

Béatrice Despland

L'obligation de diminuer le dommage en cas
d'atteinte à la santé

Son application aux prestations
en espèces dans l'assurance-maladie
et l'assurance-invalidité

Analyse sous l'angle du droit
d'être entendu



Jean-Philippe Dunand
Pascal Mahon

Volume 4

Jean-Philippe Dunand | Pascal Mahon (éd.)

Béatrice Despland

L'obligation de diminuer le dommage en cas d'atteinte à la santé

Son application aux prestations
en espèces dans l'assurance-maladie
et l'assurance-invalidité

Analyse sous l'angle du droit
d'être entendu



Schulthess § 2012
ÉDITIONS ROMANDES

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2012
ISBN 978-3-7255-6464-4

www.schulthess.com

Remerciements

Lorsqu'elle est entreprise vers la fin du parcours professionnel, la thèse représente une étape qui, tout en gardant un caractère formel, s'inscrit dans un vécu professionnel, donc dans un réseau qui a alimenté les réflexions, affiné l'objet de l'étude et permis son achèvement. Les personnes qui devraient être remerciées ici sont trop nombreuses pour être toutes citées. Des étudiant-e-s aux professionnel-le-s de terrain, des collègues aux proches, tous et toutes m'ont apporté, à des moments et sur des modes différents, les impulsions, les encouragements et le soutien sans lesquels ce travail n'aurait pas pu être mené à terme et n'aurait pu être diffusé. Que toutes ces personnes trouvent ici l'expression de ma gratitude.

Pascal Mahon, professeur à l'Université de Neuchâtel, déploie ses talents d'expert dans le droit constitutionnel et dans le droit des assurances sociales. Les collaborations que nous avons eu l'occasion de développer au cours des années ont largement contribué à mes réflexions et à ma recherche. Je tiens à le remercier tout particulièrement, et chaleureusement, d'avoir accepté la direction de ma thèse et de m'avoir apporté son soutien indéfectible.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	5
BIBLIOGRAPHIE	17
INTRODUCTION	33
PARTIE I OBLIGATION DE DIMINUER LE DOMMAGE	39
Chapitre 1 Généralités	39
1.1. Principe général du droit des assurances sociales	39
1.2. Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)	42
1.3. Nature de l'obligation de diminuer le dommage	43
1.4. Limites à l'obligation de diminuer le dommage	45
Chapitre 2 Assurance-maladie	47
2.1. Bases légales	47
2.1.1. Origine et développement de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMA)	47
2.1.2. Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) : dispositions relatives à la couverture du salaire en cas de maladie et de maternité	51
2.1.3. Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)	55
2.2. Jurisprudence et doctrine relatives à l'incapacité de travail	58
2.2.1. Principes généraux	59
2.2.1.1. Notion d'incapacité de travail (courte durée)	60
2.2.1.2. Attestation de l'incapacité de travail	61
2.2.1.3. Montant de l'indemnité journalière	62
2.2.1.4. Absence d'une activité lucrative	62
2.2.2. Incapacité de travail de longue durée	63
2.2.2.1. Notion de « longue durée »	64
2.2.2.2. Méthode d'évaluation de l'incapacité de travail	64
2.2.2.3. Délai imparti par l'assureur	65
2.2.2.4. Cas d'application	66

2.2.3.	Problèmes de coordination entre assurances	70
2.2.3.1.	Droit à une prestation dans un autre régime d'assurance sociale au titre de la réadaptation	70
2.2.3.2.	Coordination avec l'assurance-chômage	70
2.2.3.3.	Problèmes liés à la surindemnisation	72
2.3.	Appréciation critique	73
Chapitre 3 Assurance-invalidité		77
3.1.	Fondements constitutionnels et bases légales	77
3.1.1.	Fondements constitutionnels	78
3.1.2.	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI)	80
3.1.2.1.	Rôle et développement de la notion de réadaptation	80
3.1.2.2.	Notions d'invalidité et d'incapacité de gain	83
3.1.2.3.	Obligations et sanctions	85
3.1.2.4.	Procédure	86
3.1.3.	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)	87
3.1.4.	Collaboration interinstitutionnelle (CII)	91
3.1.5.	Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (LPC)	92
3.2.	Jurisprudence et doctrine relatives à l'incapacité de gain et à l'invalidité	94
3.2.1.	Principes généraux	94
3.2.2.	Devoir de réadaptation spontanée	96
3.2.2.1.	Personnes exerçant une activité lucrative	97
3.2.2.2.	Personnes sans activité lucrative	101
3.2.3.	Détermination du taux d'invalidité	104
3.2.3.1.	Personnes exerçant une activité lucrative salariée	104
3.2.3.2.	Personnes exerçant une activité lucrative indépendante	111
3.2.3.3.	Personnes sans activité lucrative	112
3.2.3.4.	Personnes exerçant une activité à temps partiel	113
3.2.4.	Application du principe de l'obligation de diminuer le dommage dans le régime des prestations complémentaires (LPC)	118
3.2.4.1.	Champ d'application personnel	118
3.2.4.2.	Calcul du revenu hypothétique	119
3.3.	Appréciation critique	121

PARTIE II DROIT D'ETRE ENTENDU	125
Chapitre 1 Bases légales	127
1.1. Constitution fédérale	127
1.2. Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)	131
1.3. Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)	133
1.4. Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI)	134
1.5. Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (LPC)	136
Chapitre 2 Jurisprudence et doctrines relatives au droit d'être entendu dans les assurances sociales	137
2.1. Instruction de la demande	138
2.1.1. Instruction de la demande par l'assureur	138
2.1.2. Instruction de la demande par le tribunal cantonal des assurances (art. 61 LPGA)	140
2.2. Expertise	142
2.2.1. Principes généraux	142
2.2.2. Appréciation des preuves	146
2.3. Forme et contenu de la décision et de la décision sur opposition	148
2.4. Consultation du dossier	150
2.5. Violation du droit d'être entendu et réparation	152
2.5.1. Violation du droit d'être entendu	153
2.5.2. Réparation	154
2.6. Appréciation critique	156
CONCLUSIONS	161

Table des abréviations

a + abréviation	Ancien (texte abrogé)
AHI-Praxis	Monatsschrift über die AHV, IV, EO und Familienzulagen, BSV (bis 1992 : ZAK) / (= Pratique VSI)
AI	Assurance-invalidité
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (= PJA)
al.	alinéa
art.	article
ASA	Association Suisse d'Assurances
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
ATFA	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral des assurances (depuis 1970 : partie V des ATF)
ATSG	Bundesgesetz zu einem Allgemeinen Teil des Sozialversicherungs-rechts vom 6. Oktober 2000
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BO + CE	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des Etats
BO + CN	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung (= JAB)
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme)
ch.	chiffre
chap.	chapitre
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907
CII	Collaboration interinstitutionnelle
CIJ	Circulaire concernant les indemnités journalières de l'assurance-invalidité (OFAS)

CIIAI	Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence de l'AI (OFAS)
CIT	Conférence internationale du Travail
CNA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
COAI	Conférence des Offices AI
COMAI	Centre d'observation médicale de l'assurance-invalidité
consid.	considérant
CPAI	Circulaire sur la procédure dans l'assurance-invalidité (OFAS)
Cst	Constitution fédérale
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DPC	Directives concernant les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (OFAS)
DPT	Documentation sur les postes de travail
éd.	édition
édit.	éditeur ou éditeurs
ESS	Enquête sur la structure des salaires
EVGE	Entscheidungen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (seit 1970 Teil V der BGE)
FF	Feuille fédérale
HAVE	Haftung und Versicherung (= REAS)
Ibid.	au même endroit
JAB	Jurisprudence administrative bernoise (= BVR)
KUVG	Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung vom 13. Juni 1911 (abrogée)
LAA	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents
LAC	Loi fédérale du 22 juin 1951 sur l'assurance-chômage (abrogée)
LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité
LAI	Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité
LAM	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire
LAMA	Loi fédérale sur l'assurance-maladie et accidents du 13 juin 1911 (abrogée)

LAMM	Loi fédérale du 20 mars 1987 sur l'assurance-maladie et maternité (n'est pas entrée en vigueur)
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie
LAPG	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)
LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance
let.	lettre
LIPPI	Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les institutions destinées à promouvoir l'intégration des personnes invalides
LPC	Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral
marg.	marginal
n.	note (de bas de page)
n°	numéro(s)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFFT	Office fédéral de la formation professionnelle et de la technologie
OFS	Office fédéral de la statistique
OFSP	Office fédéral de la santé publique
OACI	Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité
OAMal	Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie
OIT	Organisation Internationale du Travail
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (abrogée)
OLAA	Ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents

OMPC	Ordonnance du 29 décembre 1997 relative au remboursement des frais de maladie et des frais résultant de l'invalidité en matière de prestations complémentaires (abrogée)
OPAS	Ordonnance du DFI sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie du 29 septembre 1995
OPC-AVS/AI	Ordonnance du 15 juin 1971 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité
OPGA	Ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales
ORP	Office régional de placement
P	projet
p.	page(s)
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative
PC	Prestations complémentaires
PJA	Pratique juridique actuelle (= AJP)
Pratique VSI	Revue bimestrielle sur l'AVS, l'AI, les APG et les allocations familiales (jusqu'en 1992 : RCC) / (= AHI-Praxis)
RAI	Règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité
RAMA	Jurisprudence et pratique administrative de l'assurance-maladie et accidents (jusqu'en 1984 : RJAM) / (= RKUV)
REAS	Responsabilité et assurances (= HAVE)
RCC	Revue mensuelle de l'AVS, l'AI et les APG, OFAS (dès 1993 : Pratique VSI) / (= ZAK)
RDS	Revue de droit suisse (= ZSR)
RKUV	Rechtsprechung und Verwaltungspraxis zur Krankenversicherung (bis 1984 : RSKV) / (= RAMA)
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RPT	Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (= SJZ)
RTF	Règlement du Tribunal fédéral

SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (= RSJ)
SMR	Service médical régional
SRSZ	Systematische Gesetzsammlung (canton de Schwyz)
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVR	Sozialversicherungsrecht - Rechtsprechung
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
TFA	Tribunal fédéral des assurances
vol.	volume
ZAK	Monatsschrift über die AHV, IV und EO, BSV (ab 1993 : AHI-Praxis) / (= RCC)
ZBI	Schweizerische Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung de 1900 à 1988)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (= RDS)

Bibliographie

ACHERMANN KARL, Evaluation de l'incapacité de travail et de gain dans les assurances sociales, in : RCC 1980, p. 66-74.

ACHTARI ANNICK, Le devoir du lésé de minimiser son dommage, Zurich, 2008.

ACKERMANN THOMAS, Verfahrensrechtliche Aspekte des prekären Leistungsverhältnisses, in: Prekäre Leistungsverhältnis im Sozialversicherungsrecht, St. Gallen, 2008, p. 35-97.

AGIER JEAN-MARIE, Les assurances sociales suisses sous l'angle de la réadaptation, Zurich, 1981.

AGIER JEAN-MARIE, L'assurance collective perte de gain, in : JEAN-LOUIS DUC (dir.), LAMal-KVG: recueil des travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, Lausanne, 1997, p. 567-583 (cité : L'assurance collective perte de gain).

AGIER JEAN-MARIE, MAILLARD CHRISTOPHE, Taux d'invalidité : manipulations et exclusion, in : Plädoyer 1/2001, p. 48-53.

AGIER JEAN-MARIE, AYER ARIANE, Cinquième révision : pour quelle invalidité ?, in : Plädoyer 25/2007, p. 56-61.

ALBERTINI MICHELE, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern, 2000.

ARNOLD PETER, Die neuere Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zur (Leistungs-)Koordination im Überblick, in : Sozialversicherungsrechtliche Leistungs-koordination, Grundlagen, aktuelle Entwicklungen, Perspektiven, St. Gallen, 2006, p. 159-204.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, 2003.

AUER ANDREAS, Droit constitutionnel et droit administratif, in : Mélanges ANDRE GRISEL, Neuchâtel 1983, p. 21-37.

AUER ANDREAS, MALINVERNI GIORGIO, HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux, Berne, 2006.

AYER ARIANE, DESPLAND BEATRICE, Assurances sociales : du neuf en procédure, in : Plädoyer 6/2006, p. 60-63.

BANDI TILL, Soziale Sicherung in der Schweiz, Diss. St. Gallen, 1982.

BAUMANN KATERINA, LAUTERBURG MARGARETA, Knappes Geld – ungleich verteilt, Basel, 2001.

BOIS PHILIPPE, Spécificités de la politique sociale en Suisse, in : PATRICK DE LAUBIER, JEAN-PIERRE FRAGNIERE (Edit.), Droit et politique sociale, Vevey, 1980, p. 29-46.

BOLTSHAUSER MARTIN, Die Invalidität aus Betätigungsvergleich – Die IV-Haushaltabklärung unter der Lupe, in : RENE SCHAFFHAUSER/FRANZ SCHLAURI (Hrsg.), Sozialversicherungs-rechtstagung 2004, St. Gallen, 2004, p. 235-264.

BRUNNER ANDREAS, Arbeitsunfähigkeit und Schadenminderungspflicht – Zumutbarkeit der Verweisungstätigkeit, in : GABRIELA RIEMER-KAFKA (Hrsg.), Case Management und Arbeits-unfähigkeit, Zürich, 2006, p. 67-98.

BÜHLER ALFRED, Zur rechtlichen Bedeutung der invaliditätsfremden Gründe der Erwerbsunfähigkeit für die Invaliditätsbemessung, in : SZS/RSAS 1993, p. 249-275.

CATTANEO DANIELE, La promozione dell'autonomia del disabile : esempi scelti dalle assicurazioni sociali, in : Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese, Basel, 2004, p. 69-138.

CATTANEO DANIELE, Sentenze recenti del Tribunale cantonale delle assicurazioni, in: Temi scelti di diritto delle assicurazioni sociali, Lugano, 2006, p. 135-187 (cité : Sentenze recenti).

CATTANEO DANIELE, Le perizie nelle assicurazioni sociali, in : Le perizie giudiziari, Lugano, 2008, p. 203-278.

CATTANEO DANIELE, Les expertises en droit des assurances sociales, in : Cahiers genevois et romands de la sécurité sociale, N° 44, 2010, p. 105-163 (cité : Les expertises).

COTTIER THOMAS, Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 4 BV), in: Recht 1984, p. 1-13 (1^{re} partie), p. 122-128 (2^e partie).

DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, Rapport concernant la structure actuelle et le développement futur de la conception helvétique des trois piliers de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité, octobre 1995.

DESPLAND BEATRICE, La notion d'invalidité dans l'assurance-invalidité, in : Cahiers genevois et romands de la sécurité sociale, N° 2, 1987, p. 3-20.

DESPLAND BEATRICE, Maladie, accident, chômage, invalidité : assurances sociales efficaces ou exclusion programmée ?, in : PETER ROSATTI (éd.), Expertise médicale, Chêne-Bourg, 2008, p. 1-24.

DETTWILER STEFAN A., Eclairage sur la documentation DPT de la Suva, in: Informations médicales, 2007, p. 22-32 (cité : Eclairage).

DETTWILER STEFAN A., Suva « DAP » nicht im Dunkeln : Invalidenlohnbemessung anhand konkreter Arbeitsplätze (DAP), in : SZS/RSAS 2006, p. 6-15 (cité : Suva « DAP » nicht im Dunkeln).

DOLDER HANSJÖRG, Revision 96/97 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes im Lichte der Praxis, mit besonderer Berücksichtigung derjenigen des Kantonalen Amtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit des Kantons Basel-Stadt, in : SZS/RSAS 1999, p. 479-499.

DUBACH ALEXANDER, Das Recht auf Akteneinsicht : Der verfassungsmässige Anspruch auf Akteneinsicht und seine Querverbindungen zum Datenschutz- unter besonderer Berücksichtigung der elektronischen Datenverarbeitung, Diss. Bern, Zürich 1990.

DUC JEAN-LOUIS, Les assurances sociales, Lausanne, 1991.

DUC JEAN-LOUIS, GREBER PIERRE-YVES, La portée de l'art. 4 de la Constitution fédérale en droit de la sécurité sociale, in : ZSR 111 (1992) II, p. 473-655.

DUC JEAN-LOUIS, Quelques réflexions relatives à l'assurance d'une indemnité journalière selon la LAMal, in : SZS/RSAS 1998, p. 251-271 (cité : Quelques réflexions).

DUC JEAN-LOUIS, La faute, les dangers extraordinaires et les entreprises téméraires dans la LAMal, in: SZS/RSAS 2000, p. 80-87 (cité : Dangers extraordinaires).

DUC JEAN-LOUIS, Les indemnités journalières selon la LAMal et la LCA – Brève critique de la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, in : SZS/RSAS 2003, p. 131-133 (cité : Les indemnités journalières selon la LAMal et la LCA).

DUC JEAN-LOUIS, Les atteintes aux facultés visuelles, la LAMal et la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, in : SZS/RSAS 2004, p. 42-54 (cité : Les atteintes aux facultés visuelles).

DUC JEAN-LOUIS, Du droit à une rente de l'AI des personnes n'exerçant une activité lucrative qu'à temps partiel. Le Tribunal fédéral ignore-t-il la loi ?, in : AJP 2005, p. 1423-1427 (cité : Du droit à une rente de l'AI).

DUC JEAN-LOUIS, L'assurance-invalidité, in : ULRICH MEYER (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel, 2007, p. 1371-1617 (cité : L'assurance-invalidité).

DUC JEAN-LOUIS, Le droit applicable aux assurances complémentaires, à l'exemple essentiellement de l'assurance d'une indemnité journalière, in : AJP 2010, p. 467-476 (cité : Le droit applicable).

DUC JEAN-LOUIS, De l'invalidité d'un assuré exploitant un commerce avec son épouse, in : SZS/RSAS 2010, p. 153-156 (cité : De l'invalidité).

DUC JEAN-MICHEL, L'obligation de réduire le dommage ménager selon la jurisprudence du TFA et du TF, HAVE 2005, p. 278-279 (cité : Dommage ménager).

DUC JEAN-MICHEL, Calcul de la surindemnisation 69 LPGA (78 LAMal – 122 aLAMal). Cumul IJ-LCA et IJ-LAMal – Coordination intersystémique. Pas d'interdiction de surindemnisation dans les assurances sociales, in : AJP 2005, p. 1541-1542 (cité : Calcul de la surindemnisation).

ERNI FRANZ (ET AL.), Eigenheiten der Invaliditätsbemessung im UVG, in : Personen-Schaden-Forum 2008, Zürich, 2008, p. 123-165.

EUGSTER GEBHARD, ATSG und Krankenversicherung – Streifzug durch Art. 1-55 ATSG, in : SZS/RSAS 2003, p. 213-236 (cité : ATSG und Krankenversicherung).

EUGSTER GEBHARD, Zum Leistungsrecht der Taggeldversicherung nach KVG, in : LAMal – KVG, Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, Lausanne, 1997, p. 495-566 (cité : Zum Leistungsrecht).

EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung, in : ULRICH MEYER (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, Basel, 2007, p. 337-823 (cité : Krankenversicherung).

EUGSTER GEBHARD, Vergleich der Krankentaggeldversicherung (KTGV) nach KVG und nach VVG, in : Krankentaggeldversicherung, Zürich, 2007, p. 47-98 (cité : Vergleich der Kranken-versicherung).

FLEINER-GERSTER THOMAS, Verpflichten die Grundrechte den Staat zu positiven Leistungen ? in: Mélanges ANDRE GRISEL, Neuchâtel, 1983, p. 67-78.

FLÜCKIGER SUSANNE, Wege zur Koordination und Vernetzung von Arbeitslosen- und Invalidenversicherung sowie der Sozialhilfe, Zürich, 2007.

FOERSTER KLAUS, Begutachtung der Erwerbsfähigkeit bei Patienten mit psychogenen Störungen, in : SZS/RSAS 1996, p. 486-502.

FRANKHAUSER SUSANNE, Sachverhaltsabklärung in der Invalidenversicherung – ein Gleichbehandlungsproblem, Ausgewählte Fragen zur Feststellung des rentenanspruchserheblichen Sachverhalts, Zürich, 2010.

GANDOLFI VERENA, Nur noch gesamtschweizerische LSE-Tabellenlöhne anwendbar, Bemerkungen zum Urteil U 75/03 der I. Kammer des EVG vom 12. Oktober 2006, in : Jusletter 7 mai 2007.

GEHRER LEO, Von der Schadenminderungspflicht, Collezione Assista, Genève, 1998, p. 156-173.

GNAEGI PHILIPPE, Le droit du travailleur au salaire en cas de maladie, Neuchâtel, 1996 (cité : Le droit du travailleur).

GNAEGI PHILIPPE, Histoire et structure des assurances sociales en Suisse : avec une introduction à l'aide sociale, Zurich, 2004 (cité : Histoire et structure).

GREBER PIERRE-YVES, Droit suisse de la sécurité sociale, Lausanne, 1982.

GRISEL ANDRE, La « réserve » de l'administration face au législateur et au juge, in: Staat und Gesellschaft, Festschrift für LEO SCHÜRMAN zum 70. Geburtstag, Freiburg, 1987, p. 37-56.

GUGGISBERG JÜRIG, EGGER THERES, Evaluation du placement dans l'assurance-invalidité, in: Sécurité sociale, 2008, p. 157-161.

HÄFELIN ULRICH, MÜLLER GEORG, UHLMANN FELIX, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 6. Aufl., Zürich, 2010.

HAURI CORINNA, L'assurance-invalidité se montre insensible à un avis de droit, in : Plädoyer 2/2010, p. 23-24.

HEINZ RICO, Aktuelle Urteile des Bundesgerichts zu Leistungskürzungen im Haftpflichtrecht, in : Personen-Schaden-Forum 2007, Zürich, p. 177-188.

HOTTELIER MICHEL, Les garanties de procédure, in: Droit constitutionnel suisse, THÜRER DANIEL, AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MÜLLER JÖRG PAUL (éd.), Zürich 2001, p. 809-814.

HUBER WILLY, Das Recht des Bürgers auf Akteneinsicht im Verwaltungsverfahren, Diss. St. Gallen, Will, 1980.

JÖHL RALPH, Ergänzungsleistungen zur AHV/IV in : ULRICH MEYER (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel, 2007, p. 1619-1910.

KÄGI-DIENER REGULA, Entscheidfindung in komplexen Verhältnissen, Basel/Frankfurt am Main, 1994.

KAHIL-WOLFF BETTINA, L'assurance facultative d'indemnités journalières selon la LAMal, in : JEAN-LOUIS DUC (dir.), 1366 jours d'application de la LAMal, Lausanne, 2000, p. 43-61.

KÄLIN WALTER, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern, 1994.

KEISER DAGOBERT, Die reformatio in peius in der Verwaltungsrechtspflege, Diss. Zürich, Zürich, 1979.

KIESER UELI, Bemerkungen zu BGE 121 V 5, in : AJP 1995, p. 1090-1092.

KIESER UELI, Die Stellung der Nichterwerbstätigen in der freiwilligen Taggeldversicherung (Art. 67ff KVG), in : JEAN-LOUIS DUC (dir.), LAMal-KVG, Recueil de travail en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, 1997, p. 585-615 (cité : Die Stellung der Nichterwerbstätigen).

KIESER UELI, Der praktische Nachweis des resterblichen Invalideneinkommens, in : Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, Luzern, 1999 (cité : Der praktische Nachweis).

KIESER UELI, Die Taggeldkoordination im Sozialversicherungsrecht, in : AJP 2000, p. 249-260 (cité : Die Taggeldkoordination).

KIESER UELI, Verfahrensfragen der Anordnung einer Begutachtung, in : RENE SCHAFFHAUSER/FRANZ SCHLAURI (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis, St. Gallen, 2001, p. 141-171 (cité : Verfahrensfragen).

KIESER UELI, Die Ermittlung des Invaliditätsgrades von Teilerwerbstätigen, in: RENE SCHAFFHAUSER/FRANZ SCHLAURI (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2002, St. Gallen 2002, p. 9-43 (cité : Die Ermittlung).

KIESER UELI, ATSG-Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, Zürich, 2003 (cité : ATSG-Kommentar 2003); 2. Aufl. 2009 (cité : ATSG Kommentar).

KIESER UELI, Aktuelle Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht, in : Plädoyer 4/2005, p. 42-45.

KIESER UELI, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Zürich, 2008 (cité : Sozialversicherungsrecht).

KIESER UELI, Prekäres Sozialversicherungsverhältnis : einige allgemeine Überlegungen, in: Das prekäre Leistungsverhältnis im Sozialversicherungsrecht, St. Gallen, 2008, p. 9-34.

KIESER UELI, Begutachtungen im Versicherungsrecht – ein Vorschlag für eine Neukonzeption, Zürich, HILL 2009, Fachartikel Nr. 14 (cité : Begutachtungen im Versicherungsrecht).

KNEUBÜHLER LORENZ, Gehörverletzung und Heilung – Eine Untersuchung über die Rechtsfolgen von Verstössen gegen den Gehörsanspruch, insbesondere die Problematik der sogenannten « Heilung », in: ZBl 99/1998, p. 97-120.

KRAMER ERNST A., Schleudertrauma: Das Kausalitätsproblem im Haftpflicht- und Sozialversicherungsrecht, in : BJM 2001, p. 153-172.

LANDOLF KATHARINA, Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung, in : MOSIMANN HANS-JAKOB (Hrsg.), Aktuelles im Sozialversicherungsrecht, Zürich, 2001, p. 239-253.

LANDOLT HARDY, Das Zumutbarkeitsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Bern, 1995 (cité : Das Zumutbarkeitsprinzip).

LANDOLT HARDY, Die Rechtsvorstellung der zumutbaren Willensanstrengung im Sozialversicherungsrecht, in : Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen, 2003, p. 144-212 (cité : Die Rechtsvorstellung).

LANDOLT HARDY, Invaliditätsbemessung bei Schlechtverdienenden. Ein Methoden- oder auch ein Gerechtigkeitsproblem ?, in : Sozialversicherungsrechtstagung 2006, St. Gallen 2006, p. 31-77 (cité : Invaliditätsbemessung bei Schlechtverdienenden).

LANDOLT HARDY, Hauswirtschaftliche Schadenminderungspflicht von Angehörigen bei der Invaliditätsbemessung, in : RENE SCHAFFHAUSER/Franz SCHLAURI (Hrsg), Sozialversicherungsrechtstagung 2007, St. Gallen, 2007, p. 115-146 (cité : Hauswirtschaftliche Schadenminderungspflicht).

LANDOLT HARDY, Auswirkungen der 5. IVG-Revision auf die Schadenminderungspflicht, in : STEPHAN WEBER (Hrsg), Personen-Schaden-Forum 2007, Zürich, p. 217-247 (cité : Auswirkungen der 5. IVG-Revision).

LARGIER ANDRE, SCHIAVI CRISTINA, Krankentaggeld : Praxis rechtswidrig, in : Plädoyer 2/1997, p. 17-18.

LEUTHOLD HANSHEINRICH, Chances et risques de la procédure accélérée, in: Sécurité sociale, 2008, p. 147-151.

LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Sozialversicherungsrechtliche Probleme flexibilisierter Arbeitsverhältnisse, in : Neue Erwerbsformen - veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht ?, Bern, 1996, p. 91-160.

LEUZINGER-NAEF SUSANNE, Der Wegfall der Unfallkausalität, in : RENE SCHAFFHAUSER/Franz SCHLAURI (Hrsg), Sozialversicherungsrechtstagung 2007, St. Gallen, 2007, p. 115-146.

LOCHER THOMAS, Die Schadenminderungspflicht im Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, in : Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern, 2002, p. 407-430 (cité : Die Schadenminderungspflicht).

LOCHER THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern, 3^e éd., 2003.

LOCHER THOMAS, Die invaliditätsfremden Faktoren in der rechtlichen Anerkennung von Arbeitsunfähigkeit und Invalidität, in : Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen, 2003, p. 243-258 (cité : Die invaliditätsfremden Faktoren).

LOCHER THOMAS, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts – Entwicklung, Zielsetzung und Aufbau, in : SCHAFFHAUSER/KIESER (Hrsg.), Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), St. Gallen, 2003, p. 9-35 (cité : Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts).

LOCHER THOMAS, Invalidität, Invaliditätsgrad und Entstehung des Rentenanspruchs zur 5. IV-Revision, in : Medizin und Sozialversicherung im Gespräch, St. Gallen, 2006, p. 273-306 (cité : Invalidität, Invaliditätsgrad).

MAUDER JOHANNES, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, seine Stellung im System der Grundrechte und seine Auswirkung auf die Abgrenzungsproblematik zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit, München, 1986.

MAURER ALFRED, Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung, 2. Aufl., Bern, 1963 (cité : Recht und Praxis).

MAURER ALFRED, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Bern, 1988.

MAURER ALFRED, Begriff und Grundsatz der Zumutbarkeit im Sozialversicherungsrecht, in : Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern, 1992 (cité : Begriff und Grundsatz der Zumutbarkeit).

MAURER ALFRED, Bundessozialversicherungsrecht, Basel, 1994.

MAURER ALFRED, Das neue Krankenversicherungsrecht, Basel, 1996.

MAURER ALFRED, SCARTAZZINI GUSTAVO, HÜRZELER MARC, Bundessozialversicherungsrecht, Basel, 2008.

MAURO GISELLA, MESSI MICHELA, Simplification de la procédure et introduction de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, in : Sécurité sociale, 2008, p. 167-173.

MEYER LORENZ, Das Rechtsverzögerungsverbot nach Art. 4 BV, Bern, 1985.

MEYER-BLASER ULRICH, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht (am Beispiel der beruflichen Eingliederungsmassnahmen der IV), Bern, 1985 (cité : Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz).

MEYER-BLASER ULRICH, Die Rechtspflege in der Sozialversicherung, in : BJM 1989, p. 1-33.

MEYER-BLASER ULRICH, Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, in : ZSR 111 (1992) II, p. 299-472.

MEYER-BLASER ULRICH, Kausalitätsfragen aus dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts, SZS/RSAS 1994, p. 81-107 (cité : Kausalitätsfragen).

MEYER-BLASER ULRICH, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zürich, 1997 (cité : Rechtsprechung IVG).

MEYER-BLASER ULRICH, Zur Prozentgenauigkeit in der Invaliditätsschätzung, in : Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, St. Gallen, 1998, p. 9-27 (cité : Zur Prozentgenauigkeit in der Invaliditätsschätzung).

MEYER-BLASER ULRICH, Die Tragweite des Grundsatzes « Eingliederung vor Rente » in : Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, St. Gallen, 2000, p. 9-25.

MEYER-BLASER ULRICH, Der Streitgegenstand im Streit – Erläuterungen zu BGE 125 V 413, in : RENE SCHAFFHAUSER/FRANZ SCHLAURI (Hrsg.), Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis, St. Gallen, 2001, p. 9-38 (cité : der Streitgegenstand).

MEYER-BLASER ULRICH, Das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) und das Schicksal der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Sozialversicherungsrechts, in : Sozialversicherungsrechtstagen 2002, St. Gallen, 2002, p. 119-158 (cité : ATSG).

MEYER-BLASER ULRICH, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, in : Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen, 2003, p. 27-119 (cité : Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit).

MEYER-BLASER ULRICH, Das medizinische Gutachten aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht, in: SIEGEL/FISCHER (Hrsg.), Die neurologische Begutachtung, Schweizerisches medico-legales Handbuch Bd. 1, Zürich 2004, p. 91-112 (cité : Das medizinische Gutachten).

MEYER-BLASER ULRICH, Über die Zulässigkeit von Feststellungsverfügungen in der Sozialversicherungspraxis, in : Sozialversicherungsrechtstagung 2007, St. Gallen, 2007, p. 35-63 (cité : Über die Zulässigkeit).

MEYER-BLASER ULRICH, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG), Zürich, 2010.

MONNARD CORINNE, La notion de marché du travail équilibré de l'article 28, alinéa 2, LAI : avec un aperçu de la situation dans les autres branches de l'assurance sociale, Thèse, Lausanne, 1991.

MOOR PIERRE, Le juge administratif et l'application de la loi, in : Recht als Prozess und Gefüge : Festschrift für HANS HUBER zum 80. Geburtstag, Bern, 1981, p. 667-683.

MOSIMANN HANS-JAKOB, Somatoforme Störungen : Gerichte und (psychiatrische) Gutachten, in: SZS/RSAS 1999, p. 105-128 (cité : Somatoforme Störungen).

MOSIMANN HANS-JAKOB, Teilzeitarbeit und Haushalt : gemischte Methode der Invaliditätsbemessung nach Art. 27^{bis} IVV, in AJP 2000, p. 213-216 (cité : Teilzeitarbeit und Haushalt).

MOSIMANN HANS-JAKOB, Praxis der Invaliditätsbemessung : aktueller Stand der Rechtsprechung, in : SZS/RSAS 2007, p. 2-29 (cité : Praxis der Invaliditätsbemessung).

MOSIMANN HANS-JAKOB, Teilerwerbstätige in der Invalidenversicherung, in : SZS/RSAS 2010, p. 271.274.

MÜLLER JÖRG-PAUL, SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, Bern, 2008.

MÜLLER JÖRG-PAUL, REICH JOHANNES, Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur medizinischen Begutachtung durch Medizinische Abklärungsstellen betreffend Ansprüche auf Leistungen der Invalidenversicherung mit Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 11. Februar 2010.

http://www.humanrights.ch/home/de/Schweiz/Inneres/Gruppen/Behinderte/idcatart_9849-content.html (30 septembre 2010).

MURER ERWIN, Zur Koordination der Sozialversicherungsleistungen mit der eigenen Leistungsfähigkeit des Versicherten, in : Sozialversicherungsrecht im Wandel : Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern, 1992, p. 283-312.

MURER ERWIN, Grundrechtsverletzungen durch Nichtgewährung von Sozialversicherungsleistungen, in : SZS/RSAS 1995, p. 184-199 (cité : Grundrechtsverletzungen).

MURER ERWIN, Arbeitslosigkeit-Invalidität : eine Abgrenzung, in : ZBJV 130 (1994), p. 185-214 (cité : Arbeitslosigkeit-Invalidität).

NÄGELI H., Das rechtliche Gehör im verwaltungsrechtlichen Verfahren, in : ZBl 55/1954, p. 113-123.

NOLL ANDREAS, Vom abnehmenden Grenznutzen des Justizsystems – Ein Kontrapunkt zum Aufsatz von Hansjörg Seiler aus systemtheoretischer Optik, in : ZSR 126 (2007), p. 557-575.

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES (OFAS), Statistique de l'AI 2009.

OFTINGER KARL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1975.

PÄRLI KURT, Grundrechtliche Schranken der Pflicht zur Selbsteingliederung in der Invalidenversicherung, HAVE 2009, p. 260-272.

PESTALOZZI-SEGER GEORGES, AI : Jurisprudence concernant l'évaluation du degré d'invalidité (1^{re} partie), in : Droit et handicap 3/08, p. 1-7 (cité : Jurisprudence, 1^{re} partie).

PESTALOZZI-SEGER GEORGES, AI : Jurisprudence concernant l'évaluation du degré d'invalidité (2^{me} partie), in : Droit et handicap 4/08, p. 1-7 (cité : Jurisprudence, 2^{me} partie).

PETER ERICH, Die Koordination von Invalidenrenten, Zürich, 1997.

PFENNINGER ADOLF, Zum Anspruch auf rechtliches Gehör in Verwaltungssachen, in : ZBl 51/1950, p. 473-479.

REIBER MATTHIAS, Krank oder faul ? Über den Willen, den Schmerz zu bewältigen, und das Problem des Arztes, die Arbeitsunfähigkeit unter dem Aspekt der Arbeitswilligkeit zu betrachten, in : SCHAFFHAUSER RENE/SCHLAURI FRANZ (Hrsg.), Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen, 2003, p. 121-139.

REINHARDT KLAUS, Das rechtliche Gehör in Verwaltungssachen, Zürich, 1968.

RIEMER HANS MICHAEL, Berührungspunkte zwischen Sozialversicherungs- und Privatrecht, insbesondere die Bedeutung des Privatrechtes bei der Auslegung des Sozialversicherungsrechtes durch das EVG, in : Le droit des assurances sociales en mutation, Stämpfli, 1992.

RIEMER-KAFKA GABRIELA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, Freiburg, 1999 (cité : Selbstverantwortung).

RIEMER-KAFKA GABRIELA, Kommentar : Urteil U 51/03 vom 29. Oktober 2003, in : SZS/RSAS 2004, p. 78-81.

RHINOW RENE, KRÄHENMANN BEAT, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel/Frankfurt am Main, 1990.

RHINOW RENE, Die Bundesverfassung 2000 : eine Einführung, Basel, 2000.

RHINOW RENE, SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, Basel, 2009.

ROLLI BERNARD, La partie générale du droit des assurances sociales, les points forts de la nouvelle LPGa, in : In dubio, Berne, 2003, p. 12-44.

RUBIN BORIS, L'obligation de renseigner et de conseiller dans le domaine de l'assurance-chômage (articles 27 LPGa et 19a OACI), in : Droit du travail : Revue de droit du travail et d'assurance-chômage, 2008, p. 97-106.

RÜEDI RUDOLF, Im Spannungsfeld zwischen Schadenminderungspflicht und Zumutbarkeitsgrundsatz bei der Invaliditätsbemessung nach einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt, in: Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, Luzern, 1999, p. 29-48. (cité : Im Spannungsfeld).

RÜEDI RUDOLF, L'évaluation de l'incapacité de travail et de gain dans les assurances sociales, in : RCC 1980, p. 67-74 et p. 147-156 (cité : L'évaluation de l'incapacité de travail et de gain).

RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Ausgewählte Gerichtsentscheide aus dem Sozialversicherungsrecht im Zusammenhang mit Teilzeitarbeitsverhältnissen, in : Neue Erwerbsformen - veraltetes Arbeits- und Sozialversicherungsrecht ?, Bern, 1996, p. 187-223 (cité : Ausgewählte Gerichtsentscheide).

RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Haftpflicht und Sozialversicherung, Begriffe, Wertungen und Schadenausgleich, Freiburg, 1998 (cité : Haftpflicht und Sozialversicherung).

SALADIN PETER, Das Verfassungsprinzip der Fairness – Die aus dem Gleichheitsprinzip abgeleiteten Verfassungsgrundsätze, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel, 1975, p. 47-90.

SAURER ANDREAS (ET AL.), Crise socio-économique et évaluation de l'incapacité de travail, SZS/RSAS 2000, p. 1-13.

SCARTAZZINI GUSTAVO, Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale, avec un aperçu des différentes théories de la causalité, Genève, 1991 (cité : Les rapports de causalité).

SCARTAZZINI GUSTAVO, L'assurance perte de gain en cas de maladie dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, in : Journée 1992 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich, 1994, p. 35-65 (cité : L'assurance perte de gain en cas de maladie).

SCARTAZZINI GUSTAVO, Krankentaggeldversicherung, Einwirkungen der sozialen Krankenversicherung auf die Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Krankheit, in : AJP 1997, p. 667-676 (cité : Krankentaggeldversicherung).

SCARTAZZINI GUSTAVO, Considérations sur dix ans de développement en matière de causalité dans les assurances sociales, in : BETTINA KAHIL-WOLFF/PIERRE-YVES GREBER/MIRELA ÇACI (Edit.), Mélanges en l'honneur de JEAN-LOUIS DUC, Lausanne, 2001, p. 239-274 (cité : Considérations sur dix ans de développement).

SCHAER ROLAND, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel, 1984 (cité : Grundzüge).

SCHAER ROLAND, Koordination von Taggeldleistungen, in : ADRIAN VON KAENEL (Hrsg), Krankentaggeldversicherung : Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich, 2007, p. 163-192 (cite : Koordination).

SCHLAURI FRANZ, Beiträge zum Koordinationsrecht der Sozialversicherungen, St. Gallen 1995 (cité : Beiträge zum Koordinationsrecht).

SCHLAURI FRANZ, Grundstrukturen des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens in der Sozialversicherung, in : Verfahrensfragen in der Sozialversicherung, St. Gallen, 1996, p. 9-74.

SCHLAURI FRANZ, Die Adäquanz des Kausalzusammenhangs bei mitwirkenden Teilursachen in der Sozialversicherung, in : René SCHAFFHAUSER/Franz SCHLAURI (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 1997, St. Gallen 1997, p. 241-284 (cité : Die Adäquanz des Kausalzusammenhangs).

SCHLAURI FRANZ, Wirtschaftliche Bewertung der Hausfrauen- und Hausmännerarbeit bei der Invaliditätsbemessung ?, in : Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, St. Gallen, 1999, p. 151-182 (cité : Wirtschaftliche Bewertung).

SCHLAURI FRANZ, Erwerblich-praktische Vorgaben an eine medizinische Arbeitsunfähigkeitsschätzung, in : Rechtsfragen der Invalidität in der Sozialversicherung, St. Gallen, 2000, p. 159-187 (cité : Erwerblich-praktische Vorgaben).

SCHLAURI FRANZ, Der zumutbare Resterwerb in der Überentschädigungsberechnung der Sozialversicherungen, in : BETTINA KAHIL-WOLFF/PIERRE-YVES GREBER/MIRELA ÇACI (Edit.), Mélanges en l'honneur de JEAN-LOUIS DUC, Lausanne, 2001, p. 275-292 (cité : Der zumutbare Resterwerb).

SCHLAURI FRANZ, Sozialversicherungsrechtliche Leistungen für Arbeitstrainings und Arbeitsversuche ?, in: Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen, 2003, p. 409-419 (cité : Sozialversicherungsrechtliche Leistungen).

SCHLAURI FRANZ, Das Rechnen mit Arbeitsunfähigkeiten in Beruf und Haushalt in der gemischten Methode der Invaliditätsbemessung, in : Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, St. Gallen, 2003, p. 307-346 (cité : Das Rechnen mit Arbeitsunfähigkeiten in Beruf und Haushalt).

SCHMUCKLI THOMAS, Die Fairness in der Verwaltungsrechtspflege – Art. 6 Ziff. 1 EMRK und die Anwendung auf die Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Diss. Freiburg, Freiburg, 1990.

SCHIEDEGGER JÜRIG, Die Bestimmungen des bernischen VRPG über das rechtliche Gehör im sozialversicherungsrechtlichen Verwaltungsverfahren, in : BVR 1992, p. 360 ss.

SCHNYDER ROMAN, Aspekte des rechtlichen Gehörs, in : Verfahrensfragen in der Sozialversicherung, St. Gallen, 1996, p. 227-249 (cité : Aspekte).

SCHNYDER ROMAN, Das nichtstreitige Verfahren in Versicherungsfällen der obligatorischen und der erweiterten beruflichen Vorsorge, Diss. Freiburg, Basel, 1995 (cité : Das nichtstreitige Verfahren).

SCHULER CONSTANTIN, L'appréciation de la capacité de travail par la médecine, in : RCC 1991, p. 51-57.

SEILER HANSJÖRG, Anforderungen an die Beweisführung zu Status und Invalidität in der IV-Haushaltabklärung, in : RENE SCHAFFHAUSER/Franz Schläuri (Hrsg.), Sozialversicherungsrechtstagung 2009, St. Gallen, 2004, p. 2359-38 (cité : Beweisführung).

SEILER HANSJÖRG, Abschied von der formellen Natur des rechtlichen Gehörs, SJZ 100 (2004), p. 377-385 (cité : Natur des rechtlichen Gehörs).

SEILER HANSJÖRG, Vom abnehmenden Grenznutzen des Justizsystems, in : ZSR 126 (2007), p. 159-178 (cité : Justizsystem).

SEILER HANSJÖRG, KEEL BAUMAN BRIGITTE, Verfassungskonforme Auslegung im Sozialversicherungsrecht, in : GABRIELA RIEMER-KAFKA, ALEXANDRA RUMO-JUNGO (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Festschrift für ERWIN MURER zum 65. Geburtstag, Bern, 2010, p. 811-836 (cité : Verfassungskonforme Auslegung).

SOCIETE SUISSE DE DROIT DES ASSURANCES, Rapport sur une partie générale du droit suisse des assurances sociales et Projet de loi, Berne, 1984 (cité : Rapport sur une partie générale).

STEIN PETER, Die Invalidität : Weg oder Irrweg von Gesetzgebung und Praxis, in : Sozialversicherungsrecht im Wandel : Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern, 1992, p. 431-457.

THÜR EMIL, Zum Begriff « Zumutbare Arbeitsleistung » in der Eidgenössischen Invalidenversicherung, SZS/RSAS 1985, p. 39-50.

TINNER ROLF, Das rechtliche Gehör, in : ZSR 83 (1964), p. 295-418.

TSCHUDI HANS-PETER, Entstehung und Entwicklung der schweizerischen Sozialversicherung, Basel, 1989 (cité : Entstehung und Entwicklung).

TSCHUDI HANS PETER, Krise des Sozialstaates ?, in : De la Constitution, Etudes en l'honneur de JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Basel/Frankfurt am Main, 1996, p. 683-692 (cité : Krise des Sozialstaates).

WAGNER PIERRE, Les définitions de la maladie, de l'accident et de la maternité, Contribution à l'étude de l'article 2 LAMal, in : Jean-Louis Duc (dir.), LAMal-KVG : recueil des travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, Lausanne, 1997, p. 85-145.

WEBER STEPHAN, Die Schadenminderungspflicht – eine metamorphe Rechtsfigur, in : ALFRED KOLLER (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungstagung 1999, St. Gallen, p. 133-177.

WEBER-DÜRLER BEATRICE, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt am Main, 1983.

WERTHMÜLLER MARTIN, Wiedereingliederung als Aufgabe des Krankentaggeldversicherers, in : GABRIELA RIEMER-KAFKA (Hrsg.), Case Management und Arbeitsunfähigkeit, Zürich, 2006, p. 111-124.

WICKI ANN-KARIN, Réinsertion : le rôle de l'assureur indemnités journalières, in : CHSS 2004, p. 308-310.

WIEDERKEHR RENE, Begutachtung im Kontext des ATSG, in : AJP 2004, p. 1139-1149.

WYLER DANIEL, Rechtsfragen der Akteneinsicht, in : Verfahrensfragen in der Sozialversicherung, St. Gallen, 1996, p. 249-263.

ZEHNDER KATHRIN, Aufrechterhaltung des Versicherungsschutzes für Erwerbsausfall und Invalidität bei vorübergehender Unterbrechung der Erwerbstätigkeit, in : Collezione Assista : 30 anni/ans/Jahre Assista TCS SA, Genève, 1998, p. 764-774.

ZIMMERLI ULRICH, Zum rechtlichen Gehör im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, in : Sozialversicherungsrecht im Wandel, Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern, 1992, p. 313-334.

ZINSLI JÖRG, Krankheit im Arbeitsverhältnis, Diss., Zürich, 1992.

Rapports

Initiative parlementaire, Partie générale du droit des assurances sociales :

Rapport de la Commission du Conseil des Etats, du 27 septembre 1990, FF 1991 II 181-288. (cité : Rapport de la Commission du Conseil des Etats, 1990).

Avis du Conseil fédéral, du 17 avril 1991, FF 1991 II 888-900 (cité : Avis du Conseil fédéral, 1991).

Avis approfondi du Conseil fédéral, du 17 août 1994, FF 1994 V 897-976 (cité : Avis approfondi du Conseil fédéral, 1994).

Rapport de la Commission du Conseil national de la sécurité sociale et de la santé, du 26 mars 1999, FF 1999 IV 4168-4470. (cité : Rapport de la Commission du Conseil national, 1999).

Collaboration interinstitutionnelle (CII) :

Rapport « Coordination entre assurance-invalidité, assurance-chômage et aide sociale » du 21 avril 1999, rédigé par le groupe de travail « Coordination » institué dans le cadre de la 4^e révision de l'AI.

KEK-CDC Consultants, Zurich (1999). Etude seco/OFFT-CII sur la collaboration inter-institutionnelle (CII) au service de l'intégration sur le marché du travail. Partie I : CII entre les autorités cantonales du marché du travail RAV/LAM et l'orientation professionnelle. (cité : Etude seco/OFFT-CII, Partie I).

KEK-CDC Consultants, Zurich (2000). Etude seco/OFFT-CII sur la collaboration inter-institutionnelle (CII) au service de l'intégration sur le marché du travail. Partie II : Analyse de la CII entre le marché du travail, l'orientation professionnelle, l'AI et le système social et guide pour son développement. (cité : Etude seco/OFFT-CII, Partie II).

Rapport du 26 janvier 1999 rédigé par le groupe de travail interdépartemental « Marché du travail complémentaire » sur le ch. 5 du postulat CER CN 99.3003.34.

Indemnités journalières

Rapport du Conseil fédéral du 30 septembre 2009 « Evaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et propositions de réforme », en réponse au postulat 04.3000 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, du 16 janvier 2004 (cité : Rapport du Conseil fédéral, Evaluation du système d'assurance d'indemnités journalières).

Messages

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant deux projets de lois sur l'assurance contre les maladies et les accidents, du 21 janvier 1896, FF 1896 I 261.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'assurance des militaires contre les maladies et les accidents, du 28 juin 1898, FF 1898 III 869-904.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant les assurances contre les maladies et les accidents, du 10 décembre 1906, FF 1906 VI 213-401.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'assurance-invalidité ainsi qu'à un projet de loi modifiant celui sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 24 octobre 1958, FF 1958 II 1161-1348. (cité : Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'assurance-invalidité).

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi modifiant le titre premier de la loi sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, FF 1961 I 1425-1545.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, du 21 septembre 1964, FF 1964 II 704-750.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet modifiant la constitution fédérale dans le domaine de l'assurance-maladie, accidents et maternité et rapport sur l'initiative populaire pour une meilleure assurance-maladie, du 19 mars 1973, FF 1973 I 908-955.

Message concernant la neuvième révision de l'assurance-vieillesse et survivants, du 7 juillet 1976, FF 1976 III 1-142.

Message concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, du 2 juillet 1980, FF 1980 III 485-699.

Message sur la révision partielle de l'assurance-maladie, du 19 août 1981, FF 1981 II 1069-1215.

Message concernant la deuxième révision de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (LPC), du 21 novembre 1984, FF 1985 I 104-136.

Message concernant la deuxième révision de l'assurance-invalidité, du 21 novembre 1984, FF 1985 I 21-103.

Message relatif au second train de mesures pour une nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, du 25 mai 1988, FF 1988 II 1293-1404 (cité : Message relatif au second train de mesures).

Message concernant la révision de l'assurance-maladie, du 6 novembre 1991, FF 1992 I 77-283.

Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1996 I 1-653.

Message relatif à la 4^e révision de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, première partie (4^e révision de l'AI, 1^{re} partie), du 25 juin 1997, FF 1997 IV 141-198. (cité : Message relatif à la 4^e révision de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, première partie).

Message concernant la 4^e révision de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, du 21 février 2001, FF 2001 3045-3166.

Message concernant la révision de la loi sur l'assurance-chômage, du 28 février 2001, FF 2001 2123-2218.

Message concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), du 14 novembre 2001, FF 2002 2155-2214 (cité : Message concernant la RPT).

Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (mesures de simplification de la procédure), du 4 mai 2005, FF 2005 2899-2912.

Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'AI) du 22 juin 2005, FF 2005 4215-4356.

Introduction

Un des objectifs fondamentaux de la sécurité sociale est la couverture du salaire en cas d'incapacité de travail ou d'incapacité de gain résultant d'une atteinte à la santé. Au plan international, la Conférence internationale du travail (CIT) a inscrit la garantie d'un « revenu de base » dans deux textes adoptés les 10 et 12 mai 1944 : la Déclaration concernant les buts et objectifs de l'Organisation internationale du travail (OIT)¹ et la Recommandation N° 67 concernant la garantie des moyens d'existence². Huit ans plus tard, la CIT a adopté la Convention N° 102 concernant la norme minimum de la sécurité sociale³. Les indemnités versées en cas de maladie, d'accidents du travail et de maladies professionnelles, ainsi que les rentes octroyées en cas d'invalidité font partie des prestations que doivent inclure les différents régimes d'assurances sociales visés par cet instrument international. Membre de l'OIT depuis 1919, la Suisse a ratifié la Convention N° 102 le 18 octobre 1977⁴.

Parfois limitée à une incapacité de travail de courte durée donnant droit au versement d'une indemnité journalière, l'atteinte à la santé peut conduire à une incapacité de gain susceptible d'ouvrir le droit à la rente d'invalidité. L'atteinte à la santé peut résulter d'une maladie, d'un accident ou d'une maladie professionnelle, trois éventualités qui sont contenues dans la Convention N° 102 concernant la norme minimum de la sécurité sociale⁵.

Dans le droit suisse de la sécurité sociale, la couverture du salaire en cas d'incapacité de travail relève de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)⁶ du 18 mars 1994, de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA)⁷ du 20 mars 1981 et de la loi fédérale sur l'assurance militaire⁸ du 19 juin 1992. Quant à la couverture du salaire à long terme en cas d'invalidité, elle est régie par la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI)⁹ du 19 juin 1959, la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)¹⁰ du 25 juin 1982 et, le cas échéant, la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA).

¹ La Conférence internationale du Travail a siégé, cette année-là, à Philadelphie. La Déclaration concernant les buts et objectifs de l'organisation internationale du travail est dès lors connue sous le nom de « Déclaration de Philadelphie ».

² La Recommandation N° 69 concernant les soins médicaux a été adoptée le même jour. Le texte des deux Recommandations dispose : « La Conférence recommande aux Membres de l'Organisation d'appliquer les principes suivants et de communiquer au Bureau international du Travail les informations que le Conseil d'administration décidera de demander sur les mesures prises pour mettre ces principes en application ».

³ Adoptée le 28 juin 1952, la Convention N° 102 concernant la norme minimum de la sécurité sociale est entrée en vigueur le 27 avril 1955, après avoir été ratifiée par 32 Etats.

⁴ RS 0.831.102. La Convention N° 102 est entrée en vigueur, pour la Suisse, le 18 octobre 1978. La Suisse a exclu du champ d'application les régimes qui ne satisfaisaient pas aux obligations de la Convention en raison de leur caractère facultatif. Il s'agissait alors de la couverture des soins médicaux, de la perte de gain en cas de maladie, de maternité et de chômage.

⁵ Art. 13 (maladie), art. 31 (accidents du travail et maladies professionnelles).

⁶ RS 832.10.

⁷ RS 832.20.

⁸ RS 833.1.

⁹ RS 831.20.

¹⁰ RS 831.40.

Dans le régime de l'assurance-invalidité, l'incapacité de gain peut résulter de la maladie, de l'accident ou de l'infirmité congénitale¹¹.

La maladie occupe une place particulière parmi les atteintes à la santé provoquant une incapacité de gain. En effet, selon les statistiques 2009 de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), sur 100 nouvelles rentes octroyées en Suisse, 88 rentes étaient fondées sur la maladie, 7 rentes sur l'accident et 5 rentes sur l'infirmité congénitale¹². La maladie est donc un facteur déterminant dans la survenance de l'invalidité. Or, la couverture de l'incapacité de travail en cas de maladie a un caractère facultatif depuis l'adoption de la première loi fédérale sur l'assurance-maladie et accidents (LAMA), le 11 juin 1911. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1914 pour la couverture de la maladie et le 1^{er} janvier 1918 pour la couverture de l'accident, la loi fédérale faisait une distinction entre les deux régimes concernés. Elle prévoyait en effet un système facultatif pour la couverture des soins et l'indemnisation de la perte de salaire en cas de maladie. En revanche, elle entérinait un régime obligatoire pour les accidents et les maladies professionnels. Les personnes couvertes pour ces deux risques¹³ pouvaient donc bénéficier d'une pleine protection du salaire en cas d'incapacité de travail aussi bien qu'en cas d'invalidité¹⁴.

Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996, la LAMal a rendu la couverture des soins obligatoire. En revanche, elle n'a modifié ni le caractère facultatif de la couverture du salaire en cas de maladie et de maternité¹⁵ ni la durée d'indemnisation de l'incapacité de travail due à la maladie (720 jours dans une période de 900 jours)¹⁶.

La notion d'incapacité de travail est distincte de la notion d'incapacité de gain. La loi fédérale applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de la LAMal, le 1^{er} janvier 1996, ne contenait aucune définition de la notion d'incapacité de travail. La jurisprudence avait cependant clairement énoncé les éléments qui permettaient d'attester une incapacité de travail :

- une atteinte à la santé qui rend l'assuré incapable d'exercer son activité habituelle, ou
- lui permet d'exercer son activité habituelle de manière limitée ou avec le risque d'aggraver son état¹⁷.

¹¹ Art. 4 LAI.

¹² OFAS, Statistique de l'AI 2009, p. 26.

¹³ Selon l'art. 60 LAMA, étaient notamment assurés à titre obligatoire les travailleurs soumis à la loi fédérale concernant le travail dans les fabriques du 23 mars 1877.

¹⁴ La séparation des deux régimes est intervenue à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA), le 1^{er} janvier 1984. Cette dernière étend le champ d'application personnel à l'ensemble des travailleurs salariés. Le risque « accident non professionnel » est couvert par la LAA pour les seuls travailleurs salariés exerçant une activité lucrative de 8 heures hebdomadaires au moins (art. 8 al. 2 LAA ; art. 13 OLAA dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2000).

¹⁵ La maternité fait l'objet d'une couverture obligatoire par le biais du régime des allocations pour perte de gain (art. 16b à 16h de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain [LAPG, RS 834.1]) depuis le 1^{er} juillet 2005. Elle figure cependant toujours dans les dispositions relatives à la couverture du salaire dans le régime de l'assurance-maladie (art. 74 LAMal).

¹⁶ Art. 72 al. 3 LAMal. Un changement a cependant été opéré en ce qui concerne la possibilité de maintenir, en cas d'incapacité de travail partielle, une couverture d'assurance pour la capacité de travail résiduelle (art. 72 al. 4 LAMal).

¹⁷ RJAM 1982 N° 504, p. 208. Pour les développements : voir Partie I chap. 2.

Applicable dans le cadre de l'assurance-invalidité, l'incapacité de gain ne donnait pas lieu à une définition spécifique avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)¹⁸ du 6 octobre 2000. Elle entrait dans la définition de l'invalidité contenue dans l'ancien article 4 LAI¹⁹. Le critère de l'exigibilité permettait d'imposer des contraintes, mais également de poser certaines limites en ce qui concerne l'obligation, pour l'assuré, de mettre à profit sa capacité de travail résiduelle²⁰.

Dès l'entrée en vigueur de la LAMA et jusqu'au début des années quatre-vingt, la distinction opérée entre les deux risques (« maladie » et « invalidité ») a permis de séparer clairement une première phase de la maladie entraînant une incapacité de travail et une deuxième phase fondée sur l'incapacité de gain. Sur la base d'un certificat établissant une incapacité de travail, et sur préavis positif du médecin-conseil, les indemnités journalières étaient régulièrement versées à l'assuré atteint d'une maladie et au bénéfice d'une couverture d'assurance. Les cas de « longue maladie » étaient assortis de l'obligation, pour l'assuré, de s'annoncer à l'assurance-invalidité à l'échéance d'une année. La coordination et le cumul des prestations (indemnités journalières – rente) étaient réglés par le Tribunal fédéral des assurances²¹.

Des changements importants sont intervenus avec la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral des assurances à propos de l'obligation de diminuer le dommage et de son application dans la couverture du salaire en cas d'incapacité de travail. En établissant que cette obligation est un principe général du droit des assurances sociales qui s'impose même en l'absence d'une base légale spécifique²², le Tribunal fédéral des assurances a reconnu et légitimé l'application du principe de l'exigibilité dans l'appréciation de l'incapacité de travail, limitant ainsi, parfois de manière importante, la protection sociale dans la phase précédant l'invalidité.

L'entrée en vigueur de la LPGA, le 1^{er} janvier 2003, a représenté une étape importante dans la formalisation des principes développés par la jurisprudence. L'obligation de diminuer le dommage, l'incapacité de travail (y compris l'incapacité de « longue durée ») ainsi que l'incapacité de gain font désormais l'objet de dispositions spécifiques²³.

L'application du principe de l'obligation de diminuer le dommage n'est pas sans incidence sur les droits de l'assuré. Elle peut ainsi conduire à la suppression du droit à l'indemnité journalière alors même qu'aucun comportement fautif ne peut être imputé à l'assuré²⁴ et que

¹⁸ RS 830.1.

¹⁹ Art. 4 LAI (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002) : « L'invalidité au sens de la présente loi est la diminution, présumée permanente ou de longue durée, de la capacité de gain causée par une atteinte à la santé physique ou mentale résultant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident ». Pour les développements, voir Partie I chap. 3 ch. 3.1.2.2. et ch. 3.1.3.

²⁰ ATF 105 V 176 [179] consid. 3 (cas relatif à l'exigibilité d'un traitement médical).

²¹ ATF 98 V 75.

²² ATF 105 V 176 [178] consid. 2. Pour les développements, voir Partie I chap. 1 ch. 1.1.

²³ Art. 6 LPGA (incapacité de travail). Art. 7 LPGA (incapacité de gain). Pour les développements concernant les travaux préparatoires et l'adoption de la LPGA, ainsi que les modifications apportées aux articles 6 et 7 LPGA, voir Partie I chap. 3 ch. 3.1.3.

²⁴ Dans la plupart des assurances sociales, l'obligation de diminuer le dommage sanctionne le non-respect de prescriptions administratives (assurance-chômage par exemple) ou le refus exprès de l'assuré de participer à une mesure de réadaptation (assurance-invalidité, assurance-accidents, notamment). Pour les développements, voir Partie I chap. 1 ch. 1.1.

l'incapacité de travail (risque initialement couvert) demeure inchangée sous l'angle médical. Bien qu'étant souvent au bénéfice d'un certificat établi par le médecin traitant, l'assuré se voit contraint de mettre à profit sa capacité de travail résiduelle au terme d'un délai fixé par l'assureur-maladie. Cette obligation peut aller jusqu'à la recherche et à l'exercice d'une nouvelle activité professionnelle adaptée à ses problèmes de santé. Le critère d'exigibilité, alors applicable, est susceptible d'entrer en conflit avec les droits fondamentaux de l'assuré (notamment la liberté d'établissement et la liberté économique²⁵, ainsi que la liberté de conscience et de croyance²⁶).

Au cours du délai qu'il a fixé unilatéralement, l'assureur n'a aucune obligation envers son assuré, si ce n'est le versement de l'indemnité journalière. Il ne lui appartient pas, en revanche, de lui proposer une activité concrète ou de veiller à ce qu'un autre assureur prenne le cas en charge (notamment l'assurance-invalidité pour les mesures de réadaptation)²⁷. A l'échéance du délai notifié, l'assureur-maladie, délié de toute obligation, est en droit de mettre fin au versement des indemnités journalières légalement prescrites.

S'il n'a pas été en mesure de trouver un emploi adapté dans le délai imparti, l'assuré peut en principe solliciter les prestations de l'assurance-chômage. L'entrée dans ce régime peut cependant s'avérer problématique, l'incapacité de travail existante étant a priori incompatible avec la notion « d'aptitude au placement » exigée par la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI)²⁸ du 25 juin 1982. Enfin, la durée de l'incapacité de travail n'est, généralement, pas suffisante pour ouvrir un droit à une rente d'invalidité²⁹.

Dans la mesure où l'application du principe de l'obligation de diminuer le dommage peut conduire à la réduction ou à la suppression des prestations en espèces, la question des garanties de procédure revêt une importance toute particulière. Ces garanties, et plus particulièrement le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst), devraient permettre à l'intéressé de faire entendre ses arguments et d'infléchir, le cas échéant, les positions adoptées et les décisions prises par les instances administratives tout au long de la procédure, plus particulièrement en ce qui concerne l'appréciation qui a été faite de sa capacité de travail ou de sa capacité de gain par le biais d'expertises. S'il s'avère que les garanties de procédure ne sont pas à même d'assurer la protection de l'assuré, il est alors possible de conclure que l'obligation de diminuer le dommage, compte tenu de ses modalités d'application, porte une atteinte sérieuse et non remédiable aux droits de l'assuré atteint dans sa santé.

La présente étude est consacrée à ces deux questions, apparemment distinctes et néanmoins complémentaires : l'obligation de diminuer le dommage et le droit d'être entendu, rattaché aux garanties de procédure.

²⁵ ATF 113 V 22 [28-29] consid. 4b. Pour les développements, voir Partie I chap. 3 ch. 3.2.2.1.

²⁶ Arrêt 9C_301/2008 du 2 juillet 2008. Pour les développements, voir Partie I chap. 3 ch. 3.2.2.1.

²⁷ Sous réserve de l'application des dispositions relatives à la détection précoce introduites par la 5^e révision LAI, le 1^{er} janvier 2008. Pour les développements, voir Partie I chap. 3 ch. 3.1.2.1.

²⁸ RS 837.0. Art. 15 LACI.

²⁹ Au terme de l'art. 29 al. 1 LAI, le droit à la rente est ouvert lorsque « l'assuré a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40 % au moins pendant une année sans interruption notable ». Dès le 1^{er} janvier 2008 (5^e révision LAI), ce texte figure à l'art. 28 al. 1 let. b LAI.

La **première partie** doit permettre de déterminer si et dans quelle mesure le principe de l'obligation de diminuer le dommage fondé sur la notion d'exigibilité (propre à l'incapacité de gain) et tel qu'appliqué par le Tribunal fédéral, conduit à vider la notion d'incapacité de travail de son sens, tout en privant certains assurés, partiellement ou totalement, de leur droit à l'indemnité journalière en cas de maladie.

Cette partie de l'étude comprend tout d'abord l'examen du principe de l'obligation de diminuer le dommage (chapitre 1).

La couverture du salaire en cas de maladie (chapitre 2) est traitée dans le seul cadre de la LAMal, à l'exclusion des couvertures offertes par le droit privé relevant de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA)³⁰ du 2 avril 1908. Ce choix peut sembler restrictif, voire critiquable. Il ne devrait cependant pas priver cette étude de sa pertinence. D'une part, l'examen de l'incapacité de travail dans le cadre de l'assurance sociale légitime une analyse qui documente l'évolution de la notion et permet un regard critique sur la situation actuelle. D'autre part, les assureurs privés font également application du principe de l'obligation de diminuer le dommage, quand bien même ce dernier ne figure pas expressément dans la loi fédérale (LCA) et n'est pas toujours mentionné dans les conditions générales d'assurance³¹.

La couverture du salaire en cas d'invalidité (chapitre 3) est traitée dans le cadre du régime général de l'assurance-invalidité (LAI), à l'exclusion du régime de la prévoyance professionnelle et du régime de l'assurance-accidents. Ce choix peut sembler arbitraire. Il est cependant justifié par le fait que l'étude se centre sur le risque « maladie » et que la prévoyance professionnelle, qui intervient en cas d'invalidité, n'est pas soumise à la LPGA³².

Les prestations versées, le cas échéant, en complément à la rente d'invalidité sont régies par la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (LPC)³³ du 6 octobre 2006. Elles sont également abordées dans cette étude, en complément au chapitre réservé à l'assurance-invalidité. Ce choix s'impose non seulement par les liens étroits que le régime des prestations complémentaires entretient avec l'assurance-invalidité³⁴, mais également en raison de l'application, dans ce régime également, du principe de l'obligation de diminuer le dommage lors de l'examen du droit aux prestations.

Les deux régimes d'assurances sociales (LAMal, LAI) et la LPC sont examinés dans une perspective historique rendant compte des développements avant leur entrée en vigueur, par leurs révisions respectives, ainsi que l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale révisée³⁵ et de la LPGA (chiffre 1). Chaque régime donne lieu à une analyse de la jurisprudence

³⁰ RS 221.229.1.

³¹ EUGSTER, Vergleich der Krankenversicherung, p. 85.

³² La LPP contient cependant certaines références à la LPGA, notamment l'art. 23 let. c (invalidité) et l'art. 34a (coordination).

³³ RS 831.30.

³⁴ Les prestations complémentaires complètent les rentes d'invalidité pour garantir la couverture des besoins vitaux (art. 2 et art. 4 al. 1 let. c LPC).

³⁵ RO 1999 2556.

rendue par le Tribunal fédéral (chiffre 2)³⁶ et à une analyse critique de cette dernière également fondée sur la doctrine (chiffre 3).

La **deuxième partie de l'étude** porte sur les garanties de procédure. Elle doit permettre de déterminer dans quelle mesure un assuré, privé de prestations au nom de l'obligation de diminuer le dommage, est protégé par le droit d'être entendu à différentes étapes de la procédure (notamment l'instruction de la demande, l'expertise, la consultation du dossier).

Au terme de cette étude, il devrait être possible de dégager des conclusions pertinentes sur la situation des personnes incapables de travailler en raison d'une atteinte à la santé sous l'angle de leur droit aux prestations en espèces (indemnité journalière, rente) et de leurs droits fondamentaux (garanties de procédure).

³⁶ La jurisprudence du Tribunal fédéral est prise en considération jusqu'au 31 mai 2011.

Partie I Obligation de diminuer le dommage

Chapitre 1 Généralités

Erigée au rang de principe général du droit des assurances sociales, l'obligation de diminuer le dommage met en œuvre la notion d'exigibilité pour apprécier le comportement attendu de l'assuré. Devoir ou incombance ? La nature de l'obligation de diminuer le dommage est controversée.

Notion centrale dans les assurances privées, et notamment en matière de responsabilité civile, l'obligation de diminuer le dommage concrétise la responsabilité individuelle dans les assurances sociales³⁷ où elle joue un rôle essentiel dans les prestations en espèces³⁸. Elle peut être décrite comme étant une limite négative à la responsabilité de l'assurance, aussi longtemps que la personne assurée ne se conforme pas au comportement attendu et aggrave le dommage de ce fait.

1.1 Principe général du droit des assurances sociales

Dans l'ensemble des assurances sociales, le versement des prestations est soumis à la réalisation de conditions légalement prescrites. La personne qui émet une prétention envers une assurance sociale doit, en principe, être assurée au moment de la réalisation du risque³⁹. Elle doit satisfaire à l'obligation d'avoir cotisé au régime en question⁴⁰, ou en être exonérée⁴¹. Elle peut devoir justifier d'une période de stage⁴² et doit attester une durée

³⁷ Le principe de l'obligation de diminuer le dommage est fondé sur une norme de droit privé, l'art. 44 al. 1 CO, dont la teneur est la suivante : « Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur ». La LCA contient, elle aussi, ce principe « Lors du sinistre, l'ayant droit est obligé de faire tout ce qui est possible pour restreindre le dommage » (art. 61 al. 1, 1^{re} phrase). Pour son application dans les assurances sociales, voir notamment : MEYER-BLASER, *Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz*, p. 131, n. 539.

³⁸ A teneur de l'art. 15 LPGA, 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 ».

³⁹ La clause d'assurance a été supprimée, dans l'assurance-invalidité, par la modification de l'art. 6 al. 1 LAI au 1^{er} janvier 2001 (ch. 1 de l'annexe à la modification de la LAVS du 23 juin 2000, RO 2000 2682).

⁴⁰ Une cotisation de trois ans au minimum est requise pour l'ouverture du droit à la rente dans l'assurance-invalidité (art. 36 al. 1 LAI).

⁴¹ Tel est également le cas pour les personnes se trouvant dans l'une des situations visées par l'art. 14 LACI (périodes de formation scolaire, maladie, maternité, notamment).

d'incapacité légalement prescrite ou un taux minimal d'incapacité de travail ou de gain⁴³ pour bénéficier de prestations en espèces (indemnités journalières et rentes). Le remboursement des prestations de soins peut être lié au respect de certains principes (par ex. l'économicité)⁴⁴. Il peut également être effectué selon des modalités spécifiques (par ex. selon le système du « tiers garant »⁴⁵).

Demandeur ou bénéficiaire de prestations d'assurances sociales, l'assuré ne peut s'appuyer sur la seule réalisation de toutes les conditions légalement prescrites pour exiger l'ouverture du droit aux prestations ou le versement de ces dernières jusqu'à la limite temporelle prévue. Il est également tenu d'adopter un comportement qui, tout en permettant sa réintégration dans la vie active (ou en améliorant son état de santé), allégera les charges financières de l'assurance sociale tenue à prestations. Ce faisant, il satisfait à l'obligation de diminuer le dommage.

Jusqu'au 1^{er} janvier 2003, date d'entrée en vigueur de la LPGa, le principe de l'obligation de diminuer le dommage figurait dans la plupart des lois d'assurances sociales. Ainsi, dans l'assurance-accidents, les prestations étaient totalement ou partiellement refusées si l'assuré se soustrayait à une mesure de réadaptation ordonnée par l'assurance-invalidité, qui était raisonnablement exigible, et dont on pouvait attendre une amélioration notable de la capacité de gain⁴⁶. Dans l'assurance-invalidité, la rente pouvait être refusée ou retirée temporairement ou définitivement si l'assuré se soustrayait à une mesure de réadaptation ordonnée, ou s'il ne tentait pas d'améliorer sa capacité de gain de sa propre initiative. La mesure devait être raisonnablement exigible⁴⁷. Dans la prévoyance professionnelle, la caisse de pension pouvait réduire ses prestations dans la même proportion que l'assurance-invalidité, si l'assuré s'était opposé à une mesure de réadaptation ordonnée par cette assurance⁴⁸. Dans l'assurance-chômage, enfin, le droit aux indemnités pouvait notamment être suspendu lorsque l'assuré ne faisait pas « tout ce qu'on peut raisonnablement exiger de lui pour trouver un travail convenable »⁴⁹.

Dans certaines branches d'assurances sociales, le comportement dont a fait preuve l'assuré avant le dépôt de la demande de prestations peut être retenu au titre de l'obligation de diminuer le dommage pour motiver un refus ou une réduction de prestations : manque d'initiative personnelle en matière de réadaptation (assurance-invalidité)⁵⁰ ; dessaisissement de biens (prestations complémentaires)⁵¹ ; absence fautive de travail (assurance-chômage)⁵².

⁴² Délai d'attente dans l'assurance-chômage (art. 18 LACI), ou l'assurance-maladie pour l'indemnité journalière en cas de maternité (art. 74 al. 1 LAMal).

⁴³ 50% d'incapacité de travail (sauf disposition réglementaire) dans l'assurance-maladie (art. 72 al. 2 LAMal) ; 40% d'incapacité de gain dans l'assurance-invalidité (art. 28 al. 2 LAI) et dans la prévoyance professionnelle (art. 24 al. 1 LPP) ; 10% d'incapacité de gain dans l'assurance-accidents (art. 18 al. 1 LAA).

⁴⁴ A teneur de la LAMal, seules les prestations qui satisfont aux principes d'économicité, d'efficacité et d'adéquation sont à charge des assureurs-maladie (art. 32 et 56 LAMal).

⁴⁵ Art. 42 al. 1 LAMal.

⁴⁶ Art. 48 al. 2 LAA (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002).

⁴⁷ Art. 31 al. 1 LAI (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002).

⁴⁸ Art. 35 LPP.

⁴⁹ Art. 30 al. 1 let. c LACI (disposition toujours en vigueur après l'adoption de la LPGa).

⁵⁰ LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip, p. 36 et n. 101.

⁵¹ Art. 11 let. g LPC.

L'obligation de diminuer le dommage n'était pas expressément mentionnée dans les dispositions légales concernant la couverture du risque « maladie » et, dans un premier temps, la couverture du risque « accident »⁵³. Se fondant notamment sur la doctrine concernant l'assurance-accidents⁵⁴, le Tribunal a ainsi eu l'occasion d'établir que le principe de l'obligation de diminuer le dommage s'impose en tant que principe général de rang législatif, même s'il ne figure pas expressément dans la loi⁵⁵.

Le comportement attendu de l'assuré couvre aussi bien la période précédant la survenance du risque assuré et permettant sa réalisation⁵⁶ que la période suivant la réalisation du risque, au cours de laquelle l'assurance est, en principe, tenue de verser ses prestations.

Applicable même en dehors d'un cas d'assurance⁵⁷, l'obligation de diminuer le dommage permet de pondérer les intérêts en présence : d'une part, ceux de la communauté des assurés tendant à maintenir les coûts le plus bas possible et, d'autre part, les droits de l'assuré concerné par la réalisation du risque. Pour le Tribunal fédéral des assurances, on ne saurait imposer à la collectivité des assurés une augmentation de primes due à la réalisation de risques évitables⁵⁸. RIEMER-KAFKA⁵⁹ ne partage pas cette position. Pour elle, l'aspect financier ne saurait prévaloir sur les principes de bonne foi (art. 2 al. 1 CC)⁶⁰, de solidarité et d'égalité de traitement qui fondent l'obligation de diminuer le dommage.

En définitive, la responsabilité individuelle qui sous-tend le principe de l'obligation de diminuer le dommage permet d'atténuer, voire de battre en brèche, l'idée que l'Etat doit garantir la sécurité matérielle en toutes circonstances⁶¹.

⁵² Art. 30 al. 1 let. a LACI.

⁵³ Les dispositions de la LAMA relatives à l'assurance-accidents (art. 41 à 123 LAMA) ont été abrogées avec l'entrée en vigueur de la LAA, le 1^{er} janvier 1984. Le principe de l'obligation de diminuer le dommage a été intégré à l'article 48 al. 2 LAA (n. 14).

⁵⁴ MAURER, *Recht und Praxis*, p. 198 (n. 74a).

⁵⁵ ATF 114 V 281 ; ATF 111 V 235 ; ATF 105 V 176 ; MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, p. 54 ; RIEMER-KAFKA, *Selbstverantwortung*, p. 254 ; LANDOLT, *Auswirkungen der 5. IVG-Revision*, p. 218.

⁵⁶ Comportement fautif à l'origine du risque assuré (« entreprise téméraire » au sens de l'art. 39 LAA, par ex.).

⁵⁷ Tel est le cas lorsque l'assuré est tenu de se soumettre à un examen médical (voir : MAURER, *Begriff und Grundsatz der Zumutbarkeit*, p. 239).

⁵⁸ ATF 97 V 72 [78] consid. 2d.

⁵⁹ RIEMER-KAFKA, *Selbstverantwortung*, p. 22-23.

⁶⁰ OFTINGER, p. 267.

⁶¹ LOCHER, *Grundriss des Sozialversicherungsrechts*, p. 269 ; ACHTARI, p. 26, n° 76.

1.2 Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)

Adoptée le 6 octobre 2000, et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, la LPGA est le fruit d'un travail parlementaire qui s'étend sur une vingtaine d'années⁶². En automne 1984, la Société suisse de droit des assurances a publié un rapport sur une partie générale du droit suisse des assurances sociales, accompagné d'un projet de loi⁶³. Le sous-titre de ce document est ainsi libellé : « Contribution d'un groupe de travail de la Société suisse de droit des assurances en vue d'améliorer la coordination en matière d'assurances sociales ». L'objectif, clairement exprimé, ne vise donc pas spécifiquement l'harmonisation des différentes branches de la sécurité sociale. Le rapport et le projet de loi ont été adressés au Département fédéral de l'intérieur (DFI) en janvier 1985. Le 7 février 1985, JOSI MEIER⁶⁴ a déposé une initiative parlementaire, conçue en termes généraux, demandant qu'une loi fédérale soit édictée, « réunissant la partie générale du droit des assurances sociales » et s'inspirant du projet élaboré par la Société suisse de droit des assurances⁶⁵. Des procédures de consultation ont été organisées en 1986 (sur le projet de loi) et en 1989/1990 (sur le projet de la Commission du Conseil des Etats). Le 2 mars 1992, le Conseil national a accepté que sa commission consultative reporte ses débats de deux ans, essentiellement en raison des révisions en cours (AVS et LAMA)⁶⁶. En 1994, les travaux ont repris, notamment sur la base de l'Avis approfondi du Conseil fédéral⁶⁷. Les oppositions formulées lors des travaux parlementaires (en particulier par le milieu des assureurs) ont amené à une série de compromis au cours de l'été 1997. Pour cette raison, la loi fédérale fut souvent désignée par l'expression « LPGA light »⁶⁸.

Entrée en vigueur deux ans après son adoption par les Chambres fédérales, la loi fédérale contient, entre autres, des dispositions tendant à harmoniser les notions contenues dans les différentes lois d'assurances sociales. A l'exception de la LPP (qui n'entre pas dans le champ d'application de la LPGA⁶⁹), toutes les lois fédérales d'assurances sociales contiennent une disposition (article premier) ainsi libellée : « Les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) s'appliquent à l'assurance-[...], à moins que la présente loi ne déroge expressément à la LPGA ». De nombreuses dérogations figurent dans les différentes lois fédérales d'assurances sociales. A titre d'exemple, on relèvera la fixation du degré d'invalidité pour les personnes sans activité lucrative (art. 28a LAI) et les règles spécifiques de surindemnisation (art. 20 al. 2 LAA).

⁶² Pour une analyse détaillée des travaux parlementaires relatifs à la LPGA, voir notamment : KIESER, ATSG-Kommentar 2003.

⁶³ Rapport de la Commission du Conseil national, 1999, p. 4169 ss.

⁶⁴ Conseillère aux Etats (PDC).

⁶⁵ Rapport de la Commission du Conseil des Etats, 1990, p. 235.

⁶⁶ Avis approfondi du Conseil fédéral, 1994, p. 899.

⁶⁷ Avis approfondi du Conseil fédéral, 1994, p. 897-976.

⁶⁸ Rapport de la Commission du Conseil national, 1999, p. 4169.

⁶⁹ La LPP renvoie cependant à la LPGA dans les dispositions relatives à la coordination (art. 34a LPP) et dans deux dispositions concernant les prestations pour survivants (art. 18 let. b LPP) et le droit aux prestations d'invalidité (art. 23 let. c LPP).

L'obligation de diminuer le dommage ne figure pas en tant que telle dans la LPGA⁷⁰. Un de ses aspects est cependant ancré dans l'article 21 al. 4 LPGA : « 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. [...] ». Cette disposition légale s'impose à l'ensemble des assurances sociales (à l'exception de la LPP⁷¹) et a rendu superflues certaines normes contenues, jusqu'alors, dans les lois d'assurances sociales⁷². Depuis le 1^{er} janvier 2003, les assureurs-maladie disposent, eux aussi, d'une base légale idoine pour rappeler à l'assuré, voire lui imposer, son obligation de diminuer le dommage.

La plupart des dispositions inscrites dans les différentes lois d'assurances sociales ont été abrogées à l'entrée en vigueur de la LPGA. Dans l'assurance-chômage, la notion de « travail convenable » imposée à l'assuré a été maintenue⁷³ et la disposition relative à l'aptitude au placement a été précisée. L'harmonisation réalisée par la LPGA ne modifie ni la terminologie, ni l'interprétation des différentes notions.

1.3 Nature de l'obligation de diminuer le dommage

La nature de l'obligation de diminuer le dommage a suscité des positions controversées. Une partie de la doctrine considère que, dans la mesure où elle ne peut donner lieu à une exécution forcée, l'obligation de diminuer le dommage est une « Obliegenheit »⁷⁴ (incombance⁷⁵). L'obligation de diminuer le dommage serait, ainsi, une charge imputable à l'assuré, qui conditionne l'ouverture du droit aux prestations ou le versement intégral de ces dernières. Dans la plupart de ses arrêts, le Tribunal fédéral des assurances utilise le mot « Pflicht » sans autre précision : « Allerdings besteht auch im sozialen Krankenversicherungsrecht eine Pflicht des Versicherten zur Schadenminderung (BGE 105 V 178 Erw. 2) »⁷⁶. Dans quelques arrêts, les juges fédéraux ont apporté certaines précisions. Ils ont ainsi établi que le devoir d'auto-réadaptation dans l'assurance-invalidité, tout en étant une expression de l'obligation de diminuer le dommage, ne saurait être considéré comme une obligation au sens juridique du terme (« Rechtspflicht »), dans la mesure où le comportement attendu de l'assuré ne peut être rendu effectif ou imposé par des menaces de

⁷⁰ MEYER-BLASER, ATSG, p. 151.

⁷¹ Dans cette loi, une disposition spécifique est maintenue (art. 35 LPP).

⁷² Les dispositions suivantes ont été abrogées : art. 31 al. 1 LAI ; art. 48 al. 2 LAA ; art. 65 al. 2 LAM.

⁷³ Art. 16 LACI.

⁷⁴ Dans ce sens, RUMO-JUNGO, *Haftpflicht und Sozialversicherung*, p. 373-374; MEYER-BLASER, *Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz*, p. 133; WEBER, p. 175.

⁷⁵ L'incombance peut être définie comme le comportement que doit avoir une personne pour éviter un désavantage juridique. Celui qui refuse ou omet d'agir ne peut pas y être contraint.

⁷⁶ ATF 111 V 235 [239] consid. 2a. Dans ce sens, voir également : SCARTAZZINI, *Krankentaggeldversicherung*, p. 672.

sanctions⁷⁷. Il s'agit donc d'une incombance à laquelle l'assuré doit satisfaire s'il entend préserver son droit aux prestations⁷⁸.

Contre cet avis, MAURER⁷⁹ et LANDOLT⁸⁰ ont soutenu que, dans la mesure où elle exige un comportement et sanctionne le non-respect de ce dernier⁸¹, l'obligation de diminuer le dommage est un devoir (Pflicht) au sens juridique. La nature de cette obligation ne saurait s'apprécier sur le seul critère de la contrainte directe. Dans leurs publications plus récentes, ces auteurs se sont ralliés à la notion de charge (« Last »). Pour LANDOLT, l'obligation ne saurait être considérée comme un devoir (« Rechtspflicht »), mais comme une incombance dont le non-respect entraîne notamment le refus de prestations⁸². MAURER, SCARTAZZINI et HÜRZELER abandonnent définitivement la terminologie « Schadenminderungspflicht » et retiennent l'expression « Schadenminderungslast als allgemeiner Rechtsgrundsatz »⁸³. LOCHER, quant à lui, a toujours considéré l'obligation de diminuer le dommage comme étant une incombance⁸⁴. Pour SEILER/KEEL BAUMANN, l'obligation de diminuer le dommage est clairement une charge, dans la mesure où sa violation ne constitue pas une violation du droit, mais conduit au fait qu'un avantage attendu ne sera pas octroyé⁸⁵.

⁷⁷ ATF 113 V 22 [28] consid. 4a : « Die Selbsteingliederung als Ausdruck der allgemeinen Schadenminderungspflicht geht nicht nur dem Renten-, sondern auch dem gesetzlichen Eingliederungsanspruch vor (Art. 10 Abs. 2 IVG). Bei der Selbsteingliederung als Ausdruck der Schadenminderungspflicht handelt es sich nicht um eine Rechtspflicht im dogmatischen Sinn, weil das vom Versicherten verlangte Verhalten nicht realiter oder mittels Strafandrohung erzwungen werden kann ».

⁷⁸ Arrêt I 11/00 du 22 août 2001, consid. 5a/aa : « Die Selbsteingliederung als Ausdruck der allgemeinen Schadenminderungspflicht ist eine Last, welche die versicherte Person auf sich zu nehmen hat, soll ihr Leistungsanspruch [...] gewahrt bleiben ».

⁷⁹ MAURER, Begriff und Grundsatz der Zumutbarkeit, p. 135.

⁸⁰ LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip, p. 39.

⁸¹ Art. 61 OLAA (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002) : « Si l'assuré refuse, sans motifs suffisants, de se soumettre à une mesure médicale ou 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 ».

⁸² LANDOLT, Auswirkungen der 5. IVG-Revision, p. 218 : « Die Schadenminderungspflicht ist zudem keine Rechtspflicht, die von den Behörden zwangsweise durchgesetzt werden kann, sondern vielmehr eine Obliegenheit, deren Verletzung zu einer Leistungsverweigerung führt bzw. den Sozialversicherer berechtigt, einen Aktenentscheid zu fällen ».

⁸³ MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, p. 54.

⁸⁴ LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts 1997 p. 56 : « Der Schadenminderungsgrundsatz beinhaltet eine Last, nicht eine unmittelbar erzwing- oder vollstreckbare Pflicht ». LOCHER soutient la même position dans la 3^e édition 2003, p. 269.

⁸⁵ SEILER/KEEL BAUMANN, Verfassungskonforme Auslegung, p. 831, n. 124 : « Unterschied zwischen Pflicht und Obliegenheit : Die Verletzung der Pflicht ist als solche rechtswidrig ; die Verletzung einer Obliegenheit ist als solche nicht rechtswidrig, sondern führt bloss dazu, dass ein bestimmter Vorteil nicht gewährt wird ».

1.4 Limites à l'obligation de diminuer le dommage

Le comportement attendu de l'assuré trouve ses limites dans le concept d'exigibilité (Zumutbarkeit). La jurisprudence et la doctrine majoritaire⁸⁶ admettent que l'exigibilité est un principe qui découle du principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst⁸⁷). Appliquée lors de l'examen d'un cas concret, elle peut être qualifiée de véritable norme « en blanc » (Blankbegriff)⁸⁸.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LPGA, le 1^{er} janvier 2003, elle faisait l'objet de quelques dispositions dans certains régimes d'assurances sociales. Ainsi, l'ancien article 61 al. 3 LAA et l'ancien article 31 al. 2 LAI prévoyaient que des mesures « qui impliquent un risque pour la vie ou la santé ne sont pas raisonnablement exigibles ». On ne pouvait pour autant en conclure que toutes les mesures qui ne mettaient pas la vie en danger étaient exigibles⁸⁹.

L'article 21 al. 4 LPGA ne contient pas de définition de l'exigibilité en tant que principe⁹⁰. Cette disposition énonce l'obligation, pour l'assuré, de se soumettre à un traitement ou de participer 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 [...]. Les traitements et les mesures de réadaptation qui présentent un danger pour la vie ou pour la santé ne peuvent être exigés ». L'article 43 al. 2 LPGA impose à l'assuré l'obligation de 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 ». Commentant le projet de cette disposition, MAURER relève que la mention « nécessaire » est inutile, dans la mesure où la participation de l'assuré à des examens superflus ne pourrait être raisonnablement exigée⁹¹.

Principe important, le « comportement raisonnablement exigible » de l'assuré doit faire l'objet d'une appréciation individuelle, prenant en considération l'ensemble des critères objectifs et subjectifs, établissant un lien de causalité adéquate entre le comportement attendu et le dommage et respectant les principes généraux du droit administratif, notamment celui de la proportionnalité. Seul le comportement de l'assuré est en cause, indépendamment des obligations de l'assurance.

Dans son ensemble, la doctrine reconnaît que doivent être examinés aussi bien les critères objectifs (marché du travail, notamment) que les critères subjectifs (état de santé, âge, formation, relations familiales, par exemple). En revanche, leur application au cas d'espèce fait l'objet de positions divergentes. La doctrine majoritaire (notamment MAURER⁹²) et, en principe, la jurisprudence⁹³, considèrent que les deux types de critères doivent être pondérés de manière différenciée dans chaque cas d'application, de telle sorte que certains critères

⁸⁶ LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip, p. 149-150.

⁸⁷ « L'activité de l'Etat doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé » ; MEYER-BLASER, ATSG, p. 152 ; LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip, p. 149-156 ; LANDOLT, Die Rechtsvorstellung, p. 188 ; LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts 1997, p. 57.

⁸⁸ MAURER, Begriff und Grundsatz der Zumutbarkeit, p. 231.

⁸⁹ RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, p. 375.

⁹⁰ MEYER-BLASER, ATSG, p. 140.

⁹¹ MAURER, Begriff und Grundsatz der Zumutbarkeit, p. 239-240.

⁹² Id., p. 271.

⁹³ Voir notamment : ATF 113 V 22 [28] consid. 4a.

(objectifs ou subjectifs) peuvent être écartés de l'examen, en fonction de la base légale applicable ou de l'état de fait.

Une autre partie de la doctrine – dont LOCHER⁹⁴ – est d'avis que les critères subjectifs doivent être « objectivés » dans l'examen du comportement raisonnablement exigible de la part de l'assuré. Dans un certain nombre de cas, le Tribunal fédéral des assurances a procédé de la sorte, retenant (par exemple dans le cadre de l'assurance-chômage) qu'un refus de « travail convenable » ne pouvait être examiné sous le seul angle de l'évaluation subjective faite par l'assuré, les critères objectifs étant déterminants⁹⁵. Pour LANDOLT, la mise à l'écart des facteurs subjectifs ne trouve aucune justification qui puisse la légitimer et s'avère, dès lors, inacceptable⁹⁶.

Entre le comportement attendu de l'assuré et la diminution du dommage doit exister un lien de causalité. Alors que, dans l'assurance de la responsabilité civile, l'appréciation de la causalité adéquate intervient a posteriori, dans l'assurance sociale, elle s'applique pro futuro. La doctrine majoritaire⁹⁷ et le Tribunal fédéral des assurances (depuis 1960⁹⁸) retiennent un lien de causalité adéquate, prenant en considération chaque élément qui est de nature à garantir le succès escompté, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie. Pour LANDOLT, doctrine et jurisprudence n'accordent pas à ce principe la place et l'importance qu'il mérite. Dans ce que cet auteur estime être un trop grand nombre d'arrêts, le Tribunal fédéral des assurances se bornerait à statuer sur le non-respect de l'obligation de diminuer le dommage et sur la sanction, sans se livrer à l'examen des faits et à l'établissement du lien de causalité adéquate⁹⁹.

En résumé, l'obligation de diminuer le dommage signifie que la personne est tenue, une fois le risque réalisé, de tout entreprendre pour diminuer – voire supprimer – le dommage qui en résulte¹⁰⁰.

L'examen de son application dans le cadre de l'assurance-maladie, de l'assurance-invalidité et des prestations complémentaires fait l'objet du chapitre suivant.

⁹⁴ LOCHER, Die Schadenminderungspflicht, p. 426.

⁹⁵ RCC 1973, p. 574 : « Berufsneigungen sind zu berücksichtigen, sind aber für die Beurteilung der Zumutbarkeit nicht ausschlaggebend ». Voir également : ATF 109 V 25 et commentaires (LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip, p. 119 n. 352).

⁹⁶ LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip, p. 120 n° 185.

⁹⁷ RUMO-JUNGO, Haftpflicht und Sozialversicherung, p. 378, n° 853-856 ; MEYER-BLASER, Kausalitätsfragen, p. 82 ss ; LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip, p. 44.

⁹⁸ ATFA 1960 p. 158 ; ATF 115 V 133 [135] consid. 4.

⁹⁹ LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip, p. 45.

¹⁰⁰ ATF 129 V 460 [462-463] consid. 4.2 ; ATF 123 V 230 [233] consid. 3c ; ATF 117 V 275 [278, 281] consid. 2b et 4b.

Chapitre 2 Assurance-maladie

Notion centrale pour l'ouverture du droit à l'indemnité journalière, l'incapacité de travail ne pose pas de problème spécifique lorsqu'elle est de courte durée. Lorsqu'elle se prolonge, l'obligation de diminuer le dommage devient contraignante pour l'assuré. A une exception près, les notions utilisées et les exigences posées par les juges fédéraux sont similaires à celles qui sont employées dans le cadre d'un autre régime : l'assurance-invalidité.

La définition de l'incapacité de travail a été formellement ancrée dans la LPGA. L'incapacité de travail avait fait l'objet de nombreux arrêts du Tribunal fédéral des assurances. Les principes posés avant l'entrée en vigueur de la LPGA, le 1^{er} janvier 2003, demeurent applicables à l'heure actuelle¹⁰¹.

2.1. Bases légales

Cette partie ne se limite pas à l'exposé des lois fédérales en vigueur (LAMal, LPGA), mais aborde également le régime qui les a précédées. Révisions abouties, mais également projets refusés en votation populaire rendent compte, en effet, des difficultés actuelles d'un régime demeuré facultatif.

2.1.1. Origine et développement de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMA)

Dans son Message du 21 janvier 1896, le Conseil fédéral propose aux Chambres fédérales deux projets de lois sur l'assurance contre les maladies et les accidents¹⁰², rendant la couverture du salaire obligatoire pour les deux risques concernés. La loi votée par le Parlement le 5 octobre 1899¹⁰³ prévoit une couverture obligatoire pour les travailleurs salariés (dès l'âge de 14 ans), dont le revenu ne dépasse pas une limite prescrite, et qui travaillent « au compte d'autrui » dans des entreprises « qui ont leur siège en Suisse, y compris l'industrie domestique, de même que tous les domestiques au service de familles établies en Suisse »¹⁰⁴. L'incapacité de gain est

¹⁰¹ ATF 130 V 343 [353] consid. 3.6.

¹⁰² Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant deux projets de lois sur l'assurance contre les maladies et les accidents, 1896, p. 127-497.

¹⁰³ FF 1899 IV 1051-1187.

¹⁰⁴ Loi fédérale sur l'assurance contre les maladies et les accidents et sur l'assurance militaire, art. 1 al. 1.

couverte à raison de 60% du gain journalier, durant une période maximale d'une année pour chaque maladie. En cas d'accident, l'incapacité de travail est couverte par l'assurance-maladie durant six semaines. Elle est, ensuite, reprise par l'assurance-accidents. Un délai d'attente de trois jours est prévu¹⁰⁵. Comme le relève le Conseil fédéral dans son Message, « l'institution de ce délai dérive de l'idée que les ressources propres de l'assuré lui permettent de s'entretenir, lui et les siens, durant quelques jours de chômage sans le secours de l'assurance. [...] On considère aussi que la fourniture d'indemnités de chômage pour de simples indispositions inciterait à la simulation [...] »¹⁰⁶. Comme on peut le relever, l'indemnité journalière est alors appelée « indemnité de chômage »¹⁰⁷.

Après le rejet de la loi par le peuple, le 20 mai 1900¹⁰⁸, et tenant compte des raisons qui ont conduit à cet échec (essentiellement le caractère obligatoire de l'assurance), le Conseil fédéral opte pour une couverture facultative de la maladie, une couverture obligatoire de l'accident (pour les travailleurs salariés)¹⁰⁹, et une assurance séparée pour la couverture des risques maladies et accidents des militaires¹¹⁰. En date du 13 juin 1911, le Parlement adopte une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-maladie et accidents (LAMA) qui contient deux parties distinctes : la maladie (et la maternité) couverte à titre facultatif d'une part, l'accident (professionnel et non professionnel) et la maladie professionnelle couverts à titre obligatoire d'autre part. La partie relative à la maladie entre en vigueur le 1^{er} janvier 1914, et la partie consacrée à l'accident entre en vigueur ultérieurement, le 1^{er} avril 1918. Dans cette première mouture de la LAMA, les indemnités de chômage versées en cas de maladie ont dû être clairement séparées des indemnités versées en cas d'accident, étant donné que le caractère obligatoire s'applique au seul risque « accident ». En ce qui concerne la maladie, l'indemnité de chômage figure dans la même disposition que les soins médicaux et pharmaceutiques. L'âge minimal d'accès à la couverture d'indemnité journalière est fixé à 14 ans¹¹¹. Dans la décennie qui suit l'entrée en vigueur de la nouvelle loi fédérale, la couverture des soins occupe une place secondaire par rapport à la couverture du salaire en cas de maladie et de maternité¹¹².

¹⁰⁵ Id., art. 54 al. 1.

¹⁰⁶ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant deux projets de lois sur l'assurance contre les maladies et les accidents, 1896, p. 261.

¹⁰⁷ Le terme « jour chômé » désigne un jour « non travaillé ».

¹⁰⁸ FF 1900 III 274.

¹⁰⁹ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant les assurances contre les maladies et les accidents, 1906, p. 234 et 282-283.

¹¹⁰ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'assurance des militaires contre les maladies et les accidents, 1898, p. 876.

¹¹¹ Art. 12 LAMA.

¹¹² En 1915, les indemnités journalières versées par les caisses-maladie représentaient plus du double des prestations médico-pharmaceutiques. Ce n'est qu'en 1925 que les prestations de la branche « soins » ont dépassé celles de l'indemnité journalière. L'écart ne s'est creusé qu'après la Deuxième Guerre mondiale. Voir : Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet modifiant la Constitution fédérale dans le domaine de l'assurance-maladie, accidents et maternité, et rapport sur l'initiative populaire pour une meilleure assurance-maladie, p. 913.

Lorsqu'il propose une révision de la LAMA aux Chambres fédérales, le 5 juin 1961¹¹³, le Conseil fédéral ne prévoit aucun changement par rapport au système facultatif. La révision adoptée par le Parlement le 13 mars 1964 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1965) apporte cependant deux améliorations notables. D'une part, elle impose aux caisses-maladie l'acceptation des personnes candidates, moyennant la possibilité de libeller une réserve pour une maladie existante ou qui, ayant existé, est susceptible de récidiver¹¹⁴. D'autre part, elle consacre l'égalité de traitement entre hommes et femmes, les caisses étant tenues d'accorder une couverture du salaire identique aux travailleurs des deux sexes¹¹⁵. La couverture du salaire fait l'objet d'une disposition spécifique, séparée des soins et traitements¹¹⁶. Elle est garantie pour une incapacité totale de travail et l'âge fixé pour l'adhésion à cette branche d'assurance est de 15 ans. On relèvera que, si le texte de la LAMA révisée ne contient toujours aucune définition de l'incapacité de travail, il ne renferme pas non plus de définition de la maladie (à l'origine de l'incapacité de travail). Le Tribunal fédéral des assurances avait indiqué les éléments permettant de la définir¹¹⁷.

