemment» de faux renseignements. Le Tribunal fédéral a également précisé que dans la mesure où l'intention⁸ est requise pour les infractions décrites aux art. 87 LAVS, 76 LPP et 112 LAA, celle-ci peut intervenir sous la forme du dol éventuel⁹. 6

Certaines dispositions n'ont pas été adaptées à la réforme du droit des **sanctions** entrée en vigueur en 2007¹⁰; ainsi, par exemple, les art. 31 al. 2 let. a LPC et 75 ch. 1 LPP prévoient encore comme peine menacée les arrêts ou l'amende, clause qui doit être adaptée par l'effet de l'art. 333 al. 3 CP, pour ne retenir que l'amende selon le système de l'art. 106 CP, les arrêts ayant disparu du droit des peines contraventionnelles. On soulignera encore l'art. 89 LAVS qui établit un système exorbitant aux principes généraux en matière de sanctions, selon lequel, «en règle générale», la personne morale, la société de personnes ou le titulaire de la raison individuelle répond solidairement du montant de l'amende prononcée à l'encontre de l'auteur d'une infraction aux art. 87 et 88 LAVS commise dans la gestion d'une telle entreprise. 7

Lorsque les lois spéciales prévoient un régime dérogatoire pour les infractions à des **prescriptions d'ordre**, les dispositions générales du Code pénal ne sont pas directement applicables¹¹; toutefois, à l'instar de ce qui prévaut pour les sanctions administratives à caractère pénal comme le retrait d'admonestation du permis de conduire¹², les principes généraux du droit pénal trouvent néanmoins à s'appliquer¹³. Tel est le cas notamment 8

5 TREMP/UTTINGER, in Schneider/Geiser/Gächter (éd.), art. 77 N 1 s; ainsi, notamment, le montant de l'amende maximum qui est de CHF 5000.- à l'art. 7 DPA est plafonné à CHF 4000.- à l'art. 77 al. 4 LPP.

6 On rappelle que l'art. 79 LPGA ne s'applique pas à la LPP.

7 Dans le même sens: ATF 135 IV 198 qui retient qu'un gestionnaire de portefeuille immobilier de la CNA revêt la qualité de fonctionnaire; ATF 141 IV 329 qui retient que le chef du département de gestion d'une caisse publique de prévoyance professionnelle revêt la qualité de fonctionnaire.

8 La négligence est aussi punissable dans certains cas, à l'instar de l'art. 112 al. 2 et 4 LAA.

9 TF, 6.12.2004, 6P.152/2004 et 6S.413/2004, c. 7.2.

10 RO 2006 3459.

11 RIEMER, *Strafbestimmungen*, 274; TREMP/UTTINGER, in Schneider/Geiser/Gächter (éd.), art. 79 N 22.

12 ATF 133 II 331, c. 4.2 pour l'application du principe de la non-rétroactivité sous réserve de la *lex mitior* (art. 2 CP); TF, 17.1.2013, 1C_345/2012, c. 2.1 pour l'application par analogie des faits justificatifs, *in casu* l'état de nécessité de l'art. 17 s. CP; ATF 129 II 82, c. 4.3 pour l'application de la maxime *in dubio pro reo*.

13 TREMP/UTTINGER, in Schneider/Geiser/Gächter (éd.), art. 79 N 13-16 qui retiennent notamment l'application des principes généraux relatifs à la faute.

pour les art 91 LAVS¹⁴ et 79 LPP qui prévoient la sanction de l'amende d'ordre pour certaines inobservances de prescriptions d'ordre¹⁵.

III. Le renvoi à l'art. 6 DPA (al. 1)

- 9 L'art. 79 al. 1 LPGa prévoit l'application de l'art. 6 DPA à l'ensemble des dispositions pénales appartenant au droit des assurances sociales dans les limites de l'art. 2 LPGa. Ce renvoi, parfois précisé et/ou étendu dans certains domaines spécifiques, a des conséquences sur la détermination du cercle des participants punissables (cf. N 4). En revanche, le renvoi limité à l'art. 6 DPA n'entraîne pas l'application de l'ensemble du droit pénal administratif¹⁶ dont les règles procédurales ne s'appliquent donc pas.

IV. La poursuite des infractions (al. 2)

- 10 L'art. 79 al. 2 LPGa dispose que la **poursuite des infractions pénales incombe aux cantons**. Cette disposition n'a pas de portée propre et revêt avant tout une fonction didactique, dans la mesure où elle ne fait que rappeler le principe général découlant des art. 123 al. 2, 191a et 191b Cst., concrétisé à l'art. 22 CPP, selon lequel les autorités pénales cantonales disposent d'une compétence primaire générale de poursuivre et juger l'ensemble des infractions prévues par le droit fédéral, y compris les infractions de droit pénal accessoire, sous réserve de dispositions spécifiques qui en attribueraient expressément la compétence à la Confédération¹⁷. Cette règle vaut également dans le domaine de la prévoyance professionnelle par l'effet de l'art. 78 LPP. Le renvoi de l'art. 79 al. 1 LPGa à l'art. 6 DPA n'entraîne pas l'application de l'ensemble du droit pénal administratif et n'opère donc pas de modification quant à la compétence cantonale (cf. N 9)¹⁸.
- 11 La détermination du **for intercantonal** est régie par les règles générales des art. 31 à 38 CPP.
- 12 Les **règles procédurales applicables** à la poursuite et au jugement des infractions du domaine de l'assurance sociale sont celles du CPP, sous réserve de dispositions dérogatoires prévues par le droit fédéral (art. 1 CPP). A noter que l'art. 90 LAVS constitue une norme de droit fédéral qui impose à l'autorité pénale, au sens de l'art. 84 al. 6 CPP, de notifier à la caisse de compensation qui a dénoncé l'infraction les jugements et les ordonnances de

14 A noter que l'art. 207 RAVS prévoit une règle spéciale en matière de prescription de l'action pénale et de la peine qui est fixée à une année dès la commission de l'acte ou dès l'entrée en force du prononcé, étant précisé que la prescription des amendes est interrompue par tout acte tendant à leur recouvrement.

15 Pour les aspects procéduraux de ces amendes d'ordre cf. N 13.

16 RIEMER, *Strafbestimmungen*, 273; Pour un ex. analogue où le droit renvoie au seul art. 6 DPA, sans entraîner l'application de l'ensemble du droit pénal administratif: ATF 142 IV 315, c. 2.2 s'agissant d'une infraction à la loi fédérale sur la protection des eaux (LEaux; RS 814.20) dont l'art. 73 établit un renvoi vers les art. 6 et 7 DPA.

17 ATF 125 IV 165, c. 5; JEANNERET/KUHN, N 3005; BERTOSSA BERNARD, art. 22, *in* Kuhn/Jeanerret (éd.), *Code de procédure pénale suisse: Commentaire romand*, Bâle 2011, N 2 s.; BSK StPO-KIPFER, art. 22 N 1 s.; SCHMID/JOSITSCH, art. 22 N 2 s.

18 Cf. également FF 2012 1725, 1773; dans son Message du 15 février 2012 à l'appui de la LSA-Mal, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016, le Conseil fédéral confirme la compétence cantonale, y compris lorsque la loi renvoie à l'art. 6 DPA.

non-entrée en matière ou de classement¹⁹. Cette règle vaut également en matière de prestations complémentaires à l'AVS/AI par le renvoi de l'art. 31 al. 3 LPC.

Certaines infractions à des prescriptions d'ordre sont **soustraites au régime procédural ordinaire** du CPP pour être régies par une procédure de caractère exclusivement administratif²⁰; tel est le cas notamment de celles prévues aux art. 91 LAVS et 79 LPP. Ainsi, en matière d'AVS/AI²¹, l'art. 91 LAVS prévoit que la caisse de compensation peut rendre une décision motivée (art. 91 al. 2 LAVS et 49 LPGA) prononçant une amende d'ordre, décision sujette à opposition (art. 52 LPGA) puis à un recours devant le tribunal cantonal des assurances sociales (art. 91 al. 2 LAVS et 56 ss. LPGA). S'agissant de l'amende d'ordre prévue par l'art. 79 LPP, elle relève de la compétence de l'autorité de surveillance au sens de l'art. 61 LPP²², comme moyen de remédier aux insuffisances selon l'art. 62 al. 1 let. d LPP²³. Les décisions ainsi rendues sont sujettes à un recours devant le Tribunal administratif fédéral, en application des art. 33 let. i LTAF et 79 al. 2 LPP.

Art. 80

Exonération fiscale des assureurs

¹ Les assureurs et les organes d'exécution sont exonérés des impôts directs fédéraux, cantonaux et communaux ainsi que des impôts cantonaux et communaux sur les successions et donations dans la mesure où leur revenu et leur fortune servent exclusivement à mettre en œuvre les assurances sociales, ou à allouer ou à garantir des prestations d'assurances sociales.

² Les documents employés dans la mise en œuvre des assurances sociales pour correspondre avec les assurés ou des tiers et d'autres organisations sont exempts de taxes et d'émoluments publics. La perception des cotisations légalement dues n'est pas soumise au droit fédéral de timbre sur les quittances de primes.

Steuerfreiheit der Versicherungsträger

¹ Die Versicherungsträger und Durchführungsorgane sind, soweit ihre Einkünfte und Vermögenswerte ausschliesslich der Durchführung der Sozialversicherung, der Erbringung oder der Sicherstellung von Sozialversicherungsleistungen dienen, von den direkten Steuern des Bundes, der Kantone und der Gemeinden und von Erbschafts- und Schenkungssteuern der Kantone und Gemeinden befreit.