L'absence d'une couverture obligatoire du salaire en cas de maladie et maternité devient, au cours des années, source de problèmes que le Conseil fédéral relève à l'occasion d'une révision de la LAMA. Dans son Message du 19 août 1981¹¹⁸, il déclare en effet qu'il « s'impose de plus en plus d'accorder au moins la garantie de son revenu au salarié frappé par la maladie »¹¹⁹. Il importe donc de « combler une lacune dans le système suisse des assurances sociales »¹²⁰. Six ans séparent le projet du Conseil fédéral de l'adoption de la révision de la LAMA par le Parlement. Dans ce laps de temps, le peuple et les cantons rejettent, le 6 décembre 1984¹²¹, l'initiative intitulée « Pour une protection efficace de la maternité »¹²² (prévoyant une couverture obligatoire du salaire en cas de maternité) et le Parlement renonce au caractère obligatoire de la couverture du salaire (en cas de maladie et maternité)¹²³. La révision adoptée par le Parlement le 20 mars 1987¹²⁴ porte essentiellement sur la branche « soins ». En ce qui concerne la couverture du salaire, la loi fédérale révisée introduit le droit à l'indemnité journalière lorsque l'assuré présente « une incapacité de travail de la moitié au moins »¹²⁵. Quant aux personnes sans activité lucrative,

¹¹³ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi modifiant le titre premier de la loi sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, 1961, p. 1425-1545.

¹¹⁴ Art. 5 al. 3 et 4 LAMA.

¹¹⁵ Art. 12^{bis} al. 2 LAMA.

¹¹⁶ Art. 12^{bis} LAMA.

¹¹⁷ La maladie peut être définie comme « toute atteinte dommageable à la santé physique ou psychique qui n'est pas due à un accident ou à ses conséquences directes » (ATF 118 V 107 [108] consid. 1a ; ATF 112 V 23 [26] consid. 3b ; ATF 105 V 180 [183] consid. 1a ; ATF 102 V 131 [132] a ; ATF 98 V 144 [148] consid. 3 ; ATF 97 V 1 [2] consid. 3b).

¹¹⁸ Message sur la révision partielle de l'assurance-maladie, 1981, p. 1069-1215. On relèvera par ailleurs que le Parlement venait d'adopter (le 20 mars 1981) la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA), qui remplacera, dès le 1^{er} janvier 1984, la deuxième partie de la LAMA consacrée à cette branche d'assurance.

¹¹⁹ Message sur la révision partielle de l'assurance-maladie, 1981, p. 1099.

¹²⁰ Id., p. 1100.

¹²¹ FF 1985 285.

¹²² Initiative « Pour une protection efficace de la maternité », déposée le 20 janvier 1980, FF 1980 I 825.

¹²³ BO/CN 1987, p. 34.

¹²⁴ Loi fédérale sur l'assurance maladie et maternité (LAMM), du 20 mars 1987, FF 1987 I 971-992.

¹²⁵ Art. 12^{bis} al. 1 LAMM.

elles peuvent adhérer à l'assurance facultative d'une indemnité journalière « dans la mesure où cette assurance n'est pas de nature à leur procurer un gain »¹²⁶. Le principe de l'obligation de diminuer le dommage figure expressément dans la loi. L'intention ou la négligence coupable dans la réalisation du risque, de même que le refus de se soumettre aux prescriptions du médecin peuvent entraîner une réduction, voire un refus des prestations¹²⁷. Tout comme dans le régime de l'assurance-accidents (LAA)¹²⁸, alors en vigueur depuis trois ans, la loi sur l'assurance-maladie révisée retient une réduction de prestations, limitée pour les personnes ayant une obligation d'entretien de proches. Les cures de désintoxication, qui sont expressément mentionnées dans le texte légal, ne peuvent donner lieu à aucune réduction de prestations¹²⁹. La loi (LAMM) a été rejetée par le peuple le 6 décembre 1987¹³⁰.

Quatre ans plus tard, le Conseil fédéral transmet une nouvelle proposition de révision au Parlement, optant cette fois pour une couverture obligatoire des soins. Il considère en effet qu'une proposition « visant à introduire une assurance obligatoire d'indemnités journalières mettrait – effectivement – le projet à trop forte contribution sur le plan politique »¹³¹. Les experts désignés par le Conseil fédéral pour élaborer les principes de la révision avaient, du reste, reçu comme consigne de ne pas entrer en matière sur cette partie de la LAMA. Le projet du Conseil fédéral ne contient, de ce fait, aucune proposition concrète concernant la couverture minimale qui devrait être garantie : « Comme dans le projet de loi fédérale du 20 mars 1987 [...], le montant de l'indemnité journalière assurable n'est pas fixé dans la loi. Il faudra toutefois préciser [...] que l'indemnité journalière sera de nature « conventionnelle », c'est-à-dire que l'assurance d'indemnités journalières – des caisses-maladie également – se fondera sur un contrat et non sur le seul sociétariat. Le fait que nous ayons renoncé à fixer dans la loi un minimum légal garanti pour l'indemnité journalière assurable ne signifie pas que les assureurs ne pourront offrir à la personne intéressée qu'une indemnité symbolique. Les assureurs doivent, en effet, observer le principe de l'égalité de traitement [...] »¹³². Cette option n'a pas été remise en question par les parlementaires, au cours de leurs travaux. Les propos de la Conseillère fédérale RUTH DREIFUSS ne donnèrent, du reste, aucune incitation dans ce sens : « N'alourdissons pas inutilement ce projet en y introduisant quelque chose qui n'apporte pas grand-chose »¹³³.

La loi votée par le Parlement le 18 mars 1994 (LAMal)¹³⁴, acceptée par le peuple le 4 décembre 1994¹³⁵ et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996, consacre le caractère obligatoire de la couverture des soins en cas de maladie et de maternité ainsi que la couverture de l'accident et de l'infirmité congénitale à titre subsidiaire. Elle

¹²⁶ Art. 12^{bis} al. 2 LAMM.

¹²⁷ Art. 12^{bis} al. 4 LAMM.

¹²⁸ Art. 37 al. 2 LAA.

¹²⁹ Art. 12^{bis} al. 5 LAMM.

¹³⁰ FF 1988 I 541.

¹³¹ Message concernant la révision de l'assurance-maladie, 1991, p. 121.

¹³² Id., p. 183.

¹³³ BO/CN 1993, p. 1895. Pour le détail: EUGSTER, Zum Leistungsrecht, p. 507-508.

¹³⁴ FF 1994 II 239-277.

¹³⁵ FF 1995 I 290.

maintient le caractère facultatif pour la couverture du salaire (indemnité journalière) en cas de maladie et maternité.

2.1.2. Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) : dispositions relatives à la couverture du salaire en cas de maladie et de maternité

Avec l'entrée en vigueur de la LAMal, les modifications et précisions suivantes ont été introduites dans le régime d'assurance-maladie :

A l'exception de la notion d'incapacité de travail, les éventualités couvertes¹³⁶ sont désormais définies dans la loi fédérale. A teneur de l'ancien article 2 al. 1 LAMal, la maladie est, ainsi, « 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 »¹³⁷. Conformément à la proposition du Conseil fédéral¹³⁸, cette définition a été reprise du projet de loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, élaboré par la Société suisse de droit des assurances, examiné et discuté par le Parlement fédéral au cours de ses travaux¹³⁹. Telle que libellée, la définition de la maladie est fondée sur la jurisprudence constante du Tribunal fédéral des assurances. Pour les juges fédéraux, la maladie a toujours été conçue comme étant une atteinte non imputable à un accident¹⁴⁰. Plus précisément, « du point de vue médical, il n'existe pas deux sortes d'affections du corps humain, qu'il faudrait qualifier les unes de maladies et les autres d'accidents. Toutes les affections sont des maladies, au sens large, mais certaines d'entre elles sont dues à une cause particulière que les juristes qualifient d'accident. Comme l'assurance de ces lésions accidentelles obéit souvent à des règles spéciales, le terme d'assurance-accidents s'oppose, en droit des assurances, au terme d'assurance-maladie »¹⁴¹. Concept juridique qui ne recouvre pas nécessairement le concept médical, la maladie donne droit à une prise en charge ou à une indemnisation indépendamment de toute cause. Dans ce sens – contrairement à l'accident, mais comme l'invalidité – la maladie n'est pas régie par le principe de la causalité adéquate¹⁴².

L'âge d'entrée minimal reste fixé à 15 ans. Un âge limite, établi à 65 ans, est introduit¹⁴³. Les personnes sans activité lucrative ne sont plus mentionnées dans le

¹³⁶ Maladie et maternité ; accident et infirmité congénitale à titre subsidiaire. L'infirmité congénitale n'est pas définie dans la loi fédérale. L'art. 27 LAMal renvoie à la définition contenue dans la LAl.

¹³⁷ Cette disposition sera abrogée avec l'entrée en vigueur de la LPGa. Pour le détail, voir Partie I chap. 1 ch. 2.1.3.

¹³⁸ Message concernant la révision de l'assurance-maladie, 1991, p. 123 ; WAGNER, p. 90, 94 et 98.

¹³⁹ Pour le détail, voir Partie I chap. 2 ch. 2.1.2.

¹⁴⁰ ATF 112 V 23 [27] consid. 3b ; ATF 105 V 180 [182] consid. 1a ; ATF 102 V 131 [132-133] consid. a ; ATF 97 V 1 [2] consid. 1b ; RAMA 1985 K 636, p. 183 [186] consid. 1.

¹⁴¹ ATF 105 V 180 [183] consid. 1a ; ATF 102 V 131 [133] consid. a ; ATF 101 V 68 [71] consid. 2 ; ATF 98 V 1 [4] consid. 2.

¹⁴² SCARTAZZINI, Les rapports de causalité, p. 178, 215 et 230.

¹⁴³ Art. 67 al. 1 LAMal. Sous la LAMA, le TFA avait eu l'occasion de préciser que l'indemnité journalière des assurés qui ont atteint l'âge AVS pouvait être réduite au minimum légal. « Cette limitation a été déclarée justifiée notamment afin de ne pas imposer à la communauté des assurés le financement du mauvais risque que constituerait l'assurance, pour un montant autre que symbolique (celui prévu par la loi, actuellement

texte de la loi fédérale. Cependant, les critères d'affiliation posés par la loi fédérale permettent de les inclure. Selon l'article 67 al. 3 LAMal, en effet, peut être assurée « toute personne domiciliée en Suisse ou qui y exerce une activité lucrative ». La condition étant alternative, les personnes sans activité lucrative entrent dans le cercle des personnes protégées. Dans ce sens, aucun changement n'est opéré par rapport au système précédent¹⁴⁴.

L'assurance peut également prendre la forme d'une assurance collective, qui peut être conclue par des personnes ou organisations mentionnées à l'article 67 al. 3 LAMal¹⁴⁵. Les personnes sans activité lucrative peuvent-elles également accéder à cette forme d'assurance ? La doctrine est nuancée. Pour KIESER, notamment, une couverture d'assurance collective est possible. La liste figurant dans la disposition légale n'est en effet pas exhaustive. Une haute école ou un établissement religieux devrait donc pouvoir conclure une assurance collective pour ses membres¹⁴⁶. Pour MAURER, en revanche, une telle solution ne peut être retenue¹⁴⁷.

Le droit à l'indemnité journalière prend naissance lorsque l'assuré a une capacité de travail réduite au moins de moitié¹⁴⁸. Le système des réserves est maintenu¹⁴⁹. Le délai d'attente (généralement appelé : différé) est de trois jours¹⁵⁰. Les assureurs et preneurs d'assurance peuvent convenir d'un délai différent, notamment plus long. Cette possibilité laissée aux parties contractantes permet notamment une adaptation de la couverture d'assurance aux obligations légales de l'employeur découlant de l'art. 324a CO, et assortie – le cas échéant – d'une réduction de primes.

Le taux de couverture n'est pas mentionné dans la loi fédérale. Il est fixé d'entente entre l'assureur et le preneur d'assurance¹⁵¹. Une partie de la couverture (complémentaire) peut être offerte selon le droit privé. La LAMal a opéré, de fait, un transfert du droit social dans le droit privé¹⁵². La nouvelle disposition légale a donné lieu à des difficultés d'interprétation portant, notamment, sur le montant assuré. Plus précisément, les assureurs-maladie sont-ils ainsi tenus de garantir un montant minimum pour que la protection offerte soit compatible avec le but social de la loi ? Le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion d'examiner cette question. Il a

2 fr.), de la perte de gain d'une catégorie de personnes considérées par le législateur comme peu aptes au travail en moyenne. Ce motif est fondé sur l'étendue du risque et vaut aussi bien contre l'assurance des rentiers actifs que contre celle des rentiers inactifs; ces derniers ne subissent d'ailleurs aucune perte de gain et, dès lors, doivent en principe être exclus du régime de l'indemnité journalière » (ATF 97 V 130) ; ATF 107 V 161 [162] consid. 1.

¹⁴⁴ KIESER, Die Stellung der Nichterwerbstätigen, p. 598.

¹⁴⁵ Employeurs, pour leurs travailleurs ou pour eux-mêmes (art. 67 al. 3 let. a LAMal) ; organisations d'employeurs ou des associations professionnelles, pour leurs membres et les travailleurs de leurs membres (art. 67 al. 3 let. b LAMal) ; organisations de travailleurs, pour leurs membres (art. 67 al. 3 let. c LAMal).

¹⁴⁶ KIESER, Die Stellung der Nichterwerbstätigen, p. 602, et références aux travaux parlementaires (n. 43 et n. 44).

¹⁴⁷ MAURER, Das neue Krankenversicherungsrecht, p. 109.

¹⁴⁸ Art. 72 al. 2 LAMal.

¹⁴⁹ Art. 69 al. 2 LAMal.

¹⁵⁰ Art. 72 al. 2 LAMal.

¹⁵¹ Art. 72 al. 1 LAMal.

¹⁵² LARGIER/SCHIAVI, p. 17-18 ; AGIER, L'assurance collective perte de gain, p. 573.

conclu que l'assureur peut, en principe, fixer librement l'étendue de la couverture d'assurance. Cette interprétation du texte légal s'impose en regard des travaux parlementaires et de la position du Conseil fédéral soutenue dans ses réponses à diverses interventions parlementaires. Pour le Tribunal fédéral des assurances, il s'agit d'une question de politique sociale à laquelle le législateur doit trouver une réponse¹⁵³. Cet avis est loin d'être partagé par la doctrine. Plusieurs auteurs estiment qu'une couverture restreinte dans le cadre de l'assurance sociale, avec report sur l'assurance privée pour le solde, ne saurait être conforme au sens et au but de la LAMal¹⁵⁴.

Lorsqu'il s'agit de fixer le montant assuré et/ou de verser l'indemnité après la réalisation du risque, il n'est pas toujours aisé de faire la distinction entre les personnes exerçant une activité lucrative et les personnes sans activité lucrative. Les critères développés en matière d'AVS ne sont pas appropriés, le cercle des personnes concernées étant plus étroit dans l'assurance-maladie « perte de gain »¹⁵⁵. Les principes développés par la jurisprudence en matière d'assurance-invalidité sont alors applicables¹⁵⁶.

La durée d'indemnisation est fixée à 720 jours dans une période de 900 jours¹⁵⁷. Cette durée ne peut être ni étendue, ni diminuée par accord ou par règlement interne de l'assureur. Contrairement au projet du Conseil fédéral, l'article 72 al. 2 LAMal permet aux assureurs d'imputer le délai d'attente sur la durée du droit aux prestations. Ces derniers gardent cependant la compétence d'utiliser partiellement cette possibilité, voire d'y renoncer.

Contrairement au régime de la LAMA, l'incapacité partielle de travail ne donne pas droit à la prolongation de la durée d'indemnisation¹⁵⁸. L'article 72 al. 4 LAMal renvoie en effet expressément à la durée de 720 jours, et prévoit le maintien de la couverture d'assurance pour la capacité de travail résiduelle¹⁵⁹. L'article 72 al. 5 LAMal fixe le droit aux prestations lorsque l'indemnité est réduite pour cause de surindemnisation. Cette disposition apporte quelques changements par rapport à la LAMA. Selon cette loi fédérale, en effet, l'indemnité journalière n'était pas conçue comme une couverture exclusive de la perte de salaire. Elle pouvait également, lorsqu'elle était fixée en dessus du salaire effectif, participer à la couverture de frais liés à la maladie, non couverts par ailleurs. Les caisses-maladie gardaient la

¹⁵³ ATF 126 V 490 [497] consid. 2c, et commentaire : DUC JEAN-LOUIS, Les atteintes aux facultés visuelles, p. 42 ; DUC JEAN-LOUIS, Les indemnités journalières selon la LAMal et la LCA, p. 133.

¹⁵⁴ DUC JEAN-LOUIS, Quelques réflexions, p. 255-256 ; DUC JEAN-LOUIS, Les indemnités journalières selon la LAMal et la LCA, p. 131-133 ; EUGSTER, Zum Leistungsrecht, p. 507-510 ; MAURER, Das neue Krankenversicherungsrecht, p. 113 ; AGIER, L'assurance collective perte de gain, p. 572-573.

¹⁵⁵ KIESER, Die Stellung der Nichterwerbstätigen, p. 607.

¹⁵⁶ ATF 117 V 194 [195] consid. 3b.

¹⁵⁷ Art. 72 al. 3 LAMal.

¹⁵⁸ La LAMA permettait l'extension de la couverture en fonction du taux d'incapacité de travail. Pour une incapacité de 50%, la durée d'indemnisation était ainsi portée à 1440 jours dans un délai de 1800 jours.

¹⁵⁹ Sur le sens de cette disposition et la fixation du salaire assuré dans cette hypothèse, voir : EUGSTER, Zum Leistungsrecht, p. 528-529 ; DUC JEAN-LOUIS, Quelques réflexions, p. 259-260.

possibilité de limiter la couverture à celle du salaire¹⁶⁰. L'article 72 al. 5 LAMal ne laisse plus aucune autonomie : seule doit être garantie la couverture du salaire. La prise en compte d'autres frais n'intervient, le cas échéant, que pour le calcul de la surindemnisation (art. 122 OAMal)¹⁶¹.

Les règles relatives à la coordination figurent à l'article 78 al. 1 let. a et al. 2 LAMal. Jusqu'à l'adoption de la LPGa, cette disposition a donné la compétence au Conseil fédéral de régler les relations de l'assurance-maladie avec les autres assurances sociales, en posant clairement le principe de l'interdiction de la surindemnisation¹⁶². Dans la mesure où il s'attache aux seuls régimes d'assurances sociales, le système adopté dans le cadre de la LAMal diffère du système en vigueur précédemment. Dans la LAMA, en effet, la surindemnisation était évaluée non seulement en fonction de prestations versées par les assureurs sociaux, mais également par les assureurs privés¹⁶³. Le passage d'une coordination extrasystémique à une coordination intersystémique¹⁶⁴ a eu des implications non négligeables pour l'assuré qui reçoit des indemnités journalières versées par des assureurs sociaux et des assureurs privés¹⁶⁵.

A teneur de l'article 2 al. 3 LAMal, la maternité « comprend la grossesse et l'accouchement ainsi que la convalescence qui s'ensuit pour la mère ». La loi fédérale ne donne donc pas une définition en tant que telle, mais délimite la maternité sur la base de critères temporels¹⁶⁶. Ce libellé est tiré du projet de loi sur la partie générale du droit des assurances sociales¹⁶⁷. Egalement facultative, la couverture de l'indemnité journalière s'étend sur 16 semaines¹⁶⁸, l'assureur étant tenu de couvrir au moins 8 semaines après l'accouchement. La couverture est assortie d'un délai d'attente de 270 jours (sans interruption de plus de trois mois) avant l'accouchement (art. 74 al. 1 LAMal). La particularité de cette indemnisation réside dans le fait qu'elle ne dépend pas d'une incapacité de travail¹⁶⁹.

En résumé, le nouveau régime de l'assurance-maladie comporte des changements significatifs pour la seule couverture des soins, dans la mesure où cette dernière est devenue obligatoire. En ce qui concerne la couverture du salaire en cas de maladie, la loi fédérale du 18 mars 1994 ne donne aucune définition de l'incapacité de travail et ne contient aucune disposition relative à la réduction – voire au refus – de prestations pour comportement fautif, contrairement à la teneur de la loi fédérale (LAMM) qui

¹⁶⁰ EUGSTER, Zum Leistungsrecht, p. 506 n. 3 et jurisprudence citée (RAMA 1986 K 702, p. 461 [468] consid. 4 ; RJAM 1982 N° 475, p. 31 [32] consid. 2 ; RJAM 1981 N° 460, p. 206 [211] consid. 2 ; RJAM 1980 N° 394, p. 9 [10] consid. 1 ; ATF 105 V 195).

¹⁶¹ EUGSTER, Id., p. 506.

¹⁶² Depuis le 1^{er} janvier 2003, l'art. 78 LAMal a la teneur suivante : « Le Conseil fédéral peut régler la coordination des indemnités journalières; il veille à ce que les prestations de l'assurance-maladie sociale ou leur concours avec celles d'autres assurances sociales ne conduisent pas à la surindemnisation des assurés ou des fournisseurs de prestations, notamment en cas d'hospitalisation ».

¹⁶³ Art. 26 al. 1 LAMA.

¹⁶⁴ Voir notamment : DUC JEAN-MICHEL, Calcul de la surindemnisation, p. 1541 ; ARNOLD, p. 173.

¹⁶⁵ Voir Partie I chap. 2 ch. 2.2.3.3.

¹⁶⁶ EUGSTER, Krankenversicherung, p. 492, n° 286.

¹⁶⁷ Message concernant la révision de l'assurance-maladie, 1991, p. 123.

¹⁶⁸ Art. 74 al. 2 LAMal.

¹⁶⁹ EUGSTER, Krankenversicherung, p. 791, n° 1146, n. 1802 et jurisprudence citée (Arrêt K 181/04 du 3 avril 2006).

avait été rejetée par le peuple le 6 décembre 1987¹⁷⁰. Elle ne prévoit pas non plus de taux d'indemnisation. Cette particularité génère des problèmes d'interprétation quant aux obligations des assureurs et peut contribuer à une péjoration importante de la protection sociale des travailleurs, le système d'indemnité journalière régi par le droit privé permettant une sélection des risques à l'entrée dans l'assurance par l'application de réserves excluant la prise en charge de maladies ou risques existants, voire par le refus de couverture.

Si les nouvelles normes régissant la coordination suscitent les critiques mentionnées précédemment, on relèvera en revanche que la coordination avec l'assurance-chômage est réglée de manière satisfaisante pour les chômeurs qui subissent une incapacité de travail partielle¹⁷¹.

Quels changements l'entrée en vigueur de la LPGA a-t-elle apportés ? Dans quelle mesure le régime de l'assurance-maladie a-t-il été modifié par cette nouvelle législation fédérale ? Tel est l'objet de la prochaine section.

2.1.3. Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)

L'importance de la notion d'incapacité de travail dans le cadre de la présente étude appelle un examen approfondi de la disposition de la LPGA qui en précise le contenu, et des travaux parlementaires qui ont conduit à son acceptation.

A teneur de l'article 6 LPGA, l'incapacité de travail est définie comme étant « 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 ».

Les travaux parlementaires apportent d'intéressants éclairages sur le contenu de cette définition. La disposition proposée par la Société suisse de droit des assurances, dans son projet de loi sur la partie générale du droit suisse des assurances sociales, avait la teneur suivante : « Est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, résultant d'une atteinte à la santé physique ou mentale, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans son domaine professionnel ou d'activité un travail qui peut être exigé de lui. En cas d'incapacité de travail de longue durée, un tel travail peut aussi relever d'un autre domaine professionnel ou d'activité » (art. 6 LPGA). Une autre disposition donnait au Conseil fédéral la compétence de veiller « à une évaluation uniforme de l'incapacité de travail dans les différentes branches des assurances

¹⁷⁰ Voir Partie I chap. 2 ch. 2.1.1.

¹⁷¹ Art. 73 LAMal.

sociales », et de régler « les modalités de l'attestation de celle-ci » (art. 22 al. 1 LPGA)¹⁷².

Au cours de ses travaux, le Parlement, sur proposition du Conseil fédéral et de la Commission de la sécurité sociale et de la santé (CSSS) du Conseil national, a apporté une précision importante par l'adjonction du terme « raisonnablement » (exigé de l'assuré)¹⁷³. Il a par ailleurs remplacé le mot « travail » par le mot « profession », afin d'harmoniser le libellé du texte légal avec celui d'autres dispositions alors en vigueur (ancien art. 27 RAI, notamment)¹⁷⁴. La compétence donnée au Conseil fédéral de régler l'évaluation de l'incapacité de travail a été supprimée au cours des travaux parlementaires, sur proposition de la Commission du Conseil national. Cette dernière considérait en effet « toute unification de cette nature comme étant excessive »¹⁷⁵.

La question de l'inclusion de l'élément psychique dans la définition de l'atteinte à la santé a donné lieu à d'intéressants débats. Alors qu'elle avait été introduite dans plusieurs dispositions de la Constitution fédérale révisée au cours de la même période¹⁷⁶, la dimension psychique ne s'est pas imposée d'emblée dans le cadre de la LPGA. Un des arguments avancés pour refuser l'inclusion de ce terme tenait au régime de l'assurance-accidents qui ne prend en charge les problèmes psychiques consécutifs à un accident que de manière limitée. L'introduction d'une disposition reconnaissant les atteintes à la santé psychique au même titre que les atteintes à la santé physique pourrait ainsi entraîner une nouvelle obligation pour les assureurs-accidents¹⁷⁷. Le Conseil des Etats s'est rallié à la position du Conseil national. A son entrée en vigueur, la LPGA ne mentionnait donc que les atteintes à la santé physique ou mentale. Le terme « psychique » fut ajouté à l'occasion de la 4^e révision de la LAI du 21 mars 2003¹⁷⁸.

La deuxième phrase de l'article 6 LPGA entérine la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances relative à l'obligation de diminuer le dommage, dans la mesure où elle précise que l'activité exigée de l'assuré – en cas d'incapacité de travail de longue durée – peut relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité. Les travaux parlementaires permettent d'établir que la notion de « longue durée » doit se comprendre comme signifiant « six mois ou plus »¹⁷⁹.

Ainsi libellée, la définition de l'incapacité de travail est applicable à l'ensemble des assurances sociales, aucune loi fédérale ne prévoyant une dérogation relative à

¹⁷² Rapport sur une partie générale, p. 64 et 68.

¹⁷³ Rapport de la Commission du Conseil national, 1999, p. 4191.

¹⁷⁴ Id., p. 4191-4192.

¹⁷⁵ Id., p. 4202.

¹⁷⁶ Art. 8 al. 2 Cst ; art. 10 al. 2 Cst ; art. 124 al. 2 Cst.

¹⁷⁷ SCHIESSER : « Wenn in Artikel 6 nun generell davon gesprochen würde, dass die Arbeitsunfähigkeit auch auf psychische Gründe zurückgeführt werden kann, könnte das dazu führen, dass neu die Unfallversicherung bei psychisch bedingter Arbeitsunfähigkeit in jedem Fall eine Leistung erbringen müsste » (BO/CE 2000 p. 177).

¹⁷⁸ Chiffre 2 de l'annexe à la loi fédérale du 21 mars 2003 (4^e révision AI), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2004, FF 2003 2429-2449.

¹⁷⁹ Rapport de la Commission du Conseil des Etats, 1990, p. 244 ; Rapport sur une partie générale, p. 39.

l'article 6 LPGA. Même pour la prévoyance professionnelle, non soumise à la LPGA, la notion d'incapacité de travail s'applique selon la teneur de l'article 6 LPGA, par renvoi de la LPP aux dispositions de la LAI¹⁸⁰. La définition donnée par le législateur lie les juges fédéraux¹⁸¹. La seule marge de manœuvre, qui persiste, concerne l'appréciation du cas d'espèce à l'aide des règles d'interprétation reconnues¹⁸².

La LPGA contient également des règles de coordination (art. 63 LPGA) qui « s'appliquent aux prestations allouées par plusieurs assurances sociales »¹⁸³, l'AVS et l'AI étant considérées « comme une seule assurance sociale »¹⁸⁴. L'interdiction de surindemnisation est fixée à l'article 69 LPGA. Comme le Tribunal fédéral des assurances l'a rappelé, la surindemnisation n'est pas un principe général du droit des assurances sociales¹⁸⁵. Son application nécessite donc un ancrage légal. L'article 69 al. 1 LPGA retient le principe que seules « les prestations de nature et de but identiques » sont prises en considération dans le calcul de la surindemnisation. Les alinéas 2 et 3 de la disposition légale énoncent les critères qui permettent d'établir la surindemnisation¹⁸⁶ et ceux qui autorisent une réduction des prestations en espèces¹⁸⁷. Telle qu'adoptée par le Parlement, la disposition diffère du projet présenté par la Commission du Conseil des Etats le 27 septembre 1990. Dans ce projet, en effet, l'article 69 al. 3 LPGA avait la teneur suivante : « Le Conseil fédéral peut assimiler à des prestations d'assurance sociale d'autres prestations de nature et de but analogues ». Un tel libellé permettait, par exemple, d'assimiler aux prestations de l'assurance sociale « des indemnités journalières versées par des assureurs privés à titre d'allocation pour perte de gain »¹⁸⁸. Le Conseil fédéral a considéré que ce principe ne devait pas être retenu, notamment parce qu'il constituait « une atteinte fondamentale au principe de la liberté des conventions qui régit l'assurance privée »¹⁸⁹. Les deux Chambres fédérales ont suivi la position du Conseil fédéral. Il n'est pas sans intérêt de relever que cette décision a été prise avant l'examen du projet de révision de la LAMA, transmis aux Chambres fédérales en date du 6 novembre 1991¹⁹⁰.

¹⁸⁰ Art. 23, 24 et 26 LPP. Telle que définie dans le cadre des assurances sociales, la notion d'incapacité de travail ne s'applique pas à la couverture subobligatoire qui est entièrement régie par le droit privé. Voir également : MEYER-BLASER, *Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit*, p. 34.

¹⁸¹ Art. 190 Cst (dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2000) : « Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international » (rectifié par la Commission de rédaction de l'Assemblée fédérale) ; Art 113 al. 3 aCst : « Dans tous les cas prémentionnés, le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que l'Assemblée fédérale aura ratifiés ».

¹⁸² MEYER-BLASER, *Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit*, p. 32 n. 16 et jurisprudence citée (ATF 128 V 119 consid. 3b et références ; ATF 126 V 98 consid. 4b).

¹⁸³ Art. 63 al. 1 LPGA.

¹⁸⁴ Art. 63 al. 2 LPGA.

¹⁸⁵ ATF 128 V 149.

¹⁸⁶ Art. 69 al. 2 LPGA.

¹⁸⁷ Art. 69 al. 3 LPGA.

¹⁸⁸ Rapport de la Commission du Conseil des Etats, 1990, p. 260.

¹⁸⁹ Avis approfondi du Conseil fédéral, 1994, p. 932.

¹⁹⁰ ARNOLD, p. 173.

La LPGA inclut, enfin, des dispositions harmonisant la procédure dans les assurances sociales, et notamment la mise sur pied d'un tribunal cantonal des assurances (art. 57 LPGA).

En conclusion, l'apport de la LPGA à la couverture du salaire en cas de maladie tient à la définition même de l'incapacité de travail. Dans la mesure où elle entérine une abondante jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral des assurances, la définition n'a pas donné lieu à des discussions de fond lors des travaux parlementaires. Les modifications apportées au projet initial de la Société suisse de droit des assurances sont donc mineures. La notion de « longue durée » n'est pas définie dans le texte légal (ni dans l'ordonnance d'application). Seuls le rapport accompagnant le projet de loi et le rapport émis dans le cadre des travaux parlementaires permettent de retenir le critère de « six mois ou plus » pour que l'assuré puisse être tenu de mettre à profit sa capacité de travail dans une autre profession ou un autre domaine d'activité.

Les dispositions de la LAMal n'ont pas été modifiées de manière significative par l'entrée en vigueur de la LPGA. Les règles relatives à la coordination (art. 78 al. 1 let. a et al. 2 LAMal) ont été abrogées, mais les principes sont restés inchangés. En effet, les dispositions de la LPGA écartent également la possibilité de prendre en considération les prestations des assurances privées (indemnités journalières) dans le calcul de la surindemnisation.

Les dispositions relatives au contentieux ont été abrogées ou modifiées avec l'adoption de la LPGA¹⁹¹. L'article 57 LPGA prévoit que « chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales ». Pour autant que le droit cantonal le prévoie, le tribunal cantonal des assurances peut également statuer sur les litiges en matière d'assurance-maladie complémentaire. Ce principe s'applique-t-il également aux assurances complémentaires d'indemnités journalières ? Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de statuer en la matière. Dans un arrêt concernant plus spécifiquement la législation genevoise, les juges fédéraux ont établi que, à teneur de cette dernière, la compétence du juge cantonal (assurances sociales) s'applique, non seulement aux assurances d'indemnités journalières complémentaires à une couverture d'assurance sociale (art. 67 ss LAMal), mais également aux assurances d'indemnités journalières fondées exclusivement sur le droit privé¹⁹².

2.2. Jurisprudence et doctrine relatives à l'incapacité de travail

Les notions intégrées dans la LPGA sont largement fondées sur la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances. En ce qui concerne plus spécifiquement la couverture du salaire en cas de maladie, les arrêts rendus avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi fédérale avaient

¹⁹¹ Pour le détail, voir le ch. 11 de l'annexe à la LPGA.

¹⁹² Arrêt 5P.359/2006 du 8 février 2007, fondé sur la loi d'organisation judiciaire du 22 novembre 1941. La loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) du 26 septembre 2010 n'a pas modifié la situation. La Chambre des assurances sociales reste, ainsi, compétente pour statuer sur les litiges concernant les assurances privées d'indemnités journalières (art. 134 LOJ). Voir notamment : Arrêt ATAS/577/2011 du 31 mai 2011.

déjà permis de définir le contenu de l'incapacité de travail et d'en préciser les limites avec les autres risques couverts par la sécurité sociale (notamment l'invalidité et le chômage). Par ailleurs, en portant l'obligation de diminuer le dommage au rang de principe applicable à l'ensemble des assurances sociales, les juges fédéraux avaient imposé son application dans l'assurance « perte de gain » en cas de maladie.

Point central de cette étude, la jurisprudence du Tribunal fédéral et les commentaires qu'elle a suscités est analysée dans les rubriques suivantes : principes généraux, incapacité de travail de longue durée, problèmes de coordination et de surindemnisation.

2.2.1. Principes généraux

Tous les grands principes développés par la jurisprudence et – dans une large mesure – par la doctrine, sont restés applicables après l'entrée en vigueur de la LPGA, qu'il s'agisse de l'incapacité de travail, de l'incapacité de gain, de l'invalidité, de la révision et de la fixation du taux d'invalidité¹⁹³. Une continuité (« Rechtskontinuität »¹⁹⁴) et partant, une certaine sécurité du droit, ont ainsi pu être garanties.

Il en va de même des principes développés par la jurisprudence en matière de procédure. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF)¹⁹⁵ prévoit que l'autorité judiciaire suprême de la Confédération comprend sept cours, dont deux cours de droit social¹⁹⁶. Les règles de procédure ont par ailleurs été sensiblement modifiées. A teneur de cette loi fédérale, le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il peut rectifier ou compléter d'office les constatations de cette autorité dans la seule hypothèse où les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'article 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF). Sur la base des griefs soulevés dans le recours, les juges fédéraux doivent notamment examiner si le jugement entrepris viole le droit fédéral dans l'application des règles pertinentes du droit matériel et de preuve (art. 95 let. a LTF), y compris une éventuelle constatation des faits contraire au droit (art. 97 al. 1, art. 105 al. 2 LTF)¹⁹⁷. Par ailleurs, aucun fait ni aucune preuve nouvelle ne peut être présenté, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF). La distinction entre les questions de droit et les faits est désormais primordiale.

¹⁹³ ATF 130 V 343 [352] consid. 3.6 : « Zusammenfassend haben die von der Rechtsprechung zu den Begriffen der Arbeitsunfähigkeit, der Erwerbsunfähigkeit, der Invalidität und der Revision sowie zur Bestimmung des Invaliditätsgrades herausgebildeten Grundsätze unter der Herrschaft des ATSG prinzipiell weiterhin Geltung [...] » (voir aussi les références citées) ; Arrêt I 291/05 du 31 mars 2006 ; RAMA 2005 KV 342, p. 356 ; MEYER-BLASER, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit, p. 32.

¹⁹⁴ ATF 130 V 343 [345] consid. 3.1.1.

¹⁹⁵ RS 173.110. La loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (RS 3 521) a été abrogée.

¹⁹⁶ Art. 26 al. 1 let. d, art. 34 et art. 35 du Règlement du Tribunal fédéral (RTF) du 20 novembre 2006 (RS 173.110.171). Dès le 1^{er} janvier 2007, l'abréviation « TFA » est obsolète. Pour tous les arrêts rendus dès cette date, l'abréviation est donc « TF ».

¹⁹⁷ Arrêt 9C_612/2007 du 14 juillet 2008, consid. 1.1.

Les principes qui avaient été développés par le Tribunal fédéral des assurances en application de l'article 132 OJ (dans la version en vigueur du 1^{er} juillet au 31 décembre 2006) restent applicables¹⁹⁸ « pour distinguer les constatations de fait de l'autorité précédente (qui lient en principe le Tribunal fédéral) de l'application qu'elle fait du droit (question qui peut être examinée librement en instance fédérale) »¹⁹⁹. Ainsi, l'appréciation de l'atteinte à la santé, de la capacité de travail de l'assuré et de l'exigibilité (évaluation de la personne concrète) relèvent d'une question de fait qui ne peut être contrôlée que sous l'angle restreint de l'arbitraire. En revanche, « dans la mesure [...] où il en va de l'évaluation de l'exigibilité d'une activité professionnelle au regard de l'expérience générale de la vie, il s'agit d'une question de droit qui peut être examinée librement en instance fédérale »²⁰⁰.

Quelques éléments fondamentaux relatifs à l'incapacité de travail justifient un examen plus approfondi : sa définition, son attestation, la fixation de l'indemnité journalière et la situation des personnes sans activité lucrative.

2.2.1.1. Notion d'incapacité de travail (courte durée)

Selon la jurisprudence constante rendue avant l'entrée en vigueur de la LPGA, une personne est considérée comme incapable de travailler « lorsque, pour cause d'atteinte à sa santé, elle ne peut plus exercer son activité habituelle ou ne peut l'exercer que d'une manière limitée ou encore qu'avec le risque d'aggraver son état »²⁰¹.

L'article 6, 1^{re} phrase LPGA reprend ces éléments en les précisant : « 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 ».

L'incapacité de travail doit être fondée sur une maladie telle que définie à l'article 3 LPGA. Lorsque l'incapacité de travail est due à une affection non remboursée par l'assurance-maladie ou à une affection qui n'a pas valeur de maladie, aucun droit aux prestations en espèces de l'assurance-maladie ne saurait être invoqué par l'assuré. La définition de la maladie adoptée pour l'ensemble des assurances sociales est plus étroite que la notion médicale fondée sur le modèle bio-psycho-social²⁰². Il en résulte

¹⁹⁸ ATF 132 V 393 [397] consid. 3.

¹⁹⁹ Arrêt 9C_612/2007 du 14 juillet 2008, consid. 1.2.

²⁰⁰ Id.

²⁰¹ ATF 129 V 51 [53] consid. 1.1 (avec références) ; ATF 128 V 149 [152] consid. 2a ; ATF 114 V 281 [283] consid. 1c (avec références) ; ATF 111 V 235 [239] consid. 1b ; RJAM 1982 N° 504, p. 208 ; EUGSTER, *Krankenversicherung*, p. 783-785 ; MAURER, *Schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, p. 286 ss ; RÜEDI, *L'évaluation de l'incapacité de travail et de gain*, p. 147.

²⁰² Arrêt I 738/05 du 1^{er} mars 2007, consid. 5.2 : « Das in der Medizin verbreitete bio-psycho-soziale Krankheitsmodell (vgl. dazu Christfried-Ulrich Mayer, *Schmerz und Arbeitsunfähigkeit*, in: *Sozialversicherungsrechtstagung 2002*, St. Gallen 2002, S. 95) ist weiter gefasst als der für die Belange der Rechtsanwendung massgebende sozialversicherungsrechtliche Begriff der gesundheitlichen Beeinträchtigung (vgl. BGE 127 V 299 Erw. 5a) ».

que les affections qui n'entrent pas dans le cadre de la définition légale (notamment une stérilisation ou des actes de prévention²⁰³) ne sauraient donner lieu au versement de l'indemnité journalière. En revanche, et ainsi que le relève EUGSTER, une incapacité de travail générée par des examens médicaux – auquel l'assuré se soumet dans un but diagnostic, par exemple – fonde un droit aux prestations en espèces, même si le libellé de l'article 6 LPGA ne le dit pas explicitement²⁰⁴.

Telle qu'elle doit être comprise et appliquée, la notion d'incapacité de travail est une notion objective. L'appréciation subjective que fait l'assuré – de son état et de son incapacité à exercer son activité lucrative – n'est pas prise en considération²⁰⁵. Entre l'atteinte à la santé et l'incapacité de travail, il doit exister un lien de causalité. Dans l'assurance-maladie perte de gain, seul le lien de causalité naturelle est requis²⁰⁶, la notion de causalité adéquate qui régit l'assurance-accidents (LAA) ne pouvant simplement être transférée dans la LAMal²⁰⁷. Ainsi conçue, cette causalité vient quelque peu atténuer le principe d'une application uniforme de l'incapacité de travail dans les différentes branches d'assurances sociales²⁰⁸.

Pour les personnes indépendantes qui sont couvertes pour le risque « accident » dans le cadre de la LAMal²⁰⁹, les principes énoncés sont également appliqués²¹⁰.

2.2.1.2. Attestation de l'incapacité de travail

L'incapacité de travail est généralement attestée par un certificat médical. Lorsqu'il établit ce dernier, le médecin est tenu de porter un jugement sur les relations existant entre la maladie et les conditions de travail de son patient²¹¹. La seule évaluation médico-théorique est dès lors insuffisante pour déterminer si la personne est encore capable d'occuper son poste de travail²¹².

²⁰³ EUGSTER, Zum Leistungsrecht, p. 512.

²⁰⁴ EUGSTER, Krankenversicherung, p. 783-784, n° 1124.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ MEYER-BLASER, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit, p. 42 : « Beim durch Art. 6 ATSG verlangten Kausalitätserfordernis geht es um einen natürlichen, nicht aber – ausser in seltenen medizinisch-somatisch determinierten Fällen, wo Coping, Compliance, individuelle Bewältigungsstrategien, Willensanstrengung etc. keine oder eine untergeordnete Rolle spielen – um einen naturgesetzlichen Kausalzusammenhang. Dieser natürliche Kausalzusammenhang gilt, wenn erstellt (d.h. wenn die ihm zu Grunde liegenden Tatsachen bewiesen sind) gleichzeitig als adäquat im Sinne der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ». Voir également n. 39 et références.

²⁰⁷ WAGNER, Les définitions de la maladie, de l'accident et de la maternité, p. 121 ; KIESER, ATSG-Kommentar, p. 107.

²⁰⁸ MEYER-BLASER, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit, p. 33-34.

²⁰⁹ La couverture de l'assurance-accidents (LAA) est facultative pour les indépendants (art. 4 al. 1 LAA).

²¹⁰ Arrêt K 31/04 du 9 décembre 2004.

²¹¹ ACHERMANN, p. 68.

²¹² MEYER-BLASER, Rechtsprechung IVG, 1997, p. 8 (et références) ; RÜEDI, L'évaluation de l'incapacité de travail et de gain, p. 147 ; KIESER, ATSG-Kommentar, p. 107-108 ; EUGSTER Krankenversicherung, p. 783, n° 1124 ; RAMA 2005 KV 342, p. 356 ; Arrêt K 20/02 du 27 août 2002 ; ATF 127 V 154 ; Pratique VSI 2000 p. 156 [159] consid. 3b ; ATF 114 V 281 [283] consid. 1c ; ATF 111 V 235 [239] consid. 1b.

De son côté, l'assureur-maladie a le droit, si ce n'est le devoir, de contrôler l'incapacité de travail, le cas échéant en ordonnant un examen de l'assuré par le médecin-conseil : « La caisse n'est pas un bureau d'application des mesures médicales »²¹³. L'assureur-maladie peut également ordonner une expertise médicale. Cette dernière prend une importance croissante, particulièrement dans le domaine des affections psychiques²¹⁴. Certains aspects de l'expertise médicale seront développés ultérieurement, dans la partie consacrée au droit d'être entendu²¹⁵.

2.2.1.3. Montant de l'indemnité journalière

Afin de déterminer le montant de l'indemnité journalière à laquelle peut prétendre l'assuré partiellement incapable de travailler, l'assureur-maladie est tenu de prendre en considération le revenu effectivement réalisé pour une activité à temps partiel, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un salaire social²¹⁶. S'il subsiste une capacité de travail très réduite, l'assureur-maladie est tenu de verser l'indemnité entière²¹⁷. Sous le régime de la LAMA, cette jurisprudence avait une importance particulière, étant donné que les caisses-maladie n'étaient tenues d'indemniser que l'incapacité de travail totale²¹⁸.

2.2.1.4. Absence d'une activité lucrative

Les personnes qui ne perçoivent aucun salaire ne sont plus expressément mentionnées dans la LAMal, alors qu'elles figuraient dans le texte de la LAMA²¹⁹. Ces personnes ne sont pas pour autant privées de la possibilité de s'assurer²²⁰. L'article 6, 1^{re} phrase LPGa apporte une précision sur le critère qui doit être utilisé pour mesurer leur incapacité de travail et fixer leur droit au versement de l'indemnité journalière. Il s'agit du « domaine d'activité », qui recouvre notamment la tenue du ménage, l'éducation des enfants et la formation²²¹. Pour évaluer l'incapacité, il convient de recourir aux instruments développés par l'administration fédérale, et plus

²¹³ RJAM 1980 N° 426, p. 235 [239] consid. 3.

²¹⁴ Sur cette question, voir notamment : EUGSTER, *Krankenversicherung*, p. 784, n° 1126 (et références) ; CATTANEO, *Les expertises*, p. 140, n. 101 ; LANDOLT, *Die Rechtsvorstellung*, p. 156-157.

²¹⁵ Voir Partie II chap. 2 ch. 2.1.1 et ch. 2.2.2.

²¹⁶ RJAM 1982 N° 504, p. 208 (cas d'une personne incapable de travailler à 50%, mais réalisant un salaire supérieur à la moitié du salaire assuré).

²¹⁷ ATF 101 V 144 [145] consid. 2b (cas d'une incapacité de travail résiduelle établie à 25%) : « Daraus ergibt sich, dass eine volle Arbeitsunfähigkeit auch dann vorliegt, wenn die Arbeitsfähigkeit zufolge Krankheit in einem Masse eingeschränkt ist, dass die verbleibende Teilarbeitsfähigkeit selbst unter Berücksichtigung zumutbarer anderer Tätigkeiten wirtschaftlich nicht mehr verwertbar ist ». Voir également l'arrêt dans lequel le TFA n'exclut pas (même s'il ne le retient pas dans le cas jugé) qu'une capacité de travail de 50% puisse être mise à contribution, comme le soutenait l'OFAS pour le cas d'une femme de ménage (RJAM 1979 N° 342, p. 245).

²¹⁸ EUGSTER, *Zum Leistungsrecht*, p. 517.

²¹⁹ Voir Partie I chap. 2 ch. 2.1.1.

²²⁰ Voir Partie I chap. 2 ch. 2.1.2.

²²¹ KIESER, *ATSG-Kommentar*, p. 109, n° 12 ; MEYER-BLASER, *Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit*, p. 39.

particulièrement la Circulaire sur l'invalidité et l'imptence dans l'assurance-invalidité (CIIAI), de l'OFAS²²². Les critères retenus pour la détermination de l'invalidité des « ménagères » dans le cadre de l'assurance-invalidité sont également applicables à l'assurance facultative LAMal²²³.

A défaut de couvrir le salaire tiré d'une activité lucrative, l'indemnité versée à la personne « sans activité » vise à remplacer la valeur du travail qui ne peut plus être effectué dans le domaine d'activité concerné. Avec l'entrée en vigueur de la LAMal, une couverture d'assurance peut être offerte, qui correspond à la valeur des prestations effectuées dans le cadre du ménage, par exemple²²⁴. Les critères développés dans le cadre de l'assurance RC peuvent alors être utilisés²²⁵. Lorsque la personne assurée exerce une activité lucrative à temps partiel, le taux d'incapacité de travail peut varier entre les deux domaines concernés (marché du travail, ménage, par ex.). Le droit aux indemnités est fixé séparément, pour chaque incapacité concernée²²⁶. Pour le calcul de la surindemnisation, la prise en considération des frais liés à l'activité ménagère implique que cette dernière ait été préalablement assurée²²⁷.

Tels qu'exposés, les principes généraux qui régissent la notion d'incapacité de travail et son application ne soulèvent pas de problème particulier pour les personnes professionnellement actives. Il n'en va pas de même pour l'évaluation de l'incapacité de travail des personnes sans activité lucrative. On comprend mal, en effet, pourquoi le Tribunal fédéral impose l'utilisation d'un outil propre à l'assurance-invalidité, alors qu'un certificat médical – qui est la seule exigence posée pour les personnes exerçant une activité lucrative – permettrait d'établir l'incapacité ouvrant un droit au versement de l'indemnité journalière assurée.

2.2.2. Incapacité de travail de longue durée

Cette question est traitée à l'intérieur des rubriques suivantes :

- notion de longue durée ;
- évaluation de l'incapacité de travail ;
- délai imparti par l'assureur ;
- cas d'application.

²²² Circulaire sur l'invalidité et l'imptence dans l'assurance-invalidité (CIIAI), Etat au 22 mars 2011, n^{os} 3084- 3089, p. 68-70 :

<http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/204/lang:fre/category:34> (31.07.2011).

²²³ KIESER, Die Stellung der Nichterwerbstätigen, p. 608 ; MEYER-BLASER, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit, p. 39 et 55.

²²⁴ KIESER, Die Stellung der Nichterwerbstätigen, p. 610 et références à l'assurance militaire (n. 78) ; BETTINA KAHIL-WOLFF, p. 52ss.

²²⁵ MAURER, Das neue Krankenversicherungsrecht, p. 124 ; LARGIER/SCHIAVI, p. 18.

²²⁶ KIESER, Die Stellung der Nichterwerbstätigen, p. 611-612.

²²⁷ Voir Partie I chap. 2 ch. 2.2.3.3.

2.2.2.1. Notion de « longue durée »

L'article 6, 2^e phrase LPGA précise : « En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui [assuré] peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité ».

L'incapacité de travail de longue durée est rattachée à une incapacité qui dure depuis « six mois ou plus ». Cette règle, qui est susceptible d'être assouplie au regard du principe de l'exigibilité, ne trouve aucune application dans les cas où, compte tenu du dossier médical, il apparaît hautement probable que la personne concernée reprendra son activité lucrative sans devoir faire appel à des prestations sociales (assurance-maladie ou assurance-invalidité)²²⁸.

Le texte de l'article 6 LPGA contient une référence directe à l'exigibilité, tant en ce qui concerne la capacité d'accomplir un travail dans sa profession ou son domaine d'activité (première phrase), que la possibilité d'accomplir un travail dans une autre profession ou un autre domaine d'activité (deuxième phrase). Cette nouvelle disposition consacre-t-elle une différence avec la pratique antérieure ? Pour MEYER-BLASER, tel n'est pas le cas, même si l'ancienne jurisprudence établissait une distinction entre l'incapacité de travail (dans la profession ou le domaine d'activité préalable) et l'incapacité de gain fondée sur l'exigibilité – utilisée essentiellement aux fins d'évaluer le taux d'invalidité. Seul un changement au niveau formel peut être signalé, le travail « raisonnablement exigible » figurant désormais dans le texte légal²²⁹.

Lorsqu'elle statue sur la durée du droit à l'indemnité journalière, l'instance de recours cantonale peut se prononcer en défaveur de l'assuré (*reformatio in peius*)²³⁰. Développé dans le domaine des rentes²³¹, ce principe est également applicable à l'indemnité journalière²³².

2.2.2.2. Méthode d'évaluation de l'incapacité de travail

Pour évaluer l'incapacité de travail lorsque cette dernière se prolonge, l'activité habituellement exercée cède le pas à toute activité potentielle (prognostisch-generelle Prüfung²³³) raisonnablement exigible de la part de l'assuré²³⁴. Dans ce sens, la

²²⁸ MEYER-BLASER, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit, p. 40.

²²⁹ Id., p. 33 : « Nur in systematischer Hinsicht ist insofern eine Änderung festzustellen, als der Aspekt der zumutbaren Arbeitsleistung direkt in die gesetzliche Legaldefinition Eingang gefunden hat. Dagegen unterschied die alte Rechtspraxis zwischen der funktionellen Arbeitsunfähigkeit (im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich) und – vorab im Hinblick auf die Bemessung der Invalidität – der Zumutbarkeit anderweitiger Arbeitsleistungen (Verweisungstätigkeiten) [...]. Eine materiellrechtliche Änderung ergibt sich aus diesem Zusammenschluss nicht ».

²³⁰ Depuis l'entrée en vigueur de la LTF, le TF ne peut aller au-delà des conclusions des parties (art. 107 al. 1 LTF).

²³¹ ATF 125 V 413.

²³² Arrêt 9C_525/2008 du 5 novembre 2008, consid. 3 ; Arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 27 décembre 2001, consid. 1, non publié in ATF 127 V 458, mais in SVR 2002 UV N° 13.

²³³ MEYER-BLASER, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit, p. 31.

doctrine affirme que l'assurance-maladie « perte de gain » ne fonde aucun droit à une « protection de la profession »²³⁵. La détermination de l'incapacité de travail se fait alors par comparaison de revenus²³⁶, dans un travail de collaboration entre le médecin chargé d'établir le certificat médical d'incapacité de travail²³⁷ (dont le Tribunal ne s'écarte pas sans raisons valables²³⁸) et l'administration, qui apprécie cette attestation en regard des possibilités professionnelles ouvertes à l'assuré²³⁹. Avec l'application de ce principe, les juges fédéraux ont fait usage des notions et outils d'évaluation propres au régime de l'assurance-invalidité. Les cas exposés ci-dessous²⁴⁰ permettront de l'illustrer.

2.2.2.3. Délai imparti par l'assureur

Lorsque l'assureur a établi que, compte tenu de l'ensemble des circonstances, l'assuré peut être tenu de chercher un emploi adapté à son état de santé, il doit lui impartir un délai, fixé par la jurisprudence entre trois et cinq mois²⁴¹. A cet égard, le Tribunal fédéral a précisé que même si l'employeur a contracté une assurance, cette dernière n'est pas tenue à indemnisation s'il peut être attendu de l'assuré qu'il mette à contribution sa capacité de travail résiduelle²⁴².

Lorsqu'il fixe ce délai, l'assureur est tenu de prendre en considération toutes les circonstances, et notamment les difficultés éventuelles de placement. Le fait que l'assuré soit encore – ou non – lié par un contrat de travail ne joue aucun rôle dans l'appréciation de la situation²⁴³. Peu importe, également, le fait que l'assurance-invalidité ait déclaré l'assuré totalement capable de travailler à une date antérieure et que l'assuré ait la possibilité de s'annoncer à l'assurance-chômage dès la fin de son contrat de travail : un délai de 17 jours, par exemple, s'avère contraire au droit fédéral²⁴⁴.

²³⁴ RAMA 1994 K 935, p. 113 ; ATF 117 V 349 [400] consid. 4b ; ATF 114 V 281 ; RAMA 1987 K 720, p. 105.

²³⁵ EUGSTER, Zum Leistungsrecht, p. 511.

²³⁶ RAMA 1994 K 935, p. 113 [115] consid. 1 et jurisprudence citée (ATF 114 V 283 consid. 1d ; 111 V 239 consid. 2a ; 101 V 145).

²³⁷ ATF 122 V 286 ; ATF 105 V 156.

²³⁸ LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts 1997, p. 77 ; ATF 122 V 161 ; RAMA 1987 N° 720, p. 105 [106] consid. 2 ; RJAM 1983 N° 558, p. 292 [293] consid. 2.

²³⁹ ATF 114 V 281 ; MEYER-BLASER, Zur Prozentgenauigkeit in der Invaliditätsschätzung, p. 11.

²⁴⁰ Voir Partie I chap. 2 ch. 2.2.2.4.

²⁴¹ Arrêt 9C_595/2008 du 5 novembre 2008 et arrêts cités au consid. 4.5 ; Arrêt K 31/04 du 9 décembre 2004, consid. 2.2 ; ATF 129 V 460 [463] consid. 4.3 ; RAMA 2000 KV 112, p. 122 ; Arrêt K 14/99 du 7 février 2000, consid. 3a ; RAMA 1989 K 812, p. 255 [256] consid. 2b ; ATF 111 V 235 [239] consid. 2a ; ATF 114 V 281 [283] consid. 1d [287], consid. 3d ; RAMA 1987 K 720, p. 105 ; SVR 2001 KV N° 34 (TA GE).

²⁴² Arrêt 9C_595/2008 du 5 novembre 2008, consid. 4.1 : « Sie [die Taggeldversicherung] ist jedoch nicht dazu bestimmt, einem Leistungsansprecher auch dann einen Lohnausfall auszugleichen, wenn er wieder ein Erwerbseinkommen erzielen könnte ».

²⁴³ RAMA 2006 KV 380, p. 341 [346] consid. 4.4.

²⁴⁴ Arrêt 9C_546/2007 du 28 août 2008, consid. 7.2.

2.2.2.4. Cas d'application

Qu'elle soit antérieure ou postérieure à la LPGa, la jurisprudence rendue en matière d'activités « raisonnablement exigibles », dans le cadre de l'assurance-maladie, soulève un certain nombre de critiques. Les arrêts retenus dans le cadre de cette étude sont regroupés au sein des rubriques suivantes : obligation de rechercher un travail approprié, types d'activités retenues, évaluation du salaire hypothétique.

a) Obligation de rechercher un travail approprié

Lorsque l'incapacité de travail se prolonge, l'assuré est tenu de faire preuve de bonne volonté et de mettre à profit sa capacité résiduelle de travail. Le défaut de volonté est excusable uniquement s'il résulte lui-même d'une maladie²⁴⁵, les « tares caractérielles n'étant pas des maladies »²⁴⁶. Développé dans le cadre de l'assurance-invalidité, le principe de « l'auto-réadaptation » trouve également une application dans l'assurance-maladie. Le fait que l'employeur n'ait pas résilié le contrat n'est pas déterminant. Dans le cas d'un maçon atteint d'un syndrome vertébral lombaire algique et sensitif en relation avec une hernie discale, le Tribunal fédéral a établi que, même si le travailleur atteint dans sa santé est resté au service de l'employeur et a effectué des essais de reprise de travail, il n'a pas encore satisfait à son obligation de diminuer le dommage. Seul compte le fait que l'assuré pourrait mettre à profit une capacité de travail plus élevée dans une activité adaptée. Ainsi, eu égard à l'obligation de diminuer le dommage imputable à l'assuré, l'assureur-maladie « pouvait raisonnablement exiger de lui qu'il mette en valeur sa capacité de travail dans une autre profession que celle de maçon, même si cela pouvait entraîner sa sortie de l'assurance collective (art. 71 LAMal) »²⁴⁷. Cet arrêt est pour le moins critiquable, notamment par la charge financière supplémentaire que représente, pour l'assuré, le passage de l'assurance collective dans l'assurance individuelle.

De même, le droit éventuel de l'assuré à des mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité n'entre, en principe, pas en collision avec son obligation de diminuer le dommage. Comme l'a précisé le Tribunal fédéral à plusieurs reprises, dans la mesure où l'assuré ne peut s'attendre à l'octroi imminent de mesures de réadaptation, il n'est pas empêché de satisfaire à son obligation de diminuer le dommage, notamment en changeant de profession²⁴⁸.

S'agissant des personnes sans activité lucrative, l'application du principe « d'auto-réadaptation » peut s'avérer plus délicate dans la mesure où l'on ne peut exiger, dans tous les cas, que la personne sans activité lucrative mette ses capacités à profit sur le marché du travail²⁴⁹.

²⁴⁵ ATF 114 V 281 ; RAMA 1987 K 720, p. 105 ; ATF 111 V 235.

²⁴⁶ RJAM 1982 N° 482, p. 78 [79] consid. 2 ; ATFA 1969 p. 127 [128] consid. 2d.

²⁴⁷ Arrêt K 38/02 du 1^{er} juillet 2003, consid. 2.3.

²⁴⁸ Arrêt K 56/05 du 31 août 2006, consid. 4.3 ; ATF 129 V 460, consid. 5.2.

²⁴⁹ KIESER, Die Stellung der Nichterwerbstätigen, p. 611.

b) Activités retenues

Contrairement aux organes d'application de l'assurance-invalidité, les assureurs-maladie ne peuvent ignorer les réalités du marché du travail lorsqu'ils procèdent à l'évaluation de la capacité de travail exigible de l'assuré²⁵⁰. De même, lorsqu'il est appelé à statuer sur le taux d'incapacité de travail, l'assureur-maladie est indépendant de la position de l'assurance-invalidité, voire de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire²⁵¹. Il n'est pas tenu d'attendre que l'assurance-invalidité statue sur la demande de mesures d'ordre professionnel²⁵².

Des professions manuelles, notamment dans les métiers du bâtiment, ont fait l'objet d'arrêts intéressants, souvent nuancés quant à l'exigibilité d'un changement d'activité. Ainsi, dans quelques arrêts datant d'une vingtaine d'années, le Tribunal fédéral des assurances admettait que l'on ne pouvait exiger de l'ouvrier concerné qu'il utilisât sa capacité de travail résiduelle, même dans d'autres activités, lorsque, par exemple, il avait un certain âge et avait « travaillé comme maçon depuis toujours »²⁵³.

Dans sa jurisprudence plus récente, le Tribunal fédéral des assurances prend parfois encore en considération les difficultés d'un travailleur sans qualification professionnelle : « En l'espèce, le recourant qui est dans l'incapacité de travailler dans sa profession antérieure de manœuvre dans le bâtiment, est en mesure d'exercer, au moins à 80%, une activité adaptée à son handicap. Sans qualification professionnelle particulière, il accomplissait, au service de son employeur, des travaux de manœuvre qui n'exigent pas de connaissances spécifiques. Il n'est donc pas d'emblée certain qu'il serait à même, sans un reclassement approprié de l'assurance-invalidité et pour autant que les conditions d'octroi d'une telle mesure soient données, de trouver un emploi adapté à son état de santé ni, en cas de succès, qu'il ne subisse pas une perte de gain d'une certaine importance dans cette nouvelle activité »²⁵⁴.

Dans d'autres arrêts, le Tribunal fédéral des assurances fait preuve d'une plus grande dureté. Ainsi, dans un cas concernant un maçon, les juges fédéraux ont examiné la situation de la même manière qu'ils l'auraient fait dans l'assurance-invalidité, sans rechercher si les postes mentionnés étaient effectivement adaptés à l'assuré en question, et disponibles sur le marché de l'emploi. Alors que les juges cantonaux retenaient l'impossibilité – pour l'assuré – de mettre à profit sa capacité résiduelle, les juges fédéraux ont déclaré ne pouvoir suivre un tel avis. Selon eux, l'assuré était en mesure d'exercer une activité adaptée, notamment une fonction de surveillance dans l'industrie²⁵⁵.

²⁵⁰ Arrêt K 149/00 du 28 mars 2001, consid. 3a.

²⁵¹ EUGSTER, Zum Leistungsrecht, p. 513-514.

²⁵² Arrêt K 191/00 du 21 août 2001, consid. 3b.

²⁵³ RJAM 1982 N° 482, p. 78 [82] consid. 3.

²⁵⁴ Arrêt K 20/02 du 27 août 2002, consid. 3.

²⁵⁵ Arrêt K 85/02 du 10 mars 2003, consid. 4.2 : « Entgegen der nicht auf medizinischen Gründen beruhenden Auffassung der Vorinstanz ist nicht einsehbar, weshalb dem Beschwerdegegner als ehemaligem Maurer und Bauvorarbeiter – auch oder gerade in Berücksichtigung der reglementarisch festgehaltenen

Dans le cas d'une coiffeuse indépendante âgée de 52 ans et atteinte d'allergies professionnelles, le Tribunal fédéral des assurances a considéré que le fait d'entreprendre des recherches pour trouver une nouvelle activité dans un autre domaine professionnel (après avoir été coiffeuse professionnelle plus de trente ans) et, parallèlement, d'entreprendre des démarches pour remettre son salon « ne représente pas un effort considérable qui limiterait de manière notable sa capacité de travail ». Par ailleurs, et selon les renseignements obtenus auprès de l'assurance-invalidité, il n'était pas certain que la remise du commerce soit nécessaire, l'assurée pouvant conserver son salon de coiffure « en supprimant le service de coloration et décoloration capillaire »²⁵⁶.

Dans la mesure où l'organisation des activités le permet au sein d'une petite entreprise familiale, il pouvait également être attendu de l'assuré atteint dans sa santé qu'il trouve un emploi adapté dans une autre entreprise, le cas échéant qu'il le complète par une activité à temps partiel²⁵⁷.

Les juges fédéraux ne semblent pas toujours appliquer, avec rigueur, la distinction existant entre l'exigibilité d'un changement d'activité (évaluée en fonction du marché du travail) et l'évaluation de l'invalidité (effectuée en fonction d'un marché équilibré du travail)²⁵⁸.

c) Evaluation du salaire hypothétique

L'assureur-maladie ne peut échapper à ses engagements contractuels en déclarant que l'assuré est apte à exercer une nouvelle activité. Selon le Tribunal fédéral des assurances, en effet, l'assureur-maladie « [...] reste tenu au paiement de l'indemnité journalière, le cas échéant dans une mesure réduite, tant que subsiste chez l'assuré un dommage résiduel dû à la maladie et couvert par les conditions d'assurance »²⁵⁹. Si l'atteinte à la santé résiduelle n'atteint pas au moins 50% selon la LAMal²⁶⁰ ou le taux fixé par contrat individuel ou convention collective, l'assureur-maladie est délié de toute obligation d'indemnisation²⁶¹.

La question de l'évaluation du dommage résiduel est au cœur de la problématique traitée par cette étude.

Dans le premier arrêt qu'il a rendu sur la question, le Tribunal fédéral des assurances a clairement établi que la notion d'incapacité de travail contenue dans l'assurance-maladie (alors la LAMA) ne se recoupe pas avec la notion d'invalidité contenue à l'ancien article 28 al. 2 LAI, cette dernière impliquant une comparaison entre le

Gesichtspunkte der Kenntnisse, Fähigkeiten und bisherigen Lebensstellung – nicht zumutbar sein sollte, körperlich weniger belastende Tätigkeiten wie beispielsweise Bedienungs- oder Überwachungsfunktionen in der Industrie auszuüben ».

²⁵⁶ Arrêt K 31/04 du 9 décembre 2004, consid. 3.2.

²⁵⁷ Arrêt K 92/02 du 10 février 2003, consid. 2.

²⁵⁸ Ce point est examiné dans le chapitre consacré à l'assurance-invalidité : voir Partie I chap. 3 ch. 3.3.

²⁵⁹ Arrêt K 31/04 du 9 décembre 2004, consid. 4.2 ; ATF 114 V 281 [287] consid. 3d.

²⁶⁰ Art. 72 al. 2 LAMal.

²⁶¹ Voir les remarques critiques de RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, p. 278.

salaires réalisés avant l'atteinte à la santé et le revenu estimé après la survenance de l'atteinte à la santé²⁶². Le Tribunal fédéral des assurances a également précisé que sa nouvelle jurisprudence (permettant à l'assureur de mettre fin à ses prestations d'indemnités journalières) ne changeait rien à ce principe dans la mesure où la prise en compte du revenu potentiel n'avait pas pour objectif d'établir l'incapacité de travail – et donc le droit à une prestation de l'assurance-maladie (indemnité journalière) – mais bien de déterminer si les conditions d'une suppression ou d'un versement partiel de l'indemnité journalière étaient remplies.

Dans les arrêts qu'il a rendus ultérieurement, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de reprendre cette distinction entre l'incapacité de travail et l'invalidité. Dans un arrêt plus récent, il a ainsi relevé que l'assureur-maladie ne pouvait purement et simplement retenir le taux d'invalidité fixé par l'assurance-invalidité²⁶³. Dans un arrêt ultérieur, toutefois, les juges fédéraux n'ont pas hésité à retenir le taux fixé par l'assurance-invalidité (17%) pour conclure que l'atteinte à la santé n'était pas suffisamment élevée pour justifier le droit à une indemnité journalière de l'assurance-maladie (versée à partir d'une incapacité de travail de 25% au moins)²⁶⁴.

Sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral, les assureurs-maladie doivent en principe évaluer le dommage résiduel par comparaison des revenus : le revenu obtenu sans maladie dans la profession exercée précédemment, et le revenu qui pourrait être réalisé dans la nouvelle profession²⁶⁵, la perte de gain chiffrée en pour cent donnant le taux de l'incapacité de travail résiduelle²⁶⁶. C'est donc bien le principe régissant le calcul du taux d'invalidité qui s'applique et ce sont les outils d'évaluation développés dans le cadre de l'assurance-invalidité qui sont appliqués par le Tribunal fédéral, notamment l'Enquête sur la structure des salaires (ESS)²⁶⁷, le

²⁶² ATF 114 V 281 [288] consid. 4b : « In diesem Zusammenhang hat das Eidg. Versicherungsgericht wiederholt erklärt, dass Arbeitsunfähigkeit im Sinne des KUVG nicht der rentenrechtlichen Invalidität nach Art. 28 Abs. 2 IVG entsprechen, welche durch einen Vergleich zwischen dem Valideneinkommen einerseits und dem Invalideneinkommen andererseits bemessen wird (RKUV 1986 Nr. K 696 S. 427 Erw. 2b; RSKV 1979 Nr. 364 S. 83 und 1977 Nr. 301 S. 188; siehe auch BGE 104 V 136 Erw. 2) ».

²⁶³ Arrêt 9C_74/2007 du 19 octobre 2007, consid. 5.1 : « Der von der Invalidenversicherung angenommene Invaliditätsgrad von 60% ist daher nicht ohne weiteres massgeblich. Auch haben grundsätzlich nicht die Krankenversicherer das Risiko der schwierigen Vermittelbarkeit zu übernehmen (BGE 129 V 460 E. 4.3, 114 V 281 E. 5b) ».

²⁶⁴ Arrêt 5C_595/2008 du 5 novembre 2008, consid. 5.

²⁶⁵ Arrêt 9C_74/2007 du 19 octobre 2007, consid. 5.1 (et jurisprudence citée : arrêt non publié K 126/97 du 7 août 1998, consid. 2) ; RAMA 2005 KV 342, p. 356 ; RAMA 1994 K 935, p. 113 [114] consid. 1 ; ATF 114 V 281 [286-287] consid. 3c.

²⁶⁶ Arrêt 8C_861/2008 du 7 juillet 2009, consid. 3. Cet arrêt est particulièrement intéressant dans la mesure où l'assuré exerce deux activités et où deux éventualités (maladie/accident), couvertes par des assureurs différents, se réalisent successivement. Dans son arrêt concernant une décision incidente de renvoi (à l'assureur-maladie), le TF ne précise pas quelle base légale s'applique pour la couverture de la maladie. Il se borne à développer les principes généraux de l'obligation de diminuer le dommage, tirés de la LPGA et de sa jurisprudence en matière d'invalidité. On ne comprend la situation qu'à la lecture du deuxième arrêt concernant le même cas et portant sur le droit à la rente d'invalidité (Arrêt 8C_936/2008) rendu le même jour.

²⁶⁷ Arrêt 9C_595/2008 du 5 novembre 2008 ; Arrêt K 56/05 du 31 août 2006 ; Arrêt 9C_74/2007 du 19 octobre 2007 ; Arrêt K 38/02 du 1^{er} juillet 2003 ; ATF 126 V 75. Pour les détails relatifs à l'ESS, Partie I chap. 3 ch. 3.2.2.1.

taux de réduction permettant de tenir compte des circonstances personnelles et professionnelles du cas particulier²⁶⁸.

2.2.3. Problèmes de coordination entre assurances

Lorsque des prestations sont versées par plusieurs assureurs pour un même cas, la situation est-elle réglée de manière satisfaisante ? Lorsqu'il est privé de son droit à l'indemnité journalière et invité à trouver un emploi adapté à sa situation, l'assuré peut-il passer sans heurt d'un régime d'assurance sociale à un autre ? Telles sont les questions qui sont traitées ci-dessous. Elles sont regroupées dans les trois rubriques suivantes : situation de l'assuré lorsqu'un droit lui est reconnu dans un autre régime au titre de la réadaptation, coordination avec l'assurance-chômage, problèmes liés à la surindemnisation.

2.2.3.1. Droit à une prestation dans un autre régime d'assurance sociale au titre de la réadaptation

La prise en considération d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité (art. 6, 2^e phrase LPGA) ne s'applique pas si le droit aux prestations de l'assurance-invalidité, de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire est ouvert. En pareille hypothèse, l'assureur-maladie ne peut suspendre ses prestations en invoquant l'obligation de diminuer le dommage. L'octroi d'une mesure de réadaptation ne supprime en effet pas le droit à une indemnité journalière de l'assurance-maladie si l'atteinte à la santé entraîne une incapacité de travail et si l'assuré est au bénéfice d'une assurance couvrant la perte de gain qui en découle²⁶⁹.

2.2.3.2. Coordination avec l'assurance-chômage

Si, à l'échéance du délai imparti par l'assurance, l'assuré n'a pas trouvé d'emploi approprié, l'assuré peut-il (doit-il) s'adresser à l'assurance-chômage ? Dans certains arrêts, le Tribunal fédéral des assurances a expressément déclaré qu'un assuré peut être considéré « [...] comme apte au placement sous l'angle de la LACI en même temps qu'il est incapable de travailler au sens de la LAMal »²⁷⁰. On pourrait donc en déduire que le Tribunal fédéral reconnaît, en principe, un droit aux prestations de l'assurance-chômage à toute personne incapable de travailler, et qui n'a pu trouver

²⁶⁸ Arrêt 8 C_861/2008 du 7 juillet 2009, consid. 7.2 ; Arrêt K 56/05 du 31 août 2006, consid. 5.2.2.

²⁶⁹ Arrêt K 20/02 du 27 août 2002, consid. 2c ; ATF 111 V 235 [241] consid. 2c : « Kollidiert das Recht eines Versicherten auf berufliche Umschulung durch die Invalidenversicherung mit der Pflicht zur Schadenminderung gegenüber der Krankenkasse im Krankengeldbereich, so hat der Anspruch auf Umschulung in dem Sinne Vorrang, dass der gegenüber der Krankenkasse bestehende Krankengeldanspruch deswegen grundsätzlich keine Schmälerung erfahren darf » ; SVR 2000 KV N° 3 Obergericht SH (coordination avec l'assurance-invalidité).

²⁷⁰ Arrêt K 38/02 du 1^{er} juillet 2003, consid. 2.5.

une autre activité par ses propres moyens, pour autant qu'un délai approprié lui soit accordé.

Cet avis est partagé par EUGSTER qui reconnaît à l'assuré un droit aux prestations de l'assurance-chômage sur la base de l'article 15 al. 2 LACI²⁷¹. Cette disposition prévoit que « le handicapé physique ou mental est réputé apte à être placé lorsque, compte tenu de son infirmité et dans l'hypothèse d'une situation équilibrée sur le marché de l'emploi, un travail convenable pourrait lui être procuré sur ce marché ».

Cette position ne peut être partagée, car elle est fondée sur une appréciation erronée du sens et de la portée de l'article 15 al. 2 LACI. En effet, cette disposition a été introduite dans la loi fédérale du 25 juin 1982 pour tenir compte de la situation particulière des personnes handicapées, bénéficiaires d'une rente d'invalidité. Ainsi que le relevait le Conseil fédéral dans son Message du 2 juillet 1980, « selon l'ancien droit, les bénéficiaires d'une rente d'invalidité complète étaient réputés inaptes au placement selon le prescrit de la loi. Cependant, depuis que toute activité lucrative salariée entraîne, en principe, automatiquement l'obligation de cotiser à l'assurance-chômage, cette réglementation a été contestée à plusieurs reprises et notamment par les organisations d'handicapés [...]. C'est pourquoi le projet de loi a sensiblement réduit l'exigence de l'aptitude au placement pour les handicapés, malgré leur infirmité. Néanmoins, si la situation du marché de l'emploi est équilibrée, leur placement sur ledit marché doit être possible »²⁷². Comme le relève spécifiquement le Conseil fédéral, certaines limites devaient être posées dans les dispositions d'exécution, la couverture de la perte de revenus due à l'invalidité n'étant pas l'affaire de l'assurance-chômage « même si l'on fait preuve d'ouverture »²⁷³. Autre est la question de la couverture de la maladie dans le cadre de l'assurance-chômage. Pour mettre fin aux « rigueurs choquantes »²⁷⁴ de l'ancien système, qui excluait de la couverture toute personne atteinte dans sa santé, le Conseil fédéral a proposé le versement d'indemnités de chômage durant une période limitée²⁷⁵ afin de ne pas porter atteinte au principe fondamental de l'aptitude au placement tout en protégeant temporairement les chômeurs en cas de maladie et accident, et les chômeuses en cas de maternité. Comme le relevait le Conseil fédéral, l'incapacité de travail devrait être attestée par un certificat médical et vérifiée, le cas échéant, par un médecin-conseil de l'assurance-chômage²⁷⁶. Sur la base de la distinction claire qui est faite entre l'incapacité de travail et l'invalidité, on ne saurait

²⁷¹ EUGSTER, *Zum Leistungsrecht*, p. 519 ; EUGSTER, *Krankenversicherung*, p. 785, n° 1128.

²⁷² Message concernant une nouvelle loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, 1980, p. 569-570.

²⁷³ *Id.*, p. 570.

²⁷⁴ *Id.*, p. 590.

²⁷⁵ Art. 28 al. 1 LACI : Les assurés qui, passagèrement, ne sont aptes ni à travailler ni à être placés ou ne le sont que partiellement en raison d'une maladie (art. 3 LPGa), d'un accident (art. 4 LPGa) ou d'une grossesse et qui, de ce fait, ne peuvent satisfaire aux prescriptions de contrôle, ont droit à la pleine indemnité journalière s'ils remplissent les autres conditions dont dépend le droit à l'indemnité. Leur droit persiste au plus jusqu'au 30^e jour suivant le début de l'incapacité totale ou partielle de travail et se limite à 44 indemnités journalières durant le délai-cadre ».

²⁷⁶ Ce souhait a été concrétisé dans le texte légal. L'art. 15 al. 3 LACI est ainsi libellé : « S'il existe des doutes sérieux quant à la capacité de travail d'un chômeur, l'autorité cantonale peut ordonner qu'il soit examiné par un médecin-conseil, aux frais de l'assurance ».

soutenir que l'article 15 al. 2 LACI constitue la base légale sur laquelle une personne partiellement ou totalement incapable de travailler peut se fonder pour entrer dans le cercle des bénéficiaires de l'assurance-chômage.

De son côté, RIEMER-KAFKA²⁷⁷ soutient que lorsqu'un travailleur bénéficiaire des indemnités journalières perd de gain en cas de maladie se fait licencier, il doit immédiatement s'annoncer à l'assurance-chômage au nom de l'obligation de diminuer le dommage²⁷⁸. Si sa capacité de travail est d'au moins 75%, l'assurance-chômage versera l'indemnité entière durant la période prévue à l'article 28 al. 2 LACI, déchargeant ainsi l'assurance-maladie. Si la capacité de travail est comprise entre 50% et 75%, l'assurance-chômage est tenue de verser une demi-indemnité, la caisse-maladie étant alors fondée à réduire son indemnité pour éviter toute surindemnisation²⁷⁹. Si le système de coordination retenu par le législateur fédéral ne prête à aucun commentaire critique, il n'en va pas de même du rôle que tiendrait l'obligation de diminuer le dommage dans ce contexte. Contrairement à ce que soutient RIEMER-KAFKA, l'obligation faite à l'assuré de s'adresser à l'assurance-chômage tient non pas à son obligation de diminuer le dommage, mais à une répartition correcte des charges entre les assurances, ainsi que le Tribunal fédéral des assurances l'a clairement exposé dans sa jurisprudence relative à l'annonce à l'assurance-invalidité au terme d'une année d'incapacité de travail²⁸⁰. Ce principe s'applique également lorsque l'indemnité journalière est couverte par une assurance privée, ainsi que le Tribunal fédéral l'a rappelé dans un arrêt concernant la coordination avec l'assurance-invalidité et l'assurance-accidents²⁸¹.

2.2.3.3. Problèmes liés à la surindemnisation

La LPGA contient une disposition réglementant la surindemnisation, l'article 69. Ce dernier concerne exclusivement la coordination entre prestations versées par des assurances sociales. Dans un arrêt du 28 septembre 2005, le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion de se prononcer sur le cas d'un assuré qui avait conclu une assurance individuelle d'indemnités journalières LAMal, alors qu'il était affilié, par son employeur, auprès d'un assureur privé, par le biais d'un contrat collectif. Après avoir rappelé que l'interdiction de surindemnisation n'est pas un principe général du droit des assurances sociales, le Tribunal fédéral des assurances a conclu que l'absence de dispositions réglant, dans la LPGA, la question du cumul de prestations entre assurances sociales et assurances privées ne peut être considérée comme une lacune de la loi. Il en résulte que l'assureur-maladie ne saurait, dans le calcul de la

²⁷⁷ RIEMER-KAFKA, *Selbstverantwortung*, p. 278-279.

²⁷⁸ RAMA 1992 K 899, p. 171.

²⁷⁹ Art. 28 al. 2 LACI : « Les indemnités journalières de l'assurance-maladie ou de l'assurance-accidents qui représentent une compensation de la perte de gain sont déduites de l'indemnité de chômage ».

²⁸⁰ Arrêt K 73/05 du 21 décembre 2005, consid. 2.2. et 2.3, consid. 4.1 : « Sous le régime de la LAMA, l'art. 17 al. 3 de l'ordonnance III sur l'assurance-maladie (Ord. III) prévoyait que les caisses-maladie pouvaient subordonner le versement de leurs prestations à l'annonce du cas auprès de l'assurance-invalidité. [...] Par ailleurs, le retrait d'une annonce à l'assurance-invalidité pouvait, d'après la jurisprudence, correspondre à la renonciation à des prestations (RAMA 1984 K 574, p. 84 et K 575, p. 89 ; 1992 K 897, p. 141).

²⁸¹ ATF 133 III 527 [532] consid. 3.2.2 = SJ 2008 I, p. 101.

surindemnisation, tenir compte des indemnités journalières versées par l'assureur privé (dans le cadre du contrat collectif)²⁸². DUC a émis des avis critiques à propos de cet arrêt : « [...] en ouvrant la porte à la surindemnisation en cas de concours entre prestations sociales et privées, cette jurisprudence sonne une fois de plus le glas de l'assurance indemnité journalière LAMal au profit de la conclusion de contrats LCA »²⁸³.

Le cas de la personne qui exerce une activité lucrative à temps partiel pose un problème particulier en ce qui concerne le calcul de la surindemnisation. Convient-il, en effet, de prendre en considération la perte de gain qu'elle subit pour son activité lucrative (exercée à temps partiel) et la valeur des tâches ménagères qu'elle ne peut plus accomplir dans son foyer, ces deux éléments devant être cumulés ? Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a retenu que « le cumul des deux limites de surindemnisation prévues n'est possible que si l'intéressé qui exerce une activité lucrative à temps partiel est assuré à la fois pour une perte de gain liée à l'exercice d'une activité lucrative et pour le domaine "non lucratif" restant »²⁸⁴. Si la partie ménagère n'est pas assurée, peut-on prendre en considération une limite de surindemnisation correspondant à la valeur des tâches que l'assuré ne peut plus accomplir pour le domaine d'activité non lucrative ? C'est ce que soutient KIESER²⁸⁵ dans son commentaire de l'article 69 al. 2 LPGA²⁸⁶ et en se référant à l'ancien article 122 al. 2 let. c OAMal²⁸⁷. Dans le cas qui lui était soumis, le Tribunal fédéral a, quant à lui, laissé la question ouverte, l'assurée n'ayant pas allégué qu'elle ait dû recourir aux services de tiers.

On retiendra que la coordination entre les régimes d'assurances sociales n'est pas encore réglée de manière satisfaisante, surtout entre l'assurance-maladie et l'assurance-chômage, alors même que cette dernière est susceptible d'intervenir dès qu'un travail a été déclaré « exigible » par l'assureur-maladie.

2.3. Appréciation critique

La distinction entre l'incapacité de travail et l'incapacité de gain est fondamentale dans la mesure où elle détermine l'intervention d'un régime d'assurance sociale spécifique à chacune de ces éventualités. La délimitation entre les deux risques couverts par la sécurité sociale est fondée sur un critère temporel²⁸⁸. Ainsi, l'invalidité – qui exige une incapacité de

²⁸² Arrêt K 107/04 du 28 septembre 2005 ; ARNOLD, p. 172-173.

²⁸³ DUC JEAN-MICHEL, Calcul de la surindemnisation, p. 1541-1542.

²⁸⁴ Arrêt K 48/06 du 21 juin 2007, consid. 2.3.

²⁸⁵ KIESER, ATSG-Kommentar 2003, ad art. 69 n° 14.

²⁸⁶ 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 ».

²⁸⁷ aArt. 122 al. 2 OAMal : « Il y a surindemnisation dans la mesure où les prestations respectives des assurances sociales excèdent, pour une même atteinte à la santé, les limites suivantes :

c. la perte de gain présumée subie par l'assuré du fait du cas d'assurance ou la valeur des tâches qu'il ne peut accomplir ».

²⁸⁸ RÜEDI, L'évaluation de l'incapacité de travail et de gain, p. 70.

gain – est reconnue après un délai d’attente d’une année sans interruption notable²⁸⁹. L’application du principe de l’obligation de diminuer le dommage aux cas d’incapacité de travail, dans le cadre de l’assurance-maladie, a connu deux étapes distinctes. Dans un premier temps, les juges fédéraux ont établi que ce principe s’appliquait à l’ensemble des assurances sociales, même s’il ne figurait pas expressément dans le texte légal (LAMA, puis LAMal). Dans un deuxième temps, les juges fédéraux ont pu se fonder sur une disposition de la LPGA entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003²⁹⁰.

En dépit de ces révisions législatives, les critères retenus par le Tribunal fédéral ne se sont pas modifiés de manière sensible. Au contraire, ils ont progressivement contribué à introduire, dans l’analyse de l’incapacité de travail, les éléments retenus pour la détermination de l’incapacité de gain. Cette jurisprudence pose un certain nombre de problèmes, qui peuvent être résumés de la manière suivante :

- En imposant le critère d’exigibilité après une courte période d’incapacité de travail, les juges fédéraux ont obligé les assureurs-maladie à œuvrer comme des gestionnaires de l’assurance-invalidité, tenus de recourir à la notion d’incapacité de gain (propre à la détermination de l’invalidité) pour imposer à l’assuré un comportement permettant de diminuer le dommage de l’assurance. Or, le régime de l’assurance-maladie ne contient aucune référence explicite au marché du travail et ne donne aucune compétence aux assureurs-maladie en matière de réinsertion professionnelle. En l’absence de bases légales, de telles compétences ne peuvent être attribuées aux assureurs-maladie, contrairement à ce que soutient EUGSTER²⁹¹.
- L’application d’une notion inhérente au régime de l’assurance-invalidité – l’incapacité de gain – entraîne des difficultés qui sont loin d’être surmontées. Ainsi, l’appréciation du caractère exigible doit être faite en prenant en considération aussi bien les critères objectifs (activité possible, qui existe en nombre suffisant sur le marché du travail) que subjectifs (âge, situation personnelle). Propre à l’assurance-invalidité, la notion du marché équilibré du travail fait place au marché du travail réel. Les critères posés dans le cadre de l’assurance-maladie se rapprochent donc de ceux qu’utilise l’assurance-chômage. L’examen des arrêts rendus par le Tribunal fédéral montre, à l’évidence, qu’une telle distinction n’est pas toujours opérée scrupuleusement par les assureurs-maladie, ni par le Tribunal fédéral lui-même.
- Pour que son application permette d’établir les obligations des assureurs-maladie à satisfaction de droit, le principe de l’obligation de diminuer le dommage implique le calcul du dommage résiduel, soit la part d’incapacité de travail qui subsiste nonobstant la prise en considération d’une activité raisonnablement exigible. Les cas jugés par le Tribunal fédéral montrent que la prise en compte du dommage résiduel n’intervient pas

²⁸⁹ Ce délai est applicable dans l’assurance-invalidité (LAI). Dans la LAA, le droit à la rente prend naissance « dès qu’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 les éventuelles mesures de réadaptation de l’assurance-invalidité ont été menées à terme » (art. 19 al. 1 LAA). Dans la LPP, les dispositions de la LAI « s’appliquent par analogie à la naissance du droit aux prestations d’invalidité » (art. 26 al. 1 LPP).

²⁹⁰ Art. 6 LPGA.

²⁹¹ EUGSTER, *Krankenversicherung*, p. 785, n° 1128.

de manière systématique²⁹². Dans plusieurs affaires, l'évaluation du dommage résiduel a été effectuée, pour la première fois, par l'instance cantonale de recours²⁹³.

- Le lien de causalité entre l'attitude de l'assuré et le dommage n'est pas toujours examiné de manière satisfaisante par le Tribunal fédéral.

Les conséquences de l'application de ce principe ne sont pas négligeables pour l'assuré. Ce dernier peut ainsi être tenu de sortir d'un contrat collectif²⁹⁴ ou d'abandonner son activité indépendante²⁹⁵. En termes de coordination entre régimes d'assurances sociales, l'application du principe de l'obligation de diminuer le dommage peut signifier le passage de l'assurance-maladie à l'assurance-chômage, alors même que cette dernière ne couvre pas l'incapacité de travail en tant que telle. Les règles de coordination prévues entre les deux régimes concernés ne peuvent être utilisées aux fins de réduire la durée du versement des indemnités journalières dans l'assurance-maladie.

Enfin, une application stricte du principe de l'obligation de diminuer le dommage peut limiter, de manière injustifiée, les engagements légaux de l'assureur, à savoir la couverture de l'incapacité de travail durant une période prescrite (720 jours dans une période de 900 jours).

En conclusion de ce premier chapitre, il est possible d'établir que la jurisprudence du Tribunal fédéral a effectivement permis un glissement de la notion d'incapacité de gain dans la notion d'incapacité de travail. Les arrêts examinés dans ce chapitre mettent en évidence l'utilisation, dans l'assurance-maladie, de notions et d'instruments d'évaluation propres à l'assurance-invalidité.

²⁹² Arrêt K 56/05 du 31 août 2006 ; Arrêt 9C_595/2008 du 5 novembre 2008 ; Arrêt K 31/04 du 9 décembre 2004 (calcul effectué par l'assureur, mais de manière erronée).

²⁹³ Voir notamment : Arrêt K 31/04 du 9 décembre 2004 ; Arrêt K 191/00 du 21 août 2001.

²⁹⁴ Arrêt K 38/02 du 1^{er} juillet 2003.

²⁹⁵ Arrêt K 31/04 du 9 décembre 2004.

Chapitre 3 Assurance-invalidité

Pour qu'elle soit établie, l'invalidité requiert l'existence d'une incapacité de gain et l'échec de mesures raisonnablement exigibles. La « réadaptation spontanée » s'impose à l'assuré comme une concrétisation de l'obligation de diminuer le dommage. Les méthodes utilisées pour la détermination du taux d'invalidité retiennent toutes le principe de l'exigibilité. Dans leur abondante jurisprudence, les juges fédéraux ont arrêté certains principes qui sont largement débattus par la doctrine.

Dans le régime de l'assurance-invalidité, l'obligation de diminuer le dommage joue un rôle important pour l'ouverture du droit aux prestations à court terme (mesures de réadaptation) et aux prestations à long terme (rentes d'invalidité). Compte tenu de l'orientation de la présente recherche, la réflexion porte essentiellement sur l'obligation, faite à l'assuré, de prendre toutes les mesures pour *éviter* de bénéficier des prestations de l'assurance. Le volet des rentes est abordé dans la seule mesure où il permet d'approfondir les principes régissant l'évaluation de l'invalidité et d'établir leur similitude avec ceux qui sont employés dans l'appréciation d'une incapacité de travail de longue durée.

En raison de leur lien étroit avec les rentes d'invalidité, les prestations complémentaires sont intégrées à ce chapitre. Elles font l'objet d'une rubrique spécifique à la fin de chacune des parties (fondements constitutionnels et bases légales, jurisprudence relative à l'incapacité de gain et à l'invalidité, appréciation critique).

3.1. Fondements constitutionnels et bases légales

Dans les régimes de l'assurance-invalidité et des prestations complémentaires, les fondements constitutionnels – et leur évolution – présentent un intérêt particulier qui légitime leur présentation, avant l'examen des lois fédérales concernées (LAI, LPGA et LPC).

3.1.1. Fondements constitutionnels

Par arrêté du 18 juin 1925²⁹⁶, l'article 34^{quater} aCst a été adopté par les Chambres, puis accepté par le peuple et les cantons lors de la votation du 6 décembre 1925²⁹⁷. Son texte donnait la compétence à la Confédération d'introduire par voie législative l'assurance-vieillesse et survivants, réservant la possibilité d'adopter, ultérieurement, une assurance en cas d'invalidité²⁹⁸. Adopté par le Parlement sous forme de contre-projet²⁹⁹ à l'initiative du Parti Suisse du Travail pour une véritable retraite populaire³⁰⁰, le système des trois piliers a été accepté par le peuple et les cantons en date du 3 décembre 1972³⁰¹. L'article 34^{quater} aCst révisé contient un nouvel alinéa dont la teneur est la suivante : « La Confédération encourage la réadaptation des invalides et soutient les efforts entrepris en faveur des personnes âgées, des survivants et des invalides. Elle peut utiliser à cette fin les ressources financières de l'assurance fédérale » (art. 34^{quater} al. 7 aCst). La révision totale de la Constitution fédérale, acceptée en votation populaire le 18 avril 1999, consacre une disposition à l'assurance-vieillesse et survivants et invalidité. L'encouragement à la réadaptation des invalides figure expressément à l'article 112 al. 6 Cst³⁰². Avec la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT)³⁰³, du 3 octobre 2003, l'article 112 al. 6 Cst a été abrogé. Une nouvelle disposition (art. 112b Cst), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, est consacrée spécifiquement à l'encouragement de l'intégration des invalides³⁰⁴.

Les différentes révisions de la Constitution fédérale ont ainsi non seulement posé les fondements de l'assurance-invalidité, mais également précisé la place de la réadaptation des personnes invalides, que ce soit dans le cadre des tâches générales de l'Etat ou dans celui de l'assurance sociale.

Destinées à garantir la couverture du minimum vital lorsque les rentes d'invalidité, de survivants ou de vieillesse ne peuvent atteindre ce but, les prestations complémentaires ont un ancrage constitutionnel qui a fait l'objet d'importantes révisions. Après avoir été implicitement rattachées à l'article 34^{quater} aCst³⁰⁵, elles ont

²⁹⁶ FF 1925 II 717-718.

²⁹⁷ FF 1926 I 1-4.

²⁹⁸ Art. 34^{quater} aCst : « La Confédération instituera par voie législative l'assurance en cas de vieillesse et l'assurance des survivants ; elle pourra introduire ultérieurement l'assurance en cas d'invalidité ».

²⁹⁹ FF 1972 I 1811.

³⁰⁰ FF 1970 I 50.

³⁰¹ FF 1973 I 69-74.

³⁰² Arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale, du 18 décembre 1998, FF 1999 I 176-227.

³⁰³ Arrêté fédéral concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), du 3 octobre 2003, FF 2003 6035-6042.

³⁰⁴ Art. 112b Cst :

¹ La Confédération encourage l'intégration des invalides par des prestations en espèces et en nature. Elle peut utiliser à cette fin les ressources financières de l'assurance-invalidité.

² Les cantons encouragent l'intégration des invalides, notamment par des contributions destinées à la construction et à l'exploitation d'institutions visant à leur procurer un logement et un travail.

³ La loi fixe les objectifs, les principes et les critères d'intégration des invalides.

³⁰⁵ Pour le Conseil fédéral, l'article 34^{quater} aCst était un ancrage juridique adéquat dans la mesure où les prestations complémentaires sont conçues comme de véritables prestations d'assurance, et non des

fait l'objet d'une disposition spécifique avec l'adoption de la révision du 5 mars 1972 mentionnée ci-dessus. Dans sa nouvelle teneur, l'ancien article 11 des Dispositions transitoires assignait le but suivant aux prestations complémentaires : « Tant que les prestations de l'assurance fédérale ne couvriront pas les besoins vitaux, au sens de l'article 34^{quater}, 2^e alinéa, la Confédération allouera aux cantons des subventions destinées au financement de prestations complémentaires. Elle pourra utiliser à cette fin les ressources fiscales destinées au financement de l'assurance fédérale. La contribution maximale des pouvoirs publics, fixée à l'article 34^{quater}, 2^e alinéa, lettres b et c, doit être calculée compte tenu de ces subventions fédérales et des contributions correspondantes des cantons ».

Une vingtaine d'années plus tard, dans son rapport consacré au système des trois piliers, le Conseil fédéral relève que les prestations complémentaires étant appelées à assumer des tâches permanentes dans le domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité, elles devraient être définitivement ancrées dans la Constitution fédérale³⁰⁶. Lors de la révision de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, l'article 11 des Dispositions transitoires a été abrogé et remplacé par le chiffre 10 de l'article 196 Cst. Contrairement à la perspective envisagée par le Département fédéral de l'intérieur (DFI) quatre ans auparavant, les prestations complémentaires ne trouvaient pas encore un ancrage dans le texte de la Constitution, mais restaient inscrites dans les dispositions transitoires. Le nouvel article accepté par le peuple et les cantons reprenait partiellement le libellé de l'ancienne disposition³⁰⁷. L'intégration des prestations complémentaires dans le régime du premier pilier s'est finalement concrétisée sous la forme d'une nouvelle disposition introduite dans le texte de la Constitution par le vote populaire du 28 novembre 2004 concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT)³⁰⁸. Entré en vigueur le 1^{er} janvier 2008, l'article 112a Cst a la teneur suivante :

«¹La Confédération et les cantons versent des prestations complémentaires si l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité ne couvre pas les besoins vitaux.

²La loi fixe le montant des prestations complémentaires et définit les tâches et les compétences de la Confédération et des cantons ».

La consolidation du régime des prestations complémentaires, dans le cadre de la Constitution fédérale, atteste de l'importance croissante de ces prestations versées sous condition de ressources, mais pleinement intégrées au système de sécurité sociale.

prestations d'assistance (Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, 1964, p. 712).

³⁰⁶ Rapport du Département fédéral de l'intérieur concernant la structure actuelle et le développement futur de la conception helvétique des trois piliers de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité, p. 46.

³⁰⁷ AUBERT/MAHON, p. 882, n° 18 et n. 37.

³⁰⁸ FF 2004 4455. Message concernant la RPT, 2001, p. 2299. La RPT vise essentiellement « à renforcer la Confédération et les cantons dans leurs rôles respectifs » (Message concernant la RPT, 2001, p. 2158). Elle implique un désenchevêtrement des tâches fédérales et cantonales, ainsi qu'une nouvelle péréquation financière entre les cantons, fondée sur une distinction entre la péréquation des ressources et la compensation des charges.

L'examen des bases légales permettra de cerner les notions fondamentales (invalidité et incapacité de gain) et de préciser les obligations imparties à l'assuré (notamment la réadaptation spontanée).

3.1.2. Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI)

La loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), du 20 décembre 1946 a été introduite le 1^{er} janvier 1948. L'adoption de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité est intervenue 13 ans plus tard, les travaux ayant été repoussés notamment en raison de la crise économique et de ses répercussions sur le budget de la Confédération³⁰⁹. Dans l'intervalle, le 1^{er} février 1955, le Parti Socialiste Suisse avait déposé une initiative tendant à modifier l'article 34^{quater} aCst pour y introduire l'assurance-invalidité³¹⁰. Une initiative analogue a été déposée par le Parti Suisse du Travail le 24 mars 1955³¹¹.

Adopté par les Chambres le 19 juin 1959³¹², et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1960, le régime de l'assurance-invalidité a donné la priorité à la réadaptation sur la rente³¹³.

3.1.2.1. Rôle et développement de la notion de réadaptation

Lorsqu'il a soumis son projet aux Chambres fédérales, le 24 octobre 1958, le Conseil fédéral a clairement établi le but que devait poursuivre la nouvelle législation sur l'assurance-invalidité : « De nos jours, on reconnaît de manière générale que pour avoir une valeur sociale, l'aide doit en premier lieu tendre à la suppression du dommage. C'est également l'opinion qui préside au présent projet d'assurance-invalidité. Les mesures de réadaptation que nous envisageons doivent offrir à l'invalidé la possibilité d'assurer son entretien entièrement ou en partie par ses propres forces, afin de dépendre le moins possible de son prochain. Si on l'encourage et fortifie son esprit d'indépendance, si on l'aide à prendre conscience qu'il est un membre utile de la société, l'invalidé perd son sentiment d'infériorité et acquiert la possibilité d'organiser sa vie de manière indépendante. Des rentes ne doivent être allouées qu'autant que l'assuré ne peut plus utiliser sa capacité résiduelle dans l'activité économique ou ne le peut plus d'une manière suffisante »³¹⁴. Les mesures de réadaptation doivent être comprises comme étant un droit individuel de l'assuré, sachant que « ce droit ne pourra être exercé que dans la mesure où l'assurance

³⁰⁹ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'assurance-invalidité, 1958, p. 1162.

³¹⁰ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur l'initiative populaire pour l'introduction de l'assurance-invalidité, p. 369-372. L'initiative sera retirée le 8 décembre 1959, FF 1959 II 1183.