² Urkunden, die bei der Durchführung der Sozialversicherung im Verkehr mit den Versicherten oder mit Drittpersonen und anderen Organisationen verwendet werden, sind von den öffentlichen Abgaben und Gebühren befreit. Der Bezug der gesetzlichen Versicherungsbeiträge unterliegt der eidgenössischen Stempelabgabe auf Prämienquittungen nicht.

Esenzione fiscale degli assicuratori

¹ Gli assicuratori e gli organi d'esecuzione sono esentati dalle imposte federali, cantonali e comunali nonché dalle imposte cantonali e comunali su successioni e donazioni nella misura in cui il loro reddito e la loro sostanza

19 L'art. 90 LAVS conserve la désignation impropre d'ordonnance de «non-lieu», notion qui n'existe plus dans la terminologie du CPP (cf. art. 310 et 319 CPP).

20 RIEMER, *Strafbestimmungen*, 274; TREMP/Uttinger, *in* Schneider/Geiser/Gächter (éd.), art. 79 N 1 s. qui soulignent que le droit pénal administratif ne s'applique pas non plus à cette procédure.

21 L'art. 91 LAVS est applicable en matière d'AI par le renvoi de l'art. 70 LAI.

22 RIEMER, *Strafbestimmungen*, 273; TREMP/UTTINGER, *in* Schneider/Geiser/Gächter (éd.), art. 79 N 12.

23 TREMP/UTTINGER, *in* Schneider/Geiser/Gächter (éd.), art. 79 N 17.

servono esclusivamente all'applicazione dell'assicurazione sociale, ad accordare o a garantire prestazioni delle assicurazioni sociali.

² I documenti utilizzati nell'applicazione dell'assicurazione sociale per corrispondere con gli assicurati o con terzi e altre organizzazioni sono esenti da tasse ed emolumenti pubblici. La riscossione dei contributi dovuti secondo la legge non è sottoposta alla tassa federale di bollo sui premi d'assicurazione.

Plan

	N
I. Introduction	1
II. L'exonération des assureurs et organes d'exécution des assurances sociales (al. 1)	7
A. Champ d'application subjectif	7
B. Champ d'application objectif	14
C. Conditions de l'exonération	20
III. L'interdiction de prélever des taxes et émoluments publics sur des documents employés dans la mise en œuvre des assurances sociales (al. 2)	26
IV. Procédure	30

Bibliographie

BÜRGISSER JÉRÔME, Du ruling fiscal, art. 56 LIFD RDAF II (2014) 401 ss; DIGERONIMO ANGELO/NEUHAUS HANS-JÜRIG/STEINMANN GOTTHARD, in Agner/Digeronimo/Jung/Steinmann (éd.) (cité: art. 56 LIFD), Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Ergänzungsband, Zurich 2000, 165 ss, art. 23 LIHD (cité: DIGERONIMO/NEUHAUS/STEINMANN, art. 56 LIFD); GRETER MARCO/GRETER ALEXANDER, in Zweifel/Beusch (éd.), Kommentar zum StHG, 3^e éd., Bâle 2017, 539 ss (cité: StHG-Kommentar, art. 23 LHID); KÄNZIG ERNST, Die Eidgenössische Wehrsteuer (Direkte Bundessteuer), 1^{re} partie, 2^e éd., Bâle 1982, (cité: art. 16 AIFD); KUSTER RETO, Steuerbefreiung von Institutionen mit öffentlichen Zwecken, thèse, Zurich 1998; LAFFELY MAILLARD GLADYS, art. 56 LIFD, in Noël/Aubry Girardin (éd.), Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, 2^e éd., Bâle 2017, 1004 ss (cité: CR LIFD, art. 56 LIFD); LOCHER PETER, Kommentar zum DBG, II. Teil, Bâle 2004 (cité: DBG-Kommentar, art. 56 LIFD); MAHON PASCAL, in Aubert/Mahon (éd.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, 863 ss (cité: art. 111); MASSHARDT HEINZ, Kommentar zur direkten Bundessteuer, 2^e éd., Zurich 1985 (cité: art. 16 AIFD); OBERSON XAVIER, Droit fiscal suisse, 2^e éd., Genève/Bâle/Munich 2002; OBRIST THIERRY, Introduction au droit fiscal suisse, Bâle/Neuchâtel 2015; RICHNER FELIX, Steuerbefreiung von Krankenversicherern, Zürcher Steuerpraxis 5 (1996) 159 ss; RUFENER ADRIAN, Besteuerungsnormen für den Bereich des KVG, in Duc (éd.), LAMal-KVG: Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, Lausanne 1997, 764 ss; RYSER WALTER/ROLLI BERNARD, Précis de droit fiscal suisse, 4^e éd., Berne 2002.

I. Introduction

- 1 L'art. 80 LPGA trouve son assise **constitutionnelle à l'art. 111 al. 3 Cst.**, lequel prévoit, comme le faisait l'art. 34^{quater} al. 5 aCst., que «[la Confédération] peut obliger les cantons à accorder des exonérations fiscales aux institutions fédérales relevant de l'assurance-veillesse, survivants et invalidité ou de la prévoyance professionnelle [...]»¹. Comme nous l'exposerons plus loin, si l'art. 80 LPGA couvre bien le domaine de l'assurance-veillesse et survivants et de l'assurance invalidité, son champ d'application s'étend éga-

1 AUBERT/MAHON, art. 111 N 11.

lement aux autres assurances sociales traitées par la LPGa. Ce n'est en revanche pas le cas de la prévoyance professionnelle à laquelle la LPGa ne s'applique pas mais pour qui l'art. 80 LPP contient une disposition au contenu analogue. En outre, la compétence constitutionnelle de l'art. 111 al. 3 Cst. est limitée aux impôts cantonaux alors que la portée de l'art. 80 LPGa va au-delà puisqu'il concerne également l'impôt fédéral direct et le droit de timbre sur les primes d'assurance.

L'**objectif de l'exonération** prévue pour les assureurs et les organes d'exécution des assurances sociales est de tenir compte de leur but social et du fait que ces entités remplissent des tâches publiques («*öffentliche Aufgaben*»)². Cependant, pour ne pas dépasser cet objectif et créer un avantage concurrentiel injustifié, l'exonération est limitée au revenu et à la fortune servant exclusivement à mettre en œuvre les assurances sociales, ou à allouer ou garantir des prestations d'assurances sociales³.

Avant l'entrée en vigueur de l'art. 80 LPGa, le principe de l'exonération fiscale des assureurs sociaux était **prévu individuellement dans chaque loi spéciale** des assurances sociales (ancienne teneur des dispositions suivantes: art. 94 LAVS; art. 81 LAI; art. 29 LAPG; art. 25 LFA; art. 17 LAMal, art. 18 al. 7 LAMal pour l'institution commune, art. 68 al. 3 LAMal pour les assurances facultatives d'indemnités journalières qui renvoyait à l'art. 17 LAMal; art. 67 LAA pour la SUVA; art. 71 LAA pour les autres assureurs qui dans leur offre proposent l'assurance-accidents; art. 74 aLAA pour la caisse supplétive; art. 98 LACI)⁴. Il a paru logique de reprendre et d'unifier ces règles d'exonération dans la LPGa lors de son entrée en vigueur. Ce faisant, le texte de l'art. 80 LPGa **s'inspire directement des art. 71 LAA (ancienne teneur), 17 LAMal (ancienne teneur) et 94 aLAVS** dont il reprend précisément le contenu⁵. Avec l'entrée en vigueur de la LPGa au 1^{er} janvier 2003, les dispositions prévoyant l'exonération des différentes institutions d'assurances sociales dont le contenu était similaire à l'art. 80 LPGa furent abrogées (art. 94 LAVS, art. 81 LAI, art. 29 LAPG, art. 25 LFA, art. 98 LACI, art. 17 et 68 LAMal, art. 67 et 74 LAA), adaptées (art. 18 al. 7 LAMal; art. 71 LAA) ou nouvellement rédigées en renvoyant directement à la disposition d'harmonisation que représente l'art. 80 LPGa (art. 1 LAM; art. 1 LPC). Ainsi, l'exonération fiscale octroyée aux assurances sociales n'est mentionnée dans les lois spéciales que lorsqu'elle diverge du texte de l'art. 80 LPGa (art. 110 LAVS; art. 71 LAA).

Au vu de la similitude tant téléologique que grammaticale de l'art. 80 LPGa avec les anciennes dispositions prévoyant l'exonération des institutions d'assurances sociales, il est généralement reconnu et accepté que la **jurisprudence rendue en application des lois spéciales abrogées** maintient sa validité depuis l'entrée en vigueur de la LPGa⁶.

Il faut relever que l'art. 80 LPGa, qui est intégré formellement dans une loi traitant d'assurances sociales, **visé le même but que les art. 56 LIFD et art. 23 LHID**, qui font partie du droit fiscal. Comme exposé ci-dessous, ces deux dispositions n'ont pas strictement

2 Cf. TF, 29.8.2000, 2A.623/1998, c. 3c/bb), RDAF II (2002) 7; KIESER, ATSG-Kommentar, art. 80 N 9; LAFFELY MAILLARD, CR LIFD, art. 56 LIFD N 48.

3 ATF 131 I 394, c. 5.2; TF, 10.6.2009, 2C_71/2009, c. 5.1; LAFFELY MAILLARD, CR LIFD, art. 56 LIFD N 51.

4 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 266; Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4321.

5 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 266.

6 TF, 10.6.2009, 2C_71/2009, c. 2; TF, 24.2.2010, 2C_584/2009, c. 2.3, concernant la reprise de la jurisprudence rendue en lien avec l'art. 17 aLAMal.

le même contenu et il est nécessaire de déterminer, en cas de contradiction entre elles, laquelle a la priorité. Dans ce contexte, et sans rentrer dans les détails à ce stade de l'analyse, il est généralement reconnu, à raison, tant par la doctrine⁷ que par le Tribunal fédéral⁸ et l'administration fiscale⁹, que l'art. 80 LPGa a, en tant que disposition postérieure et spéciale, la priorité sur ses pendants en droit fiscal. Cependant, à notre sens, au vu de la similitude des buts poursuivis et de l'identité de plusieurs termes employés dans ces deux dispositions, il paraît soutenable, à l'exception des points sur lesquels il existe une divergence, que la doctrine et parfois la jurisprudence traitant des art. 56 LIFD et art. 23 LHID puissent être employées lors de l'interprétation de l'art. 80 LPGa.

- 6 L'art. 80 LPGa est composé de **deux parties distinctes**: le premier alinéa traite de l'exonération des assureurs et organes d'exécution des assurances sociales; alors que son second alinéa vise l'interdiction de prélever des taxes et émoluments publics sur des documents employés dans la mise en œuvre des assurances sociales. En outre, la deuxième phrase de l'art. 80 al. 2 LPGa concerne spécifiquement le droit de timbre sur les primes d'assurance.

II. L'exonération des assureurs et organes d'exécution des assurances sociales (al. 1)

A. Champ d'application subjectif

- 7 Du point de vue du **champ d'application subjectif**, l'art. 80 al. 1 LPGa prévoit l'exonération des assureurs et des organes d'exécution opérant dans le domaine des assurances sociales. La notion d'assureur correspond à celle du droit des assurances et englobe l'ensemble des institutions tant publiques que privées qui utilisent des techniques d'assurances afin d'offrir une protection face aux risques sociaux énumérés à l'art. 41 al. 2 Cst. et qui sont soumises aux règles prévues par le droit fédéral des assurances sociales¹⁰. Pour sa part, la notion d'organe d'exécution s'étend à l'ensemble des institutions publiques et privées qui mettent en œuvre les tâches liées aux assurances sociales. Il est généralement reconnu que le cercle des organes d'exécution et des assureurs est défini largement, d'autant que même le législateur emploie ces deux notions de manière équivoque¹¹. Ci-dessous, nous présentons plus en détail ces deux termes et les illustrons par une énumération exemplative des entités visées.
- 8 Contrairement à l'art. 56 let. f LIFD qui s'applique aux «**caisses indigènes**», c'est-à-dire aux assureurs domiciliés en Suisse¹², aucune précision n'existe dans la LPGa quant au rattachement territorial en Suisse de l'entité exonérée. Si cette référence n'est pas pertinente lorsque l'on parle des organes d'exécution qui seront toujours «suisses» au vu de leur fonction, la question de la résidence d'un assureur étranger proposant des prestations d'assurances sociales en Suisse pourrait se poser (par exemple en matière d'assurance-ac-

7 Not.: RICHNER, 159 ss, 177 ss (plus spécifiquement); RUFENER, 764 ss.

8 TF, 24.2.2010, 2C_584/2009, c. 4.6; TF, 10.6.2009, 2C_71/2009, c. 4.4; TF, 29.8.2000, 2A.623/1998, c. 3b, RDAF II (2002) II 7 ss.

9 Lettre-circulaire de l'Administration fédérale des contributions du 27 septembre 1996 concernant les conséquences fiscales de la nouvelle loi sur l'assurance-maladie, ch. II/2 al. 3 à II/5.

10 LAFFELY MAILLARD, CR LIFD, art. 56 LIFD N 48 ss.; DIGERONIMO/NEUHAUS/STEINMANN, art. 56 LIFD N 10 ss.; LOCHER P., DBG-Kommentar, art. 56 LIFD N 68 ss.; MASSHARDT, art. 16 AIFD N 27; KÄNZIG, art. 16 AIFD N 31.

11 GRETER/GRETER, StHG-Kommentar, art. 23 LHID N 16.

12 LOCHER P., DBG-Kommentar, art. 56 LIFD N 64.

cidents). Nous sommes d'avis que pour des raisons d'égalité de traitement et de liberté de commerce, l'art. 80 LPGA doit être appliqué à un assureur étranger actif dans le domaine des assurances sociales en Suisse aux mêmes conditions qu'un assureur suisse. Une solution selon laquelle un assureur étranger proposant des assurances sociales en Suisse ne serait pas exonéré irait à l'encontre du but de la norme qui est de privilégier fiscalement ce domaine.

Sont des **assureurs sociaux** au sens de l'art. 80 LPGA, l'ensemble des acteurs qui sont régis par la LAVS, LAI, LPC, LACI, LAMal, LAA, LAM, LAPG, LAFam et la LFA¹³. Si dans certains cas il s'avère impératif d'obtenir une autorisation de l'autorité de surveillance compétente pour exercer l'activité d'assureur social, la forme juridique des entités exonérées n'est cependant pas déterminante. Ainsi, il peut s'agir aussi bien d'institutions de droit public que d'entités de droit privé¹⁴.

Dans le cadre de l'**assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité, des allocations pour perte de gain et des prestations complémentaires**, l'art. 80 LPGA s'applique en particulier aux caisses de compensation professionnelles qui sont des organisations économiques, indépendantes et neutres du secteur privé, dont le but est la gestion du 1^{er} pilier et qui garantissent différents services adaptés à la branche dans l'application des assurances sociales (par exemple la Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise ou la Caisse interprofessionnelle neuchâteloise de compensation pour l'industrie, le commerce et les arts et métiers fondée par la Chambre neuchâteloise du commerce et de l'industrie¹⁵). Cette disposition s'applique aussi à la Caisse de compensation de la Confédération¹⁶ qui est responsable du personnel de la Confédération ainsi qu'à la Caisse de compensation suisse qui s'occupe de tous les assurés à l'étranger et enfin aux Caisses cantonales de compensation¹⁷ vers lesquelles se tournent les personnes qui ne sont affiliées ni à une Caisse professionnelle de compensation, ni à une Caisse de compensation fédérale pour cotiser et percevoir des prestations. Est aussi couvert par l'art. 80 LPGA, le Fonds de compensation responsable de la gestion des liquidités et de la fortune de l'**assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité et des allocations pour perte de gain** dont l'exonération est précisée à l'art. 110 LAVS. En outre, pour l'**assurance-invalidité**, ce sont les offices AI¹⁸, établissements de droit public, dont la création est de compétence cantonale qui agissent comme organes d'exécution en accomplissant des tâches ressortant de cette sphère. S'agissant de l'**assurance-chômage**, l'art. 80 LPGA s'applique aux offices régionaux de placement (ORP), aux services de logistique des mesures relatives au marché du travail (LMMT) ainsi qu'aux caisses de chômage publiques et privées (art. 76 al. 1 LACI).

Dans le domaine de l'**assurance-maladie**, l'art. 80 LPGA s'applique uniquement aux assureurs-maladie sociaux, c'est-à-dire aux assureurs et aux caisses qui pratiquent l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal (art. 2 al. 1 LSAMal) selon le principe de la mutualité, en garantissant l'égalité de traitement des assurés et en n'affectant les ressources provenant de celle-ci qu'à des buts d'assurance-maladie sociale (art. 5 let. f LSA-Mal). La **notion de caisse-maladie sociale** (art. 2 LSAMal) comprend, d'une part, l'assu-

13 LOCHER P., DBG-Kommentar, art. 56 LIFD N 68 ss et 73.

14 Dans ce sens: GRETER/GRETER, StHG-Kommentar, art. 23 LHID N 16; LAFFELY MAILLARD, CR LIFD, art. 56 LIFD N 48.

15 <<https://www.ahv-iv.ch/fr/Contacts/Caisses-de-compensation-professionnelles>>.

16 <<https://www.ahv-iv.ch/fr/Contacts/Caisse-fédérale-de-compensation-CFC>>.

17 <<https://www.ahv-iv.ch/fr/Contacts/Caisses-cantonales-de-compensation>>.

18 <<https://www.ahv-iv.ch/fr/Contacts/Offices-AI>>.

rance obligatoire des soins (art. 3 ss LAMal) et, d'autre part, l'assurance facultative d'indemnités journalières (art. 67 ss LAMal). Par conséquent, une assurance-maladie sociale dont la seule activité se limiterait à l'octroi de l'indemnité journalière bénéficie également de l'exonération prévue à l'art. 80 LPGA. Cependant, le statut d'assurance-maladie sociale est soumis à l'autorisation de l'autorité de surveillance (art. 3 LSAMal) aux conditions de l'art. 4 LSAMal. Sont ainsi **exclus de l'exonération** les sociétés d'assurances concessionnaires sur la partie de leurs prestations qui sont de l'ordre du domaine de l'assurance complémentaire, c'est-à-dire qui vont au-delà de l'assurance-maladie obligatoire¹⁹. De telles sociétés doivent dès lors tenir une comptabilité séparée dans laquelle les rubriques exonérées et celles qui sont soumises à l'impôt doivent être distinguées (cf. N 22) du point de vue comptable²⁰.