³¹¹ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur l'initiative populaire pour la création d'une assurance-invalidité fédérale, p. 669-672. L'initiative sera retirée le 5 décembre 1959, FF 1960 I 190.

³¹² FF 1959 I 1511-1536. Les deux initiatives tendant à l'introduction de l'assurance-invalidité (cf. n. 317 et 318) ont été retirées.

³¹³ Ce principe ne ressort cependant pas expressément du texte légal. Il sera introduit dans la loi fédérale par la 4^e révision LAI du 21 mars 2003 (art. 1a LAI).

³¹⁴ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'assurance-invalidité, 1958, p. 1176.

disposera des installations nécessaires et adéquates pour l'application de la réadaptation »³¹⁵.

Le texte de loi précise les obligations de l'assuré en matière de réadaptation (ancien art. 10 al. 2 LAI) et les sanctions en cas de non-respect de ces dernières (ancien art. 10 al. 2 *in fine* et ancien art. 31 al. 1 LAI).

La primauté de la réadaptation, et son importance pratique, ont été réaffirmées lors des différentes révisions de la LAI ou d'autres lois fédérales. Des améliorations en faveur des jeunes invalides³¹⁶ ont été introduites lors de la deuxième révision de la LAI, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1968³¹⁷.

A l'occasion de la 9^e révision de la LAVS, adoptée le 24 juin 1977³¹⁸, le Conseil fédéral a proposé une modification de l'article 31 al. 1 LAI³¹⁹ afin d'inclure la notion de « réadaptation spontanée ». Le Conseil fédéral a justifié ainsi cette adjonction : « L'expérience a confirmé, toujours plus nettement, les rapports étroits existant entre les mesures de réadaptation ordonnées par l'AI et ce qu'on appelle la réintégration spontanée des assurés dans le circuit économique. L'assuré n'a pas seulement le devoir de se plier aux premières, mais aussi celui de prendre toutes initiatives qui seraient de nature à favoriser le succès de la seconde. La logique veut donc que des sanctions similaires soient infligées à l'assuré dont la bonne volonté, sur l'un ou l'autre plan, se révèle défailante, et l'AI ne peut atténuer ses exigences en la matière à moins d'affaiblir dangereusement l'idée de la priorité de la réadaptation sur l'octroi des rentes »³²⁰. Le texte adopté par le Parlement, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1978, a la teneur suivante :

« Si l'assuré se soustrait ou s'oppose à une mesure de réadaptation ordonnée à laquelle on peut raisonnablement exiger qu'il se soumette et dont on peut attendre une amélioration notable de sa capacité de gain, *ou s'il ne tente pas d'améliorer celle-ci de sa propre initiative alors qu'il le pourrait normalement, l'assurance lui enjoindra de participer à sa réadaptation en lui impartissant un délai convenable et en l'avertissant des conséquences qu'aurait sa passivité. Si l'assuré n'obtempère pas à cette mise en demeure*, la rente lui sera refusée ou retirée temporairement ou définitivement »³²¹.

Dans le cadre de la 3^e révision de la LAI, du 22 mars 1991, liée au second train de mesures pour une nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons³²², les structures de l'assurance-invalidité ont été modifiées par la mise en

³¹⁵ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'assurance-invalidité, 1958, p. 1192.

³¹⁶ La révision porte notamment sur le versement d'indemnités journalières aux assurés qui suivent une formation professionnelle initiale et aux assurés mineurs qui n'ont pas encore exercé d'activité lucrative.

³¹⁷ Message concernant la deuxième révision de l'assurance-invalidité, 1984, p. 45-46.

³¹⁸ FF 1977 II 949-976.

³¹⁹ Art. 31 al. 1 LAI (alors en vigueur) : « Si l'assuré se soustrait ou s'oppose à des mesures de réadaptation auxquelles on peut raisonnablement exiger qu'il se soumette et dont on peut attendre une amélioration notable de sa capacité de gain, la rente lui est refusée temporairement ou définitivement ».

³²⁰ Message concernant la neuvième révision de l'assurance-vieillesse et survivants, 1976, p. 72.

³²¹ Les différences par rapport à la teneur de l'ancien art. 31 al. 1 LAI (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1960) sont en italique.

³²² Message relatif au second train de mesures, 1988, p. 1341-1342 ; p. 1384-1385.

place des Offices AI³²³, auxquels des compétences ont été octroyées en matière de réadaptation et un pouvoir de décision pour l'ensemble des prestations de l'AI. La révision est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992.

Lorsqu'il a proposé la 4^e révision au Parlement, le Conseil fédéral a réaffirmé son attachement au principe de la primauté de la réadaptation sur la rente, sans proposer pour autant une modification formelle du texte légal. Il revient au Parlement³²⁴ d'avoir inséré une nouvelle disposition relative aux buts que doit poursuivre l'assurance-invalidité. L'article 1a LAI (nouveau), adopté le 21 mars 2003³²⁵, a la teneur suivante :

« Les prestations prévues par la présente loi visent à :

- a. prévenir, réduire ou éliminer l'invalidité grâce à des mesures de réadaptation appropriées, simples et adéquates ;
- b. compenser les effets économiques permanents de l'invalidité en couvrant les besoins vitaux dans une mesure appropriée ;
- c. aider les assurés concernés à mener une vie autonome et responsable »³²⁶.

Adoptée le 6 octobre 2006³²⁷ et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, la 5^e révision de la LAI n'a pas infléchi cette position. Dans son Message du 22 juin 2005³²⁸, le Conseil fédéral propose en effet de renforcer l'importance de la réadaptation et de mettre l'accent sur la détection précoce. Pour des raisons qualifiées de « pragmatiques », cette dernière doit revenir à l'assurance-invalidité³²⁹. Le système prévu implique des contacts rapides et étroits avec les assureurs « perte de gain maladie ». Selon l'intention du Conseil fédéral, « l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et l'employeur ont connaissance du plan de réadaptation et sont tenus au courant, durant la phase d'intervention précoce, du déroulement des mesures et de la collaboration de la personne assurée. Ils ont ainsi la possibilité de soutenir au mieux la personne dans ses efforts, mais également d'exiger qu'elle collabore activement »³³⁰.

Le Parlement a suivi ces propositions. Dans la loi fédérale révisée, la détection précoce fait l'objet du chapitre IIa LAI. Elle est mise en œuvre par l'Office AI « en collaboration avec d'autres assureurs sociaux et avec des institutions d'assurance privées soumises à la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances » (art. 3a al. 2 LAI). Les organes et personnes autorisées à communiquer le cas d'un assuré font l'objet d'une liste exhaustive (art. 3b LAI) et les règles de procédure permettant à l'assurance-invalidité d'obtenir « les renseignements et documents

³²³ Les Offices AI mis en place par cette révision sont, en fait, un regroupement des secrétariats AI et des Offices régionaux existants.

³²⁴ BO/CN 2001 p. 1935.

³²⁵ FF 2003 2429-2430.

³²⁶ Ce dernier point concrétise le principe de l'obligation de diminuer le dommage : cf. MAURER/SCARTAZZINI/HÜRZELER, p. 159.

³²⁷ FF 2007 7879-7902.

³²⁸ Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'AI), 2005, p. 4215-4256.

³²⁹ Id., p. 4169.

³³⁰ Id., p. 4275.

nécessaires à l'enquête effectuée dans le cadre de la détection précoce » sont expressément mentionnées (art. 3c LAI).

Adoptée le 28 septembre 2007, et également entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, la révision du règlement sur l'assurance-invalidité (RAI)³³¹ apporte des précisions qui lient encore plus étroitement les assureurs-maladie « perte de gain » et l'assurance-invalidité. A teneur de l'article 1^{er} RAI, le processus de la détection précoce peut être mis en œuvre après 30 jours d'incapacité de travail déjà ou en cas d'absences répétées pour des périodes de courte durée durant une année. Figurant au nombre des institutions habilitées à annoncer le cas à l'assurance-invalidité, les assureurs d'indemnités journalières (LAMal)³³² et les assurances privées (LCA) proposant des indemnités journalières en cas de maladie³³³ ont donc la possibilité d'imposer, à l'assuré, l'obligation de diminuer le dommage à un stade très précoce de la maladie entraînant une incapacité de travail.

L'intervention précoce est réglementée à la lettre B du chapitre III LAI (Prestations)³³⁴.

Une particularité des mesures de détection précoce tient au fait qu'elles ne fondent aucun droit pour l'assuré. Selon l'article 7d al. 3 LAI, en effet, « nul ne peut se prévaloir d'un droit aux mesures d'intervention précoce ». Dans son Message, le Conseil fédéral a justifié ce « non-droit » par le fait que les mesures d'intervention précoce constituent « une prestation de service facultative des offices AI. La personne assurée ne possède aucun droit permettant de les exiger, elle ne peut donc pas non plus introduire une action en justice pour les obtenir »³³⁵.

Enfin, les indemnités journalières ont été supprimées de l'article 8 LAI et font l'objet du chapitre VI LAI. Contrairement à l'assurance-maladie, l'assurance-invalidité inclut les indemnités journalières dans les mesures de réadaptation, dont elles sont indissociables. Pour cette raison, elles ne sont pas traitées, en tant que telles, dans le cadre de la présente recherche.

3.1.2.2. Notions d'invalidité et d'incapacité de gain

En ce qui concerne plus spécifiquement les notions d'invalidité et d'incapacité de gain, les travaux préparatoires et l'évolution du régime de l'assurance-invalidité permettent de mettre en évidence les points suivants :

³³¹ RS 831.201.

³³² Art. 3b let. b LAI.

³³³ Art. 3b let. f LAI.

³³⁴ A teneur de l'article 7d LAI, l'assurance-invalidité prend en charge les mesures suivantes : l'adaptation du poste de travail (let. a), des cours de formation (let. b), le placement (let. c), l'orientation professionnelle (let. e) et des mesures d'occupation (let. f).

³³⁵ Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'AI), 2005, p. 4315.

L'invalidité est expressément liée à la notion d'atteinte à la santé physique ou mentale. Dans son Message du 24 octobre 1958, le Conseil fédéral a précisé que seules les atteintes pouvant être établies médicalement ouvraient un droit aux prestations, à l'exclusion « des simples déficiences de caractère (par exemple le cas des enfants difficiles) et du tort moral »³³⁶. Il a par ailleurs relevé qu'il laissait à la pratique le soin de définir d'une manière plus précise la notion d'atteinte à la santé mentale, afin de « tenir compte au mieux des particularités de chaque cas d'espèce et des progrès de la science »³³⁷.

L'incapacité de gain n'est pas définie, en tant que telle, dans le projet du Conseil fédéral. Ce dernier relève cependant que pour établir l'existence d'une invalidité fondant le droit aux prestations de l'assurance, il faut tenir compte de « tout travail qui peut être raisonnablement exigé de l'assuré en considération de son activité antérieure et de ses conditions personnelles, et non seulement du travail qu'il pourrait continuer à fournir dans la profession qu'il exerçait auparavant »³³⁸. Seule l'incapacité causée par une atteinte à la santé est prise en considération. Pour le Conseil fédéral, « c'est de cette manière seulement que l'estimation du degré d'invalidité pourra se fonder objectivement, indépendamment des fluctuations du marché du travail et du comportement de l'assuré »³³⁹. Une claire distinction entre l'assurance-invalidité et l'assurance-chômage peut ainsi être opérée. S'agissant des maîtresses de maison et des membres des communautés religieuses, l'évaluation de leur incapacité de gain doit être fondée « sur l'incapacité de l'assuré de continuer à vaquer à ses occupations habituelles »³⁴⁰.

Dans le projet de loi qui accompagne le Message du Conseil fédéral, les dispositions relatives à l'invalidité ont la teneur suivante : « L'invalidité au sens de la présente loi est la diminution, présumée permanente ou de longue durée, de la capacité de gain causée par une atteinte à la santé physique ou mentale résultant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident » (art. 4 P-LAI). « Les assurés majeurs qui n'exerçaient pas d'activité lucrative avant d'être atteints dans leur santé physique ou mentale et dont on ne saurait exiger qu'ils exercent une telle activité sont réputés invalides si l'atteinte à leur santé les empêche d'accomplir leurs travaux habituels » (art. 5 al. 1 P-LAI). Dans le texte de loi qu'il a adopté le 19 juin 1959, le Parlement a repris presque intégralement la teneur de ces dispositions relatives à la définition de l'invalidité³⁴¹. Comme le relève RÜEDI, le régime adopté est « une assurance contre la perte de la capacité de gain et non pas contre la perte de gain en soi »³⁴².

À l'occasion de la 4^e révision de la LAI, le Conseil fédéral a proposé d'apporter une précision à la définition de l'invalidité par l'adjonction du terme « psychique » (ancien art. 4 LAI et ancien art. 5 LAI). Dans son Message du 25 juin 1997, il a relevé que cette modification ne changerait rien au contenu matériel de la disposition,

³³⁶ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'assurance-invalidité, 1958, p. 1184-1185.

³³⁷ Id., p. 1184.

³³⁸ Id., p. 1185.

³³⁹ Id., p. 1186.

³⁴⁰ Ibid.

³⁴¹ La seule différence tient à une modification d'ordre rédactionnel de l'article 4 LAI.

³⁴² RÜEDI, L'évaluation de l'incapacité de travail et de gain, p. 147.

le droit en vigueur prenant déjà en considération les atteintes psychiques sous la rubrique des « atteintes à la santé mentale »³⁴³. Une telle révision aurait pour avantage de regrouper toutes les pathologies entrant dans la définition de l'invalidité psychique, à savoir une « perturbation émotionnelle ou cognitive chronique, provoquée par des facteurs endogènes ou exogènes, qui se manifeste pendant une longue durée ou de façon permanente et qui se répercute, sur les plans professionnel ou social, sous la forme d'une déficience centrale de commande et d'adaptation (faiblesse de la capacité de commande et de la faculté d'adaptation) »³⁴⁴. L'élément psychique devait également entrer dans la définition de l'incapacité de gain pour les personnes sans activité lucrative. La révision adoptée le 26 juin 1998³⁴⁵ contenait la modification souhaitée par le Conseil fédéral. La loi fédérale a été rejetée suite à un referendum, lors de la votation du 13 juin 1999³⁴⁶. La loi votée par le Parlement le 21 mars 2003³⁴⁷ (4^e révision LAI) a permis d'introduire l'élément psychique dans le texte légal.

La 5^e révision de la LAI apporte une importante précision à la définition de l'incapacité de gain. Fondée sur la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral, elle est intégrée non pas dans la LAI, mais dans la LPGA. Pour cette raison, elle est traitée dans la partie consacrée à cette loi fédérale³⁴⁸.

3.1.2.3. Obligations et sanctions

La 5^e révision de la LAI a également apporté des précisions importantes en matière de participation et de collaboration de l'assuré. Le Message du Conseil fédéral est particulièrement explicite à cet égard : « Pour accroître l'importance de la réadaptation, il est prévu de concrétiser l'obligation de réduire le dommage et de collaborer. Les différentes obligations qu'une personne assurée doit respecter et les possibilités de sanction si elle ne le fait pas sont désormais expressément réglées dans la loi »³⁴⁹. Les nouvelles règles s'avèrent « plus claires, mais également plus sévères »³⁵⁰.

L'article 7 LAI entérine le principe de l'obligation de diminuer le dommage. A teneur du premier alinéa en effet, « l'assuré doit entreprendre tout ce qui peut être raisonnablement exigé de lui pour réduire la durée et l'étendue de l'incapacité de travail (art. 6 LPGA) et pour empêcher la survenance d'une invalidité (art. 8 LPGA) ».

³⁴³ Message relatif à la 4^e révision de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, première partie, 1997, p. 179.

³⁴⁴ Id., p. 179.

³⁴⁵ FF 1998 III 3065-3069.

³⁴⁶ FF 1999 VII 6571-6577.

³⁴⁷ FF 2003 I 2429-2449.

³⁴⁸ Voir Partie I chap. 3 ch. 3.1.3.

³⁴⁹ Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'AI), 2005, p. 4259.

³⁵⁰ Id., p. 4281.

Ainsi que le précise le deuxième alinéa de la disposition légale, la participation active de l'assuré est attendue dans la mise en œuvre des mesures d'intervention précoce (art. 7d LAI), des mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle (art. 14a LAI), des mesures d'ordre professionnel (art. 15 à 18 et 18b LAI) et des traitements médicaux au sens de l'art. 25 LAMal.

L'exigibilité est nouvellement définie. L'article 7a LAI pose le principe que toute mesure servant à la réadaptation est raisonnablement exigible, à l'exception des mesures qui ne sont pas adaptées à l'état de santé de l'assuré. La santé devient ainsi le seul critère permettant d'exclure une mesure qui s'impose à l'assuré en regard de son obligation de diminuer le dommage.

Les conséquences d'un manquement aux obligations qui sont imparties à l'assuré figurent expressément à l'article 7b LAI. En dérogation à l'article 21 al. 4 LPGa, les prestations peuvent être réduites ou refusées sans mise en demeure et sans délai de réflexion si l'assuré n'a pas respecté certaines injonctions, dont celle de s'annoncer sans délai à l'AI dans le cadre de la détection précoce, et pour autant que cette omission ait prolongé ou aggravé l'incapacité de travail ou l'invalidité (art. 7b al. 2 let. a LAI).

Réglementant la réduction ou la suppression de la rente, l'article 31 LAI – qui avait été abrogé à l'entrée en vigueur de la LPGa – fait l'objet de deux nouvelles dispositions portant sur la révision de la rente d'invalidité et ses conditions.

3.1.2.4. Procédure

En matière de procédure, une révision partielle de la LAI a été adoptée le 16 décembre 2005, soit avant l'adoption et l'entrée en vigueur de la 5^e révision LAI. Elle portait d'une part sur l'abandon de la procédure d'opposition introduite par la LPGa et son remplacement par la procédure de préavis³⁵¹ et, d'autre part, sur la suppression de la gratuité et l'introduction de frais de justice pour les procédures de recours devant le tribunal cantonal des assurances³⁵². Cette révision a également entraîné une modification du droit fédéral alors en vigueur, et plus particulièrement de l'article 132 al. 2 de la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ)³⁵³. L'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF), le 1^{er} janvier 2007, a unifié la procédure au niveau fédéral pour l'ensemble des assurances sociales. Les dispositions relatives au contentieux dans l'assurance-invalidité n'ont pas été abrogées. L'article 69 LAI prévoit donc que les décisions des offices AI peuvent directement faire l'objet d'un recours devant le tribunal des assurances (al. 1 let. a) et que cette procédure est soumise à des frais de justice (al. 1^{bis}).

³⁵¹ Art. 57a LAI.

³⁵² Art. 69 al. 1^{bis} LAI (2^e phrase : « 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 200 et 1000 francs »).

³⁵³ RS 3 521.

3.1.3. Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)

Les travaux d'adoption de la LPGA et une partie des révisions de l'assurance-invalidité ont été menés en parallèle aux Chambres fédérales. Dans le cadre de la LPGA, les définitions relatives à l'incapacité de gain, à l'invalidité et à la détermination du taux d'invalidité ont donné lieu à des prises de position intéressantes.

Elément déterminant de l'invalidité, **l'incapacité de gain** ne faisait alors l'objet d'aucune définition. Dans le projet qu'elle publie en 1984, la Société suisse de droit des assurances propose une définition de cette notion, en se fondant sur les principes développés par la jurisprudence. L'article 7 P-LPGA est ainsi libellé : « Est réputée incapacité de gain toute diminution, consécutive à une atteinte à la santé physique ou mentale et qui persiste après l'application des mesures de traitement et de réadaptation exigibles de l'assuré, des possibilités de gain sur le marché équilibré du travail entrant en ligne de compte ».

Jusqu'à son adoption par le Parlement, le texte est remanié à plusieurs reprises d'un point de vue rédactionnel. Au cours des travaux préparatoires, le Conseil des Etats a retenu la mention du marché équilibré du travail, alléguant qu'il serait « choquant que le degré d'incapacité de gain, dans le cas d'une atteinte identique, soit plus ou moins élevé en fonction de la situation sur le marché du travail »³⁵⁴. Pour le Conseil fédéral, en revanche, une telle mention n'avait pas sa place dans la définition générale de l'incapacité de gain. « La situation du marché du travail constitue plutôt un critère de délimitation des responsabilités des différents assureurs (invalidité et chômage, par ex.). Il est donc justifié qu'elle intervienne dans l'évaluation de l'invalidité [...], mais non en ce qui concerne les prestations en espèces de courte durée de l'assurance-accidents ou de l'assurance-maladie, notamment »³⁵⁵. Lorsqu'elle a repris l'examen du projet, la Commission du Conseil national a proposé de maintenir la référence au marché équilibré du travail, cette dernière étant conforme à la pratique des tribunaux et permettant « d'objectiver » l'incapacité de gain de longue durée. Par ailleurs, la suppression de la référence au marché équilibré du travail « susciterait l'impression erronée que l'on devrait se fonder sur le marché du travail effectivement existant lors de la détermination de l'incapacité de gain »³⁵⁶. Le Parlement s'est fondé sur cette position dans l'adoption de l'article 7 LPGA ainsi libellé : « 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, mentale³⁵⁷ et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles ».

³⁵⁴ Rapport de la Commission du Conseil national, 1999, p. 4193.

³⁵⁵ Avis approfondi du Conseil fédéral, 1994, p. 908.

³⁵⁶ Rapport de la Commission du Conseil national, 1999, p. 4193.

³⁵⁷ L'atteinte à la santé psychique sera introduite dans la LPGA à l'occasion de la 4^e révision LAI. Elle sera également insérée dans les définitions de la maladie (art. 3 al 1), de l'accident (art. 4), de l'incapacité de travail (art. 6) et de l'invalidité (art. 8 al. 2 et 3).

Dans le commentaire qu'il lui consacre, KIESER relève que le texte de l'article 7 LPGa ne mentionne pas expressément les personnes sans activité lucrative. Peut-on conclure que le législateur a limité la notion d'invalidité à la seule incapacité de gain au sens strict ? Se fondant sur la jurisprudence³⁵⁸ et sur la doctrine³⁵⁹, l'auteur réfute cette interprétation. Comme avant l'entrée en vigueur de la LPGa, il convient d'évaluer l'incapacité de gain en regard de l'activité que la personne aurait faite si elle n'avait pas été atteinte dans sa santé³⁶⁰. Tel que libellé, l'article 7 LPGa laisse entendre que l'incapacité de gain est établie après qu'ont été appliqués les traitements et mesures de réadaptation exigibles. La notion retenue par le législateur est donc orientée exclusivement sur les rentes d'invalidité. Pour KIESER, une telle définition est non seulement insatisfaisante mais également contraire au système (« systemwidrig ») et pose des problèmes d'adaptation des différentes lois fédérales à la LPGa³⁶¹. Dans certaines lois d'assurances sociales, en effet, l'incapacité de gain est posée comme condition préalable à l'exécution des mesures de réadaptation (art. 8 al. 1 LAI³⁶² et art. 33 al. 1 LAM³⁶³).

L'**invalidité** fait l'objet de l'article 8 al. 1 LPGa. Elle est définie comme étant « l'incapacité de gain totale ou partielle qui est présumée permanente ou de longue durée ».

Notion centrale du système d'assurances sociales, déjà inscrite précédemment dans la LAI (ancien art. 4), l'invalidité n'a pas fait l'objet de discussions ou de controverses au cours des travaux parlementaires. Ainsi définie dans la LPGa, elle n'en reste pas moins une notion fonctionnelle et relative, dans la mesure où elle doit s'apprécier en fonction du contexte et plus précisément de la prestation à laquelle elle est rattachée dans chaque assurance sociale concernée³⁶⁴. Fondée sur l'incapacité de gain (art. 7 LPGa), l'invalidité se différencie de cette notion par le critère « temps ». En effet, seule l'incapacité permanente ou de longue durée est retenue³⁶⁵. Pour KIESER, il aurait été possible de renoncer à ce critère dans la mesure où il ne donne lieu à aucune définition uniforme pour l'ensemble des assurances sociales³⁶⁶. Du reste, la doctrine – notamment LOCHER – n'attache pas une attention particulière au critère temporel³⁶⁷.

L'article 8 LPGa contient également des précisions concernant deux groupes spécifiques de personnes :

³⁵⁸ ATF 129 V 153 ; ATF 117 V 194 [195] consid. 3b.

³⁵⁹ Notamment : MEYER-BLASER, Rechtsprechung IVG, p. 26 ss.

³⁶⁰ KIESER, ATSG-Kommentar, p. 120 et 121, n^{os} 7 et 8.

³⁶¹ Id., p. 123, n^o 15.

³⁶² Art. 8 al. 1 LAI : « Les assurés invalides ou menacés d'une invalidité (art. 8 LPGa) ont droit à des mesures de réadaptation pour autant : a. que ces mesures soient nécessaires et de nature à rétablir, maintenir ou améliorer leur capacité de gain ou leur capacité d'accomplir leurs travaux habituels ».

³⁶³ Art. 33 al. 1 LAM : « Les assurés invalides ou menacés d'une invalidité imminente (art. 8 LPGa) ont droit, pour autant qu'elles soient nécessaires et appropriées, aux mesures de réadaptation susceptibles de sauvegarder ou d'améliorer leur capacité de gain restante (art. 7 LPGa) ou leur intégration sociale [...] ».

³⁶⁴ KIESER, ATSG-Kommentar, p. 135 et 136, n^o 5 ; ATF 130 V 343.

³⁶⁵ KIESER, ATSG-Kommentar, p. 137, n^o 10.

³⁶⁶ Id., p. 138, n^o 15.

³⁶⁷ LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, p. 125.

- les assurés mineurs sans activité lucrative, qui 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 » (al. 2) ;
- les assurés majeurs qui n'exerçaient pas d'activité lucrative avant l'atteinte à la santé physique, mentale ou psychique (et dont on ne peut attendre qu'ils exercent une telle activité), qui sont réputés invalides « si l'atteinte les empêche d'accomplir leurs travaux habituels » (al. 3).

Le contenu de ces dispositions a été repris de l'ancien article 5 LAI, dont le premier alinéa concernait les assurés majeurs et le deuxième alinéa les assurés mineurs sans activité lucrative. La modification apportée dans la LPGa est d'ordre purement formel, les assurés mineurs étant évoqués avant les assurés majeurs. Comme le relève KIESER, en retenant le contenu de la disposition existant dans la LAI en vigueur, le Parlement n'a pas tenu compte de l'évolution de la jurisprudence qui exige, pour la personne majeure, l'examen de l'activité qu'elle aurait pu exercer sans la survenance de l'invalidité. Dès le début des années septante³⁶⁸, les juges fédéraux ont pris en considération différents facteurs dans l'examen de l'exigibilité. KIESER relève ainsi le divorce, la situation financière, la charge de famille, la formation et le partage des tâches dans le couple³⁶⁹.

La détermination du **taux d'invalidité** fait, elle, l'objet de l'article 16 LPGa. A teneur de cette disposition, « 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 ».

Ce principe figurait déjà dans le projet élaboré par la Société suisse de droit des assurances, à l'article 22 al. 2, 1^{re} phrase. Cette disposition prévoyait également que les différentes lois sur les assurances sociales devaient régler « l'évaluation du degré de l'invalidité dans des cas spéciaux, notamment pour les assurés qui n'exercent qu'une activité lucrative partielle, ainsi que pour ceux qui n'exercent pas ou pas encore d'activité lucrative » (al. 2, 2^e phrase). Par ailleurs, le principe d'une évaluation uniforme dans les différentes assurances sociales figurait expressément au premier alinéa de l'article 22 du projet de loi, mais donnait au Conseil fédéral la compétence d'en arrêter les modalités pratiques.

Sur ce dernier point, la Commission du Conseil national s'est prononcée négativement, considérant « toute unification de cette nature comme étant excessive »³⁷⁰. Elle a par ailleurs estimé que la deuxième phrase du premier alinéa, renvoyant aux lois particulières pour l'évaluation de l'invalidité de certains assurés, pouvait être supprimée « à la lumière de la nouvelle conception de la technique législative »³⁷¹. Ces deux avis ont été suivis par le Parlement.

³⁶⁸ ATF 97 V 241.

³⁶⁹ KIESER, ATSG-Kommentar, p. 141, n° 24.

³⁷⁰ Rapport de la Commission du Conseil national, 1999, p. 4202.

³⁷¹ Ibid.

Le libellé et l'articulation des articles 7, 8 et 16 LPGa ont fait l'objet de critiques tenant notamment aux imprécisions et lacunes du texte légal. Ainsi, peu de temps après l'entrée en vigueur de la LPGa, KIESER formulait déjà des propositions de révision, qui portaient notamment sur la délimitation entre les personnes professionnellement actives et les personnes sans activité lucrative ainsi que sur l'insertion, dans l'article 16 LPGa, de critères permettant l'évaluation de l'invalidité de ces dernières³⁷². L'auteur a maintenu ses propositions dans une publication récente³⁷³.

En résumé, l'adoption de la LPGa a permis l'inscription, dans le texte légal, de la définition de l'incapacité de gain. En ce qui concerne les autres notions (invalidité et évaluation de cette dernière), elles ont été, pour l'essentiel, reprises du texte légal existant (LAI).

L'entrée en vigueur de la LPGa a entraîné plusieurs modifications de la LAI. Seules sont retenues, ici, celles qui sont en relation avec le thème de cette étude.

En ce qui concerne l'invalidité (au sens de l'art. 8 LPGa), l'article 4 al. 1 LAI précise que cette dernière peut résulter d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident. L'article 5 al. 1 et al. 2 LAI fixe à 20 ans la limite d'âge permettant de départager les assurés « mineurs » (art. 8 al. 2 LPGa) des assurés « majeurs » (art. 8 al. 3 LPGa)³⁷⁴.

En matière de sanctions, l'article 31 al. 2 LAI a été abrogé, l'article 21 al. 4 LPGa réglant explicitement les obligations de l'assuré, l'exigibilité des mesures de réinsertion professionnelle et les conséquences d'un refus de collaborer.

La 5^e révision de la LAI, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, a apporté une précision à la définition de l'incapacité de gain. Dans le Message qu'il a transmis au Parlement, le Conseil fédéral a expressément souhaité que l'invalidité soit définie de manière plus étroite « afin de limiter l'accès à la rente AI »³⁷⁵. Il justifiait ce durcissement par l'extension des mesures de réadaptation et par le fait que l'évaluation de l'invalidité doit être fondée exclusivement sur des facteurs objectifs : « Il sera dit expressément que la perception subjective de la personne assurée n'est plus déterminante pour établir si l'on peut raisonnablement exiger d'elle de fournir une prestation de travail et, partant, de réaliser un gain. L'élément déterminant est de savoir si l'on peut exiger objectivement de cette personne qu'elle exerce une activité lucrative en dépit des problèmes de santé (douleurs par ex.) perçus subjectivement (cf. ATF 130 V 352) »³⁷⁶. Dans ce domaine, les services médicaux régionaux (SMR) de l'AI sont appelés à jouer un rôle important. Ils doivent notamment évaluer

³⁷² KIESER, ATSG-Kommentar 2003, p. 111, n^{os} 19 et 20 / ATSG-Kommentar p. 143, n^{os} 32 et 33.

³⁷³ KIESER, ATSG-Kommentar, p. 143, n^{os} 32 et 33.

³⁷⁴ Pour le droit à la rente d'invalidité, en revanche, la limite d'âge est fixée à 18 ans (art. 29 al. 1 LAI).

³⁷⁵ Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'AI), 2005, p. 4226.

³⁷⁶ Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'AI), 2005, p. 4286.

« l'exigibilité d'une prestation de travail à l'aide de profils d'exigences et de capacités [...] »³⁷⁷.

Dans la révision qu'il a adoptée le 6 octobre 2006, le Parlement a suivi la position du Conseil fédéral. Le deuxième alinéa (nouveau) de l'article 7 LPGA a la teneur suivante : « 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 ».

3.1.4. Collaboration interinstitutionnelle (CII)

Bien qu'elle ne vise pas spécifiquement l'obligation de diminuer le dommage, la collaboration interinstitutionnelle concerne des personnes atteintes dans leur santé susceptibles d'être prises en charge par l'assurance-chômage, l'assurance-invalidité, voire l'aide sociale. L'incapacité de travail et l'incapacité de gain sont donc au cœur du dispositif de la CII.

L'ancrage juridique de la CII est relativement récent. En février 2001, et à une semaine d'intervalle, le Conseil fédéral a adressé deux Messages aux Chambres fédérales. Le premier texte concernait la 4^e révision de la LAI³⁷⁸, le deuxième portait sur la révision de l'assurance-chômage³⁷⁹. Dans chacune de ces lois fédérales, le Conseil fédéral proposait d'intégrer une nouvelle disposition³⁸⁰ portant sur la collaboration entre assurances sociales, ainsi qu'avec des institutions cantonales concernées (aide sociale notamment). La collaboration interinstitutionnelle avait déjà fait l'objet de travaux au niveau fédéral³⁸¹. Une majorité de cantons s'était exprimée en sa faveur dans la procédure de consultation qui avait précédé la révision de la LAI, certains d'entre eux demandant spécifiquement la création d'une base légale à cet effet³⁸². Une telle collaboration devait apporter des améliorations significatives pour les « travailleurs difficiles à placer »³⁸³. Dans le domaine de l'invalidité, la collaboration interinstitutionnelle visait tout particulièrement les chômeurs atteints dans leur santé, qui déposaient une demande à l'assurance-invalidité. L'instruction du dossier pouvant s'avérer assez longue, les personnes aux ressources financières modestes étaient susceptibles de se retrouver dans une situation délicate nécessitant, souvent, le recours à l'aide sociale. Une amélioration de la coordination entre l'assurance-invalidité, l'assurance-chômage et les cantons devait ainsi permettre « de réduire considérablement le risque d'exclusion sociale des personnes présentant une incapacité de gain »³⁸⁴. Le Parlement a suivi les propositions du Conseil fédéral en

³⁷⁷ Id., p. 4286.

³⁷⁸ Message concernant la 4^e révision de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, 2001, p. 3045-3166.

³⁷⁹ Message concernant la révision de la loi sur l'assurance-chômage, p. 2123-2218.

³⁸⁰ Art. 68^{bis} LAI ; art. 85f LACI.

³⁸¹ Voir notamment : Rapport « Coordination entre assurance-invalidité, assurance-chômage et aide sociale » ; Etude seco/OFFT-CII, Partie I et Etude seco/OFFT-CII, Partie II.

³⁸² Message concernant la révision de la loi sur l'assurance-chômage, p. 2147.

³⁸³ Id., p. 2151.

³⁸⁴ Message concernant la 4^e révision de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, 2001, p. 3106.

adoptant les deux révisions : l'assurance-chômage en date du 22 mars 2002³⁸⁵ et l'assurance-invalidité en date du 21 mars 2003³⁸⁶. La collaboration inter-institutionnelle a donc, désormais, un ancrage dans le droit fédéral.

Dans le cadre de la 5^e révision LAI, le Conseil fédéral s'est prononcé en faveur d'un renforcement de la collaboration existante entre l'assurance-chômage, l'assurance-invalidité et l'aide sociale. Ce renforcement devait s'inscrire dans la ligne des accords³⁸⁷ que l'assurance-invalidité avait passés avec différents partenaires : assureurs d'indemnités journalières en cas de maladie (LAMal et LCA), assureurs-accidents (LAA), institutions de prévoyance (LPP et LCA)³⁸⁸. Par ailleurs, l'échange de données concernant des assurances qui ne sont pas soumises à la LPGA³⁸⁹ nécessitait une adaptation des bases légales concernées. Le Parlement a suivi les propositions du Conseil fédéral.

3.1.5. Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (LPC)

La loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (LPC)³⁹⁰ a été adoptée par le Parlement le 19 mars 1965 sur la base de l'art. 34^{quater} aCst³⁹¹. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1966³⁹², elle a fait l'objet d'une révision le 6 octobre 2006³⁹³. La nouvelle loi fédérale, qui contient les principes et procédures inhérents à la RPT, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008.

Conformément au but que leur assigne la Constitution fédérale, les prestations complémentaires doivent couvrir, annuellement, la part des dépenses reconnues de l'assuré qui excède les revenus déterminants (art. 9 al. 1 LPC). Élément central dans l'examen du droit et, le cas échéant, dans le calcul de la prestation complémentaire, le revenu déterminant comprend notamment « les ressources et parts de fortune dont

³⁸⁵ FF 2002 2602-2627. Loi révisée entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003.

³⁸⁶ FF 2003 2429-2449. Loi révisée entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004.

³⁸⁷ Notamment la Convention entre la Conférence des Offices AI (COAI), l'Association Suisse d'Assurances (ASA), Zurich, Santéuisse, Soleure, et l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), Berne. Cette convention est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006. Son article 9 faisait explicitement référence à la 5^e révision LAI, alors en délibération au Parlement : « En vue et dans le cadre de la 5^e révision de la LAI, l'évolution de la convention sera indispensable ». Dans sa version actuelle, la Convention est accompagnée de 4 annexes : <http://www.iiz-plus.ch/fr-CH/dynasite.cfm?dsmid=100131> (31.07.2011).

³⁸⁸ Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'AI), 2005, p. 4268.

³⁸⁹ Assureurs d'indemnités journalières et institutions de prévoyance professionnelle assurant une couverture (surobligatoire) selon la LCA.

³⁹⁰ RS 831.30.

³⁹¹ Les prestations complémentaires ont fait l'objet d'une norme spécifique (art. 11 Dispositions transitoires) avec l'adoption, en 1972, des dispositions constitutionnelles régissant la prévoyance-vieillesse, survivants et invalidité. Elles ont ensuite été inscrites à l'article 196 Cst (ch. 10) à l'occasion de la révision entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000. Depuis l'entrée en vigueur de la révision relative à la RPT, le 1^{er} janvier 2008, elles font l'objet de l'article 112a Cst.

³⁹² FF 1965 I 776.

³⁹³ FF 2006 7955.

un ayant droit s'est dessaisi » (art. 11 al. 1 let. g LPC). Depuis la 2^e révision de la LPC entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1987, le texte légal ne fait plus mention de la raison du dessaisissement³⁹⁴. Avec la 2^e révision LAI³⁹⁵, le Conseil fédéral a reçu la compétence d'édicter des prescriptions portant notamment sur les revenus déterminants de membres de la même famille et sur « la prise en compte du revenu de l'activité que l'on peut exiger de la part d'invalides partiels et de veuves sans enfants mineurs » (art. 3 al. 6 aLPC).

Le Conseil fédéral a fait usage de sa compétence. L'article 14a OPC-AVS/AI³⁹⁶ contient les règles de calcul du revenu de l'activité lucrative des assurés partiellement invalides. Si ce revenu est, en principe, pris en compte sur la base du montant effectivement obtenu par l'assuré (art. 14a al. 1 OPC-AVS/AI), il donne lieu à des pondérations en fonction de l'âge (moins de 60 ans) et du taux d'invalidité (art. 14a al. 1 let a – c OPC-AVS/AI). Par ailleurs, le résultat obtenu de ce calcul est pris en considération dans les proportions retenues pour le calcul général des revenus déterminants, à savoir deux-tiers des ressources provenant de l'activité lucrative pour autant qu'elles excèdent une limite prescrite (art. 11 al. 1 let. a LPC). La disposition n'est pas applicable aux personnes dont l'évaluation de l'invalidité a été faite sur la base de l'article 27 RAI (personnes sans activité lucrative) et aux invalides qui travaillent dans un atelier au sens de la LIPPI³⁹⁷ (art. 14a al. 3 let. a et b OPC-AVS/AI).

Dans la mesure où il prend en considération des revenus hypothétiques raisonnablement exigibles de la part de l'assuré qui s'adresse à lui, le système des prestations complémentaires concrétise le principe de l'obligation de diminuer le dommage.

Ce bref examen des bases légales qui régissent le risque « invalidité » dans le premier pilier de la sécurité sociale permet de relever la richesse, mais aussi la complexité, des révisions qui sont intervenues depuis l'adoption de la première loi fédérale sur l'assurance-invalidité, en 1959. Si les développements récents ont contribué à développer les mesures de réadaptation (notamment à un stade précoce de l'atteinte à la santé), ils ont également précisé le contenu de l'obligation de diminuer le dommage et restreint l'accès à la rente d'invalidité par un durcissement des critères retenus. Le Parlement n'a pas dû faire preuve d'une grande créativité : les principes qu'il a inscrits dans la LAI et dans la LPGA avaient tous été développés par le Tribunal fédéral. Dans ce sens, et bien que les effets de la 5^e révision LAI ne soient pas encore documentés de manière exhaustive, une analyse de la jurisprudence – fût-elle antérieure à cette révision – garde toute sa pertinence. La prochaine section lui est consacrée.

³⁹⁴ L'art. 3 al. 1 let. f aLPC mentionnait « les ressources et parts de fortune dont un ayant droit s'est dessaisi en vue d'obtenir des prestations complémentaires ». Dans son Message concernant la deuxième révision de la LPC, le Conseil fédéral a relevé la difficulté d'application de cette disposition et a proposé son abrogation (FF 1985 I 113).

³⁹⁵ Modification de la LAI du 9 octobre 1986, FF 1986 III 370.

³⁹⁶ RS 831.301. Nouvelle abréviation de l'Ordonnance depuis le 1^{er} janvier 1983 (RO 1982 2085).

³⁹⁷ Loi fédérale sur les institutions destinées à promouvoir l'intégration des personnes invalides, du 6 octobre 2006 (RS 831.26).

3.2. Jurisprudence et doctrine relatives à l'incapacité de gain et à l'invalidité

L'abondante jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière d'invalidité et les riches commentaires qu'elle a suscités nécessitent leur regroupement à l'intérieur de rubriques distinctes. Non seulement cette systématique facilitera la tâche au lecteur, mais elle rendra également possible une comparaison avec la jurisprudence rendue dans le cadre de l'assurance-maladie. Après l'examen de quelques principes généraux³⁹⁸, nous aborderons le devoir de réadaptation spontanée³⁹⁹ et la détermination du taux d'invalidité⁴⁰⁰ (LPGA, LAI). Dans chaque rubrique, une différence sera faite entre les personnes qui exercent une activité lucrative et les personnes sans activité, voire les personnes exerçant une activité à temps partiel.

L'analyse des arrêts rendus par le Tribunal fédéral et de la doctrine en matière de prestations complémentaires fait l'objet d'une partie spécifique à la fin de cette section⁴⁰¹.

3.2.1. Principes généraux

Selon une précision apportée par la jurisprudence, l'assurance-invalidité est une assurance perte de gain conçue de manière finale⁴⁰². Cela signifie que l'élément déterminant n'est pas la simultanéité, mais la causalité entre l'atteinte à la santé et l'incapacité d'exercer une activité lucrative. Des facteurs personnels étrangers à l'invalidité tels que l'âge, la formation, l'environnement personnel et social de l'assuré, n'entrent pas en ligne de compte dans la *définition* de l'invalidité et n'influencent donc pas l'appréciation de cette dernière⁴⁰³, même s'il n'est parfois pas aisé, en pratique, d'opérer un partage entre les différents facteurs qui expliquent la difficulté – voire l'impossibilité – de reprendre une activité lucrative⁴⁰⁴. C'est ce qui permet à SCARTAZZINI de soutenir que l'examen de la causalité adéquate est superflu et que seule la causalité naturelle entre en ligne de compte⁴⁰⁵. Contre cet avis, LANDOLT considère que la causalité adéquate – qui doit être appliquée de manière uniforme dans l'ensemble des assurances sociales – est également applicable à la définition de l'invalidité dans le cadre de la LAI⁴⁰⁶.

³⁹⁸ Voir Partie I chap. 3 ch. 3.2.1.

³⁹⁹ Voir Partie I chap. 3 ch. 3.2.2.

⁴⁰⁰ Voir Partie I chap. 3 ch. 3.2.3.

⁴⁰¹ Voir Partie I chap. 3 ch. 3.2.4.

⁴⁰² ATF 126 V 461 [462] consid. 2.

⁴⁰³ RCC 1989, p. 458 ; ATF 107 V 17. Voir également : LOCHER, Die Invaliditätsfremden Faktoren, p. 248-252.

⁴⁰⁴ RÜEDI, Im Spannungsfeld, p. 44.

⁴⁰⁵ SCARTAZZINI, Les rapports de causalité, p. 215 et 230.

⁴⁰⁶ LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip, p. 44, n. 127.

S'ils n'influencent pas directement la définition de l'invalidité, les facteurs psychosociaux et socioculturels sont pris en considération dans l'analyse du caractère exigible de la mesure ou de l'activité⁴⁰⁷.

S'agissant de l'invalidité liée à une atteinte à la santé psychique, la difficulté d'application de ces critères a donné lieu à d'importants développements dans la jurisprudence. Les juges fédéraux ont ainsi apporté les précisions attendues quant aux conditions posées pour que l'assurance-invalidité soit tenue de verser des prestations en cas de maladies psychiques (« seelische Abwegigkeiten mit Krankheitswert »)⁴⁰⁸. Dans une jurisprudence initiée peu de temps après l'entrée en vigueur de la LAI, le Tribunal fédéral des assurances a ainsi examiné les psychopathies⁴⁰⁹, les infirmités psychiques (« Fehlentwicklungen »)⁴¹⁰, l'alcoolisme⁴¹¹, la dépendance aux médicaments⁴¹² et aux stupéfiants⁴¹³, les névroses⁴¹⁴ et l'obésité⁴¹⁵. Pour l'ensemble de ces affections, ne sont pas considérées comme des affections à charge de l'AI « les diminutions de la capacité de gain que l'assuré pourrait empêcher en faisant preuve de bonne volonté »⁴¹⁶, en regard des circonstances objectives et subjectives. Le même principe s'applique à la toxicomanie que le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion d'examiner dans une série d'arrêts. Ainsi, la dépendance aux substances ouvre le droit aux prestations de l'assurance-invalidité dans la seule mesure où elle entraîne une atteinte à la santé physique ou mentale qui diminue la capacité de gain, ou si elle résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale, qui a valeur de maladie⁴¹⁷. Le Tribunal fédéral des assurances a par ailleurs précisé que sa jurisprudence ne restreint en aucune manière les conditions générales de l'invalidité, mais tend à les expliciter⁴¹⁸. Il n'est pas inintéressant de relever que « l'octroi de mesures médicales et de rentes à des assurés du seul fait qu'ils étaient toxicomanes » figurait dans la liste des exemples typiques d'abus relevés par le « groupe d'étude Lutz » dans le rapport qu'il rendit en 1976⁴¹⁹.

En ce qui concerne plus spécifiquement les troubles somatoformes douloureux et les fibromyalgies, les juges ont fondé leur jurisprudence sur la présomption que ces troubles, et leurs conséquences, peuvent en principe être surmontés par un effort de volonté raisonnablement exigible. Le seul diagnostic ne suffit donc pas à retenir une limitation de longue durée de la capacité de travail. Un certain nombre de conditions

⁴⁰⁷ Voir notamment : LOCHER, Die invaliditätsfremden Faktoren, p. 249ss.

⁴⁰⁸ ATF 130 V 352 [353] consid. 2.2.1 ; ATF 127 V 294 [298] consid. 4c.

⁴⁰⁹ ATFA 1963 p. 31 [36] consid. 3 ; ATFA 1961 p. 160 [164] consid. 3.

⁴¹⁰ ATFA 1961 p. 322 [327] consid. 3.

⁴¹¹ Arrêt 9C_395/2007 du 15 avril 2008 ; Arrêt 9C_219/2007 du 3 avril 2008 ; ATFA 1968 p. 278.

⁴¹² Arrêt 9C_180/2008 du 29 octobre 2008 ; Arrêt I 64/02 du 30 janvier 2003 ; RCC 1964, p. 122.

⁴¹³ ATF 99 V 28.

⁴¹⁴ ATFA 1962 p. 31 [34] consid. 2.

⁴¹⁵ RCC 1984, p. 359.

⁴¹⁶ Pratique VSI 2000 p. 153 (consid. 2a) ; ATF 127 V 294.

⁴¹⁷ Pratique VSI 2001 p. 223 [225], consid. 2b et jurisprudence citée (ATF 102 V 165, Pratique VSI 1996 p. 318, RCC 1992 p. 180). Sur l'obligation, pour l'assurance-invalidité, de procéder à une instruction : Arrêt du Tribunal administratif de la République et Canton de Neuchâtel, du 1^{er} juillet 2005, SVR 2006 IV N° 17.

⁴¹⁸ SVR 2001 IV N° 3.

⁴¹⁹ Mentionné par le Conseil fédéral dans sa réponse à l'interpellation DORMANN, du 13 décembre 1996 (Conseil national 96.3669).

additionnelles doivent être remplies. Le Tribunal fédéral des assurances les a précisées dans un important arrêt rendu le 12 mars 2004⁴²⁰. Il a ensuite indiqué que ces critères ne pouvaient être appliqués pour justifier la réduction ou la suppression de rentes en cours⁴²¹. Il a également précisé que l'article 7 al. 2 LPGA ne pouvait pas non plus être utilisé pour procéder à une révision des rentes en cours. En effet, les critères inscrits dans cette disposition à l'occasion de la 5^e révision LAI ne représentent pas une modification du droit en tant que telle, mais correspondent aux principes dégagés antérieurement par la jurisprudence⁴²².

Savoir si un effort de volonté est exigible est une question de droit dont le traitement revient aux autorités judiciaires, et non aux médecins⁴²³.

3.2.2. Devoir de réadaptation spontanée

L'article 21 al. 4 LPGA autorise la réduction ou le refus – temporaire ou définitif – des prestations à l'assuré 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 ». Abrogé au moment de l'entrée en vigueur de la LPGA, l'article 31 LAI (dans sa teneur au 1^{er} janvier 1960) prévoyait déjà une sanction pour l'assuré qui se soustrairait ou s'opposerait à des mesures de réadaptation.

Désormais ancré dans la LPGA, le devoir de réadaptation spontanée peut être défini comme le devoir que doit remplir l'assuré dès que l'on peut raisonnablement attendre de lui qu'il obtienne un travail (excluant la rente), le cas échéant sans bénéficier de mesures de réadaptation. L'obligation de diminuer le dommage s'impose également à l'assuré qui est au bénéfice d'une rente d'invalidité, notamment si un traitement médical s'avère susceptible d'améliorer sa capacité de gain et, partant, d'influencer le droit à la rente⁴²⁴.

La riche casuistique rapportée par la doctrine⁴²⁵ précise le contenu de ce principe. Une distinction s'impose entre les personnes qui exercent une activité lucrative, celles qui n'en exercent pas et les personnes travaillant à temps partiel.

⁴²⁰ ATF 130 V 352. Le Tribunal fédéral a appliqué les principes développés dans cet arrêt au traumatisme de type « coup du lapin » (ATF 136 V 279) et aux troubles du sommeil non organiques (ATF 137 V 64).

⁴²¹ ATF 135 V 201.

⁴²² ATF 135 V 215 [231] consid. 7.3.

⁴²³ Arrêt 8C_979/2008 du 1^{er} juillet 2009, consid. 5.

⁴²⁴ Arrêt 9C_483/2009 du 26 mars 2010, consid. 4.3.