- 12** Pour l'**assurance-accidents**, l'art. 80 LPGA s'applique tant à la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (anciennement connue sous l'acronyme CNA mais appelée SUVA depuis 1996)²¹ et à ses agences régionales, qu'à tout autre assureur autorisé à offrir des prestations ayant trait à la LAA (art. 68 LAA) et à la caisse supplétive gérée par ceux-ci. Avant l'introduction de l'art. 80 al. 1 LPGA, les dispositions légales qui prévoyaient l'exonération de la SUVA et des autres assureurs-accidents n'avaient pas le même champ d'application. En effet, selon l'art. 67 al. 1 aLAA, «la CNA est exempte d'impôts, sauf pour sa fortune immobilière en tant qu'elle n'est pas directement affectée à la gestion de l'assurance ou au placement de réserves mathématiques», alors que les autres assureurs n'étaient pour leur part «[...] exonérés des impôts directs fédéraux, cantonaux et communaux [que] pour les montants qu'ils affectent aux réserves mathématiques, à condition que celles-ci soient exclusivement destinées à garantir des droits fondés sur la présente loi» (art. 71 al. 1 aLAA). Ainsi, l'exonération offerte à la CNA s'étendait sur le principe à tous les impôts tandis que celle des autres assureurs se limitait aux seuls impôts directs pour autant que leurs réserves servaient à garantir les prestations de l'assurance-accidents. Lors des travaux préparatoires de la LPGA, le législateur a voulu abolir cette distinction en harmonisant le traitement fiscal des différents acteurs de la LAA²². Cependant, bien que l'art. 80 al. 1 LPGA uniformise le champ d'application de l'exonération de la SUVA et des assureurs autorisés en limitant l'exonération aux impôts directs, l'art. 71 LAA en restreint l'étendue. Ainsi, lorsque l'assureur autorisé selon l'art. 68 LAA propose également d'autres assurances que la seule assurance-accidents sociale, l'exemption prévue à l'art. 80 al. 1 LPGA s'applique alors uniquement aux montants qu'il affecte aux réserves mathématiques permettant de garantir les obligations découlant de la LAA.
- 13** On peut relever que les fonds de soutien et les caisses de prévoyance qui n'ont pas les caractéristiques d'assurances sociales et/ou qui versent des prestations selon un pouvoir d'appréciation qui leur est propre **ne bénéficient pas de l'exonération** de l'art. 80 LPGA. Il n'est cependant pas exclu que de telles entités bénéficient d'une exonération sur la base d'une autre disposition légale²³. Il en va de même des entités actives dans le domaine de la prévoyance professionnelle qui n'entrent pas dans le champ d'application

19 LAFFELY MAILLARD, CR LIFD, art. 56 LIFD N 50; DIGERONIMO/NEUHAUS/STEINMANN, art. 56 LIFD N 10a; LOCHER P., DBG-Kommentar, art. 56 LIFD N 74 ss; KUSTER, 183.

20 TF, 29.8.2000, 2A.623/1998, c. 3, RDAF II (2002) 7; LAFFELY MAILLARD, CR LIFD, art. 56 LIFD N 51.

21 Cf. ATF 121 II 138, sur l'exonération de la CNA.

22 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4354; ATF 131 I 394, c. 3.3.

23 GRETER/GRETER, StHG-Kommentar, art. 23 LHID N 16.

de la LPGA mais pour lesquelles l'art. 80 LPP prévoit un concept d'exonération similaire.

B. Champ d'application objectif

D'un point de vue objectif, l'art. 80 LPGA s'applique aux impôts directs fédéraux, cantonaux et communaux ainsi qu'aux impôts cantonaux et communaux sur les successions et les donations. Dès lors, il convient d'opérer une distinction entre les impôts directs et les impôts indirects, avant que nous présentions l'impôt sur les successions et les donations. 14

L'art. 80 al. 1 LPGA **exclut de son champ d'application les impôts indirects** en prévoyant expressément, d'une part, que seuls les impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes bénéficient de l'exonération et, d'autre part, que le champ d'application de cette exonération ne s'étend qu'à deux types d'impôts indirects que sont les impôts sur les successions et les donations²⁴. Il est donc nécessaire de déterminer quels prélèvements publics répondent à la définition d'impôt direct et indirect. Si plusieurs éléments peuvent être pris en compte pour cette distinction, la doctrine majoritaire établit la distinction sur le rapport existant entre l'objet de l'impôt et sa base de calcul: les impôts directs sont ceux dont l'objet et la base de calcul sont identiques, alors que les impôts indirects sont calculés sur des éléments différents de leur objet²⁵. 15

Se basant sur cette conception majoritairement reconnue de la distinction entre impôt direct et indirect, le Tribunal fédéral conclut que les **droits de mutation** cantonaux doivent être qualifiés d'impôt indirect car leur objet porte sur le transfert entre vifs ou pour cause de mort d'immeubles ou de parts d'immeubles, alors que le montant de l'impôt est calculé sur la base de la valeur du bien immobilier transféré. En conséquence, l'art. 80 al. 1 LPGA ne s'applique pas aux droits de mutation qui peuvent être prélevés par les cantons sur les transactions immobilières impliquant des assureurs sociaux²⁶. 16

En ce qui concerne **l'impôt sur les gains immobiliers**, la situation est plus confuse. Ce prélèvement public obligatoire pour les cantons (art. 12 LHID) visant le gain réalisé lors d'aliénation d'immeubles est considéré comme un impôt direct²⁷. En effet, en reprenant le critère de l'identité de l'objet de l'impôt et de sa base de calcul, on doit bien admettre que le montant du gain immobilier qui est l'objet de l'impôt est identique à sa base de calcul qui correspond au même gain. Dans cette mesure, il découle de la seule lecture de l'art. 80 LPGA, que les assurances et les organes d'exécution opérant dans le champ d'action des assurances sociales sont exonérés du paiement de l'impôt sur les gains immobiliers lorsqu'ils aliènent un immeuble servant exclusivement à mettre en œuvre ou à garantir lesdites prestations d'assurances sociales. *A contrario*, l'art. 23 al. 4 LHID prévoit que «les personnes morales mentionnées à l'al. 1, let. d à g et i, sont toutefois soumises dans tous les cas à l'impôt sur les gains immobiliers». L'art. 23 al. 1 let. e LHID mentionnant explicitement les «caisses indigènes d'assurances sociales et de compensation, notamment les caisses d'assurance chômage, d'assurance maladie, d'assurance vieillesse et d'assurance invalidité et survivants, à l'exception des sociétés d'assurances concessionnaires», on pourrait en déduire que ces entités sont obligatoirement soumises 17

24 RUFENER, 765.

25 ATF 131 I 394, c. 3.4; OBERSON, § 1 N 19 ss; RYSER/ROLLI, 18.

26 ATF 131 I 394, 398 s., c. 3.4, concernant les droits de mutation genevois.

27 OBRIST, 303.

à l'impôt sur les gains immobiliers. Cette divergence entre deux normes fédérales fait naître une controverse dans le cadre de laquelle les auteurs impliqués n'expriment pas un avis unanime. Si la majorité d'entre eux retient, à raison, que l'art. 80 LPGA doit avoir la priorité sur l'art. 23 LHID en tant que *lex specialis*, de surcroît postérieure²⁸, certains sont d'un avis contraire²⁹. Néanmoins, dans un arrêt daté du 24 février 2010, le Tribunal fédéral a accordé la priorité à l'art. 17 al. 1 LAMal, respectivement à l'art. 80 al. LPGA, en tant que droit le plus récent par rapport à l'art. 23 al. 4 LHID et a conséquemment exonéré une assurance sociale du paiement de l'impôt sur les gains immobiliers³⁰. Par ailleurs, l'exonération de l'impôt sur les gains immobiliers selon l'art. 80 LPGA est confirmée par la Circulaire n° 12 de la Conférence suisse des impôts du 27 novembre 2013 sur l'assujettissement des caisses-maladie (LAMal) ainsi que par d'autres décisions judiciaires³¹. On relèvera en outre que contrairement à la disposition topique dans le domaine de la prévoyance professionnelle (art. 80 al. 4 LPP), l'art. 80 LPGA ne mentionne pas expressément que «les bénéfices provenant de l'aliénation d'immeubles peuvent être frappés de l'impôt général sur les bénéfices ou d'un impôt spécial sur les gains immobiliers». On peut dès lors déduire de l'interprétation littérale de la norme que si le législateur avait voulu exclure l'impôt sur les gains immobiliers de l'art. 80 LPGA et ainsi permettre son prélèvement, il l'aurait fait expressément.

- 18 L'impôt foncier**, lorsqu'il est conçu comme un impôt réel ou objectif ne prenant pas en compte les dettes, constitue un impôt direct cantonal³² et bénéficie en conséquence de l'exonération formulée à l'art. 80 al. 1 LPGA³³. Il en va de même s'agissant notamment d'une **contribution de plus-value consécutive à des mesures d'aménagement du territoire** dans le canton de Bâle dont la CNA obtint l'exonération par une décision du Tribunal fédéral³⁴. En revanche, l'art. 80 LPGA ne s'applique pas dans le domaine de la LTVA, qui constitue un impôt indirect par excellence³⁵.
- 19 L'impôt sur les successions et les donations** est un impôt indirect frappant les dévolutions pour cause de mort (successions et legs) et les dévolutions à titre gratuit (donations). En tant qu'impôt indirect, il n'est pas soumis à la compétence d'harmonisation de la Confédération et n'est ainsi pas couvert par la LHID. Les cantons sont en conséquence libres de le prélever ou d'y renoncer (ce que fait en particulier le canton de Schwytz et plus récemment d'Obwald). En prévoyant l'exonération de l'impôt cantonal et communal sur les successions et donations, la LPGA introduit une exonération subjective ayant pour effet que les transferts gratuits et par succession à une entité exonérée ne peuvent être soumis à l'impôt sur les successions et les donations. Au vu du caractère indirect de ce prélèvement public, sa mention expresse à côté des «impôts directs de la Confédération, des cantons et des communes» est nécessaire pour bénéficier de l'exonération³⁶. Il s'agit du reste d'un empiètement fédéral sur les compétences fiscales des cantons qui, en

28 RICHNER, 179 ss; KUSTER, 184.

29 Cf. not. RUFENER, 765.

30 TF, 24.2.2010, 2C_584/2009, c. 4.6.

31 Not. TA/TI, RtiD 2005 655 et TF, 1.7.2004, 2P. 303/2003.

32 ATF 111 Ib 6, c. 4a; ATF 101 Ib 1, c. 2.3; TF, 17.3.1989, A.368/1987, c. 3, Archives de droit fiscal suisse 59 169; ATF 121 II 138.

33 Cf. également Circulaire de la Conférence suisse des impôts n° 12 du 27 novembre 2013, 2: «les immeubles qui relèvent de la fortune de l'assurance-maladie sociale sont exonérés de l'impôt foncier».

34 ATF 121 II 138, c. 3 et 4.

35 ATF 131 I 394.

36 TF, 24.2.1010, 2C_584/2009, c. 3.2, RDAF II (2013) 126; cf. également RUFENER, 765.

raison de son rang de loi formelle et constitutionnel (art. 111 al. 3 Cst.), ne saurait être remis en question par l'autorité en charge de son exécution.

C. Conditions de l'exonération

Dans l'application de l'art. 80 LPGA, **plusieurs notions doivent être examinées**. En particulier, il faut déterminer quel revenu et quelle fortune sont exonérés (a), et si ces éléments économiques servent exclusivement (b) à mettre en œuvre les assurances sociales, ou à allouer ou garantir des prestations d'assurances sociales (c). Ci-dessous nous analysons individuellement ces différents éléments. 20

a) Le **revenu exonéré** d'un assureur et d'un organe d'exécution opérant dans le domaine des assurances sociales au sens de l'art. 80 LPGA consiste en l'ensemble des moyens de financement prévus par les lois spécifiques à chaque assurance sociale et les rendements de la fortune qui leur servent exclusivement à mettre en œuvre lesdites assurances sociales, ou à allouer ou à garantir des prestations d'assurance sociale. A titre d'exemple, pour l'assurance-maladie obligatoire, les ressources autorisées par la LAMal sont «[...] les primes des assurés, qui constituent la principale source de financement de l'assurance obligatoire des soins (art. 61 LAMal; art. 89 à 92 OAMal), la participation aux coûts des assurés (art. 64 LAMal; art. 103 à 105 OAMal), les subsides des pouvoirs publics pour la réduction des primes (art. 65 à 66a LAMal; art. 106 à 106a OAMal) et les prétentions récursives de l'assureur (art. 72 ss LPGA; art. 79 LAMal)»³⁷. La **fortune exonérée** d'une assurance ou d'un organe d'exécution englobe tous les éléments de fortune qui lui servent exclusivement à mettre en œuvre les assurances sociales, ou à allouer ou à garantir des prestations d'assurance sociale, c'est-à-dire les montants qui sont investis soit librement, soit conformément aux règles fixées par une loi spécifique ou un règlement d'exécution. Sur le principe, il peut s'agir d'immeubles ou de biens mobiliers. Dans le premier cas, il peut s'agir d'immeubles d'exploitation ou de placement³⁸. 21

b) Ces éléments économiques doivent par ailleurs **servir exclusivement** à l'assurance sociale. Si originellement l'art. 16 ch. 4 AIFD avait pour principe d'accorder ou de nier dans son intégralité l'exonération des assurances sociales³⁹, les lois spéciales telles que l'art. 31 LAMA, en excluant la fortune immobilière non directement affectée au service de l'assurance, puis l'art. 17 al. 1 aLAMal, ont renversé ce paradigme en limitant l'exonération aux seules activités des assurances qui étaient jugées «sociales» au sens de la loi spécifique s'y rapportant. Dans ce cadre, une assurance qui n'est pas uniquement active dans le domaine des assurances sociales se devra de tenir une comptabilité distincte pour les activités bénéficiant de l'exonération et les autres activités n'en jouissant pas. La problématique de l'attribution de la fortune et des revenus servant exclusivement à mettre en œuvre les assurances sociales, ou à allouer ou garantir des prestations d'assurance sociale, devient particulièrement sensible lorsque seule une partie de l'activité de l'assureur est exonérée. Il faut alors effectuer une répartition en examinant si les revenus et la fortune servent ou non exclusivement à l'assurance sociale. Cette problématique est particulièrement exacerbée dans le cas notamment des caisses-maladies qui pratiquent sous la même entité juridique tant l'assurance-maladie sociale obligatoire que l'assurance complémentaire, qui est, pour cette dernière, assujettie à l'impôt. Pour cette raison, dans le 22

37 TF, 10.6.2009, 2C_71/2009, c. 5.1; cf. également ATF 135 V 39, c. 4.2.

38 TF, 28.4.2005, 2P.12/2004, c. 3.3, RDAF II (2005) 449 s.; TF, 23.2.2010, 2C_589/2009, c. 3.2.

39 MASSHARDT, art. 16 AIFD N 2; KÄNZIG, art. 16 AIFD N 23.

domaine de l'assurance-maladie, l'art. 49 al. 1 OSAMal (art. 60 al. 3 aLAMal) prévoit une obligation de tenir une comptabilité séparée pour les deux domaines⁴⁰. On veillera par-là à ce que l'assurance obligatoire ne soit financée que par les ressources provenant de cette assurance et qu'à l'inverse, les ressources de l'assurance complémentaire ne soient utilisées que pour le financement des assurances complémentaires⁴¹. Des **informations utiles** dans ce cadre se trouvent en outre dans la Circulaire de la Conférence suisse des impôts n° 12 du 27 novembre 2013 qui prévoit notamment l'obligation de tenir des comptes d'exploitation séparés de façon à permettre une distinction aisée d'un point de vue comptable entre les domaines imposables et exonérés de l'impôt⁴².

- 23 En outre, lorsqu'une même entité est active dans un domaine imposable et exonéré de l'impôt, se pose la délicate question de la **répartition des frais entre ces deux champs d'activité**. Dans ce cas, le Tribunal fédéral ne remet pas en cause la nécessité d'effectuer des économies d'échelle par le biais de convention de prestations et d'accord d'attribution des coûts internes. Toutefois «cette répartition doit [...] se répercuter sur les bénéficiaires de prestations selon des critères objectifs. Si tel n'était pas le cas, on se trouverait en présence de «subventions transversales», qui devraient être considérées comme un déplacement dissimulé de bénéfice. Les frais d'administration doivent être contrôlés exactement par l'autorité de surveillance (art. 22 LAMal) [...]. Cette répartition doit par ailleurs s'opérer d'après les charges réelles (art. 84 al. 2 OAMal). Cette surveillance devrait garantir que «l'assurance-maladie sociale», respectivement «l'assurance sociale», ne supporte pas de frais d'administration étrangers à ce secteur d'activités»⁴³.
- 24 On peut aussi mentionner l'arrêt du Tribunal fédéral du 25 octobre 2004 dans lequel il est retenu que «**l'existence de perte** dans le domaine de l'assurance de base pour un exercice comptable ne saurait justifier une exonération du bénéfice comptable des assurances complémentaires pour le même exercice au motif que ce bénéfice serait exclusivement destiné à combler l'assurance de base. Le respect du principe de la capacité contributive s'applique dès lors à l'intérieur de chacun des secteurs d'activité et non pas globalement»⁴⁴.
- 25 c) Les revenus et la fortune en question doivent servir à **mettre en œuvre ou allouer ou garantir des prestations d'assurances sociales**. Ces trois termes employés ici de manière générique couvrent le financement, la fourniture de prestations d'assurances sociales ainsi que la constitution de réserves mathématiques afin de garantir ces dernières.

40 Cf. sur cette question: TF, 29.8.2000, 2A.623/1998, c. 3b *if.*, RDAF II (2002) 13 ss; TF, 10.6.2009, 2C_71/2009, c. 4.2; TF, 24.2.2010, 2C_584/2009, c. 2.3, RDAF II (2013) 123 ss; les références citées par RICHNER, 169; LAFFELY MAILLARD, CR LIFD, art. 56 LIFD N 51.

41 ATF 130 V 196, c. 5.1.

42 Cf. également Lettre circulaire de l'Administration fédérale des contributions du 27 septembre 1996 concernant les conséquences fiscales de la nouvelle loi sur l'assurance-maladie et Lettre circulaire du 20 mars 1998 sur l'assujettissement des caisses-maladie selon la loi sur l'assurance-maladie.