⁴²⁵ Voir notamment : MEYER-BLASER, Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz, p. 133-136 ; RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, p. 190-222.

3.2.2.1. Personnes exerçant une activité lucrative

Une sélection de certains arrêts permet d'illustrer le comportement attendu du travailleur atteint dans sa santé. Dans les cas suivants, le Tribunal fédéral a estimé que l'assuré pouvait être tenu de :

- renoncer à une activité indépendante (entreprise de taxi, couturière, gestionnaire, ferblantier, menuisier) pour prendre un emploi salarié à temps partiel (conducteur de taxi⁴²⁶, vendeuse⁴²⁷, employée de bureau⁴²⁸, ouvrier d'usine affecté au contrôle de la qualité ou opérateur, voire magasinier⁴²⁹ ; salarié exerçant une activité légère de type industriel⁴³⁰) ;
- renoncer à un emploi salarié à temps partiel (transport de personnes malades pour une compagnie de taxi) au profit d'une activité indépendante (masseur, profession exercée précédemment à 50%), qui permet une meilleure organisation du temps et du mode de travail⁴³¹ ;
- réaménager l'organisation de son activité, notamment avec le conjoint qui travaille également dans l'entreprise⁴³². Cette exigence a été retenue dans d'autres arrêts portant, notamment, sur la demande de moyens auxiliaires⁴³³ ;
- changer d'activité, même si cela s'avère difficile compte tenu de la globalisation et des changements conjoncturels rapides, dans la mesure où l'activité de portier ou de gardien ne semble pas menacée et quand bien même le recourant (âgé de 36 ans) invoque la difficulté de concilier son activité avec la prise en charge de ses trois jeunes enfants⁴³⁴ ;
- exercer la dernière activité apprise (financée par l'AI) en dépit des difficultés sur le plan somatique et psychique, dans la mesure où l'assurée suit une psychothérapie et satisfait, ainsi, à son obligation de diminuer le dommage⁴³⁵.

Parmi les nombreux cas jugés par le Tribunal fédéral, on peut également relever, à titre d'exemple, la situation d'une maîtresse de travaux manuels atteinte d'hypoacousie, et pour laquelle le Tribunal fédéral a retenu, comme activités raisonnablement exigibles, des emplois de bureau dans une administration ou un hôpital, de l'enseignement dans la formation de futurs enseignants de travaux manuels, voire des cours privés. Il a « également mentionné des activités qui seraient

⁴²⁶ Arrêt I 207/02 du 30 décembre 2002.

⁴²⁷ Arrêt I 249/00 du 5 juillet 2001 (activité salariée à 50% exigible dans la mesure où elle génère un revenu supérieur à l'activité indépendante exercée avant la survenance de l'invalidité).

⁴²⁸ Arrêt I 782/06 du 8 novembre 2007 (résumé de la jurisprudence : consid. 5.2.1.).

⁴²⁹ Arrêt 9C_949/2008 du 2 juin 2009.

⁴³⁰ Arrêt 9C_394/2009 du 8 janvier 2010, consid. 5.2.3 et jurisprudence citée (Arrêt 9C_580/2007 du 17 juin 2008 ; Arrêt I 840/81 du 26 avril 1982 ; Arrêt 8C_748/2008 du 10 juin 2009).

⁴³¹ Arrêt I 113/01 du 11 juillet 2001.

⁴³² Arrêt 9C_439/2009 du 30 décembre 2009 (et critique de DUC JEAN-LOUIS, De l'invalidité, p. 155) ; Arrêt I 116/02 du 30 décembre 2002 ; RAMA 1996 U 237, p. 34 [37] consid. 3d.

⁴³³ Voir notamment : Arrêt 8C_48/2010 du 20 septembre 2010 ; Arrêt I 594/01 du 29 janvier 2002.

⁴³⁴ Arrêt I 231/00 du 23 janvier 2002.

⁴³⁵ Arrêt 9C_771/2009 du 10 septembre 2010.

exercées « dans un environnement sans machines bruyantes » et qui, contrairement à ce que soutenait l'assurée, existent « assurément dans l'industrie »⁴³⁶.

Pour les assurés qui exerçaient une activité peu qualifiée avant la survenance de l'invalidité, le Tribunal fédéral se fonde fréquemment sur une liste de travaux raisonnablement exigibles : « surveillant de parking ou de musée, concierge, gardien d'immeuble ou ouvrier non qualifié en usine »⁴³⁷. KIESER relève, à ce propos, que la jurisprudence développée en matière de changement d'emploi peut être qualifiée de particulièrement dure⁴³⁸.

La question de l'âge peut jouer un rôle important dans la détermination de l'exigibilité. Plus précisément, lorsqu'il est appelé à statuer sur le cas d'une personne proche de l'âge de la retraite, le Tribunal fédéral des assurances relève qu'il convient de « déterminer, dans le cas concret qui est soumis à l'administration ou au juge, si un employeur potentiel consentirait objectivement à engager l'assuré, compte tenu notamment des activités qui restent 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 »⁴³⁹.

Sur la base de ces principes, le Tribunal fédéral des assurances a retenu, par exemple, qu'un ouvrier de 58 ans peut encore mettre sa capacité résiduelle de travail à profit, le marché du travail offrant des travaux raisonnablement exigibles en nombre suffisant⁴⁴⁰ et que rien ne fait obstacle, en principe, à ce qu'un agriculteur âgé de 57 ans change d'activité professionnelle⁴⁴¹.

Il a en revanche considéré que la recherche d'une activité ne peut plus être exigée d'une coiffeuse âgée de 62 ans souffrant d'allergies professionnelles⁴⁴², d'un mécanicien âgé de 61 ans et demi et d'une concierge âgée de 61 ans et un mois⁴⁴³ au moment déterminant où la décision est rendue. Il a tranché dans le même sens pour un homme cumulant trois activités à temps partiel, âgé de 64 ans⁴⁴⁴ et dans le cas d'un menuisier indépendant (qui a ensuite repris une exploitation agricole), âgé de 60 ans, « seuil à partir duquel on peut parler d'âge avancé »⁴⁴⁵.

⁴³⁶ Arrêt 8C_199/2009 du 26 juin 2009.

⁴³⁷ Arrêt 9C_629/2008 du 3 juillet 2009. Voir également et à titre d'exemples : Arrêt 9C_335/2009 du 11 septembre 2009 ; Arrêt 9C_21/2008 du 29 septembre 2008 ; Arrêt 9C_388/2007 du 28 septembre 2007 ; Arrêt I 337/06 du 2 juillet 2007 ; Arrêt I 333/06 du 5 avril 2007.

⁴³⁸ KIESER, Der praktische Nachweis, p. 55.

⁴³⁹ Arrêt I 401/01 du 4 avril 2002, consid. 4c, cité dans l'arrêt I 462/02, du 26 mai 2003 (SVR 2003 IV N° 35).

⁴⁴⁰ Arrêt I 359/06, du 22 juin 2007 et jurisprudence citée (notamment : Arrêt U 463/00 du 28 octobre 2003, consid. 3.3 ; Arrêt I 336/03 du 8 janvier 2004).

⁴⁴¹ SVR 2010 IV N° 37.

⁴⁴² Arrêt I 462/02 du 26 mai 2003.

⁴⁴³ SVR 2009 IV N° 35.

⁴⁴⁴ Arrêt I 819/04 du 27 mai 2005 ; Arrêt I 365/03 du 8 juillet 2004 ; ATF 107 V 17 [20-21] consid. 2c.

⁴⁴⁵ Arrêt 9C_612/2007 du 14 juillet 2008, consid. 5.2.

Dans un cas plus récent, en revanche, le Tribunal fédéral a considéré que l'assuré, collaborateur de production avant la survenance de l'invalidité, était tenu de mettre à profit sa capacité de travail, bien qu'étant âgé de 60 ans et deux mois au moment de la décision litigieuse. Pour les juges fédéraux en effet, l'assuré « n'avait pas encore atteint l'âge à partir duquel la jurisprudence considère généralement qu'il n'existe plus de possibilité réaliste de mise en valeur de la capacité résiduelle sur un marché du travail supposé équilibré »⁴⁴⁶. Dans le cas d'un ferblantier travaillant à titre indépendant à temps partiel, le Tribunal fédéral a admis que le tribunal cantonal appelé à statuer en première instance n'avait pas fait preuve d'arbitraire en considérant que l'assuré devait, au nom de l'obligation de diminuer le dommage, renoncer à son activité indépendante, même s'il avait plus de 60 ans au moment où l'office AI a rendu sa décision. Le fait que l'assuré substitue son appréciation à celle du tribunal cantonal ne lui est « d'aucun secours »⁴⁴⁷.

Le **cumul des facteurs limitatifs** peut restreindre les possibilités de réinsertion dans une mesure telle que l'obligation de diminuer le dommage ne peut être imposée à l'assuré. Le Tribunal fédéral a précisé le sens et la portée de ce principe dans un arrêt concernant une femme âgée de 52 ans atteinte de sclérose en plaques chronique pour laquelle une activité de bureau limitée à 25% était considérée comme une activité exigible, alors que l'assurée n'avait aucune formation dans ce domaine⁴⁴⁸. Il a de même considéré qu'un changement d'activité ne peut être imposé à un agriculteur de 57 ans qui ne possède aucune autre expérience professionnelle dans un domaine autre que celui dans lequel il était actif avant la survenance de l'atteinte à la santé. De surcroît, le passage du statut d'agriculteur à celui de travailleur salarié « constitue une profonde remise en question socio-professionnelle, qui présuppose des facultés d'adaptation considérables d'un point de vue subjectif », facultés dont l'assuré semblait dépourvu selon l'enquête économique effectuée⁴⁴⁹.

La perte de prestige social, liée à la baisse des revenus et/ou à un déclassement dans l'entreprise ou dans une nouvelle activité, entre également dans l'examen de l'exigibilité. Les considérations développées dans le cadre de l'assurance-invalidité sont similaires à celles qui prévalent dans l'examen du « travail convenable » qui peut être imposé au chômeur⁴⁵⁰. Dans l'analyse qu'il fait de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral des assurances, KIESER⁴⁵¹ conclut que les juges fédéraux, en recourant à l'application par analogie de l'article 16 al. 2 LACI, se rapprochent de la méthode des « quatre niveaux » (« Vier-Stufen »)⁴⁵². Développée en Allemagne, cette classification permet d'établir ce qui est raisonnablement exigible de l'assuré. Ainsi, une rétrogradation dans l'activité professionnelle peut être imposée dans la seule mesure où elle concerne une activité figurant dans la catégorie immédiatement inférieure. De manière générale, la question du prestige social n'est pas abordée de

⁴⁴⁶ Arrêt 9C_393/2008 du 27 janvier 2009, consid. 3.3.

⁴⁴⁷ Arrêt 9C_949/2008 du 2 juin 2009, consid. 4.

⁴⁴⁸ Arrêt 8C_315/2009 du 28 juillet 2009, consid. 5.3.2.

⁴⁴⁹ SVR 2010 IV N° 37.

⁴⁵⁰ MAURER, Begriff und Grundsatz der Zumutbarkeit, p. 242.

⁴⁵¹ KIESER, Der praktische Nachweis, p. 56.

⁴⁵² Les quatre niveaux sont : chef d'équipe avec une fonction dirigeante (« Vorarbeiter mit Vorgesetztenfunktion »), ouvrier qualifié (Facharbeiter/gelernte Arbeiter), autres professions – travailleurs non qualifiés (sonstige Ausbildungsberufe – ungelerner Arbeiter).

manière détaillée par le Tribunal fédéral. Dans un arrêt concernant un jeune maraîcher, le Tribunal fédéral des assurances a ainsi jugé conforme au droit une reconversion dans une activité dépendante simple et répétitive « dont rien n'indique qu'elle pourrait constituer une régression sur le plan social »⁴⁵³.

La question des **droits fondamentaux** a été invoquée à plusieurs reprises par les assurés comme limite au caractère exigible. Dans la pesée d'intérêts qu'il est amené à effectuer, le Tribunal fédéral prend en considération d'une part une gestion économique de l'assurance sociale et d'autre part les droits de l'assuré protégés par la Constitution fédérale⁴⁵⁴. En regard de la liberté économique (art. 27 Cst), le Tribunal fédéral admet, en principe, qu'un changement d'emploi peut être imposé à l'assuré même si, par exemple, il est assorti d'un temps de déplacement relativement important⁴⁵⁵ ou s'il concerne une activité étroitement liée aux conditions de vie. Il a ainsi considéré qu'un changement d'activité (aiguiseur de couteaux) peut être attendu d'une personne ayant un mode de vie particulier (gens du voyage)⁴⁵⁶ et que le recourant ne saurait invoquer les textes internationaux relatifs aux droits fondamentaux⁴⁵⁷ pour la reconnaissance d'une invalidité dans le cadre de son activité spécifique.

Dans un arrêt récent, il a en revanche admis que si l'on peut exiger, d'un indépendant, qu'il réorganise son emploi du temps au sein de son entreprise en fonction de ses aptitudes résiduelles⁴⁵⁸, on ne saurait exiger de lui qu'il engage un employé dans le but d'améliorer ses revenus. Une telle exigence revient à confondre la situation personnelle de l'assuré avec celle de son entreprise. Axée sur la rentabilité économique de l'entreprise, la mesure préconisée ne fait pas partie des tâches attribuées aux organes de l'assurance-invalidité. De plus, relève le Tribunal fédéral, « on peut s'interroger – sans trancher définitivement cette question – sur le point de savoir si la mesure exigée ne constitue pas une forme d'ingérence illicite de la part de l'administration dans l'exercice de la liberté économique de l'assuré (art. 27 Cst) »⁴⁵⁹.

En ce qui concerne l'exigence d'un changement de domicile, le Tribunal fédéral, tout en l'admettant dans son principe, pose des conditions restrictives tenant compte de la particularité de chaque cas⁴⁶⁰.

⁴⁵³ Arrêt I 333/02 du 13 mars 2003, consid. 3.1. Voir également : LANDOLT, Auswirkungen der 5. IVG-Revision, p. 227 et jurisprudence citée, n. 80 et 81.

⁴⁵⁴ ATF 113 V 22 [31-32] consid. 4d.

⁴⁵⁵ LANDOLT, Der praktische Nachweis, p. 57, n. 22.

⁴⁵⁶ Arrêt I 750/04 du 5 avril 2006; ATF 113 V 22 [28-29] consid. 4b et références.

⁴⁵⁷ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2) ; Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, du 1^{er} février 1999 (RS 0.441.1).

⁴⁵⁸ Le Tribunal fédéral relève toutefois que, dans une entreprise artisanale, un transfert des tâches d'exploitation vers des tâches de gestion ne permet qu'une compensation limitée des répercussions économiques résultant de l'atteinte à la santé : Arrêt 9C_609/2009 du 15 avril 2010, consid. 7.2.3 ; Arrêt 9C_580/2007 du 17 juin 2008, consid. 5.4.

⁴⁵⁹ Arrêt 9C_236/2009 du 7 octobre 2009, consid. 4.2.

⁴⁶⁰ ATF 113 V 22 [28] consid. 4a et 4b ; ATF 109 V 25 [27] consid. 3c ; KIESER, Der praktische Nachweis, p. 57-58.

La liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst) a également été examinée par le Tribunal fédéral, notamment dans le cas d'un jeune homme malvoyant tatoué d'un symbole religieux en forme de croix gammée (Swastika) sur les mains et les doigts. Bénéficiaire de mesures de reclassement de l'assurance-invalidité (masseur médical), l'assuré avait renoncé à effectuer les stages qui lui étaient imposés, les deux établissements dans lesquels il s'était présenté lui ayant imposé la dissimulation de ses tatouages durant les heures de travail. Après lui avoir demandé de chercher un autre lieu de stage ou de satisfaire à la demande de dissimulation de ses tatouages, et fixé un délai inutilisé par l'assuré, l'Office AI a mis fin au versement de l'indemnité journalière et refusé toute prestation ultérieure (mesures d'ordre professionnel, rente). Dans un arrêt qui recense la jurisprudence rendue en matière d'assurance-chômage (notion de « travail convenable ») pour l'appliquer par analogie dans l'assurance-invalidité, le Tribunal fédéral a considéré que la croix gammée est l'expression d'un symbole religieux (jaïnisme) et qu'elle appartient, comme telle, à la liberté de conscience et de croyance protégée par la Constitution fédérale (art. 15). Compte tenu des circonstances particulières du cas, le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé de manière définitive mais a retenu, comme principe, que la dissimulation des tatouages au cours de l'activité (masseur) est une restriction plutôt légère à la liberté de manifester sa religion ou ses convictions, pour autant que cette mesure n'empêche pas l'assuré d'exercer son activité⁴⁶¹.

3.2.2.2. Personnes sans activité lucrative

L'obligation de diminuer le dommage est également requise des assurés qui n'ont pas d'activité lucrative et « dont on ne saurait exiger qu'ils exercent une telle activité » (art. 5 al. 1 LAI). L'assuré est alors tenu de « [...] faciliter toutes les mesures prises en vue de sa réadaptation [...] à l'exercice d'une activité comparable (travaux habituels⁴⁶²). Lorsque l'ayant droit ne satisfait pas à son obligation de collaborer, les prestations peuvent être réduites ou refusées selon l'article 21 al. 4 LPG, même s'il s'agit de mesures de réadaptation dispensées en vue de l'accomplissement des travaux habituels⁴⁶³.

Plus précisément, et ainsi que le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion de le relever, lorsque la personne assurée ne peut accomplir ses travaux ménagers qu'avec de grandes difficultés, elle est tenue d'organiser son travail⁴⁶⁴ et de recourir à l'aide de l'entourage, en particulier à l'aide dispensée par les membres de la famille⁴⁶⁵. Cette règle s'applique, en principe, aux seuls membres de famille faisant ménage

⁴⁶¹ Arrêt 9C_301/2008 du 2 juillet 2008, consid. 5.1.

⁴⁶² Art. 8 al. 3 LPG.

⁴⁶³ Bien que le libellé de l'article 7 LAI ait été légèrement modifié lors de la 5^e révision LAI, le sens et la portée de cette disposition sont restés identiques.

⁴⁶⁴ Arrêt 9C_313/2007 du 8 janvier 2008. Le Tribunal fédéral a retenu que l'on pouvait attendre de l'assurée qu'elle effectue ses emplettes à pied, au besoin à l'aide d'un sac en bandoulière pour ménager ses membres supérieurs atteints par la maladie (consid. 4.3).

⁴⁶⁵ Arrêt 8C_729/2009 du 30 novembre 2009 ; ATF 133 V 504 ; Arrêt I 300/04 du 19 octobre 2004, consid. 6.2.2.

commun avec la personne concernée⁴⁶⁶. S'agissant de l'ampleur du soutien exigible, le Tribunal fédéral des assurances a précisé que ce soutien dépasse ce qui est normalement attendu lorsqu'il n'existe aucune atteinte à la santé⁴⁶⁷. On peut ainsi se référer à ce que ferait une famille raisonnable si aucune prestation sociale n'était versée⁴⁶⁸. En revanche, il ne saurait être question, pour chaque acte concerné par l'atteinte à la santé, de se demander si un membre de famille pourrait, concrètement, compenser la défaillance totale ou partielle du parent concerné⁴⁶⁹. Une application trop stricte du principe aurait en effet comme conséquence qu'une personne au foyer ne pourrait pratiquement jamais être considérée comme invalide, ainsi que l'a rappelé le Tribunal fédéral dans un cas concernant une personne atteinte de démence⁴⁷⁰.

On relèvera, enfin, que l'obligation de diminuer le dommage s'impose à la seule personne de l'assuré. Quand bien même ils sont susceptibles de bénéficier indirectement des prestations d'assurance, les membres de famille ne sont pas liés par ce principe général du droit des assurances sociales et leur obligation d'entretien, au sens de l'article 328 CC, est subsidiaire⁴⁷¹.

De manière générale, pour l'ensemble des situations examinées (que les personnes soient professionnellement actives ou non), les juges fédéraux ont par ailleurs précisé que « les exigences relatives à l'obligation d'atténuer le dommage sont d'autant plus strictes que les prétentions élevées à l'égard de l'assurance sont importantes, ainsi lorsque la renonciation à des mesures susceptibles d'atténuer le dommage a pour conséquence l'octroi d'une rente »⁴⁷² ou la prise en charge d'autres prestations qui peuvent s'avérer coûteuses⁴⁷³.

Si la réadaptation par soi-même ne peut être exigée, l'assurance-invalidité peut être tenue de verser ses prestations au titre de la réadaptation⁴⁷⁴. En revanche, un tel droit ne peut être revendiqué si la prestation demandée est en relation avec une deuxième formation choisie par l'assuré, alors que la formation première n'aurait pas requis une telle charge de l'assurance-invalidité. Ce principe s'applique même si le refus d'octroi de la mesure de réadaptation pourrait rendre indirectement plus difficile

⁴⁶⁶ Pour un cas où le Tribunal fédéral a pris en considération l'aide donnée par des membres de famille ne faisant pas ménage commun, voir : Arrêt 8C_729/2009 du 30 novembre 2009.

⁴⁶⁷ Arrêt 9C_410/2009 du 1^{er} avril 2010 (concernant une allocation pour impotent) ; Arrêt 9C_228/2009 du 5 novembre 2009, consid. 6.3 ; ATF 134 V 9 ; ATF 133 V 504 ; Arrêt I 609/06 du 10 septembre 2007, consid. 9 et jurisprudence citée (« nicht publ. E. 8 des Urteils BGE 130 V 396, veröffentlicht in SVR 2005 IV Nr. 6 S. 21, I 457/02; SVR 2006 IV Nr. 25 S. 85 E. 3.1., I 3/04 ») ; ATF 130 V 97 [101] consid. 3.3.3.

⁴⁶⁸ Arrêt I 609/06, du 10 septembre 2007, consid. 9 et jurisprudence citée (Arrêt I 228/06 du 5 décembre 2006, consid. 7.1.2). Voir également : LANDOLT, Die Rechtsvorstellung, p. 186, n. 179.

⁴⁶⁹ Arrêt I 609/06, du 10 septembre 2007, consid. 9 et jurisprudence citée (Arrêt I 681/02 du 11 août 2003, consid. 4.4). Le TF a admis qu'il peut être attendu d'un mari au chômage (Arrêt 8C_825/2007 du 28 juillet 2008) ou d'un mari invalide bénéficiaire d'une rente AI (Arrêt 9C_784/2008 du 6 novembre 2008) qu'il dispense l'aide adéquate à son épouse.

⁴⁷⁰ Arrêt I 1013/06 du 9 novembre 2007.

⁴⁷¹ LANDOLT, Die Rechtsvorstellung, p. 184.

⁴⁷² Pratique VSI 2001 p. 274 [279] consid. 5a/aa ; ATF 113 V 30 [32] consid. 4d.

⁴⁷³ Par exemple les frais de traducteur (Arrêt I 10/03, du 30 août 2004).

⁴⁷⁴ Arrêt I 601/05 du 11 août 2006.

l'exercice du libre choix de la profession garanti par la Constitution fédérale (art. 27 al. 2 Cst). L'obligation de diminuer le dommage est, en effet, prioritaire⁴⁷⁵.

L'intégration de l'indemnité journalière (prestation en espèces) à une mesure de réadaptation (prestation en nature)⁴⁷⁶ pose un certain nombre de problèmes spécifiques en ce qui concerne l'application du principe de l'obligation de diminuer le dommage, et les sanctions éventuelles de sa violation par l'assuré. Le Tribunal fédéral des assurances a ainsi été appelé à statuer sur la question du délai d'attente. Dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007, les articles 22 al. 1 LAI⁴⁷⁷ et 18 RAI prévoyaient le versement d'une indemnité journalière à la personne invalide à raison de 50% au moins lorsqu'un délai séparait l'ouverture du droit et le début des mesures de réadaptation prescrites⁴⁷⁸. L'indemnité est-elle due si l'assuré subit un délai d'attente du fait de son comportement ? Appelé à statuer sur une telle situation⁴⁷⁹, le Tribunal fédéral des assurances a rappelé que le délai d'attente prévu par cette disposition n'inclut pas les mesures d'instruction ne visant pas spécifiquement la réadaptation ni les circonstances liées à la personne de l'assuré (notamment une atteinte à la santé)⁴⁸⁰. Le comportement fautif de l'assuré fait également partie de ces « circonstances », dans la mesure où il entraîne un (nouveau) délai d'attente⁴⁸¹. Inversement, l'assuré qui exerce une activité (à temps partiel) dans le délai d'attente, satisfaisant ainsi à son obligation de diminuer partiellement le dommage, peut prétendre au versement de l'indemnité journalière. Cette dernière doit cependant être réduite dans la mesure où, cumulée avec le revenu de l'activité lucrative, elle dépasserait le revenu fixé selon l'ancien article 21 al. 3 RAI⁴⁸². L'assurance-invalidité est fondée à appliquer la même règle lorsque l'assuré renonce à exercer une activité raisonnablement exigible au cours du délai d'attente⁴⁸³.

Si le principe de la réadaptation spontanée ne peut pas être opposé à l'assuré, et dans la mesure où les mesures de réadaptation s'avèrent inappropriées ou inopérantes, l'assurance-invalidité est tenue de procéder à l'évaluation du taux d'invalidité.

⁴⁷⁵ Arrêt I 10/03 du 30 août 2004. Dans le cas d'espèce, l'assuré, qui avait une formation initiale d'électronicien, a choisi de faire une formation d'éducateur qui nécessitait un traducteur (langage des signes).

⁴⁷⁶ Art. 14 LPGA.

⁴⁷⁷ La 4^e révision LAI, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004, a supprimé la distinction entre « petite » et « grande » indemnité. La Circulaire concernant les indemnités journalières de l'assurance-invalidité (CIJ), dans sa teneur au 1^{er} janvier 2010 fait toujours référence aux « petites indemnités » (cas prévus à l'art. 23, al. 2^{bis} LAI) pour les distinguer plus aisément des « grandes indemnités » (cas prévus à l'art. 24 al. 2 LAI) : <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/2366/lang:fr/category:35> (31.07.2011).

⁴⁷⁸ Le libellé de l'art. 18 RAI a été légèrement modifié par l'entrée en vigueur de la 5^e révision LAI. Les précisions apportées ne modifient en rien le sens et la portée de cette disposition.

⁴⁷⁹ Dans le cas d'espèce, l'assuré, au bénéfice de mesures d'ordre professionnel (reclassement), a été exclu de l'institut de formation en raison de son comportement.

⁴⁸⁰ CIJ, n° 1047, p. 29.

⁴⁸¹ ATF 114 V 139. Dans ce sens, voir également : RIEMER KAFKA, *Selbstverantwortung*, p. 213. On relèvera, par ailleurs, que l'article 38 RAI (abrogé depuis l'entrée en vigueur de l'art. 21 LPGA), qui interdisait le refus, la réduction ou le retrait des indemnités journalières en raison d'une faute de l'assuré, ne trouvait aucune application en l'espèce. Cette disposition visait, en effet, les seuls comportements fautifs qui ont causé ou aggravé l'invalidité (art. 7 LAI) et non les comportements de l'assuré après l'ouverture du droit aux mesures de réadaptation.

⁴⁸² Art. 21^{septies} RAI (depuis le 1^{er} janvier 2008).

⁴⁸³ SVR 2001 IV N° 28 ; ATF 117 V 275 ; Pratique VSI 1997, p. 172.

3.2.3. Détermination du taux d'invalidité

Prestation en espèces selon l'article 15 LPGA, la rente d'invalidité est versée pour autant que certaines conditions cumulatives soient remplies. L'une d'elles concerne le taux d'invalidité minimum requis qui, selon l'article 28 al. 2 LAI, est fixé à 40%.

Trois méthodes sont inscrites dans le régime légal ou retenues par la jurisprudence pour déterminer l'invalidité des personnes professionnellement actives (méthode de la comparaison des revenus)⁴⁸⁴, des personnes sans activité lucrative (méthode spécifique)⁴⁸⁵ et des personnes qui exercent une activité à temps partiel tout en tenant un ménage (méthode mixte)⁴⁸⁶. Quant à la « méthode extraordinaire », elle est appliquée dans les cas où l'on ne peut déterminer ou évaluer les revenus avec un degré de précision suffisant. Elle est généralement appliquée à des travailleurs indépendants.

L'obligation de diminuer le dommage, et plus précisément la notion de travail « raisonnablement exigible » qui en fixe les limites tout en en constituant le fil rouge (« roter Faden »⁴⁸⁷), est donc un élément qui entre dans la détermination du taux d'invalidité. Une nouvelle fois, une distinction s'impose entre les personnes professionnellement actives et les personnes sans activité lucrative.

3.2.3.1. Personnes exerçant une activité lucrative salariée

Comme mentionné précédemment, la fixation du taux d'invalidité résulte d'une comparaison entre le revenu que l'assuré aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide et le revenu « 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 équilibré » (art. 16 LPGA).

Des deux revenus qui sont pris en considération dans la détermination du taux d'invalidité, le revenu réalisé avant la survenance de l'atteinte à la santé est, en principe, connu⁴⁸⁸. En revanche, le revenu hypothétique doit être établi par l'administration, au besoin par le juge. Cette démarche soulève plusieurs problèmes inhérents à la notion de marché du travail équilibré et à la détermination du salaire attaché à l'activité raisonnablement exigée.

⁴⁸⁴ ATF 130 V 97 [99] consid. 3.2.

⁴⁸⁵ ATF 130 V 97 [99-100] consid. 3.3.1.

⁴⁸⁶ ATF 130 V 97 [102] consid. 3.4.

⁴⁸⁷ MEYER-BLASER, Zur Prozentgenauigkeit in der Invaliditätsschätzung, p. 25 ; Arrêt I 365/03 du 8 juillet 2004 (et doctrine citée, consid. 4.3).

⁴⁸⁸ Dans un arrêt entré en force, le Tribunal administratif de la République et Canton de Neuchâtel a pris en considération le revenu d'une activité accessoire qui s'ajoutait à une activité principale elle-même exercée à plein temps, nonobstant le temps et les efforts nécessités par cette activité accessoire (Arrêt TA.2007.14 du 28 septembre 2007, SVR 2008 IV N° 64).

a) Notion de « marché du travail équilibré »

Comme mentionné précédemment, cette notion n'est pas définie expressément dans la LPGA. Ainsi que le rappelle RÜEDI⁴⁸⁹, elle n'a pas été toujours appréhendée de manière claire par les juges fédéraux, particulièrement après le choc pétrolier de 1973. Dans un arrêt de principe rendu en 1984⁴⁹⁰, le Tribunal fédéral des assurances a finalement établi que le concept de « marché du travail équilibré » est théorique et abstrait. Il n'a plus modifié sa position de principe. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'établir la capacité résiduelle de l'assuré, il n'y a pas lieu d'examiner s'il peut être placé eu égard aux conditions du marché du travail, mais uniquement s'il peut encore exploiter économiquement sa capacité de travail résiduelle dans une situation où les places de travail disponibles correspondent à l'offre de main-d'œuvre⁴⁹¹. Les limites sont également posées par les juges fédéraux : « On ne saurait toutefois se fonder sur des possibilités de travail irréalistes. Ainsi, on ne peut parler d'une activité exigible au sens de l'art. 16 LPGA, lorsqu'elle 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 correspondant »⁴⁹². Mis à part l'âge de l'assuré qui donne lieu à une analyse globale de la situation⁴⁹³, des facteurs tels que le manque de formation ou les difficultés linguistiques ne constituent pas, en principe, des circonstances supplémentaires susceptibles d'atténuer la rigueur de l'exigibilité⁴⁹⁴.

Ces principes généraux, qui sous-tendent toute la jurisprudence, sont parfois appliqués de manière particulièrement stricte. Ainsi, dans le cas d'une coiffeuse atteinte de cancer et souffrant d'importantes séquelles, le Tribunal fédéral a jugé qu'une capacité résiduelle de travail de 35% (trois heures de travail par jour) ne pouvait être considérée comme « dérisoire et inexploitable sur un marché équilibré du travail » et qu'il n'était pas illusoire d'envisager une reprise d'activité lucrative, quand bien même l'assurée souffrait également d'autres problèmes (surdité qui excluait les emplois assortis d'une « charge communicationnelle »)⁴⁹⁵. De même, le Tribunal fédéral a retenu que le fait que l'assuré doive suivre des séances régulières de physiothérapie (trois fois une heure et demie par semaine) ne saurait être retenu comme facteur empêchant l'exercice d'une activité lucrative à temps plein. Pour les juges fédéraux, ces traitements peuvent être facilement suivis en dehors des heures de travail, voire le samedi⁴⁹⁶.

Dans la mesure où elle fait abstraction des emplois réellement disponibles pour l'assuré dont la capacité de gain est diminuée, la notion de « marché du travail

⁴⁸⁹ RÜEDI, Im Spannungsfeld, p. 40.

⁴⁹⁰ ATF 110 V 273 [276] consid. 4b ; MONNARD, p. 56-57.

⁴⁹¹ Arrêt 8C_199/2009 du 26 juin 2009.

⁴⁹² Arrêt 9C_1043/2008 du 2 juillet 2009, consid. 3.2 et jurisprudence citée (RCC 1991, p. 329 ; RCC 1989, p. 328).

⁴⁹³ Voir Partie I chap. 2 ch. 3.2.2.1.

⁴⁹⁴ LANDOLT, Auswirkungen der 5. IVG-Revision, p. 230-231 ; Arrêt 9C_1043/2008 du 2 juillet 2009, consid. 3.2.

⁴⁹⁵ Arrêt 9C_377/2008 du 9 février 2009, consid. 3.3.

⁴⁹⁶ Arrêt 9C_937/2008 du 23 mars 2009, consid. 4.2.

équilibré » permet d'établir une délimitation stricte entre l'assurance-chômage et l'assurance-invalidité. Cet argument a permis d'écarter plusieurs propositions allant dans le sens d'une suppression de la référence au marché du travail équilibré, émanant de groupes d'intérêts⁴⁹⁷ et de parlementaires⁴⁹⁸ dans le cadre de la 2^e révision de la LAI⁴⁹⁹. La référence à la situation actuelle du marché du travail (de manière générale ou pour les assurés âgés de plus de 55 ans) a également été écartée, notamment en raison des difficultés administratives inhérentes à un tel système⁵⁰⁰.

Dans ses propositions de réforme, THÜR plaide pour une prise en considération de l'aptitude au placement en regard du marché du travail libre, tel qu'il est ouvert aux personnes sans atteinte à la santé. Le fait que les possibilités réelles de placement n'existent pas est sans importance. Seul importe le fait que les caractéristiques physiques et psychiques de l'assuré soient confrontées au marché du travail⁵⁰¹. MONNARD considère que ce modèle « constitue une intéressante remise en question de la méthode économique d'évaluation de l'invalidité de nos assurances sociales » qui ne devrait cependant pas être limitée au seul domaine de l'assurance-invalidité. Une notion commune à l'ensemble des assurances sociales s'impose⁵⁰².

De son côté, RÜEDI voit la solution non pas dans l'abrogation de la notion de « marché du travail équilibré » mais dans une application flexible de la notion, comme les juges fédéraux l'ont fait dans certains arrêts rendus il y a une dizaine d'années déjà⁵⁰³.

En dépit de l'intérêt manifeste que présentent ces propositions, le Parlement ne les a pas retenues et les juges fédéraux ne se sont pas inspirés de leur contenu.

b) Détermination du salaire attaché à l'activité « raisonnablement exigible »

Il arrive que la détermination du salaire tiré d'une activité exigible ne pose aucun problème spécifique. Tel est le cas si, au moment de l'évaluation du taux d'invalidité, l'assuré exerce une activité lucrative à temps partiel pour laquelle il perçoit un salaire adapté à sa situation, le « salaire social »⁵⁰⁴ n'étant toutefois pas pris en considération. Le revenu de l'assuré est alors retenu dans la comparaison des revenus au sens de l'article 16 LPGa. Les juges fédéraux ont expressément rappelé que « les éléments particuliers déterminants pour la fixation du degré d'invalidité (comme les revenus hypothétiques sans invalidité ou d'invalidité ainsi que les

⁴⁹⁷ Association suisse des invalides et Fédération suisse pour l'intégration des handicapés.

⁴⁹⁸ MIVILLE, BO/CE 1985, p. 740.

⁴⁹⁹ MONNARD, p. 132 et 133.

⁵⁰⁰ FETZ, BO/CN 1986 p. 735 ; MIVILLE, in : BO/CN 1986 p. 762-763 ; PITTELOUD, BO/CN 1985 p. 75, cités par MONNARD, p. 133 à 134.

⁵⁰¹ « Entscheidend ist einzig und allein, ob der Versicherte angesichts seiner körperlichen und geistigen Kräfte imstande wäre, eine ihm offenstehende und zumutbare Erwerbsmöglichkeit auszunutzen » (THÜR, p. 47).

⁵⁰² MONNARD, p. 138-139.

⁵⁰³ RÜEDI, Im Spannungsfeld, p. 46-47.

⁵⁰⁴ Le « salaire social » n'entre pas dans la comparaison des revenus : ATF 117 V 16 [18] consid. 2c/aa (et références) ; SVR 2002 IV N° 28 ; MEYER-BLASER, Rechtsprechung IVG, p. 201.

limitations dans les différents domaines d'activité) doivent être établis très soigneusement »⁵⁰⁵, même si l'assuré conserve une capacité de gain résiduelle.

Dans tous les cas où un salaire effectif ne peut pas être utilisé, ou s'il s'avère inférieur à la moyenne⁵⁰⁶, la détermination du revenu peut se fonder sur deux méthodes : l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), et la Documentation sur les postes de travail (DPT). Les différences existant entre ces deux méthodes ont été examinées par les juges fédéraux dans une série d'arrêts importants qui sont repris ci-après.

En ce qui concerne l'**Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS)**, il convient tout d'abord d'en rappeler les principes d'établissement et de fonctionnement. Depuis 1994, et tous les deux ans, l'Office fédéral de la statistique publie cette enquête dont l'objectif est de fournir des informations sur les salaires ayant une valeur représentative pour l'ensemble de la Suisse. L'enquête englobe les salariés travaillant dans des entreprises de toutes tailles et dans les branches extérieures au secteur agricole (industrie, arts et métiers, commerce, services, professions libérales, assurances sociales, organisations sans but lucratif), y compris l'horticulture. Contrairement à l'enquête des salaires qui avait précédé⁵⁰⁷, l'ESS enregistre les salaires individuels, au lieu des sommes salariales, ainsi que les personnes travaillant à temps partiel et les cadres. L'annexe à l'ESS contient des salaires bruts standardisés. Ce sont ces données qui doivent être utilisées pour effectuer la comparaison des revenus⁵⁰⁸. Elles se réfèrent en général à une durée hebdomadaire de travail de 40 heures, qui est légèrement inférieure à la durée moyenne du travail⁵⁰⁹. L'ESS fournit également le salaire mensuel brut selon les grandes régions (TA 13)⁵¹⁰. Peut-on dès lors se référer aux données statistiques relatives aux grandes régions lorsque le salaire cantonal s'avère inférieur à celui du salaire moyen issu de l'ESS ? Après avoir validé cette pratique⁵¹¹, le Tribunal fédéral des assurances a nuancé sa position. Il l'a fait, tout d'abord, dans un cas tessinois concernant l'assurance-accidents⁵¹², puis il a confirmé son avis dans un cas d'assurance-invalidité⁵¹³. Pour les juges fédéraux, l'utilisation alternative de la table nationale (TA 1) et de la table régionale (TA 13) peut générer des problèmes d'inégalité de traitement et une insécurité juridique, sans compter les problèmes d'application. Par ailleurs, le Tessin constituant une « grande région », l'utilisation de la table le

⁵⁰⁵ Arrêt I 691/01 du 10 juillet 2002 ; ATF 127 V 12. ACHERMANN, L'évaluation de l'incapacité de travail et de gain dans les assurances sociales, p. 70 ss.

⁵⁰⁶ SVR 2008 IV N° 2.

⁵⁰⁷ Enquête sur les salaires d'octobre, publiée par l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail.

⁵⁰⁸ Pour une explication détaillée du système, et un cas d'application : Pratique VSI 1999 p. 51.

⁵⁰⁹ Voir à ce propos : LANDOLT, Invaliditätsbemessung bei Schlechtverdienenden, p. 49 et référence : ATF 126 V 75 [76] consid. 3b/bb ; ATF 124 V 321 [323], consid. 3b/bb ; Arrêt I 654/04 du 21 juillet 2005.

⁵¹⁰ TA 13 : Région lémanique (VD, VS, GE), Espace Mittelland (BE, FR, SO, NE, JU), Suisse du Nord-Ouest (BS, BL, AG), Zürich (ZH), Suisse orientale (GL, SH, AR, AI, SG, GR, TG), Suisse centrale (LU, UR, SZ, OW, NW, ZG), Tessin (TI).

⁵¹¹ Arrêt I 355/03 du 26 août 2004, consid. 7.4. Pour une analyse critique de la jurisprudence, voir : CATTANEO, Sentenze recenti, p. 165-166.

⁵¹² SVR 2007 UV N° 17.

⁵¹³ Arrêt I 222/06 du 10 juillet 2007.

concernant reviendrait à créer une « lex ticinensis »⁵¹⁴. Ces arrêts, lourds de conséquences dans la détermination de l'invalidité pour certains assurés, n'ont pas manqué de donner lieu à des critiques sévères. GANDOLFI relève ainsi qu'au vu de cette jurisprudence, un assuré vivant au Tessin pourrait être appelé à changer de domicile, au nom de l'obligation de diminuer le dommage, pour réaliser un revenu plus élevé correspondant au barème national (TA 1), ce qui soulève non seulement un problème en regard du droit à la liberté d'établissement (art. 24 Cst) mais également en regard de la liberté de la langue (art. 18 Cst)⁵¹⁵. Dans la mesure où les travailleurs concernés sont, dans leur grande majorité, de nationalité étrangère, certains auteurs soutiennent que la question de la discrimination indirecte – telle qu'établie par la Cour européenne de justice – pourrait également être soulevée⁵¹⁶.

En raison de sa périodicité de deux ans, l'ESS peut faire défaut pour l'année déterminante dans le calcul du taux d'invalidité. Il convient alors de se baser sur l'indice suisse des salaires nominaux qui est publié chaque année⁵¹⁷, en tenant compte de la distinction opérée entre les sexes (indice relatif aux hommes ou aux femmes)⁵¹⁸. A cet égard, le Tribunal fédéral n'admet aucune « valeur moyenne entre les salaires des femmes et des hommes »⁵¹⁹. La question de savoir quel tableau statistique est déterminant est une question de droit⁵²⁰.

Une fois établie l'activité raisonnablement exigible, le salaire moyen correspondant à ladite activité⁵²¹ est ensuite pondéré pour tenir compte des facteurs personnels qui influencent négativement l'obtention du salaire en question : l'âge, le handicap, les années de service, la nationalité (voire la catégorie d'autorisation de séjour) et le taux d'occupation⁵²². Cette liste n'est pas exhaustive⁵²³. La réduction ne répond pas à des critères médicaux, « mais ressortit au large pouvoir d'appréciation menant à la fixation globale, compte tenu de l'ensemble des circonstances, d'un abattement de 0 à 25% »⁵²⁴. Selon une jurisprudence désormais bien établie, la retenue ainsi opérée ne peut pas dépasser cette limite supérieure⁵²⁵. Elle ne peut, par ailleurs, être appliquée lorsque l'assuré est en mesure d'utiliser entièrement sa capacité résiduelle de travail dans une activité adaptée⁵²⁶. En revanche, une réduction est en principe admise pour les personnes travaillant à temps partiel, étant donné que leur salaire est

⁵¹⁴ Arrêt U 75/03 du 12 octobre 2006, consid. 8.2.

⁵¹⁵ GANDOLFI, n° 10 à 14 ; CATTANEO, *Sentenze recenti*, p. 165-166 (et jurisprudence citée, n. 102-106).

⁵¹⁶ AGIER/MAILLARD, p. 51-52 et n. 14.

⁵¹⁷ Arrêt 8C_861/2008 du 7 juillet 2009, consid. 7.1.

⁵¹⁸ ATF 129 V 408 [410], consid. 3.1.2.

⁵¹⁹ Pratique VSI 2000 p. 82 [83] consid. 2a.

⁵²⁰ Arrêt 9C_140/2008 du 31 mars 2008.

⁵²¹ SVR 2002 IV N° 15 ; Cas d'application des Accords sectoriels : Arrêt I 411/02 du 5 février 2003. Cas d'application de l'ESS à un travailleur salarié qui a perdu son emploi salarié (par son père) pour devenir son propre employeur : Arrêt I 740/03 du 28 juin 2004.

⁵²² Arrêt 9C_100/2010 du 23 mars 2010, consid. 2.3.2.2 ; Arrêt 9C_93/2008 du 19 janvier 2009, consid. 6.3.5 ; Arrêt I 770/02 du 21 janvier 2004 ; ATF 126 V 75 [78] consid. 5b/bb et jurisprudence citée (ATF 124 V 321 [323] consid. 3b/bb ; Pratique VSI 1999 p. 180 consid. 3b). Pour un cas d'application à un sportif professionnel : Pratique VSI 1998, p. 170.

⁵²³ Arrêt 8C_887/2008 du 24 juin 2009, consid. 5.4.

⁵²⁴ Arrêt I 333/02 du 13 mars 2003.

⁵²⁵ Pratique VSI 2002 p. 64 [69] consid. 4 ; SVR 2002 IV N° 19 ; SVR 2001 IV N° 12.

⁵²⁶ Arrêt 9C_65/2009 du 17 juin 2009.

en général proportionnellement moins élevé que celui des personnes employées à plein temps⁵²⁷.

L'abattement opéré à concurrence de 25% au maximum ne doit pas être confondu avec l'opération qui consiste à corriger le revenu réalisé avant la survenance de l'invalidité, dans l'hypothèse où ce dernier s'avère nettement inférieur à la moyenne en raison de facteurs étrangers à l'invalidité et où l'assuré ne désire pas s'en contenter délibérément. L'opération à laquelle doit procéder l'administration consiste à créer un parallélisme des deux revenus à comparer, soit en augmentant le revenu sans invalidité (ou en se référant aux données statistiques), soit en réduisant le revenu d'invalidité de manière appropriée⁵²⁸. Dans une deuxième phase, une déduction peut être opérée pour tenir compte des circonstances personnelles et professionnelles, étant entendu que les facteurs étrangers à l'invalidité qui ont déjà été pris en considération dans la première opération ne peuvent donner lieu à un nouvel abattement⁵²⁹. Dans un arrêt récent⁵³⁰, les juges fédéraux ont précisé qu'il n'y avait pas lieu d'adapter le revenu sans invalidité (qui serait inférieur à la moyenne pour des raisons économiques) lorsque la réalisation d'un revenu d'invalidité situé dans la moyenne apparaît raisonnablement possible et exigible. Le Tribunal fédéral est d'avis que, contrairement à ce que soutient LANDOLT⁵³¹, cette manière de procéder n'est pas constitutive d'une inégalité de traitement à l'égard des personnes réalisant des bas revenus⁵³². Le sens et la portée de ces considérations ont été précisés dans un important arrêt du 8 mai 2009. Le Tribunal fédéral a ainsi déterminé qu'un revenu inférieur d'au moins 5% au salaire statistique usuel dans la branche peut être considéré comme « nettement inférieur à la moyenne » et qu'il peut justifier un parallélisme des revenus à comparer, pour autant que les autres conditions soient réunies⁵³³.

Aucun abattement n'est accepté par le Tribunal fédéral lorsqu'une personne peut continuer à exercer son activité à temps plein, mais avec un rendement réduit en raison de son atteinte à la santé. Dans ce cas, seul le pourcentage correspondant au rendement doit être pris en considération pour l'estimation du salaire d'invalidité⁵³⁴. PESTALOZZI-SEGER considère que cet arrêt est « passablement éloigné de la pratique » dans la mesure où les salaires réalisés par des personnes occupées à plein temps, mais dont le rendement est réduit, sont souvent inférieurs aux salaires statistiques⁵³⁵.

En ce qui concerne le pouvoir d'examen, le point de savoir si un coefficient de réduction doit ou non être appliqué au revenu d'invalidité (lorsque celui-ci est établi

⁵²⁷ Pratique VSI 1998 p. 179 [182] consid. 4b. Voir également le commentaire de l'OFAS (p. 180). Pour un aperçu de la jurisprudence rendue en matière d'abattements sur les salaires fixés selon l'ESS, voir : ATF 135 V 297 [303] consid. 6.1.2.

⁵²⁸ ATF 134 V 322 [325] consid. 4.1 ; Arrêt 8C_709/2008 du 3 avril 2009, consid. 6.

⁵²⁹ ATF 134 V 322 [327] consid. 5.2 [330] consid. 6.2.

⁵³⁰ ATF 135 V 58.

⁵³¹ LANDOLT, Invaliditätsbemessung bei Schlechtverdienenden, p. 56 et 74 ss.

⁵³² ATF 135 V 58 [59] consid. 3.4.4.

⁵³³ ATF 135 V 297 [305] consid. 6.2.

⁵³⁴ Arrêt 1 69/07 du 2 novembre 2007.

⁵³⁵ PESTALOZZI-SEGER, Jurisprudence 2^e partie, p. 4.

sur la base de l'ESS) constitue une question de droit que les juges fédéraux peuvent revoir librement. En revanche, et contrairement à la situation qui prévalait sous l'ancien droit, l'étendue de l'abattement, dans un cas concret, constitue une question typique relevant du pouvoir d'appréciation, qui échappe désormais au pouvoir d'examen du Tribunal fédéral⁵³⁶. Les juges fédéraux se bornent donc à examiner si les juges cantonaux ont exercé leur pouvoir de manière conforme au droit.

Dans une lettre-circulaire du 6 février 2009⁵³⁷, l'OFAS a précisé les conditions d'application de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral, en particulier les modalités de la déduction opérée en raison de l'infériorité des salaires d'une région par rapport à la moyenne (réduction du « salaire du barème »). Ces éléments ont été inclus dans la Circulaire concernant l'invalidité et l'impotence dans l'assurance-invalidité (CIAI)⁵³⁸.

Elaborée par la CNA⁵³⁹, la **Documentation sur les postes de travail (DPT)** est un autre instrument utilisé pour l'établissement du revenu exigible. Pour que cette méthode soit correctement appliquée, un certain nombre de conditions devraient être respectées. Le Tribunal fédéral des assurances les a clairement établies⁵⁴⁰ :

- l'organe chargé de déterminer le revenu d'invalidé devrait s'assurer qu'au moins cinq postes, dont l'occupation est raisonnablement exigible existent sur le marché du travail. Peu importe, en revanche, qu'ils soient effectivement libres, l'appréciation reposant sur un marché du travail équilibré ;
- au besoin, un complément d'enquête doit permettre d'établir si, bien que déjà décrits en fonction des exigences requises, les postes de travail retenus conviennent effectivement bien à l'assuré, compte tenu de son état de santé ;
- aucune déduction n'est tolérée, la DPT contenant en principe un salaire minimum et un salaire maximum⁵⁴¹.