43 TF, 24.2.2010, 2C_584/2009, c. 4.4.

44 TF, 25.10.2004, 2P.29/2004, Revue fiscale 60 (2005) 129 ss.

III. L'interdiction de prélever des taxes et émoluments publics sur des documents employés dans la mise en œuvre des assurances sociales (al. 2)

Le **but du second** alinéa de l'art. 80 LPGA est d'exonérer les documents qui doivent permettre la mise en œuvre des assurances sociales. Cette disposition prévoit que les assureurs et les organes d'exécution opérant dans les assurances sociales ne peuvent pas prélever de taxes et émoluments publics lorsqu'ils fournissent des documents à des assurés, des tiers ou d'autres organisations. Lors de transfert de documents à d'autres autorités, cette prescription constitue une règle spécifique de l'assistance administrative. Dans cette mesure, l'art. 80 LPGA est le pendant de l'art. 32 LPGA qui prévoit que les autorités administratives et judiciaires fournissent gratuitement aux organes des assurances sociales les données qui leur sont nécessaires (art. 32 N 15 ss). L'alinéa 2 de l'art. 80 LPGA est divisé en deux phrases qu'il convient de distinguer: alors que la première phrase prévoit une interdiction de soumettre certains documents à des taxes et émoluments publics, la seconde exonère du droit de timbre le paiement des cotisations légalement dues. 26

La première phrase de l'art. 80 al. 2 LPGA prévoit l'exonération des documents de taxes et contributions publiques. Contrairement à l'impôt qui est dû sans contre-prestation de la part de l'Etat, les **taxes et contributions publiques** sont dues en contrepartie d'une prestation spéciale ou d'un avantage particulier qu'un citoyen a reçu ou recevra⁴⁵. Ces deux termes comprennent ici principalement, d'une part, les contributions causales («*Kausal-abgaben*») prélevées lors de l'établissement et de la remise de documents, et d'autre part, les émoluments («*Gebühren*»), soit le prix à payer en contrepartie de services rendus par l'administration publique⁴⁶. 27

On peut déduire de la notion très large de «**documents**» que tout certificat, attestation, formulaire, etc. fourni par une autorité est exonéré dans la mesure où il concerne le domaine des assurances sociales. 28

La seconde partie de l'al. 2 de l'art. 80 LPGA traite de l'exonération du droit de timbre sur les primes d'assurances et interdit que les cotisations légales y soient soumises. On peut relever que le législateur mentionne à l'art. 80 LPGA le droit de timbre sur les quittances de primes alors que la LT emploie, quant à elle, le terme de droit de timbre sur les primes d'assurances. Cette différence terminologique ne doit cependant pas faire perdre de vue le fait que cette disposition s'applique bien à l'impôt fédéral prévu aux art. 21 ss LT. Il conviendrait d'ailleurs de s'interroger sur la **relation entre la disposition examinée ici et la loi sur les droits de timbres**. En effet, la liste des exceptions de l'art. 22 LT couvre plusieurs assurances sociales mais pas toutes. On lit ainsi, en particulier, que ne sont pas soumis au droit de timbre les paiements de primes de l'assurance-maladie (let. b), de l'assurance contre les accidents (let. c) et de l'assurance contre le chômage (let. d). En revanche, la LT ne mentionne pas le paiement des cotisations à l'assurance-vieillesse et survivants/assurance-invalidité ou encore des allocations pour perte de gain. Ces dernières sont cependant exonérées sur la base de l'art. 80 LPGA, qui n'entre pas en contradiction avec la LT mais va uniquement plus loin. 29

45 OBRIST, 17.

46 KIESER, ATSG-Kommentar, art. 80 N 23.

IV. Procédure

- 30 A notre sens, la disposition examinée ici, bien qu'étant incorporée formellement dans la LPGA, représente du **droit fiscal matériel**.⁴⁷ C'est donc en bonne logique que l'autorité fiscale compétente se prononce sur l'octroi de l'exonération et non pas une autorité compétente dans le domaine des assurances sociales. On rappellera dans ce contexte que c'est l'autorité cantonale qui dirige et surveille l'exécution de la loi sur l'impôt fédéral direct sur la base de laquelle l'impôt fédéral est prélevé (art. 104 al. 1 LIFD). Dans cette mesure, c'est bien cette autorité cantonale (appelée selon les cantons: service des contributions, administration cantonale des impôts ou intendance des impôts) qui est compétente pour confirmer l'octroi d'une exonération au sens de l'art. 80 LPGA.
- 31 Un point essentiel est celui de déterminer si une décision formelle est nécessaire pour qu'une entité bénéficie de l'exonération ou si celle-ci s'applique *ex lege*, c'est-à-dire automatiquement, lorsque les conditions prévues par la loi sont remplies. La réponse à cette question aura notamment une portée lorsque l'assureur ou l'organe d'exécution actif dans le domaine des assurances sociales aura omis de requérir formellement une exonération. Selon le Tribunal fédéral, les personnes morales qui remplissent les conditions pour être exonérées le sont *ex lege*, c'est-à-dire qu'elles ont un droit à l'exonération sans qu'un acte administratif constitutif ne soit nécessaire⁴⁸. Dans cette mesure, une demande formelle à bénéficier d'une exonération n'est pas nécessaire. En pratique cependant, il est fréquent et recommandable que les entités concernées demandent à l'autorité fiscale compétente une confirmation écrite de leur exonération. Cas échéant, une telle confirmation sera communiquée par décision formelle, susceptible de recours ou par *ruling* fiscal, c'est-à-dire une information fournie par l'autorité fiscale qui est contraignante pour elle⁴⁹. En outre, lorsqu'une assurance est active à la fois dans un domaine exonéré et imposable, elle doit remplir et remettre une déclaration fiscale annuelle (avec une comptabilité distinguant ces deux domaines) et l'autorité fiscale compétente a ainsi l'occasion, dans le cadre de la procédure de taxation, d'examiner les conditions de l'exonération⁵⁰.
- 32 Dans la première mouture du projet de la LPGA en 1991, il était prévu d'indiquer expressément que l'autorité compétente pour trancher un conflit en matière d'exonération selon l'art. 80 LPGA était le **Tribunal fédéral**⁵¹. Cependant, les avis exprimés lors des travaux parlementaires conclurent qu'une telle précision était superflue ce qui entraîna sa radiation⁵². C'est ainsi les voies de droit habituelles en matière fiscale qui s'appliquent, respectivement les échelons cantonaux en premier lieu, puis en dernière instance le recours au Tribunal fédéral.

47 Dans le même sens, KIESER (ATSG-Kommentar), art. 80 N 8, qui relève qu'il serait plus cohérent que cette disposition soit ancrée dans une loi fiscale.

48 ATF 128 II 56, c. 5.b; GRETER/GRETER, StHG-Kommentar, art. 23 LHID N 21.

49 Sur la notion de *ruling* fiscal: BÜRGISSER, 401 ss.

50 Dans ce sens, GRETER/GRETER, StHG-Kommentar, art. 23 LHID N 21.

51 Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 210.

52 Rapport Commission CN, FF 1999 IV 4168, 4320 et 4327; Avis approfondi 932 et 942 CF, FF 1994 V 897, 932 et 942.

Chapitre 7: Dispositions finales

Art. 81

Exécution	Le Conseil fédéral est chargé de l'exécution de la présente loi. Il édicte les dispositions nécessaires.
Vollzug	Der Bundesrat wird mit dem Vollzug beauftragt. Er erlässt die Ausführungsbestimmungen.
Esecuzione	Il Consiglio federale è incaricato dell'esecuzione della presente legge. Emanare le necessarie disposizioni.

Plan

	N
I. Délégation au Conseil fédéral	1
II. Ordonnance	3

Bibliographie

DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014.

I. Délégation au Conseil fédéral

L'art. 81 LPGA délègue au Conseil fédéral l'exécution de la LPGA. La formulation de cette disposition reprend le mandat de mise en œuvre de la législation fédérale postulé par l'art. 182 al. 2 Cst., de sorte que le Conseil fédéral ne peut légiférer au-delà du cadre de la loi¹. La réglementation d'exécution prend ainsi en principe la forme d'ordonnances (dépendantes²) qui peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire sous l'angle de la légalité et de la conformité à la Constitution. 1

II. Ordonnance

Le Conseil fédéral a fait usage des pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 81 LPGA en édictant l'ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA³). Ce faisant, il s'est limité, conformément à l'esprit qui a guidé l'élaboration et l'adoption de la LPGA, à des points communs à l'exécution de toutes les branches d'assurances sociales. 3

L'OPGA concerne ainsi les points suivants: 4
– la garantie de l'utilisation des prestations conformément à leur but (art. 1)⁴;

1 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 81 N 7 s.

2 Cf. DUBEY/ZUFFEREY, N 303 s. et 306, qui relèvent à juste titre selon nous qu'une ordonnance d'exécution ne peut en principe être indépendante, puisqu'elle se fonde sur la loi qu'elle a vocation à concrétiser et n'a pas de portée propre en dehors du champ de validité de cette dernière. *Contra*: KIESER, ATSG-Kommentar, art. 81 N 8.

3 RS 830.11.

4 Cf. art. 20 LPGA.

- la restitution de prestations indûment touchées (art. 2 à 5)⁵;
- les intérêts moratoires sur les prestations (art. 7)⁶;
- la consultation du dossier (art. 8 et 9)⁷;
- la notification des jugements et arrêts à l'expert externe (art. 9a)⁸;
- la procédure d'opposition (art. 10 à 12)⁹;
- la fixation des frais d'assistance gratuite d'un conseil juridique (art. 12a)¹⁰;
- la subrogation (art. 13 à 17)¹¹;
- l'assistance administrative (art. 18)¹².

5 Ces différentes dispositions sont commentées avec la ou les dispositions légales qu'elles concrétisent.

Art. 82

Dispositions transitoires

¹ Les dispositions matérielles de la présente loi ne sont pas applicables aux prestations en cours et aux créances fixées avant son entrée en vigueur. Sur demande, les rentes d'invalidité ou de survivants réduites ou refusées en raison d'une faute de l'assuré seront cependant réexaminées et, si nécessaire, fixées à nouveau conformément à l'art. 21, al. 1 et 2, au plus tôt à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi.

² ...

Übergangsbestimmungen

¹ Materielle Bestimmungen dieses Gesetzes sind auf die bei seinem Inkrafttreten laufenden Leistungen und festgesetzten Forderungen nicht anwendbar. Wegen Selbstverschulden gekürzte oder verweigerte Invaliden- oder Hinterlassenenrenten werden jedoch auf Antrag überprüft und gegebenenfalls frühestens vom Inkrafttreten dieses Gesetzes an auf Grund von Artikel 21 Absatz 1 und 2 neu festgesetzt.

² ...

Disposizioni transitorie

¹ Le disposizioni materiali della presente legge non sono applicabili alle prestazioni correnti e alle esigenze fissate prima della sua entrata in vigore. Su richiesta le rendite d'invalidità o per superstiti ridotte o rifiutate in seguito a colpa dell'assicurato saranno tuttavia riesaminate e, se necessario, fissate nuovamente secondo l'articolo 21 capoversi 1 e 2, al più presto a partire dall'entrata in vigore della presente legge.

² ...

Plan

	N
I. Généralités	1
II. Non-rétroactivité de la loi	3
III. Rentes réduites en raison d'une faute	6

5 Cf. art. 25 LPGGA.
 6 Cf. art. 26 al. 2 LPGGA.
 7 Cf. art. 47 LPGGA.
 8 Cf. art. 44 LPGGA.
 9 Cf. art. 52 LPGGA.
 10 Cf. art. 37 al. 4 LPGGA.
 11 Cf. art. 72 à 75 LPGGA.
 12 Cf. art. 32 LPGGA.

Bibliographie

DUBÉY JACQUES/ZUFFERREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014; MEYER ULRICH/ARNOLD PETER, Intertemporales Recht. Eine Bestandesaufnahme anhand der Rechtsprechung der beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, RDS 2005 I 115 ss.

I. Généralités

Le champ d'application de la disposition transitoire de la LPGA ne règle expressément **1** que **deux questions précises**, à savoir la non-application rétroactive de cette dernière aux prestations versées et aux créances fixées avant son entrée en vigueur (II) et la possibilité de demander le réexamen d'une réduction ou d'un refus de rente d'invalidité ou de survivant en raison d'une faute de l'assuré ou de ses proches prononcé sous l'ancien droit (III). Une troisième question – l'obligation faite aux cantons d'adapter leur législation à la LPGA dans un délai de cinq ans à partir de l'entrée en vigueur de la Partie générale, soit jusqu'au 31 décembre 2007 – a fait l'objet d'un second alinéa de l'art. 82, qui a été abrogé après l'échéance du délai d'adaptation, avec effet au 1^{er} août 2008¹.

Le Tribunal fédéral considère que les autres situations relèvent d'une lacune proprement dite², qui doit être comblée en se référant aux **principes généraux** s'appliquant aux situations intertemporelles³, cas échéant en tenant compte des dispositions de droit transitoire contenues dans les lois spéciales. Conformément à ces principes généraux, la LPGA ne s'applique en principe qu'à des états de fait qui se sont réalisés après son entrée en vigueur⁴. Autrement dit, la LPGA n'a pas vocation à s'appliquer lorsque le complexe de faits pertinent pour juger du droit aux prestations sociales s'est réalisé avant son entrée en vigueur⁵. Peu importe, à cet égard, que la décision sur opposition (et à notre sens également la décision) soit rendue après l'entrée en vigueur de la LPGA⁶. Il peut ainsi arriver que la situation juridique découlant d'un complexe de faits qui s'est produit avant l'entrée en vigueur de la LPGA (p.ex. le droit à une rente en raison d'une atteinte à la santé qui s'est produite avant le 1^{er} janvier 2003), doive être analysée en deux temps, soit selon l'ancien droit jusqu'au 31 décembre 2002, puis en application des règles de la LPGA à partir de cette date⁷. Dans la mesure où une décision rendue en application de l'ancien droit crée une situation qui perdure au-delà de l'entrée en vigueur de la LPGA⁸, le réexamen de la cause sous l'angle du nouveau droit est possible⁹. **2**

1 RO 2008 3437. Pour des cas d'application de la disposition transitoire, ATF 133 V 96; ATF 132 V 361; ATF 131 V 325; ATF 129 V 113.

2 Cf. MEYER/ARNOLD, 129.

3 Cf. DUBÉY/ZUFFERREY, N 352 ss.

4 Cf. Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 266.

5 MEYER/ARNOLD, 129. Cf. également TF, 1.11.2010, 8C_979/2009, c. 3; ATF 134 III 489, c. 4.3; ATF 131 III 360, c. 7.1.

6 Cf. ATF 129 V 1, c. 1.2; TFA, 5.5.2004, C 51/04.

7 Cf. ATF 130 V 445, c. 1; ATF 130 V 329.

8 En matière d'assurances sociales, c'est le cas pour l'octroi de toutes les prestations durables (indemnités journalières, rentes et allocations pour impotent notamment).

9 Cf. ATF 130 V 445, c. 1.2.

II. Non-rétroactivité de la loi

- 3 L'art. 82 LPGA prévoit en premier lieu que «les dispositions matérielles de la présente loi ne sont pas applicables aux prestations en cours et aux créances fixées avant son entrée en vigueur». Cette formulation peut prêter à confusion car, comme indiqué ci-dessus (N 2), les prestations de durée sont susceptibles d'être adaptées après l'entrée en vigueur du nouveau droit. La première phrase de l'art. 82 doit en réalité être comprise dans ce sens que **le nouveau droit ne peut pas s'appliquer aux prestations versées pour une période antérieure à son entrée en vigueur**. En revanche, il a vocation à s'appliquer à partir de ce moment-là, et peut cas échéant justifier une reconsidération des droits de l'assuré¹⁰.
- 4 Dans le même ordre d'idée, des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la LPGA peuvent être pris en considération pour statuer sur un droit qui, en tant que tel, ne peut toutefois prendre naissance qu'à partir de ce moment-là. A titre d'exemple, Kieser mentionne le versement à l'assuré d'intérêts moratoires sur des prestations arriérées, qui suppose un retard de 24 mois au moins (art. 26 al. 2 LPGA). Si cette période peut avoir commencé à courir, voire s'être intégralement écoulée avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, on doit néanmoins en tenir compte pour statuer sur le droit de l'assuré à percevoir des intérêts moratoires, qui ne lui seront cependant dus au plus tôt qu'à partir de l'entrée en vigueur de la LPGA¹¹.
- 5 A noter que la première phrase de l'art. 82 LPGA prévoit uniquement la non-rétroactivité des **dispositions matérielles** de la LPGA, soit des art. 3 à 26 LPGA. Les dispositions formelles, soit les art. 27 à 62 LPGA, sont en revanche d'application immédiate¹².

III. Rentes réduites en raison d'une faute

- 6 Selon la seconde phrase de l'art. 82 LPGA, «sur demande, les rentes d'invalidité ou de survivants réduites ou refusées en raison d'une faute de l'assuré seront cependant réexaminées et, si nécessaire, fixées à nouveau conformément à l'art. 21, al. 1 et 2, au plus tôt à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi».
- 7 Avant l'entrée en vigueur de la LPGA, certaines lois spéciales admettaient la réduction ou le refus des rentes d'invalidité ou de survivants lorsque l'assuré, respectivement ses proches, avaient causé ou aggravé la réalisation du risque par négligence grave¹³. Dans un arrêt de principe¹⁴, le Tribunal fédéral avait reconnu que la législation helvétique violait, sur ce point, ses engagements internationaux, la Convention n° 128 de l'OIT concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants ainsi que le Code européen de sécurité sociale (CESS) contenant des dispositions directement applicables (*self-executing*) **qui ne permettaient pas la réduction d'une rente de l'assurance-invalidité en raison de la faute grave non intentionnelle** commise par un assuré¹⁵. Notre Haute

10 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 82 N 14.

11 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 82 N 12.

12 Sur la question des délais qui couraient au moment de l'entrée en vigueur de la LPGA, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 82 N 19, et au sujet des règles cantonales de procédure, N 26 ss.

13 Cf. art. 7 al. 1 aLAI, qui, dans sa teneur jusqu'au 31.12.2002, prévoyait que «les prestations en espèces peuvent être refusées, réduites ou retirées, temporairement ou définitivement, à l'assuré qui a intentionnellement ou par faute grave, ou en commettant un crime ou un délit, causé ou aggravé son invalidité» (RO 1959 857). Cf. également art. 115 aLAM (RO 1993 3043).