Si ces conditions ne sont pas remplies, la DPT ne peut être utilisée pour la détermination du salaire hypothétique de la personne invalide. Il faut alors recourir à l'ESS, citée précédemment. L'assurance-invalidité a contribué à l'élaboration de la documentation sur la base d'un contrat émanant de l'OFAS⁵⁴².

MEYER-BLASER considère que la DPT est un outil de détermination du salaire hypothétique plus pertinent que l'ESS, dans la mesure où le salaire correspondant au poste de travail décrit inclut déjà des critères médicaux et des limitations tenant à

⁵³⁶ SVR 2009 IV N° 43, consid. 3 ; Arrêt 9C_909/2007 du 22 juillet 2008, consid. 4.3 ; ATF 132 V 393 [399] consid. 3.3.

⁵³⁷ Lettre-circulaire AI n° 273, Evaluation du revenu d'invalidé d'après les salaires des barèmes, du 6 février 2009 : <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/3718/lang:fre/category:35> (31.07.2011).

⁵³⁸ CIAI, n° 3066-3067, p. 63-64 ; n° 3020.4, p. 49.

⁵³⁹ L'abréviation « CNA » (art. 58 LAA) est retenue dans le cadre de cette étude, étant entendu que le sigle « SUVA » est désormais couramment utilisé pour désigner la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents.

⁵⁴⁰ ATF 129 V 472.

⁵⁴¹ Arrêt I 325/02 du 30 janvier 2004, consid. 3.3.1.

⁵⁴² DETTWILER, Eclairage, p. 23.

l'état de santé du travailleur⁵⁴³. Kieser considère, quant à lui, que les salaires correspondant aux postes de travail ne seraient pas suffisamment différenciés, notamment en fonction du sexe et de la région, et que les décisions prises sur la base de la DPT manqueraient de précision, conduisant de ce fait à une mauvaise évaluation du degré d'invalidité de la personne concernée⁵⁴⁴. Cet auteur a par ailleurs considéré que les précisions apportées par la jurisprudence⁵⁴⁵ sont de nature à affaiblir la portée de la DPT par rapport à l'ESS⁵⁴⁶.

La question de savoir si les revenus ressortant des statistiques sont applicables et quelle est la statistique déterminante est une question de droit que le juge fédéral revoit librement. En revanche, la constatation des deux revenus hypothétiques à comparer est une question de fait, dans la mesure où elle repose sur une appréciation concrète des preuves. A ce titre, elle ne peut être contrôlée que sous un angle restreint⁵⁴⁷.

3.2.3.2. Personnes exerçant une activité lucrative indépendante

Les principes mentionnés précédemment sont en principe applicables au cas d'une personne ayant le statut d'indépendant. Toutefois, pour tenir compte de la particularité de ce statut, et notamment de la difficulté d'arrêter les revenus qui doivent être pris en considération dans la détermination du taux d'invalidité, le Tribunal fédéral admet l'application de la méthode extraordinaire⁵⁴⁸.

La différence fondamentale entre la méthode décrite ci-dessus et la méthode extraordinaire tient au fait que l'invalidité n'est pas évaluée en regard des activités exercées avant la survenance de l'atteinte à la santé. Plus exactement, cette comparaison intervient dans un deuxième temps, après que les champs d'activités de la personne ont été déterminés, et qu'une pondération a été opérée en tenant compte du handicap et en appliquant le salaire usuel dans la branche⁵⁴⁹. Comme le Tribunal fédéral des assurances l'avait précisé en 1979 déjà, la méthode extraordinaire d'évaluation « peut être qualifiée de comparaison des revenus avec comparaison préalable des champs d'activités »⁵⁵⁰.

A l'instar de la procédure d'évaluation de l'invalidité d'un travailleur salarié, un abattement peut être appliqué lorsqu'il s'agit « de déterminer le revenu hypothétique d'invalidité d'un indépendant qui n'a pas encore été en mesure de mettre pleinement

⁵⁴³ MEYER-BLASER, *Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit*, p. 101.

⁵⁴⁴ KIESER, *Der praktische Nachweis*, p. 61.

⁵⁴⁵ ATF 129 129 V 472.

⁵⁴⁶ KIESER, *Aktuelle Entwicklung*, p. 44. Pour un avis contraire, voir : DETTWILER, *Suva « DAP » nicht im Dunkeln*, p. 11, n. 10.

⁵⁴⁷ Arrêt 9C_24/2009 du 6 mars 2009, consid. 1.2.

⁵⁴⁸ Arrêt 9C_24/2009 du 6 mars 2009, consid. 1.2 ; ATF 132 V 393 [397] consid. 3.1.

⁵⁴⁹ ATF 128 V 29.

⁵⁴⁹ Pour un exemple d'application, voir : CHAI, p. 79.

⁵⁵⁰ *Id.*, n° 3106 et jurisprudence citée (RCC 1979, p. 230).

en valeur sa capacité résiduelle de travail dans une activité raisonnablement exigible »⁵⁵¹.

Le point de savoir selon quelle méthode le degré d'invalidité doit être évalué est une question de droit sur laquelle le Tribunal fédéral se prononce librement⁵⁵².

3.2.3.3. Personnes sans activité lucrative

Pour la personne sans activité lucrative, et dont on ne peut attendre qu'elle en entreprenne une, l'invalidité est évaluée en fonction de « son incapacité à accomplir ses travaux habituels » (art. 28a al. 2 LAI). Par travaux habituels, il faut entendre notamment « l'activité usuelle dans le ménage, l'éducation des enfants ainsi que toute activité artistique ou d'utilité publique. Par travaux habituels des religieux ou religieuses, il faut entendre l'ensemble de l'activité à laquelle se consacre la communauté » (art. 27 RAI).

Comme pour l'ouverture du droit à l'indemnité journalière en cas de maladie⁵⁵³, l'évaluation de l'incapacité des personnes qui s'occupent de leur ménage est opérée sur la base de critères contenus dans la Circulaire sur l'invalidité et l'impotence dans l'assurance-invalidité (CIIAI)⁵⁵⁴ de l'OFAS, et plus précisément sur la liste des activités ménagères⁵⁵⁵ assorties de pourcentages représentant leur importance et susceptibles d'être pondérés en fonction de la particularité du cas (taille du ménage, nombre des enfants, notamment). Pour les membres d'une communauté religieuse, on ne tiendra pas seulement compte de l'activité exercée jusqu'à ce jour, mais de toutes les activités qui pourraient leur être assignées au sein de leur communauté⁵⁵⁶.

L'évaluation de l'invalidité liée aux activités ménagères est effectuée par une enquête ménagère au domicile de la personne assurée. En règle générale, ce recueil de données constitue une « base appropriée et suffisante pour évaluer les empêchements dans l'accomplissement des travaux habituels »⁵⁵⁷. Selon la jurisprudence, une telle enquête a valeur probante. L'intervention du médecin n'est requise qu'à titre exceptionnel, notamment lorsque la personne assurée donne des renseignements peu crédibles, qui entrent en contradiction avec les éléments médicaux du dossier⁵⁵⁸. En présence de troubles d'ordre psychique, et en cas de divergence entre les résultats de l'enquête économique sur le ménage et les

⁵⁵¹ Arrêt 9C_909/2007 du 22 juillet 2008, consid. 4.1.

⁵⁵² Arrêt 9C_394/2009 du 8 janvier 2010, consid. 2.4.

⁵⁵³ Voir Partie I chap. 2 ch. 2.2.2.

⁵⁵⁴ CIIAI, n^{os} 3084-3089, p. 68-70.

⁵⁵⁵ Tenue du ménage ; alimentation ; entretien du logement ; achats et courses diverses ; lessive et entretien des vêtements ; soins aux enfants ou aux autres membres de la famille ; divers.

⁵⁵⁶ CIIAI, n^{os} 3094-3095, p. 72.

⁵⁵⁷ Arrêt 9C_406/2008 du 22 juillet 2008, consid. 4.2.

⁵⁵⁸ Arrêt 9C_733/2008 du 15 janvier 2009, consid. 5.1 et jurisprudence citée (« Urteil I 246/05 vom 30. Oktober 2007 E. 5.2.1 nicht publ. in: BGE 134 V 9 aber in: SVR 2008 IV Nr. 34 S. 113; Urteile I 249/04 vom 6. September 2004 E. 5.1.1, in: SVR 2005 IV Nr. 21 S. 81, I 311/03 vom 22. Dezember 2003 E. 5.3, in: AHI 2004 S. 137, und I 99/00 vom 26. Oktober 2000 E. 3c, in: AHI 2001 S. 155; zum Ganzen: Urteil I 693/06 vom 20. Dezember 2006 E. 6.2 mit Hinweisen »).

constatations d'ordre médical, « celles-ci ont, en règle générale, plus de poids que l'enquête à domicile »⁵⁵⁹.

En ce qui concerne la personne habilitée à procéder à une enquête ménagère, elle doit, selon le Tribunal fédéral avoir « connaissance de la situation locale et spatiale, ainsi que des empêchements et des handicaps résultant des diagnostics médicaux »⁵⁶⁰. Le fait que l'enquêteur soit un employé de l'office AI (et non un expert indépendant) « ne permet pas de conclure à son manque d'objectivité et à son parti pris »⁵⁶¹, pour autant que le rapport satisfasse aux critères posés par la jurisprudence.

L'obligation de diminuer le dommage exerce une influence déterminante sur le taux d'invalidité retenu à l'issue de l'enquête ménagère. Qu'il s'agisse des obligations imparties à la personne assurée ou à ses proches, toutes les mesures prises pour diminuer les conséquences de l'atteinte à la santé sur l'accomplissement des travaux habituels sont susceptibles de diminuer, de manière sensible, le pourcentage (invalidité) résultant de l'application des critères contenus dans la circulaire émanant de l'OFAS.

Si l'application de la méthode spécifique ne pose pas de problème majeur pour une personne qui s'est consacrée entièrement au ménage avant la survenance de l'atteinte à la santé, le choix de la méthode d'évaluation de l'invalidité peut s'avérer problématique lorsque la personne assurée a exercé une activité lucrative (à plein temps ou à temps partiel) avant de se consacrer à son ménage⁵⁶².

3.2.3.4. Personnes exerçant une activité à temps partiel

Lorsque la personne exerce une activité à temps partiel, l'évaluation de l'invalidité relève de la « méthode mixte » (« gemischte Methode ») : comparaison des revenus pour la part de l'activité lucrative et empêchement d'accomplir les travaux habituels pour la part ménagère. La « méthode mixte » a été inscrite à l'article 27^{bis} RAI, par une révision du 29 novembre 1976. D'après la doctrine, qui s'appuie sur les travaux préparatoires de la loi fédérale, la méthode mixte n'a pas été envisagée par le Parlement dans la délégation de compétence qu'il a inscrite à l'article 28 al. 3 LAI (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003), qui permettait au Conseil fédéral d'édicter des prescriptions « sur l'évaluation de l'invalidité, notamment chez les assurés qui n'avaient pas d'activité lucrative [...] ».

Dans sa jurisprudence précédant la révision du Règlement entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1977, le Tribunal fédéral des assurances considérait que l'application cumulative de l'article 28 LAI (évaluation de l'invalidité des personnes

⁵⁵⁹ Arrêt 9C_108/2009 du 29 octobre 2009, consid. 4.1 et jurisprudence citée (« consid. 2.3.2 non publié au Recueil officiel mais dans VSI 2003 p. 218 de l'ATF 129 V 67 [arrêt I 90/02 du 30 décembre 2002]; ATF 128 V 93 »).

⁵⁶⁰ Arrêt 9C_406/2008 du 22 juillet 2008, consid. 4.2.

⁵⁶¹ Ibid.

⁵⁶² Arrêt 9C_701/2007 du 20 juin 2008.

professionnellement actives) et de l'article 5 al. 1 LAI (évaluation de l'invalidité des personnes sans activité lucrative) était exclue. Ainsi pour la personne exerçant une activité lucrative à titre principal, seule la comparaison des revenus entrant en ligne de compte⁵⁶³. Appelé à se prononcer sur la méthode mixte, le Tribunal fédéral des assurances a considéré que l'article 27^{bis} RAI était conforme au droit fédéral (en particulier à l'art. 28 al. 3 LAI)⁵⁶⁴. Il a ensuite précisé que la jurisprudence rendue sur l'application de la méthode mixte n'était pas modifiée par l'entrée en vigueur de la LPGA⁵⁶⁵.

A l'occasion de la 4^e révision LAI, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004, la méthode mixte a été transférée du règlement dans la loi fédérale⁵⁶⁶, afin de supprimer les différences existant, au plan formel, entre la méthode d'évaluation de l'invalidité des personnes professionnellement actives (inscrite dans la loi) et celle qui régissait l'évaluation de l'invalidité des personnes sans activité lucrative ou travaillant à temps partiel (inscrite dans le règlement)⁵⁶⁷.

Depuis l'entrée en vigueur de la 5^e révision LAI, le 1^{er} janvier 2008, l'évaluation de l'invalidité fait l'objet d'une disposition spécifique (art. 28a LAI). Ce changement formel a été assorti d'une modification rédactionnelle (al. 3 *in fine*) sans incidence sur le sens et la portée de la disposition. Les deux premiers alinéas de l'article 28a LAI énoncent les principes généraux : évaluation de l'invalidité selon l'article 16 LPGA pour les personnes exerçant une activité lucrative (al. 1), et selon l'incapacité d'accomplir les travaux habituels pour les personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative et dont on ne peut raisonnablement exiger qu'elles en entreprennent une (al. 2). Le troisième alinéa concerne spécifiquement la méthode mixte. Sa teneur est la suivante : « Lorsque l'assuré exerce une activité lucrative à temps partiel ou travaille sans être rémunéré dans l'entreprise de son conjoint, l'invalidité pour cette activité est évaluée selon l'art. 16 LPGA. S'il accomplit ses travaux habituels, l'invalidité est fixée selon l'al. 2 pour cette activité-là. Dans ce cas, les parts respectives de l'activité lucrative ou du travail dans l'entreprise du conjoint et de l'accomplissement des travaux habituels sont déterminées; le taux d'invalidité est calculé dans les deux domaines d'activité ».

Un arrêt récent du Tribunal fédéral illustre la difficulté de procéder à une évaluation de l'invalidité d'une personne souffrant de problèmes psychiques et travaillant à temps partiel. Pour tenir compte à la fois de la répartition des activités et des phases du trouble bipolaire (phase « active » maniaque, phase « passive » de dysthymie, période de stabilité), le Tribunal fédéral a retenu une moyenne annualisée⁵⁶⁸. Les

⁵⁶³ ATF 99 V 43.

⁵⁶⁴ ATF 125 V 146.

⁵⁶⁵ ATF 130 V 393 [396] consid. 3.3.

⁵⁶⁶ Art. 28 al. 2, 2^{bis} et 2^{ter} LAI.

⁵⁶⁷ Message concernant la 4^e révision de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, 2001, 2001, p. 3131.

⁵⁶⁸ Ainsi, l'incapacité d'accomplir les travaux habituels est estimée à 60% durant les périodes de crise. « La durée de celles-ci a été évaluée à 163 jours par année en moyenne (à savoir 65 jours de prostration par crise [phase de panique ou d'angoisse de quelques jours à trois semaines, soit une moyenne de 12,5 jours, et phase dépressive de trois semaines à trois mois, soit une moyenne de 52,5 jours], en moyenne deux fois et demie par année : 65 jours x 2.5 = 163 jours) représentant 45% de l'année » (Arrêt 9C_108/2009 du 29 octobre 2009, consid. 3.2).

différences d'appréciation entre l'Office AI, le Tribunal cantonal des assurances et le Tribunal fédéral, aussi bien en ce qui concerne le taux d'invalidité que le moment d'ouverture du droit à une rente spécifique (demi-rente ou trois-quarts de rente), ne sauraient surprendre. Elles sont inhérentes à un tel système.

Selon l'article 27^{bis} RAI, lorsqu'il y a lieu d'admettre que l'assuré aurait repris une activité lucrative s'il ne souffrait d'aucune atteinte à la santé, « l'invalidité est évaluée exclusivement selon les principes applicables aux personnes exerçant une activité lucrative ».

L'application de la méthode mixte a posé – et pose encore – un certain nombre de problèmes importants, brièvement évoqués dans les points suivants.

a) Choix de la méthode

Le choix de l'une des méthodes d'évaluation de l'invalidité dépend du statut du bénéficiaire potentiel de la rente. L'administration doit se fonder sur l'ensemble des circonstances personnelles, familiales, sociales, financières et professionnelles du cas d'espèce⁵⁶⁹. Elle doit tenir compte de la volonté hypothétique de l'assuré, qui doit être déduite d'indices extérieurs, lesquels doivent être établis avec un degré de vraisemblance prépondérante tel que requis en droit des assurances sociales⁵⁷⁰. Doivent ainsi être examinées les circonstances qui ont motivé l'interruption de l'activité lucrative : atteinte à la santé et/ou prise en charge de la famille⁵⁷¹ ou encore période de formation. Dans une affaire récente concernant ce dernier cas de figure, l'office AI invoquait, à l'appui d'un « statut mixte », le fait que l'assurée, infirmière diplômée, était également mère de deux jeunes enfants. Faisant référence à une règle « tirée de l'expérience générale de la vie », l'office AI déduisait en substance « que toute personne de sexe féminin réduirait son temps de travail dès qu'elle a des enfants »⁵⁷². Hormis le fait que cet argument ne trouvait aucun fondement dans les éléments concrets du dossier, le Tribunal fédéral a relevé que ce raisonnement « n'est guère compatible avec l'interdiction de discrimination ». Pas plus que l'évaluation du statut professionnel, le choix de la méthode d'évaluation ne saurait être déterminé « sur la base de critères spécifiquement liés au sexe du justiciable »⁵⁷³.

Seule la méthode de comparaison des revenus doit être appliquée lorsque la personne assurée n'a pas utilisé pleinement sa capacité économique pour des raisons tenant à des choix personnels et non à une atteinte à la santé. Ainsi, une personne (célibataire sans charge de famille) qui exerce une activité à temps partiel (80%) pour se consacrer à des activités sportives sur son temps libre (et non à l'accomplissement de travaux habituels) ne peut prétendre à l'application de la méthode mixte pour l'évaluation de son invalidité. Comme le Tribunal fédéral l'a clairement établi, l'assurance-invalidité n'a pas à répondre d'une telle perte de gain librement

⁵⁶⁹ ATF 130 V 393 [396] consid. 3.3 ; ATF 125 V 146 [150] consid. 2c et références.

⁵⁷⁰ ATF 126 V 353 [360] consid. 5b.

⁵⁷¹ Arrêt 9C_701/2007 du 20 juin 2008.

⁵⁷² Arrêt 9C_321/2009 du 22 juillet 2009, consid. 4.3.3.

⁵⁷³ Arrêt I 276/05 du 24 avril 2006, consid. 4.3.

consentie⁵⁷⁴. Il en résulte que le taux d'activité, tel qu'estimé par le médecin, peut s'avérer supérieur au taux d'activité exercé avant la survenance de l'atteinte à la santé et influencer d'autant le taux d'invalidité établi à l'issue de la comparaison des revenus.

Le choix de la méthode est une question de fait qui lie le Tribunal fédéral, sous réserve d'une application manifestement inexacte ou en violation du droit. Dans la mesure où il en va de la détermination du champ d'activité en regard de l'expérience générale de la vie, il s'agit d'une question de droit qui peut être examinée librement en instance fédérale⁵⁷⁵.

b) Parts respectives des activités

Lorsqu'une personne exerce une activité professionnelle à temps partiel, tout en se consacrant aux travaux habituels, le taux consacré à ces travaux correspond à la différence entre le taux imparti à la sphère professionnelle et un total de 100%. En d'autres termes, il n'est pas possible de tenir compte de la durée effective du travail dans les deux domaines d'activité⁵⁷⁶.

Pour l'évaluation de l'invalidité concernant l'activité professionnelle exercée à temps partiel, le Tribunal fédéral a précisé le sens et la portée du principe général de la comparaison des revenus. Il a ainsi établi que le dernier salaire obtenu avant l'atteinte à la santé – et non le salaire que l'assuré aurait pu obtenir s'il avait utilisé ses possibilités de gain – doit être comparé au gain hypothétique, abstraction faite du taux d'activité antérieur à l'atteinte à la santé⁵⁷⁷.

Cela signifie-t-il qu'une personne active dans les deux domaines (professionnel et familial) peut être tenue de modifier la répartition de son temps après la survenance de l'atteinte à la santé ? En application des principes précités, le Tribunal fédéral des assurances a répondu par l'affirmative. Se fondant sur l'obligation de diminuer le dommage qui incombe à l'assuré, il a retenu que l'on « peut raisonnablement attendre de la recourante qu'elle exerce, sans gêne notoire, une activité adaptée qui mette pleinement en valeur sa capacité résiduelle de travail, partant qu'elle augmente son horaire de travail dans son activité d'aide-animatrice, laquelle est parfaitement adaptée aux limitations imposées par son état de santé »⁵⁷⁸. DUC considère que le Tribunal fédéral des assurances n'a pas correctement appliqué la jurisprudence à

⁵⁷⁴ ATF 135 V 58 [60-61] consid. 3.4.1 ; ATF 131 V 51 [53] consid. 5.1.2 : « Wäre sie [die versicherte Person] gesundheitlich in der Lage, voll erwerbstätig zu sein, reduziert sie aber das Arbeitspensum aus freien Stücken, insbesondere um mehr Freizeit zu haben, oder ist die Ausübung einer Ganztagestätigkeit aus Gründen des Arbeitsmarktes nicht möglich, hat dafür nicht die Invalidenversicherung einzustehen (BGE 125 V 157 Erw. 5c/bb mit Hinweisen; ZAK 1992 S. 92 Erw. 4a). Das Invalideneinkommen bestimmt sich entsprechend den gesetzlichen Vorgaben danach, was die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte ».

⁵⁷⁵ ATF 133 V 504.

⁵⁷⁶ RCC 1992, p. 134 [139] consid. 2c ; RCC 1980, p. 564.

⁵⁷⁷ ATF 135 V 58 ; ATF 134 V 322 ; ATF 133 V 504 ; ATF 131 V 51 ; ATF 130 V 393 ; ATF 125 V 146 [158] consid. 5c cc.

⁵⁷⁸ Arrêt I 884/04 du 25 juillet 2005, consid. 5.

laquelle il se réfère (ATF 125 V 146), l'invalidité devant être examinée, en l'occurrence, sur la base d'une activité exercée à temps partiel⁵⁷⁹.

La délicate question de l'interaction des charges entre les deux domaines d'activité a donné lieu à un arrêt de principe important⁵⁸⁰. Dans ce jugement rendu le 30 octobre 2007, les juges fédéraux ont fixé les conditions exhaustives qui permettent de tenir compte de l'incapacité d'exercer une activité lucrative ou d'accomplir les travaux habituels en raison des efforts consentis dans l'autre domaine d'activité. Il a notamment admis qu'une pondération du revenu moyen, à concurrence de 15% au maximum, pourrait être opérée pour tenir compte des changements attendus dans l'exercice des activités concernées⁵⁸¹. PESTALOZZI-SEGER considère que ce pourcentage, schématique et éloigné de la réalité, limite fortement le taux d'invalidité reconnu (5% à 6% au maximum), ce qui est d'autant plus regrettable que la méthode mixte concerne essentiellement les femmes⁵⁸².

Après avoir admis que le degré d'invalidité calculé sur la base des éléments déterminants (notamment les revenus hypothétiques et les limitations dans les travaux habituels) est un pourcentage exact qui ne peut être arrondi⁵⁸³, le Tribunal fédéral a changé sa jurisprudence. Ainsi, le résultat du calcul doit être arrondi au chiffre (%) supérieur ou inférieur selon les règles applicables aux mathématiques⁵⁸⁴.

La méthode mixte, telle qu'appliquée par l'administration et par les juges fédéraux, a suscité de très nombreuses critiques dans la doctrine⁵⁸⁵. Comme le relève SCHLAURI non sans pertinence et humour, on pourrait presque penser que la difficile naissance de la méthode mixte, reconnue tardivement par le Tribunal fédéral des assurances, a causé à l'enfant un dommage permanent⁵⁸⁶.

⁵⁷⁹ DUC JEAN-LOUIS, L'assurance-invalidité, p. 1483, n. 286 ; DUC JEAN-LOUIS, Du droit à une rente de l'AI, p. 1425.

⁵⁸⁰ ATF 134 V 9 (jugement rendu sur la base de l'art. 23 al. 2 LTF).

⁵⁸¹ ATF 134 V 9 [14] consid. 7.3.6.

⁵⁸² PESTALOZZI-SEGER, Jurisprudence 1^{re} partie, p. 3.

⁵⁸³ ATF 127 V 129.

⁵⁸⁴ ATF 130 V 121.

⁵⁸⁵ SCHLAURI, Das Rechnen mit Arbeitsunfähigkeiten in Beruf und Haushalt, et doctrine citée (n. 19, p. 318) ; RUMO-JUNGO, LEUZINGER-NAEF, STEIN, HANS, cités par SCHLAURI, in : Das Rechnen mit Arbeitsunfähigkeiten in Beruf und Haushalt, p. 318, n. 18 et 19 ; MOSIMANN, Teilzeitarbeit und Haushalt ; BAUMANN/LAUTERBURG, p. 84-88.

⁵⁸⁶ SCHLAURI, Das Rechnen mit Arbeitsunfähigkeiten in Beruf und Haushalt, p. 308 : « Fast könnte man meinen, die schwere Geburt der gemischten Methode, welche die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts lange nicht zulassen wollte, habe beim Kind einen bleibenden Schaden hinterlassen ».

3.2.4. Application du principe de l'obligation de diminuer le dommage dans le régime des prestations complémentaires (LPC)

Dans le régime des prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI, le revenu hypothétique occupe une place importante dans la détermination du droit à la prestation et, le cas échéant, dans le calcul de cette dernière. La jurisprudence rendue en matière de prestations complémentaires est regroupée à l'intérieur de deux rubriques qui correspondent à la spécificité de ce régime : champ d'application personnel et calcul du revenu hypothétique.

3.2.4.1. Champ d'application personnel

Dans la mesure où elles sont versées sous conditions de ressources⁵⁸⁷, les prestations complémentaires sont rattachées à un régime dont le champ d'application est plus restreint que celui des assurances sociales régies par le principe d'universalité.

Par ailleurs, le respect de l'obligation de diminuer le dommage ne peut être imposé qu'aux seules personnes bénéficiaires d'une rente d'invalidité partielle et dont on peut attendre la mise en œuvre d'une capacité de gain résiduelle⁵⁸⁸. Est-il possible d'étendre cette obligation au conjoint, voire aux enfants faisant ménage commun ? Dans un arrêt du 25 novembre 1991⁵⁸⁹, le Tribunal fédéral des assurances a répondu affirmativement, bien que le texte légal semble exclure a priori une telle possibilité. L'article 3 al. 1 let. f aLPC (repris dans le texte législatif actuel⁵⁹⁰) mentionnait effectivement déjà les ressources dont l'ayant droit s'était « dessaisi ». Le texte italien avait un contenu similaire (« le entrate e le parti di sostanza a cui l'assicurato ha rinunciato »). En revanche, le texte allemand contenait une formule plus large (« Einkünfte und Vermögenswerte, auf die verzichtet worden ist »). Pour le Tribunal fédéral des assurances, et selon les méthodes usuelles d'interprétation⁵⁹¹, le texte allemand « correspond le mieux à la systématique et au but de la loi »⁵⁹². Il s'ensuit que l'article 3 al. 1 let. f aLPC est directement applicable lorsque l'épouse renonce à une activité lucrative ou à l'augmentation du taux de cette dernière.

On relèvera que la prise en considération du revenu hypothétique intervient également dans le calcul de la prestation complémentaire versée à une personne qui perçoit une rente de vieillesse (ou de survivant) de l'AVS. Dans ce cas, la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral concerne aussi bien le conjoint que la

⁵⁸⁷ Pour le détail : voir Partie I chap. 3 ch. 3.1.5.

⁵⁸⁸ Pour une critique relative à la situation des bénéficiaires de rentes entières, mais dont le taux d'invalidité est inférieur à 100%, voir : JÖHL, p. 1757 et 1767, n. 634.

⁵⁸⁹ ATF 117 V 287.

⁵⁹⁰ Art. 11 al. 1 let. g LPC.

⁵⁹¹ ATF 115 V 448 consid. 1a ; ATF 114 IV 173 [177] consid. 3c.

⁵⁹² ATF 117 V 287 [291] consid. 3b.

personne retraitée elle-même lorsqu'elle a mis fin prématurément à son activité lucrative⁵⁹³.

3.2.4.2. Calcul du revenu hypothétique

Concrétisant le principe de l'obligation de diminuer le dommage, les règles qui président à l'évaluation du revenu hypothétique dans le domaine des prestations complémentaires ont donné lieu à d'importantes précisions jurisprudentielles.

De manière générale, les organes de gestion des prestations complémentaires doivent respecter l'évaluation de l'invalidité qui a été faite par l'assurance-invalidité⁵⁹⁴. Pour les personnes exerçant une activité à temps partiel, il convient donc de s'en tenir à la répartition opérée par l'assurance-invalidité lors de l'évaluation de l'invalidité (méthode mixte d'évaluation) et de fixer le revenu hypothétique en fonction de la part que représente l'activité lucrative dans l'ensemble des activités effectuées par l'assuré⁵⁹⁵.

Dans la détermination du droit aux prestations, et ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence relativement ancienne fondée sur l'article 3 al. 1 let. f aLPC⁵⁹⁶, il convient d'évaluer, pour chaque cas d'espèce, si l'assuré est effectivement en mesure de mettre à profit sa capacité de gain, compte tenu de l'ensemble des circonstances personnelles. Ce principe a-t-il été mis en échec par l'entrée en vigueur de l'article 14a al. 2 OPC-AVS/AI qui prévoit, pour le calcul du revenu des assurés partiellement invalides de moins de 60 ans, l'application d'un montant forfaitaire⁵⁹⁷ modulé en fonction du taux d'invalidité⁵⁹⁸? Dans un arrêt du 28 avril 1989⁵⁹⁹, le Tribunal fédéral des assurances a répondu par la négative. L'entrée en vigueur de l'ordonnance fédérale n'a en rien modifié le système antérieur. Les revenus hypothétiques prévus dans les dispositions de cette ordonnance représentent une

⁵⁹³ Si l'on ne peut exiger de la personne retraitée qu'elle exerce encore une activité lucrative pour diminuer le dommage, en revanche, il est possible d'exiger de la jeune épouse d'un retraité qu'elle contribue à l'entretien du ménage en prenant une activité salariée (Pratique VSI 2001, p. 126). De même, le revenu hypothétique est pris en considération dans le cas d'une personne qui, bien que n'ayant aucun droit à la rente, met fin à son activité lucrative de manière prématurée (RCC 1983, p. 160). Directives concernant les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (DPC), Etat au 1^{er} avril 2011, ch. 3.4.8.2, p. 98-99 : <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/1638/lang:fre/category:59> (31.07.2011).

⁵⁹⁴ Arrêt 9C_190/2009 et 9C_191/2009 du 11 mai 2009, consid. 3.2 ; Arrêt 8C_172/2007 du 6 février 2008, consid. 7.1 ; ATF 117 V 202 [205] consid. 2b ; Arrêt 8C_172/2007 du 6 février 2008, consid. 7.1.

⁵⁹⁵ ATF 117 V 202 [205-206] consid. 2c.

⁵⁹⁶ RCC 1982, p. 131 [133] consid. 2a ; RCC 1984, p. 101 [102-103] consid. 2b.

⁵⁹⁷ Montant maximum destiné à la couverture des besoins vitaux tel que définis dans la loi fédérale. Selon l'art. 10 al. 1 let. a ch. 1 LPC, ce montant s'élève, pour l'année 2011, à CHF 19'050.- pour les personnes seules et de CHF 28'575.- pour les couples (Ordonnance du 24 septembre 2010 sur les adaptations dans le régime des prestations complémentaires à l'AVS-AI, RS 831.304).

⁵⁹⁸ L'art. 14a al. 2 OPC-AVS/AI prévoit la gradation suivante :

- augmentation de ce montant [montant forfaitaire] d'un tiers pour un taux d'invalidité de 40 à moins de 50% (let. a) ;
- montant maximal (sans augmentation) pour un taux d'invalidité de 50 à 60% (let. b) ;
- deux tiers du montant maximum pour un taux d'invalidité de 60% à moins de 70% (let. c).

⁵⁹⁹ ATF 115 V 88 [93] consid. 3.

présomption que l'assuré peut renverser en apportant la preuve qu'il ne lui est, concrètement, pas possible d'exercer l'activité et de réaliser les revenus attendus de lui. Dans le texte de son jugement, le Tribunal fédéral des assurances relève que l'OFAS est d'un avis différent, soutenant que l'application systématique de la solution schématique inscrite dans l'ordonnance fédérale permet de liquider plus rapidement un grand nombre de cas, sans « s'inquiéter de savoir si l'invalidé visé par la disposition en question est en mesure ou non de tirer parti de la capacité de gain résiduelle qui lui a été reconnue lors de l'octroi de la rente d'invalidité »⁶⁰⁰. Au critère de simplicité administrative, le Tribunal fédéral des assurances a donc préféré l'examen du droit individuel en fonction des particularités de chaque cas. Dans la procédure d'établissement du revenu hypothétique, l'assuré peut ainsi invoquer des éléments qui auraient été, à bon droit, ignorés par l'assurance-invalidité lorsqu'elle a procédé à la fixation du taux d'invalidité.

Ces principes doivent également être appliqués lors de la fixation du revenu hypothétique de l'épouse. Pour le Tribunal fédéral en effet, il convient de fixer le salaire que cette dernière pourrait réaliser en faisant preuve de bonne volonté et compte tenu de l'aide que peut lui apporter son époux dans l'accomplissement des tâches ménagères, en dépit de son invalidité partielle⁶⁰¹. De telles exigences trouvent également leur fondement dans le droit matrimonial. L'article 163 CC donne en effet aux époux la liberté d'établir la manière dont chacun apporte sa contribution à l'entretien convenable de la famille. Dans ce contexte, l'épouse ne saurait limiter sa contribution à la seule tenue du ménage. Elle peut être contrainte d'exercer une activité lucrative ou de l'étendre. De son côté, l'époux peut être appelé à fournir une contribution sous forme de participation aux travaux ménagers⁶⁰². Dans l'appréciation qu'elle fait d'un cas, l'administration peut, de même, se référer aux principes développés en matière de contribution d'entretien après le divorce. L'octroi d'une contribution peut ainsi être limitée dans le temps ou dégressive pour tenir compte de la nécessité éventuelle d'une insertion ou d'une réinsertion professionnelle. Dans le cadre des prestations complémentaires, un tel principe pourrait être mis en œuvre par l'octroi d'une période d'adaptation avant de prendre en compte le revenu hypothétique⁶⁰³.

Lorsqu'il s'agit de déterminer le revenu raisonnablement exigible, l'administration est fondée à utiliser l'Enquête sur la structure des salaires (ESS)⁶⁰⁴. En revanche, contrairement à l'assurance-invalidité, le régime des prestations complémentaires ne peut se référer à un marché de l'emploi général et équilibré pour la détermination du revenu hypothétique. Il est tenu de prendre en considération le marché de l'emploi tel qu'il existe, au moment déterminant et « aux alentours du domicile de la personne considérée »⁶⁰⁵. Par ailleurs, des facteurs personnels doivent également être pris en considération. Pour l'appréciation du revenu exigible, le Tribunal fédéral retient ainsi

⁶⁰⁰ Avis cité dans : ATF 115 V 88 [91] consid. 2.

⁶⁰¹ ATF 117 V 287 [292-293] consid. 3c et 3d.

⁶⁰² Art. 163 CC ; Pratique VSI 2001 p. 126 [130] consid. 2b.

⁶⁰³ Pratique VSI 2001 p. 126 [128-129] consid. 1b.

⁶⁰⁴ Arrêt 9C_184/2009 du 17 juillet 2009, consid. 2.5 ; ATF 134 V 53 [62] consid. 4.2. Pour les détails concernant l'ESS, voir Partie I chap. 3 ch. 3.2.3.1.

⁶⁰⁵ Pratique VSI 2001 p. 126 [131] consid. 1b et 2d.

l'âge de la personne, son état de santé (en particulier des problèmes psychiques⁶⁰⁶), ses connaissances linguistiques, sa formation professionnelle, l'activité exercée précédemment sur le marché du travail et, le cas échéant, le temps pendant lequel elle a été éloignée du marché du travail⁶⁰⁷, soit autant de critères qui assouplissent quelque peu la notion d'exigibilité par rapport à l'assurance-invalidité. Pour une personne déjà active sur le plan professionnel, la concrétisation de l'obligation de diminuer le dommage peut signifier le changement de l'activité lucrative ou un réaménagement de l'organisation des activités et de son temps. Ainsi, JÖHL considère qu'il peut être attendu d'une femme qui s'occupe de sa mère démente à domicile qu'elle place cette dernière dans un établissement médico-social afin de pouvoir mettre sa propre capacité de travail pleinement à contribution⁶⁰⁸.

Une fois établi, le revenu hypothétique doit encore être réduit du montant forfaitaire prévu à l'article 11 al. 1 let. a LPC⁶⁰⁹, puis rapporté aux deux-tiers. De cette manière, les revenus potentiels sont privilégiés de la même manière que les revenus effectivement perçus⁶¹⁰.

La très riche jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en matière d'invalidité et, dans une certaine mesure, dans le domaine des prestations complémentaires, appelle des commentaires critiques et devrait permettre de mettre en évidence les similitudes des critères appliqués dans ces deux régimes et celui de l'assurance-maladie dans la couverture du salaire.

3.3. Appréciation critique

Dans le cadre de l'**assurance-invalidité**, l'application du principe de l'obligation de diminuer le dommage soulève un grand nombre de problèmes régulièrement documentés et critiqués par la doctrine. S'agissant de la position des juges fédéraux, il n'est pas exagéré de soutenir que l'abondante jurisprudence qu'ils ont rendue en la matière ne laisse que peu de marge à une application nuancée de l'exigibilité.

Le problème essentiel tient, sans conteste, aux contradictions – pour ne pas dire aux tensions – qui existent entre la notion du « marché équilibré du travail » et le marché du travail réel⁶¹¹. Les correctifs développés en pratique (notamment l'abattement opéré sur le salaire de référence), et validés par le Tribunal fédéral, n'atténuent que partiellement les effets

⁶⁰⁶ ATF 117 V 202 [206-207] consid. 3a : « Als erschwerend für die Annahme einer zusätzlichen Erwerbstätigkeit wirke sich aus, dass die Versicherte gelegentlich an psychischen Problemen (depressive Verstimmungen) leide, werde doch gerade derartigen Behinderungen auf dem Arbeitsmarkt recht wenig Verständnis entgegengebracht ».

⁶⁰⁷ Arrêt 9C_539/2009 du 9 février 2010, consid. 4.1 ; Pratique VSI 2001 p. 126 ; ATF 117 V 287 [290] consid. 3a.

⁶⁰⁸ JÖHL, p. 1762, n. 613.

⁶⁰⁹ Selon l'art. 11 al. 1 let. a LPC, le montant déductible est fixé à CHF 1'000.- pour les personnes seules et à CHF 1'500.- pour les couples et les personnes qui ont des enfants ayant droit à une rente d'orphelin ou donnant droit à une rente pour enfant de l'AVS/AI.

⁶¹⁰ Pratique VSI 2001 p. 126 [129] consid. 1c ; ATF 117 V 287 [292] consid. 3c.

⁶¹¹ LANDOLT, Das Zumutbarkeitsprinzip, p. 115.

indésirables de cette situation, tout en créant des inégalités de traitement tenant aux divergences d'appréciation, de cas en cas.

Particulièrement importante dans la détermination de l'activité raisonnablement exigible, la question de l'âge et de son incidence sur la difficulté de trouver un emploi n'est pas toujours appréhendée de manière convaincante par le Tribunal fédéral⁶¹². Bien que la thématique de la réduction pour faute (21 al. 1 LPGa) ne soit pas expressément traitée dans le cadre de cette étude, il peut être fait mention d'un arrêt du Tribunal fédéral des assurances qui s'avère particulièrement intéressant. Les juges fédéraux commencent par rappeler que la survenance et l'aggravation de l'invalidité ne relèvent pas seulement de facteurs liés à la santé de l'assuré, mais également de conditions économiques qui se modifient. Ainsi, dans le cas soumis à son examen, le Tribunal fédéral des assurances relève que l'assuré aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention nécessaire, qu'il lui serait difficile de retrouver un nouvel emploi garantissant son salaire actuel, en raison de ses atteintes à la santé et de son âge avancé (60 ans). La résiliation de son contrat de travail pouvait donc être considérée comme une faute grave, assortie de la sanction prévue à l'ancien article 7 al. 1 LAI. En l'occurrence, il convenait de réduire la rente d'invalidité – requise par l'assuré – jusqu'au moment où l'état de santé aurait contraint l'assuré à quitter son emploi et à faire valoir son droit à une rente⁶¹³. Cet arrêt, qui garde toute sa pertinence dans le cadre de la LPGa (art. 21 al. 1), a été critiqué par la doctrine. RIEMER KAFKA⁶¹⁴ soutient que l'article 7 LAI trouve application pour les seules incapacités de gain imputables à la maladie, à l'accident ou à la commission d'un crime ou d'un délit. Les changements de la situation économique, qui influencent le taux d'invalidité, doivent entrer dans le champ d'application de l'ancien article 28 al. 2 LAI, qui fixe le mode d'évaluation de l'invalidité par comparaison des revenus⁶¹⁵, et de l'ancien article 48 al. 1 LAI, qui prévoit la révision de la rente⁶¹⁶. L'ancien article 7 LAI trouverait en revanche application lorsque l'assuré, qui a renoncé à s'engager dans une mesure « d'auto-réadaptation », induit ou aggrave son incapacité de gain. L'ancien article 31 LAI serait dès lors applicable aux seuls cas de réadaptation ordonnés par l'assurance-invalidité, auxquels l'assuré refuse de se soumettre.

Le recours aux tables de salaires (ESS) ou à la description des postes de travail (DPT) constitue une autre source d'inégalités et, partant, de critiques en ce qui concerne la détermination de l'invalidité. Comme le relève CATTANEO, la méthode retenue par le Tribunal fédéral⁶¹⁷ revient à comparer « des pommes et des poires » (« mele » : salaire moyen au niveau national ; « pere » : salaire obtenu dans le canton du Tessin)⁶¹⁸.

En butte à de nombreuses critiques, la « méthode mixte », telle qu'appliquée par les juges fédéraux, accentue les discriminations et induit, dans certains cas, un contrôle sur les

⁶¹² Id., p. 130.

⁶¹³ ATF 103 V 18.

⁶¹⁴ RIEMER KAFKA, Selbstverantwortung, p. 179.

⁶¹⁵ Art. 28 al. 2 LAI : « Pour l'évaluation de l'invalidité, le revenu du travail que l'invalidé pourrait obtenir en exerçant l'activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui, après exécution éventuelle de mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail, est comparé au revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide ».

⁶¹⁶ Art. 41 al. 1 LAI : « Si l'invalidité d'un bénéficiaire de rente se modifie de manière à influencer le droit à la rente, celle-ci est, pour l'avenir, augmentée, réduite ou supprimée ».

⁶¹⁷ Voir Partie I chap. 3 ch. 3.2.3.1 b.

⁶¹⁸ CATTANEO, Sentenze recenti, p. 165.

activités exercées ou choisies par l'assuré et, partant, sur ses modes de vie. Dans sa jurisprudence constante, et en dépit des critiques formulées par la doctrine⁶¹⁹, le Tribunal fédéral soutient qu'il « appartient au législateur de procéder aux révisions visant à modifier l'application de la méthode mixte »⁶²⁰. Le grief de discrimination des bas revenus, également écarté par le Tribunal fédéral, est pourtant fondé.

Les tentatives de modification, voire de suppression de la « méthode mixte » n'ont pas manqué. Elles ont échoué. En réponse à l'interpellation parlementaire ROSSINI déposée le 20 décembre 2006, le Conseil fédéral a déclaré qu'en l'absence d'une réglementation différente, qui s'avérerait aussi facile à appliquer que la solution actuelle, il n'y avait pas lieu de modifier la méthode d'évaluation de l'invalidité des personnes exerçant une activité lucrative à temps partiel⁶²¹. De son côté, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national a renoncé, dans le cadre de la 5^e révision LAI, à donner suite à une initiative parlementaire⁶²² allant dans le même sens que l'interpellation ROSSINI.

Les exigences posées par le législateur et précisées par le juge fédéral quant au comportement attendu de l'assuré sont susceptibles de porter atteinte aux droits fondamentaux. De l'obligation de changer de domicile au risque de voir sa liberté économique restreinte, les atteintes possibles, et réelles, sont parfois qualifiées de massives par la doctrine⁶²³. Tel n'est cependant pas l'avis de SEILER, pour qui l'atteinte aux droits fondamentaux relève en premier lieu de l'invalidité elle-même (restriction dans le choix de l'activité, par exemple) et ne saurait fonder une action contre l'Etat. La disposition constitutionnelle qui concerne la protection contre ces inconvénients (art. 41 al. 4 Cst) ne fonde aucun droit subjectif à des prestations de l'Etat, qui pourrait être déduit directement des buts sociaux énoncés⁶²⁴. Cette position est de nature à susciter la critique dans la mesure où elle évacue complètement les organes d'exécution de l'assurance-invalidité et les tribunaux dans l'application du principe d'exigibilité.

Enfin, dans la mesure où elle met en exergue le caractère objectivement surmontable de l'incapacité de gain pour en nier l'existence (art. 7 al. 2 LPGA), la 5^e révision LAI rapproche l'évaluation de l'invalidité de celle de l'atteinte à l'intégrité qui se fonde, dans l'assurance-accidents, sur la gravité objective de l'atteinte (par ex. perte d'un membre)⁶²⁵. Ainsi, comme LANDOLT le fait remarquer de manière pertinente, la notion d'incapacité de gain s'éloigne toujours plus du préjudice financier réel qui devrait pourtant être le seul critère permettant d'établir l'invalidité⁶²⁶.

⁶¹⁹ Voir notamment : LEUZINGER-NAEF, *Sozialversicherungsrechtliche Probleme flexibilisierter Arbeitsverhältnisse*, p. 91 ss ; RUMO-JUNGO, *Ausgewählte Gerichtsentscheide*, p. 187 ss ; MOSIMANN, *Teilzeitarbeit und Haushalt*, p. 213-214, n^{os} 2 et 3 ; SCHLAURI, *Invaliditätsbemesung bei Schlechtverdienenden*, p. 318.

⁶²⁰ ATF 125 V 146 [160] consid. 5c/dd ; ATF 99 V 43 ; RCC 1988, p. 476 ; RCC 1980, p. 600.

⁶²¹ Interpellation 06.3818 STEPHANE ROSSINI, Assurance-invalidité. Arrêt du Tribunal fédéral et esprit de la loi, du 20 décembre 2006.

⁶²² Initiative 00.454 MARC FREDERIC SUTER, Calcul du degré d'invalidité des personnes travaillant à temps partiel, du 6 octobre 2000.

⁶²³ LANDOLT, *Auswirkung der 5. IVG-Revision*, p. 235 et n. 128.

⁶²⁴ SEILER/KEEL BAUMANN, *Verfassungskonforme Auslegung*, p. 833.

⁶²⁵ Art. 24 al. 1 LAA ; art. 36 OLAA et Annexe 3 OLAA.

⁶²⁶ LANDOLT, *Auswirkung der 5. IVG-Revision*, p. 241.

Dans le régime des **prestations complémentaires**, l'application du principe de l'obligation de diminuer le dommage repose sur certains critères qui sont utilisés dans le cadre de l'assurance-invalidité : l'utilisation des tables de salaires (ESS) ou de la Description des postes de travail (DPT). Les critiques qui ont été émises à leur égard⁶²⁷ peuvent donc être intégralement reprises dans le cadre des prestations complémentaires. On relèvera cependant que, tout en reconnaissant la pertinence du recours à l'ESS dans l'établissement du revenu raisonnablement exigible, certaines cours cantonales se distancient des normes posées par le Tribunal fédéral en matière d'abattement, considérant que la limite supérieure posée (25%) est arbitraire⁶²⁸.

Cela étant, les autres critères permettant d'établir le revenu hypothétique dans le régime des prestations complémentaires présentent d'importantes différences avec ceux qui s'appliquent dans le régime de l'assurance-invalidité. En effet, l'appréciation de l'activité raisonnablement exigible doit être faite en regard du marché du travail réel, et non pas en fonction d'un marché équilibré du travail. On relève, là, une similitude avec le régime de l'assurance-maladie et de l'assurance-chômage. Elle s'avère même plus marquée que dans le cadre de l'assurance-maladie. Une partie de la doctrine considère, en effet, que les Offices régionaux de placement (ORP) devraient être sollicités pour établir, conjointement avec les organes cantonaux de gestion des prestations complémentaires, le revenu qui pourrait être pris en considération au titre de l'obligation de diminuer le dommage⁶²⁹ et ce nonobstant les différences existant entre ces deux branches d'assurances⁶³⁰. Par ailleurs, en raison des similitudes qu'il présente avec l'aide sociale, le régime des prestations complémentaires a suscité des réflexions et des critiques intéressantes. RIEMER-KAFKA dénonce ainsi l'ingérence dans la vie des requérants et propose, pour assurer une cohérence avec l'aide sociale, de supprimer l'ancien article 3c al. 1 let. g aLPC (actuel article 11 al. 1 let. g LPC)⁶³¹. Cette position peut être partagée jusqu'à un certain point. Il est vrai que les prestations complémentaires, tout comme les prestations d'aide sociale, tendent à garantir la couverture des besoins vitaux. A ce titre, l'origine du besoin importe peu. Les exigences posées par l'administration ne sauraient être cautionnées dans la mesure où elles constituent des intrusions inacceptables dans la vie des personnes concernées. Cependant, force est de constater que les systèmes cantonaux d'aide sociale se développent, eux aussi, dans un sens où le comportement de l'assuré est pris en considération. Ainsi est-il de plus en plus fréquemment demandé au requérant de l'aide sociale de fournir une « contre-prestation ». Cette exigence requiert une capacité de travail au moins partielle. Les organes de gestion de l'aide sociale sont parfois autorisés, en vertu du droit cantonal, à soumettre la personne concernée à un examen médical⁶³².

⁶²⁷ Voir Partie I chap. 3 ch. 3.2.3.1 b.

⁶²⁸ Arrêt du Tribunal cantonal des assurances (St-Gall), du 11 mai 2004 (EL 2003/47), cité par JÖHL, p. 1764-1765, n. 625.

⁶²⁹ JÖHL, p. 1663-1664, n^{os} 185-186.