14 ATF 119 V 171.

15 Cf. art. 32 par. 1 let. e Convention OIT n° 128 (RS 0.831.105); art. 68 let. f CESS.

Cour a ensuite jugé que cette jurisprudence devait également s'appliquer aux rentes en cours, qui devaient être adaptées en conséquence¹⁶. A notre sens, cette jurisprudence prive de tout effet la mention, à l'art. 82 LPGa, d'un réexamen «au plus tôt à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi».

L'art. 82, 2^e phrase, LPGa a principalement vocation à s'appliquer dans le domaine de l'assurance-invalidité et de l'assurance militaire. Dans le domaine de l'assurance-accidents, l'entrée en vigueur de la LPGa n'a profité qu'aux bénéficiaires de rentes de survivants¹⁷, les personnes assurées restant, pour leurs droits propres, soumis à l'art. 37 LAA, qui se montre plus sévère que la réglementation générale¹⁸.

8

Art. 83

Modification du droit en vigueur

¹ Les articles figurant en annexe sont abrogés ou modifiés.

² Avant l'entrée en vigueur de la présente loi, l'Assemblée fédérale peut, par voie d'ordonnance, modifier l'annexe afin de l'adapter aux modifications qui auraient été apportées aux lois concernées et qui seraient entrées en vigueur depuis l'adoption de la présente loi.

Änderung bisherigen Rechts

¹ Die im Anhang aufgeführten Artikel werden aufgehoben oder geändert.

² Die Bundesversammlung kann vor Inkrafttreten dieses Gesetzes auf dem Verordnungsweg den Anhang ändern, um diesen an Änderungen anzupassen, die in den betroffenen Gesetzen vorgenommen wurden und seit der Verabschiedung dieses Gesetzes in Kraft getreten sind.

Modifica del diritto vigente

¹ Gli articoli esposti in allegato sono abrogati o modificati.

² Prima dell'entrata in vigore della presente legge, l'Assemblea federale può modificare l'allegato, tramite ordinanza, per adattarlo a modifiche apportate ed entrate in vigore nelle leggi in questione dalla promulgazione della presente legge.

Plan

	N
I. Généralités	1
II. La modification ou l'abrogation du droit en vigueur (al. 1)	2
III. L'adaptation par voie d'ordonnance (al. 2)	4

¹⁶ ATF 119 V 410.

¹⁷ ATF 134 V 277, c. 3.3 et 3.4.

¹⁸ L'art. 37 al. 2 et 3 LAA prévoit une réduction, voire une suppression, de certaines ou de toutes les prestations en espèces si l'assuré a causé l'accident par une négligence grave ou en commettant non intentionnellement un crime ou un délit. Il a également été jugé que l'art. 118 al. 4 LAA l'emportait sur l'art. 82 LPGa (ATF 131 V 353, c. 2).

I. Généralités

- 1 Au moment de l'adoption de la LPGA, en octobre 2000, la quasi-totalité des lois régissant les assurances sociales étaient déjà en vigueur, pour certaines depuis longtemps (Introduction générale N 11 ss). Il était donc nécessaire de procéder à leur adaptation. La technique adoptée par le législateur à l'art. 83 LPGA tient essentiellement à des raisons historiques: le projet de loi soumis par la Société suisse du droit des assurances (SSDA) ne traitait en effet pas expressément de l'adaptation de la législation existante, mais était doté d'une annexe qui énumérait les textes dont la modification était nécessaire (Introduction générale N 31 ss). Lors des débats en commission, il a été proposé que cette annexe fasse partie intégrante de la loi, en ajoutant à cette dernière une disposition à cet effet¹. Cette disposition correspond, après quelques modifications rédactionnelles, à l'actuel art. 83 al. 1 LPGA².

II. La modification ou l'abrogation du droit en vigueur (al. 1)

- 2 L'entrée en vigueur de l'art. 83 al. 1 LPGA a eu pour effet de modifier, respectivement d'abroger, avec effet immédiat les dispositions énumérées dans l'annexe à la date du 6 octobre 2000.
- 3 L'annexe³ dressait une liste de 16 lois dont la modification était rendue nécessaire par l'adoption de la LPGA, à savoir les neuf lois régissant les différentes branches d'assurances sociales (LAVS, LAI, LPC, LAMal, LAA, LAM, LAPG, LFA et LACI⁴) ainsi que sept autres lois (LREC, PA, LRCN, LCR, LA, LSC et LPP)⁵.

III. L'adaptation par voie d'ordonnance (al. 2)

- 4 Le législateur a tenu compte, d'une part, du laps de temps susceptible de s'écouler entre l'adoption de la LPGA (le 6 octobre 2000, en l'occurrence) et son entrée en vigueur (au 1^{er} janvier 2013), et, d'autre part, de la possibilité que, dans l'intervalle, les dispositions légales énumérées dans l'annexe (N 2 s.) aient pu, de leur côté, faire l'objet d'une modification. Dans cette hypothèse, il était nécessaire de permettre au législateur de procéder par voie d'ordonnance aux adaptations nécessaires. L'art. 83 al. 2 LPGA lui reconnaît expressément cette compétence. L'entrée en vigueur de la disposition a été avancée au mois suivant l'échéance du délai référendaire (art. 84 al. 3 LPGA; art. 84 N 3) pour permettre à l'Assemblée fédérale d'intervenir dans la période intermédiaire.
- 5 Conformément à son texte, l'art. 83 al. 2 LPGA n'avait vocation à s'appliquer qu'aux modifications entrées en vigueur entre le 6 octobre 2000 et le 31 décembre 2002⁶.
- 6 L'Assemblée fédérale a fait usage à deux reprises de l'art. 83 al. 2 LPGA⁷. La première révision⁸ regroupait les adaptations qui s'imposaient en raison de diverses modifications

1 En l'occurrence, cette proposition émanait de la commission du Conseil des Etats (Rapport Commission CE, FF 1991 II 181, 206).

2 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 83 N 1 s.

3 RO 2002 3371, 3393 ss.

4 La LAFam est la seule loi qui a été adoptée après l'entrée en vigueur de la LPGA.

5 Pour plus de détails, cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 83 N 9.

6 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 83 N 11 ss.

7 Cf. KIESER, ATSG-Kommentar, art. 83 N 22 ss.

8 Cf. FF 2002 763 ss et FF 2002 792 ss.

intervenues dans les différentes lois régissant les assurances sociales; la seconde révision⁹ contenait les changements rendus nécessaires du fait de l'entrée en vigueur des accords bilatéraux conclus avec l'Union européenne. L'Assemblée fédérale a par ailleurs procédé à une adaptation matérielle de l'annexe, par la voie législative cette fois-ci (Préambule N 15)¹⁰.

Art. 84

Référendum et entrée en vigueur

- ¹ La présente loi est sujette au référendum facultatif.
- ² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.
- ³ L'art. 83, al. 2, entre en vigueur, en l'absence de référendum, le premier jour du deuxième mois qui suit l'échéance du délai référendaire ou, en cas de référendum, le jour de l'acceptation de la présente loi par le peuple.

Referendum und Inkrafttreten

- ¹ Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.
- ² Der Bundesrat bestimmt den Zeitpunkt des Inkrafttretens.
- ³ Artikel 83 Absatz 2 tritt am ersten Tag des zweiten Monats nach dem unbenützten Ablauf der Referendumsfrist oder mit seiner Annahme in der Volksabstimmung in Kraft.

Referendum ed entrata in vigore

- ¹ La presente legge sottostà al referendum facoltativo.
- ² Il Consiglio federale ne determina l'entrata in vigore.
- ³ L'articolo 83 capoverso 2 entra in vigore il primo giorno del secondo mese dopo la scadenza del termine inutilizzato di referendum o accettato che sia in votazione popolare.

Plan

	N
I. Référendum (al. 1)	1
II. Entrée en vigueur (al. 2)	2
III. Entrée en vigueur de l'art. 83 al. 2 (al. 3)	3

I. Référendum (al. 1)

La LPGA était soumise au référendum facultatif¹, qui n'a pas été demandé. Le délai référendaire a expiré le 25 janvier 2001². 1

9 Cf. FF 2002 763 ss et FF 2002 810 ss.
 10 Cf. FF 2002 763 ss et FF 2002 813 ss.
 1 Cf. art. 141 al. 1 let. a Cst.
 2 Cf. FF 2000 4657, 4678.

II. Entrée en vigueur (al. 2)

- 2 La date de l'entrée en vigueur de la LPGA a été fixée par le Conseil fédéral au 1^{er} janvier 2003. Le délai entre cette date et l'échéance du délai référendaire s'explique principalement par la nécessité d'élaborer les dispositions d'exécution, qui sont également entrées en vigueur à cette date-là.

III. Entrée en vigueur de l'art. 83 al. 2 (al. 3)

- 3 L'art. 83 al. 2 LPGA a bénéficié d'une entrée en vigueur anticipée, au 1^{er} mars 2001, pour permettre à l'Assemblée fédérale de tenir à jour l'annexe à la LPGA, qui contenait les dispositions des autres lois dont la modification ou l'abrogation étaient rendues nécessaires par l'entrée en vigueur de la loi (art. 83 N 2 s.).