⁶³⁰ Les critères contenus à l'art. 16 al. 2 LACI pour définir le travail convenable ne se recoupent pas complètement avec les critères retenus pour l'évaluation de l'obligation de diminuer le dommage dans le cadre des prestations complémentaires (JÖHL, p. 1764, n. 622).

⁶³¹ RIEMER-KAFKA, *Selbstverantwortung*, p. 242-243. Sur la question du dessaisissement de biens et la coordination entre les prestations complémentaires et l'aide sociale, voir : MURER, *Zur Koordination der Sozialversicherungsleistungen*, p. 311-312.

⁶³² Voir notamment, pour le canton de Genève : Loi sur l'aide sociale individuelle (LASI) du 22 mars 2007 (art. 34).

Partie II Droit d’être entendu

Dans la mesure où l’assuré peut se voir dénier le droit aux prestations des assurances sociales en application de l’obligation de diminuer le dommage, la question des garanties de procédure prend une importance toute particulière. Ces garanties, et plus particulièrement le droit d’être entendu, devraient permettre à l’intéressé de faire entendre ses arguments et d’influencer, voire infléchir, les positions adoptées et les décisions prises par les instances administratives tout au long de la procédure. Cette dernière commence avec la détermination de l’incapacité de travail (comme condition d’ouverture du droit à l’indemnité journalière) et de l’incapacité de gain (comme condition d’ouverture du droit à la rente d’invalidité). Cette phase requiert la collecte de pièces et documents au nombre desquels figurent les rapports et expertises qui sont établis par un service interne à l’assurance ou par une institution externe spécialisée. Dans ce processus, qui s’étend souvent sur une longue période, l’assuré est tenu de satisfaire à un certain nombre d’obligations (notamment celle de collaborer à l’instruction du dossier) et peut également invoquer des droits (notamment celui de récuser un expert). Une fois établie la décision relative à son droit aux prestations (ou au refus de ces dernières), l’assuré peut se prévaloir d’un droit de recours auprès de l’instance judiciaire compétente, et des garanties de procédure qui lui sont accordées (notamment le droit de réplique).

La première interrogation porte sur les dispositions inscrites dans la LPGA et dans les lois d’assurances sociales, ainsi que la jurisprudence les concernant. L’ensemble de ce dispositif permet-il de garantir le respect du droit d’être entendu ?

Une deuxième interrogation porte plus spécifiquement sur le régime de l’assurance-invalidité. Une révision de la LAI, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006, a introduit une importante dérogation aux règles de procédure qui avaient été unifiées dans l’ensemble des assurances sociales avec l’introduction de la LPGA. Alors que la détermination du droit aux prestations prend la forme d’une décision dans les régimes d’assurances sociales⁶³³, elle est consignée sous la forme d’un préavis dans le cadre de l’assurance-invalidité. Le recours implique l’étape de l’opposition et de la décision sur opposition dans les autres régimes d’assurances sociales, alors qu’il peut être exercé directement contre la décision dans l’assurance-invalidité. Cette dérogation au régime de la LPGA a-t-elle des incidences sur le droit d’être entendu ? Bien que la révision soit relativement récente, il devrait être possible de dégager des éléments de réponse fondés sur la jurisprudence et la doctrine. Dans la mesure du possible, une comparaison sera établie avec les deux autres régimes traités dans cette étude : l’assurance-maladie et les prestations complémentaires.

La réponse aux deux interrogations ainsi formulées requiert l’examen préalable des dispositions pertinentes contenues dans la Constitution fédérale, la LPGA et les trois lois d’assurances traitées dans cette étude (LAMal, LAI, LPC) et, dans un deuxième temps, une analyse de la jurisprudence, suivie d’une appréciation critique.

⁶³³ La LPGA ne s’applique pas au régime du deuxième pilier (LPP).

Chapitre 1 Bases légales

Tiré de l'article 4 aCst, puis inscrit à l'article 29 al. 2 Cst, le droit d'être entendu est au cœur des garanties de procédure. Le Parlement fédéral l'a inscrit dans les règles de procédure figurant dans la LPGA. Le contenu de certaines dispositions s'écarte d'autres normes fédérales réglementant la procédure.

1.1. Constitution fédérale

Le droit d'être entendu a été inscrit à l'article 29 al. 2 de la Constitution du 18 avril 1999. Précédemment fondé sur l'article 4 aCst en tant que droit non écrit tiré du principe général de l'égalité de traitement, le droit d'être entendu a d'abord été reconnu et développé dans le cadre du droit pénal et du droit civil. Dans ces deux domaines, les parties disposaient d'un droit inconditionnel d'être entendues avant que soit rendu un jugement civil ou pénal les concernant⁶³⁴. Dans le droit administratif, en revanche, le droit d'être entendu n'était pas garanti, sous réserve de dispositions cantonales le prévoyant expressément. Le Tribunal fédéral a rappelé ce principe à répétées reprises, notamment dans deux arrêts relatifs à des autorisations de pratique⁶³⁵. Dans l'un de ces cas (concernant le retrait d'une telle autorisation à un pharmacien), le Tribunal fédéral avait ainsi précisé que l'application du droit d'être entendu serait difficile, notamment en raison des pratiques administratives en vigueur dans la plupart des cantons⁶³⁶.

Le droit d'être entendu a été abordé ultérieurement, à plusieurs reprises, par le Tribunal fédéral en matière de droit administratif. Sa reconnaissance est toutefois restée l'exception, du moins dans la mesure où la garantie constitutionnelle était en jeu. Le Tribunal fédéral fera évoluer sa position dans un arrêt de principe rendu en 1948 en matière d'expropriation. Rappelant les principes posés antérieurement, le Tribunal fédéral tire la conclusion suivante : « Mais cela ne signifie pas que le droit d'être entendu ne puisse pas être reconnu dans d'autres cas que ceux où il l'a été jusqu'ici. Si l'acte administratif considéré n'est pas de ceux qui exigent normalement une décision immédiate, et si la mesure, une fois prise, n'est pas susceptible d'un nouvel examen, l'administré peut prétendre d'être préalablement

⁶³⁴ Voir notamment : ATF 96 I 617 ; ATF 70 I 69 ; ATF 64 I 145.

⁶³⁵ ATF 27 I 426 ; ATF 28 I 229.

⁶³⁶ ATF 28 I 229 [233] consid. 1: « Allein die bundesgerichtliche Praxis hat den verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör stets nur denjenigen zugestanden, die gerichtlich mit einer Zivil- oder Strafklage belangt wurden, und auf das Administrativ-Verfahren wurde derselbe nicht ausgedehnt. Es wäre dies auch schwer durchführbar angesichts des wohl in den meisten Kantonen in Verwaltungssachen geltenden Grundsatzes, dass die Behörden von sich aus tätig werden und von Amtes wegen in der ihnen gutschheinenden Weise die nötigen Erhebungen machen ».

consulté »⁶³⁷. Pour important qu'il soit, et comme le relève ALBERTINI, cet arrêt ne marque cependant qu'une ouverture limitée et conditionnée, qui sera confirmée dans plusieurs arrêts ultérieurs⁶³⁸.

En 1979, le Tribunal fédéral rend un arrêt qui marque un tournant décisif dans la mesure où il abroge les différences existant entre le droit civil et le droit pénal d'une part, et le droit administratif d'autre part. Une stricte séparation ne se justifie plus en regard de l'article 4 Cst⁶³⁹. Le Tribunal fédéral précise par ailleurs que le droit d'être entendu, mis en œuvre lors de l'établissement des faits, est également un aspect du droit de participation dont bénéficient les parties lors de la prise de décision les concernant. Bien que le droit d'être entendu soit clairement affirmé sans distinction du domaine dans lequel il s'applique (procédure civile, pénale ou administrative), son contenu et son étendue justifient des interprétations nuancées en fonction des situations concrètes. L'urgence, la portée de la décision, la pesée des intérêts en présence ou encore le fait que la décision rendue par l'administration puisse – ou non – être revue par une autorité de recours ayant plein pouvoir d'examen sont autant de critères que le Tribunal fédéral a évoqués dans cet arrêt et dans les jugements rendus ultérieurement⁶⁴⁰. L'un d'eux concerne spécifiquement la violation du droit d'être entendu par l'administration qui refusait de procéder à une expertise requise par les recourantes (égalité des salaires dans la fonction publique)⁶⁴¹.

La jurisprudence du Tribunal fédéral s'inscrit dans l'évolution du rôle de l'Etat, et plus spécifiquement de l'Etat social. Par l'exercice du droit d'être entendu, l'administré devient un sujet actif. Il n'est pas – ou plus – objet de l'action de l'Etat et doit être traité avec loyauté (« fairness »)⁶⁴². En reprenant certains auteurs⁶⁴³, il est possible d'affirmer que les garanties de procédure trouvent leur fondement dans le principe de loyauté et se rattachent à la dignité humaine (art. 7 Cst)⁶⁴⁴.

Dans le Message concernant la nouvelle Constitution, qu'il a adressé aux Chambres fédérales le 20 novembre 1996, le Conseil fédéral a proposé l'inscription d'une disposition relative aux garanties générales de procédure⁶⁴⁵ contenant spécifiquement le droit d'être entendu⁶⁴⁶. Citant notamment la jurisprudence du Tribunal fédéral⁶⁴⁷, le Conseil fédéral a

⁶³⁷ ATF 74 I 241 [249] consid. 4.

⁶³⁸ ALBERTINI, p. 54, n. 64 (arrêts et références).

⁶³⁹ ATF 105 Ia 193 [196] consid. 2b/bb : « Gesamthaft ist die Tendenz der Rechtsprechung offensichtlich, die einzelnen Verfahrensarten hinsichtlich des Anspruches auf rechtliches Gehör einander anzunähern. Es rechtfertigt sich daher heute nicht mehr, für die Umschreibung des aus Art. 4 BV folgenden Minimalanspruches strikte zwischen Zivil- und Strafverfahren einerseits, verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten andererseits zu unterscheiden ».

⁶⁴⁰ Voir notamment : ATF 117 Ia 116 [117-118] consid. 3a ; ATF 111 Ia 273 [274] consid. 2b ; ATF 106 Ia 4 [5-6] consid. 2.

⁶⁴¹ ATF 117 Ia 262 [268-269] consid. 4b.

⁶⁴² AUBERT/MAHON, p. 267, n° 5.

⁶⁴³ ALBERTINI, p. 84 ; SALADIN, p. 41 ss.

⁶⁴⁴ RHINOW/SCHEFER, p. 592, n° 3045 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, p. 602, n° 1306 ; KNEUBÜHLER, p. 107-108 ; Aubert/Mahon, p. 267.

⁶⁴⁵ Art. 25 du projet d'Arrêté fédéral relatif à une mise à jour de la Constitution fédérale.

⁶⁴⁶ Art. 25 al. 2 Cst.

⁶⁴⁷ ATF 112 Ia 1 : « La liquidation prématurée d'une affaire, alors que l'acte de recours laissait présumer le dépôt d'un mémoire complémentaire en temps utile, équivaut à une réduction inadmissible du délai de recours fixé impérativement par la loi et viole par conséquent le droit d'être entendu ».

exposé, à l'appui de sa proposition, le sens et le but du droit d'être entendu : « Parmi les aspects les plus importants de ce droit, il y a celui d'être préalablement instruit de la situation et de s'exprimer à ce sujet, celui de consulter le dossier, de se déterminer à son propos, celui d'examiner la décision et d'en obtenir la motivation, celui de produire des moyens de preuve, de participer à l'obtention des moyens de preuve et de se prononcer sur le résultat de la procédure d'administration des preuves »⁶⁴⁸. Il relève enfin que ce droit implique, dans certaines circonstances, l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite ou la mise à disposition des services d'interprètes. Le Parlement a adopté le projet sans discussion. Dans sa version définitive, la Constitution révisée prévoit, à l'article 29 al. 2, que « les parties ont le droit d'être entendues ».

Mis à part l'aspect formel, cette nouvelle disposition n'a pas modifié la portée du droit d'être entendu telle qu'elle avait été définie auparavant par le Tribunal fédéral. Ainsi, l'article 29 al. 2 Cst s'applique dans les limites de la jurisprudence rendue sous l'ancien article 4 Cst, sous réserve de dispositions fédérales ou cantonales qui instituent une protection plus étendue. La garantie constitutionnelle est donc minimale et subsidiaire par rapport aux garanties de procédure ancrées dans les législations fédérales et cantonales⁶⁴⁹. Elle n'est pas plus étendue que celle prévue par l'article 6 § 1 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)⁶⁵⁰ ou par l'article 14 § 1 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte II)⁶⁵¹. Certains aspects du droit d'être entendu figurent également dans d'autres textes internationaux, dont la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant⁶⁵² (art. 12) ratifiée par la Suisse⁶⁵³. Le rôle et l'importance du juge demeurent inchangés en ce qui concerne l'examen de l'application, dans un cas concret, des exigences posées par la Constitution fédérale. Dans ce sens, le droit d'être entendu se caractérise par une grande flexibilité⁶⁵⁴. L'exigence d'un standard minimum ne répond qu'à un souci de sécurité du droit. Le droit d'être entendu est un droit directement invocable, dont le Tribunal fédéral contrôle librement le respect⁶⁵⁵.

Le droit d'être entendu peut se décliner en plusieurs garanties, dont nous retiendrons les aspects essentiels suivants⁶⁵⁶ : le droit d'être informé et de s'exprimer, et notamment

⁶⁴⁸ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, 1996, p. 184. Voir également : ATF 124 I 241 [242-243] consid. 2.

⁶⁴⁹ AUBERT/MAHON, p. 263, n° 5.

⁶⁵⁰ RS 0.101. La CEDH est entrée en vigueur, pour la Suisse, le 28 novembre 1974.

⁶⁵¹ RS 0.103.2. Le Pacte II est entré en vigueur, pour la Suisse, le 18 septembre 1992.

⁶⁵² RS 0.107. La Convention est entrée en vigueur, pour la Suisse, le 26 mars 1997.

⁶⁵³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, p. 603, n° 1313 ; p. 604, n° 1314.

⁶⁵⁴ ATF 117 Ia 116 [117-118] consid. 3a et jurisprudence citée (ATF 113 Ia 430 consid. 3; ATF 107 Ib 164 consid. 3b ; ATF 112 Ia 110, consid. 2b ; ATF 104 Ia 214).

⁶⁵⁵ ATF 126 I 19 [22] consid. 2a : « Dieser Anspruch auf rechtliches Gehör floss bisher aus Art. 4 aBV und ist jetzt in Art. 29 Abs. 2 der am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen neuen Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) ausdrücklich gewährleistet. Sein Umfang bestimmt sich zunächst nach den kantonalen Verfahrensvorschriften, deren Auslegung und Handhabung das Bundesgericht unter dem Gesichtswinkel der Willkür prüft. Überdies greifen die unmittelbar aus der BV folgenden bundesrechtlichen Minimalgarantien Platz; ob diese verletzt sind, beurteilt das Bundesgericht mit freier Kognition ».

⁶⁵⁶ Certains aspects du droit d'être entendu (par ex. la tenue d'un procès-verbal lors d'une audition) seront développés dans la partie relative à l'examen de la jurisprudence rendue en matière d'assurances sociales.

d'administrer des preuves et de prendre position avant la remise de la décision⁶⁵⁷, ainsi que le droit de se faire représenter ou assister⁶⁵⁸. L'administration est, elle, tenue d'examiner la prise de position de l'intéressé⁶⁵⁹ et de rendre une décision motivée⁶⁶⁰. Etroitement lié au droit d'être informé et de s'exprimer, le droit de consulter le dossier est une garantie constitutionnelle importante qui peut être exercée hors procédure, comme l'a précisé le Tribunal fédéral à réitérées reprises, notamment dans un arrêt qui fournit une distinction intéressante entre « le droit de consulter le dossier tel qu'il découle de la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst) et de la protection contre l'emploi abusif des données personnelles (art. 13 al. 2 Cst), d'une part, et du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst), d'autre part (consid. 2) »⁶⁶¹. Véritable droit de participation (Mitwirkungsrecht)⁶⁶², le droit d'être entendu peut être invoqué indépendamment des intérêts matériels des personnes concernées : parties à la procédure mais également tierces personnes dans la mesure où la décision, bien que ne réglant pas leurs droits ou devoirs, peut avoir des incidences pour elles⁶⁶³.

Le droit d'être entendu est de nature formelle. Reconnu par la doctrine⁶⁶⁴ et la jurisprudence⁶⁶⁵, ce caractère formel ne concerne pas seulement le droit d'être entendu au sens étroit du terme, mais également ses différentes composantes (par ex. l'accès au dossier)⁶⁶⁶. De la nature formelle du droit d'être entendu découle le fait que toute décision prise en violation de ce dernier doit être annulée et renvoyée à l'organe qui l'a rendue. Le Tribunal fédéral admet toutefois la possibilité de réparer la violation du droit d'être entendu, dans la mesure où cette violation, de peu de gravité, peut être corrigée par une instance de recours qui a le même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure⁶⁶⁷. Ce principe de la réparation (qui ne peut être dissocié de la nature formelle du droit d'être entendu) et son application par le Tribunal fédéral a donné lieu à de vives controverses qui seront abordées ultérieurement dans cette étude⁶⁶⁸.

Les principes généraux qui viennent d'être brièvement présentés sont également applicables dans les assurances sociales. Les récentes révisions ont permis d'en préciser le contenu (notamment dans la LPGa), mais également de maintenir – ou réintroduire – des différences

⁶⁵⁷ ATF 126 I 97 [102] consid. 2b: « Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen ».

⁶⁵⁸ AUBERT/MAHON, p. 268, n° 6.

⁶⁵⁹ ATF 126 I 97 [102-103] consid. 2.

⁶⁶⁰ ATF 112 Ia 107.

⁶⁶¹ ATF 126 I 7.

⁶⁶² ATF 120 Ib 379 [383] consid. 3b.

⁶⁶³ ALBERTINI, p. 143, n. 32 et références. En matière d'assurances sociales, le TFA a notamment examiné la qualité de recourante d'une assurance sociale contre la décision d'un autre assureur (en l'occurrence l'assurance-maladie contre l'assurance-invalidité) : ATF 114 V 94.

⁶⁶⁴ AUBERT/MAHON, p. 269, n° 7 ; MÜLLER/SCHEFER, p. 853 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, p. 615, n° 1346 ; WIEDERKEHR, p. 1142. Pour un avis contraire : SEILER, *Natur des gerechtlchen Gehörs*, p. 379-380.

⁶⁶⁵ ATF 135 I 187 [190] consid. 2.2 ; ATF 133 III 235 [250] consid. 5.3 ; ATF 132 V 387 [390] consid. 5.1 et références ; ATF 127 I 128 [132] consid. 4c.

⁶⁶⁶ ALBERTINI, p. 450, n. 11 et 12.

⁶⁶⁷ AUBERT/MAHON, p. 269, n. 22 et jurisprudence citée (ATF 114 Ia 307 ; ATF 116 Ia 94 ; ATF 126 V 130 ; ATF 126 I 68).

⁶⁶⁸ Voir Partie II chap. 2 ch. 2.5.2.

en fonction des régimes d'assurances concernés, ainsi que le démontrent les développements suivants.

1.2. Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)

Avant l'entrée en vigueur de la LPGA, le 1^{er} janvier 2003, le droit d'être entendu s'appliquait formellement dans le cadre de deux régimes d'assurances sociales, par renvoi aux règles de procédure figurant dans la loi fédérale sur la procédure administrative (PA)⁶⁶⁹ : l'assurance militaire (ancien art. 85 LAM) d'une part, et l'assurance-accidents (ancien art. 96 LAA) d'autre part. La procédure de préavis était prévue dans l'assurance militaire (ancien art. 97 LAM)⁶⁷⁰, alors que la procédure d'opposition était mentionnée dans l'assurance-accidents (ancien art. 105 LAA)⁶⁷¹. Par ailleurs, le droit d'être entendu faisait l'objet de certaines dispositions légales ou réglementaires. Ainsi, dans l'assurance-chômage, l'assuré qui avait refusé un travail convenable devait avoir la possibilité de prendre position avant que l'administration procède à une suspension de l'indemnité journalière (ancien art. 16 al. 3 OACI)⁶⁷².

Avec l'adoption de la LPGA, le Parlement a intégré les aspects fondamentaux du droit d'être entendu dans les nouvelles dispositions légales. Dans son projet de loi sur une partie générale du droit des assurances sociales, la Société suisse de droit des assurances avait prévu une disposition (art. 50 P-LPGA) ainsi libellée : « Les parties ont le droit d'être entendues ». Cette disposition reprenait le texte de l'article 29 PA. Au cours des travaux parlementaires, et notamment ceux de la Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national, l'article 50 P-LPGA a été adopté, en tant que norme « volontairement ouverte et générale », qui ne devait pas « entraver un processus de prise de décision efficace et rapide »⁶⁷³. Il a cependant été complété par une exception relative aux « dispositions qui peuvent faire l'objet d'un recours ». En pareille hypothèse, « les parties ne doivent pas être entendues ». La Commission a justifié ce choix en invoquant l'article 30 al. 2 let. b PA qui prévoit une telle possibilité pour l'autorité compétente. Dans sa séance du 23 mars 2000, le Conseil des Etats s'est rallié à la position du Conseil national au motif, notamment, que la

⁶⁶⁹ Art. 29 PA : « Les parties ont le droit d'être entendues ».

⁶⁷⁰ Art. 97 LAM – Préavis : « Lorsqu'il est question de prestations importantes ou que le requérant conteste le règlement simplifié de son cas, l'assurance militaire communique au requérant le résultat de l'instruction sous la forme d'un préavis et lui impartit un délai pour faire des observations, consulter son dossier ou demander un complément d'instruction ». Cette disposition a été abrogée avec l'entrée en vigueur de la LPGA (Annexe, ch. 13).

⁶⁷¹ Art. 105 LAA – Opposition : « Les décisions rendues en vertu de la présente loi ainsi que les décomptes de primes fondés sur ces décisions peuvent être attaqués dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'institution qui les a notifiés ». Cette disposition a été modifiée avec l'entrée en vigueur de la LPGA. Dans sa teneur actuelle, elle ne concerne que l'opposition à des décomptes de primes.

⁶⁷² Ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI), RS 837.02. Art. 16 al. 3 OACI : « L'autorité cantonale donne à l'assuré la possibilité de prendre position au sujet de l'avis de l'office du travail [...] ». Cette disposition a été modifiée avec l'entrée en vigueur de la LPGA. Dans sa teneur actuelle, elle ne concerne que la transmission d'un double de la décision (rendue par l'office compétent) à la caisse et à l'office concerné.

⁶⁷³ Rapport de la Commission du Conseil national, 1999, p. 4247.

procédure d'opposition allait être étendue à l'ensemble des assurances sociales par l'entrée en vigueur de la LPGA⁶⁷⁴.

Dans sa teneur actuelle, la LPGA consacre le droit d'être entendu à l'article 42 : « Les parties ont le droit d'être entendues. Il n'est pas nécessaire de les entendre avant une décision sujette à opposition ».

D'autres dispositions se rattachent, plus ou moins directement, au droit d'être entendu. Certaines d'entre elles impartissent des obligations spécifiques à l'assureur, notamment lorsqu'il entend refuser une prestation ou sanctionner un comportement. Selon la systématique retenue par la LPGA, les dispositions suivantes sont concernées :

- l'instruction de la demande (art. 43)
Lorsque l'assureur entend statuer en l'état du dossier, clore l'instruction ou encore ne pas entrer en matière en raison d'un manque de collaboration de l'assuré, il doit préalablement adresser à ce dernier une mise en demeure écrite l'avertissant des conséquences juridiques et lui impartissant un délai de réflexion convenable (al. 3) ;
- l'expertise (art. 44)
Le nom des experts doit être communiqué aux parties. Ces dernières peuvent les récuser pour des « raisons pertinentes et présenter des contre-propositions » ;
- les frais de l'instruction (art. 45)
Des frais peuvent être mis à charge de l'assuré pour « entrave à l'instruction de manière inexcusable », après sommation et indication des conséquences ;
- la gestion des documents (art. 46) ;
- la consultation du dossier (art. 47) ;
- la prise en considération de pièces tenues secrètes (art. 48)
L'assureur ne peut utiliser, au détriment d'une partie, une pièce dont la consultation a été refusée à cette dernière, sauf s'il 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 ;
- la décision (art. 49)
L'assureur est tenu de motiver la décision lorsque cette dernière ne fait pas « entièrement droit aux demandes des parties » ;
- la transaction (art. 50) ;
- la procédure simplifiée (art. 51) ;
- l'opposition (art. 52).

Une partie de ces éléments seront examinés de manière plus détaillée dans la partie consacrée à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ BO/CE 2000, p. 181.

⁶⁷⁵ Voir Partie II chap. 2.

1.3. Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)

La loi fédérale sur l'assurance-maladie et accidents du 11 juin 1911 (LAMA) prévoyait que « les contestations de droit privé des caisses entre elles, ou avec leurs assurés ou des tiers, relèvent des tribunaux ordinaires, à moins que la législation cantonale ou les statuts, ces derniers en ce qui touche les contestations d'une caisse avec ses assurés, n'en disposent autrement » (art. 30 LAMA).

La révision du 13 mars 1964⁶⁷⁶ a apporté d'importants changements en matière de procédure. Les cantons ont ainsi été tenus d'instaurer un « tribunal des assurances » (art. 30^{bis} al. 1 LAMA) et de régler la procédure en fonction d'exigences fixées dans la loi fédérale. Ainsi, selon l'article 30^{bis} al. 3 let. d LAMA, « le juge 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 ».

Ces règles ont été reprises dans les articles 86 et 87 de la nouvelle loi fédérale adoptée le 18 mars 1994 (LAMal). Elles étaient assorties d'une nouvelle règle de procédure : l'introduction de l'opposition à l'ancien article 85 LAMal. Constatant que la procédure d'opposition avait « fait ses preuves » dans l'assurance-accidents, et se fondant sur le projet de la LPGA alors en discussion, le Conseil fédéral avait proposé son inscription dans le texte de la LAMal⁶⁷⁷. Il a été suivi par le Parlement. Une harmonisation était ainsi réalisée entre les deux branches d'assurances (maladie et accidents).

Le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion de préciser que les principes élaborés par la jurisprudence en matière d'assurance-accidents s'appliquaient également à la procédure d'opposition dans l'assurance-maladie⁶⁷⁸ et qu'en l'absence de disposition spéciale sur le délai dans lequel l'assureur-maladie devait statuer sur l'opposition, il convenait d'appliquer les principes développés par la jurisprudence en matière de retard injustifié⁶⁷⁹.

Par ailleurs, la LAMal contenait une intéressante disposition relative à la consultation du dossier (ancien art. 81). Le texte proposé par le Conseil fédéral était intégralement repris du projet (art. 54 P-LPGA) alors en discussion⁶⁸⁰. La disposition adoptée par le Parlement reconnaissait, à tous « les intéressés », le droit de consulter le dossier. Cependant, les intérêts privés de l'assuré (dignes d'être protégés) et de ses proches, ainsi que les intérêts publics prépondérants, devaient être sauvegardés.

L'entrée en vigueur de la LPGA, et plus particulièrement de la section 2 (chapitre 4) consacrée à la procédure en matière d'assurances sociales, n'a entraîné qu'un changement formel dans la LAMal. La disposition relative à la consultation du dossier et les règles générales de procédure ont été abrogées⁶⁸¹, à l'exception de deux dispositions relatives à l'interdiction, pour l'assureur, de prévoir une voie interne de recours que l'assuré devrait

⁶⁷⁶ FF 1964 I 540.

⁶⁷⁷ Message concernant la révision de l'assurance-maladie, 1991, p. 189.

⁶⁷⁸ ATF 123 V 128.

⁶⁷⁹ ATF 125 V 188.

⁶⁸⁰ Message concernant la révision de l'assurance-maladie, 1991, p. 188.

⁶⁸¹ LPGA (Annexe 11).

épuiser avant de recevoir la décision sur opposition (art. 85 LAMal), ou avant de saisir le tribunal cantonal des assurances (art. 86 LAMal).

1.4. Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI)

Dans l'assurance-invalidité, la procédure a subi des changements notoires et rapprochés dans le temps. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LPGA, l'assurance-invalidité⁶⁸² ne connaissait pas la procédure d'opposition. La loi fédérale prévoyait que les décisions prises par les caisses de compensation pouvaient faire l'objet d'un recours devant « les autorités de première instance compétentes en matière d'assurance-vieillesse et survivants » (ancien art. 69 LAI). Le Règlement contenait une disposition relative à l'audition de l'assuré. Cette dernière lui donnait le droit de s'exprimer « oralement ou par écrit, sur le projet de règlement du cas et de consulter les pièces du dossier » (ancien art. 73^{bis} al. 1 RAI), la remise des pièces médicales étant décidée par le médecin de la commission (organe de l'assurance-invalidité prévu aux anciens art. 55 ss LAI).

L'entrée en vigueur de la LPGA, et plus particulièrement de ses articles 49 et 52, a modifié la situation. Dès le 1^{er} janvier 2003 en effet, le prononcé de la commission (art. 73^{bis} al. 1 RAI) a été supprimé et remplacé par une décision sujette à opposition, puis à recours devant l'instance judiciaire cantonale⁶⁸³.

Dans une révision partielle du 16 décembre 2005⁶⁸⁴, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006, le Parlement a supprimé la procédure unifiée par la LPGA et réintégré le système qui était précédemment en vigueur. Pour le Conseil fédéral, qui a été suivi par le Parlement, cette mesure était notamment fondée sur les constats qui avaient été faits suite à l'entrée en vigueur de la procédure unifiée par la LPGA : « Le nombre élevé des oppositions formées en 2003 montre que d'avoir supprimé l'étape du projet de prononcé n'a pas amélioré le taux d'acceptation des décisions de l'AI »⁶⁸⁵. Le Conseil fédéral préconisait dès lors un dialogue direct avec la personne concernée afin d'obtenir son adhésion au contenu de la décision projetée et, partant, de diminuer les probabilités d'un recours ultérieur. S'agissant plus spécifiquement de la garantie du droit d'être entendu, le Conseil fédéral relevait que cette dernière nécessite « moins d'efforts » que dans la procédure ordinaire, « parce que l'état de fait et de droit de toutes les décisions contestées doit être contrôlé de façon plus formelle dans ce dernier cas »⁶⁸⁶.

En vue de diminuer le nombre de recours, le Conseil fédéral envisageait également une autre mesure : la suppression du droit, pour l'assuré, de retirer son recours s'il s'avère que ce dernier a pour effet d'aggraver sa situation. La partie serait ainsi amenée à « mieux examiner

⁶⁸² L'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), sur laquelle est fondée l'assurance-invalidité (LAI) était soumise aux mêmes règles de procédure.

⁶⁸³ A défaut de dispositions transitoires, la LPGA – et notamment ses articles relatifs à la procédure – a déployé pleinement ses effets, pour l'assurance-invalidité, dès sa date d'entrée en vigueur (1^{er} janvier 2003) : SVR 2003 IV N° 25.

⁶⁸⁴ RO 2006 2003.

⁶⁸⁵ Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'AI), 2005, p. 2904.

⁶⁸⁶ Id., p. 2909.

si elle entend interjeter recours ou non »⁶⁸⁷. Relevant que la possibilité de retirer le recours en cas d'une *reformatio in peius* est un aspect du droit d'être entendu au sens de l'article 29 al. 2 Cst, le Conseil fédéral a renoncé à cette proposition.

L'aspect financier est une composante importante de la révision partielle de la LAI. Le Conseil fédéral lui-même relève que, même si elles ne sont pas chiffrables, des économies pourront être réalisées par le retour à la procédure de préavis. Dans le texte adopté par le Parlement, la procédure est réglementée de la manière suivante :

Article 57a Préavis

«¹ Au moyen d'un préavis, l'office AI communique à l'assuré toute décision finale qu'il entend prendre au sujet d'une demande de prestations ou au sujet de la suppression ou de la réduction d'une prestation déjà allouée. L'assuré a le droit d'être entendu, conformément à l'art. 42 LPGA.

² Lorsque la décision prévue touche l'obligation d'un autre assureur d'allouer des prestations, l'office AI entend celui-ci avant de rendre une décision ».

Cette nouvelle procédure est par ailleurs assortie d'une importante modification relative à l'avance de frais exigée. Le Conseil fédéral justifie ainsi cette nouvelle charge financière : « Si les recourants doivent s'acquitter d'une avance de frais, ils prendront mieux conscience de l'importance d'une action jusque devant la cour suprême que si celle-ci était gratuite. Dans ces conditions, ils auront tendance à renoncer à former des recours inutiles. Comme pour toutes les procédures de droit administratif, la personne qui envisage de recourir dans le domaine des assurances sociales doit peser mûrement le pour et le contre avant de former recours »⁶⁸⁸.

Le texte adopté par le Parlement a la teneur suivante :

Article 69 Particularités du contentieux

«^{1bis} En dérogation à l'art. 61 let. a LPGA, la procédure de recours en matière de contestations portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'AI 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 200 et 1000 francs ».

⁶⁸⁷ Id., p. 2907.

⁶⁸⁸ Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (5^e révision de l'AI), 2005, p. 2905.

1.5. Loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (LPC)

Dans son Message du 21 septembre 1964, le Conseil fédéral avait déclaré attacher « une grande importance à ce que la procédure elle-même fasse ressortir le caractère d'assurance des prestations complémentaires »⁶⁸⁹. A cet effet, une décision écrite devait être rendue qui soit susceptible de recours auprès d'une autorité judiciaire cantonale et auprès du Tribunal fédéral des assurances. Afin de garantir une jurisprudence aussi uniforme que possible en matière d'assurances sociales, le Conseil fédéral recommandait de confier les décisions litigieuses aux commissions de recours en matière d'AVS et d'AI.

Le Parlement avait suivi la proposition du Conseil fédéral et inscrit l'obligation de rendre une décision dans la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité du 19 mars 1965 (LPC)⁶⁹⁰. L'ancien article 6 al. 3 LPC était ainsi libellé :

« La prestation complémentaire doit faire l'objet d'une décision écrite, indiquant les moyens de droit ; elle est payée, en règle générale, mensuellement et par l'intermédiaire de la poste. Elle peut être versée conjointement avec la rente de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité ».

La révision de la LPC, du 6 octobre 2006⁶⁹¹, contient une disposition relative à la procédure (art. 21 LPC). Cette dernière ne concerne toutefois que la délégation de compétence aux cantons en matière de fixation et de versement des prestations complémentaires. Ce sont donc les dispositions de la LPGA qui s'appliquent en matière de procédure.

Les principes généraux étant posés, il convient d'examiner la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral, afin de répondre aux questions préalablement posées, tenant à l'exercice du droit d'être entendu, aux incidences des révisions de la LAI et aux différences entre les trois régimes concernés : l'assurance-maladie, l'assurance-invalidité et, le cas échéant, les prestations complémentaires.

⁶⁸⁹ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, 1964, p. 721.

⁶⁹⁰ Cette disposition a été abrogée avec l'entrée en vigueur de la LPGA (Annexe, ch. 9).

⁶⁹¹ FF 2006 7955.

Chapitre 2 Jurisprudence et doctrine relatives au droit d'être entendu dans les assurances sociales

Les principes développés par le Tribunal fédéral permettent d'appréhender la portée des dispositions contenues dans la LPGA. Le droit d'être entendu a donné lieu à de nombreux arrêts qui portent sur l'ensemble de la procédure et, plus particulièrement, sur l'instruction de la demande, l'expertise, la décision et l'opposition. Dans ce processus, le droit d'être entendu est susceptible d'être violé. Le Tribunal fédéral admet le principe d'une réparation. La doctrine est très critique à cet égard.

Garanti à l'article 29 al. 2 Cst, le droit d'être entendu permet notamment à l'assuré « de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il y soit donné suite, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre »⁶⁹². Le droit d'être entendu tend à favoriser l'acceptation ultérieure de la décision par les parties⁶⁹³. La jurisprudence rendue sous l'art. 4 aCst s'applique également à l'article 29 Cst⁶⁹⁴.

Avant qu'une décision soit rendue à son détriment, le justiciable a le droit de s'expliquer. Toutefois, si l'assuré a la possibilité de faire opposition, il ne peut se prévaloir du droit d'être entendu avant la remise de la décision. Admis par la jurisprudence⁶⁹⁵, ce principe figure expressément à l'article 42 LPGA. Il ne s'agit pas d'une exception au droit d'être entendu, mais d'une limitation de son étendue dans le temps⁶⁹⁶.

Le droit d'être entendu porte avant tout sur les questions de fait⁶⁹⁷. L'assuré ne peut, en principe, exiger d'être entendu sur des questions de droit. La jurisprudence a toutefois reconnu quelques exceptions à ce principe, notamment lorsque l'assuré ne pouvait prévoir

⁶⁹² ATF 132 V 368 [370-371] consid. 3.1 ; ATF 129 II 497 [505] consid. 2.2 et jurisprudence citée (ATF 127 I 54 consid. 1b ; ATF 124 I 48 [51] consid. 3a ; ATF 122 I 53 [55] consid. 4a et les références citées) ; ATF 126 V 130 [131] consid. 2b ; ATF 124 V 180 [181] consid. 1a.

⁶⁹³ ATF 132 V 373.

⁶⁹⁴ Arrêt 8C_120/2009 du 3 février 2010 ; ATF 129 II 497 [504] consid. 2.2 ; ATF 127 I 54 [56] consid. 2b ; ATF 127 III 576 [578] consid. 2c ; ATF 126 V 130, consid. 2a.

⁶⁹⁵ ATF 121 V 150 [154-155] consid. 5b.

⁶⁹⁶ ALBERTINI, p. 280 et n. 125.

⁶⁹⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, p. 606, n° 1323.

sur quelles bases légales l'assureur allait statuer, lorsque la situation juridique a changé ou lorsque le pouvoir d'appréciation est particulièrement étendu⁶⁹⁸.

Le contenu et la portée du droit d'être entendu ont été précisés par le Tribunal fédéral dans une abondante jurisprudence. Cette dernière fait l'objet d'une présentation succincte et respecte la systématique retenue par la LPGA. Nous aborderons successivement :

- l'instruction de la demande,
- l'expertise,
- la forme et le contenu de la décision et de la décision sur opposition,
- la consultation du dossier,
- la violation du droit d'être entendu et sa réparation.

2.1. Instruction de la demande

Déterminante dans l'établissement du droit aux prestations, la phase de la procédure qui correspond à l'instruction de la demande réserve une large place au droit d'être entendu. La jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral permet de dégager les principes généraux suivants :

2.1.1. Instruction de la demande par l'assureur

Lorsqu'il est saisi d'une demande formulée par l'assuré, l'assureur doit prendre d'office les mesures d'instruction nécessaires et recueillir les renseignements dont il a besoin (art. 43 al. 1 LPGA).

L'administration doit établir les faits avant la remise de la décision⁶⁹⁹. Elle ne peut différer cette obligation jusqu'au prochain stade de la procédure : l'opposition. Cette dernière ne peut conduire qu'à des investigations complémentaires qui s'imposent après la prise de position de l'assuré⁷⁰⁰. Comme l'a rappelé le Tribunal fédéral dans une jurisprudence constante, l'un des buts essentiels de la procédure d'opposition est de décharger les tribunaux⁷⁰¹. L'assuré est tenu de collaborer à l'instruction de l'affaire⁷⁰².

Lorsque le dossier ne contient pas de données suffisantes, l'administration peut requérir un entretien avec l'assuré. Cette audition entre dans le cadre de l'instruction du dossier. Elle ne saurait être rattachée au droit d'être entendu de l'assuré⁷⁰³.

⁶⁹⁸ ATF 127 V 431 [435] consid. 2b/cc ; ALBERTINI, p. 221, 297 et 303ss ; KIESER, ATSG- Kommentar, p. 535, n° 15.

⁶⁹⁹ KIESER, ATSG-Kommentar, p. 539, n° 30.

⁷⁰⁰ ATF 132 V 368 [375] consid. 6.2.

⁷⁰¹ ATF 132 V 368 [374] consid. 5 ; SVR 2005 AHV N° 9, consid. 1.3.1 ; ATF 125 V 188 [191] consid. 1c.

⁷⁰² ATF 125 V 193 [195] consid. 2.

⁷⁰³ ATF 132 V 368 [374] consid. 5 ; Arrêt C 279/03 du 30 septembre 2005.

A teneur de l'article 57a LAI, l'office AI communique à l'assuré, au moyen d'un préavis « toute décision finale qu'il entend prendre au sujet d'une demande de prestations ou au sujet de la suppression ou de la réduction d'une prestation déjà allouée. L'assuré a le droit d'être entendu, conformément à l'art. 42 LPGA ». Selon l'article 73^{bis} RAI toutefois, cette procédure de préavis « ne porte que sur les questions qui relèvent des attributions des offices AI au sens de l'article 57 al. 1 let. a à d, LAI⁷⁰⁴ ». Dans la mesure où ces dispositions excluent les décisions relatives aux prestations de l'AI rendues par les caisses de compensation (art. 60 al. 1 let. b LAI), l'assuré peut-il faire valoir son droit d'être entendu lorsque l'office AI entend réduire sa rente d'invalidité à titre rétroactif, suite à un nouveau calcul du revenu déterminant ? Dans un récent arrêt⁷⁰⁵, et après avoir établi que l'article 73^{bis} RAI est conforme à la loi, le Tribunal fédéral a rappelé qu'il convient de distinguer l'obligation faite à l'assurance de rendre un préavis d'une part, et le droit d'être entendu d'autre part. Il s'ensuit que ce droit doit également être accordé lorsque la procédure du préavis n'est pas prévue⁷⁰⁶.

Le Tribunal fédéral avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur ce principe avant l'entrée en vigueur de la LPGA. Dans une affaire relative à la rétrocession de prestations complémentaires, le Tribunal fédéral avait été amené à examiner une législation cantonale, en l'occurrence celle du canton de Schwyz. Dans sa loi relative aux prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI⁷⁰⁷ et dans son ordonnance d'application⁷⁰⁸, le canton de Schwyz n'avait prévu aucune disposition concernant le droit d'être entendu. En revanche, il l'avait inscrit dans la réglementation cantonale de la procédure administrative, tout en l'excluant expressément pour les décisions rendues en matière d'assurances sociales⁷⁰⁹. Le Tribunal fédéral a déclaré cette disposition non conforme à la Constitution fédérale, dans la mesure où elle empêche l'assuré de faire valoir ses arguments avant que la décision soit rendue⁷¹⁰. Comme le relève le Tribunal fédéral, un tel droit s'avère particulièrement important lorsque l'assuré est appelé à restituer des prestations ou lorsqu'il est suspendu dans son droit⁷¹¹.

L'assureur peut se prononcer en l'état du dossier ou clore l'instruction et refuser d'entrer en matière si l'assuré ou d'autres requérants refusent, notamment, de collaborer à l'instruction (art. 43 al. 3, 1^{ère} phrase LPGA). L'assureur doit alors

⁷⁰⁴ Le libellé de l'art. 73^{bis} RAI est partiellement erroné. Dans sa teneur au 1^{er} janvier 2008, l'art. 57 al. 1 let. a et b LAI concerne la mise en œuvre de la détection précoce, la détermination, la surveillance et la mise en œuvre des mesures d'intervention précoce. Les attributions des offices AI (qui concernent la procédure de préavis) figurent à l'art. 57 al. 1 let. c à f LAI. L'art. 73^{bis} RAI n'a manifestement pas été adapté à la nouvelle teneur de l'art. 57 LAI, introduite par la 5^e révision LAI.

⁷⁰⁵ ATF 134 V 97.

⁷⁰⁶ ATF 134 V 97 [107] consid. 2.8.2.

⁷⁰⁷ Gesetz über Ergänzungsleistungen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 17. September 1965 (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007).

⁷⁰⁸ Vollzugsverordnung vom 21. Dezember 1970 (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2007).

⁷⁰⁹ § 1 Abs. 3 lit. c Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974 (abrogé par une révision du 24 octobre 2007).

⁷¹⁰ Arrêt P 38/02 du 4 mai 2004, consid. 4.2 ; SVR 2003 EL N° 3.

⁷¹¹ Pour l'assurance-chômage : ATF 126 V 130.

suivre une procédure écrite de mise en demeure, dans laquelle un délai de réflexion convenable est imparti à l'assuré (art. 43 al. 3, 2^e phrase).

2.1.2. Instruction de la demande par le tribunal cantonal des assurances (art. 61 LPGA)

La procédure devant le tribunal cantonal des assurances est réglée par le droit cantonal, sous réserve de l'article 1 al. 3 PA⁷¹². L'article 61 LPGA fixe un certain nombre de conditions que doit respecter la législation cantonale. Le tribunal cantonal doit ainsi établir les faits déterminants pour la solution du litige avec la collaboration des parties, administrer les preuves nécessaires et les apprécier librement (let. c). Le Tribunal fédéral a précisé que le devoir d'instruction persiste « jusqu'à ce que les faits nécessaires à l'examen des prestations en cause soient suffisamment élucidés »⁷¹³. La non-observation des exigences posées à l'article 61 LPGA constitue une violation du droit fédéral au sens de l'article 95 let. a LTF⁷¹⁴.

Tout comme l'assureur, le juge peut renoncer à certains actes d'instruction sans que cela entraîne une violation de la maxime inquisitoire ou une violation du droit d'être entendu. Ainsi que le rappelle le Tribunal fédéral, ces deux questions n'ont pas de portée propre par rapport au grief tiré d'une mauvaise appréciation des preuves⁷¹⁵. Dans la mesure où il est convaincu, « en se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves [...] que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation [...] »⁷¹⁶, le juge peut décider de ne pas mettre en œuvre une instruction supplémentaire⁷¹⁷. Une telle manière de procéder ne saurait violer le droit d'être entendu au sens de l'article 29 al. 2 Cst. La jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst⁷¹⁸ est toujours applicable⁷¹⁹.

⁷¹² Art. 1 al. 3 PA : « Seuls les art. 34 à 38 et 61 al. 2 et 3, concernant la notification des décisions, et l'art. 55 al. 2 et 4 concernant le retrait de l'effet suspensif, s'appliquent à la procédure devant les autorités cantonales de dernière instance qui ne statuent pas définitivement en vertu du droit public fédéral. Est réservé l'art. 97 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants relatif au retrait de l'effet suspensif pour les recours formés contre les décisions des caisses de compensation ».

⁷¹³ Arrêt 9C_1012/2008 du 30 juin 2009, consid. 3.2.1 et jurisprudence citée (Arrêt 8C_364/2007 du 19 novembre 2007, consid. 3.2).

⁷¹⁴ Arrêt 9C_937/2008 du 23 mars 2009, consid. 3 et jurisprudence citée (Arrêt 9C_802/2008 du 22 décembre 2008, consid. 1.1).

⁷¹⁵ Arrêt 9C_619/2009 du 9 décembre 2009, consid. 3 ; ATF 130 II 425 [429] consid. 2.1 ; ATF 119 Ib 492 [505] consid. 5b/bb.

⁷¹⁶ Arrêt 9C_699/2009 du 24 février 2010, consid. 4.2. et jurisprudence citée (SVR 2001 IV N° 10) ; Arrêt 9C_777/2008 du 18 juin 2009, consid. 2.2.

⁷¹⁷ Arrêt 9C_561/2009 du 14 janvier 2010, consid. 5.2 ; Arrêt 9C_619/2009 du 9 décembre 2009, consid. 1.2 ; Arrêt I 39/07 du 16 janvier 2008, consid. 3.2 (et références) ; Arrêt 9C_102/2007 du 25 février 2008, consid. 3 ; Arrêt 8C_364/2007 du 19 novembre 2007, consid. 3.2 ; Arrêt 9C_222/2007 du 25 juillet 2007, consid. 4. ATF 124 V 90 [94] consid. 4b ; ATF 122 V 157 [162] consid. 1d.

⁷¹⁸ ATF 104 V 209 [210, 211] let. a.

⁷¹⁹ Arrêt 8C_979/2008 du 1^{er} juillet 2009, consid. 5.4 et jurisprudence citée (ATF 131 I 153 consid. 3, p. 157, 124 V 90 consid. 4b, p. 94 ; Arrêt 8C_218/2008 consid. 6.3) ; Arrêt 9C_328/2009 du 8 septembre 2009,

Dans la mesure où il est tenu d'établir les faits, le juge cantonal peut entériner une décision de révision rendue à tort « pour le motif substitué que la décision de rente initiale était sans nul doute erronée » et pour autant que sa rectification revête une importance notable⁷²⁰. L'assuré doit cependant avoir la possibilité de se prononcer sur la substitution de motifs avant que le juge statue⁷²¹.

Un droit de réplique est reconnu aux parties dans la procédure judiciaire⁷²². A cet effet, un délai raisonnable doit être accordé à la partie concernée⁷²³. Sous réserve d'une disposition de procédure prévoyant expressément une telle obligation, le tribunal n'est pas tenu de notifier la fin de la procédure d'instruction. Cependant, « les exigences du droit d'être entendu ne sont pas respectées si le tribunal communique une prise de position (ou une pièce nouvelle) à une partie, mais lui signifie dans le même temps que l'échange d'écriture est terminé, privant ainsi la partie de toute possibilité de présenter ses observations »⁷²⁴. De même, le Tribunal fédéral reconnaît une violation du droit fédéral lorsque l'autorité cantonale statue sur la base d'un dossier incomplet⁷²⁵ ou refuse de prendre en considération une évaluation des compétences professionnelles que l'assuré invoque spécifiquement dans sa réplique⁷²⁶.

En revanche, un tribunal qui, après fixation d'un délai, écarte le dossier en raison d'une réponse au recours tardive ne viole ni l'article 29 al. 2 Cst ni les exigences de l'article 61 LPGA⁷²⁷.

En ce qui concerne plus spécifiquement l'objet du litige, le Tribunal fédéral a admis que le tribunal cantonal est habilité à statuer sur le droit à la rente sans attendre l'issue de la mesure d'aide au placement, les deux mesures étant indépendantes l'une de l'autre. L'assuré ne peut, en pareille circonstance, se prévaloir d'une violation du droit d'être entendu⁷²⁸.

consid. 2.2 ; Arrêt 9C_694/2007 du 10 décembre 2007, consid. 3.1 ; Arrêt I 369/02 du 28 avril 2003, consid. 3.3.

⁷²⁰ Arrêt 8C_1027/2009 du 17 août 2010, consid. 2.2 ; ATF 125 V 368 [369] consid. 2.

⁷²¹ Arrêt 8C_1027/2009 du 17 août 2010, consid. 2.2 ; Arrêt 9C_262/2009 du 22 janvier 2010, consid. 3 ; Arrêt 9C_562/2008 du 3 novembre 2008, consid. 2.2 et jurisprudence citée (ATF 125 V 368 consid. 4a et b, p. 370; ATF 128 V 272 consid. 5b/bb p. 278). ; ATF 128 V 272 [278] consid. 5b/bb ; ATF 125 V 368 [369] consid. 2.

⁷²² Arrêt 9C_797/2009 du 29 décembre 2009, consid. 2.1 ; ATF 133 I 98 [99, 100], consid. 2.1, [102], consid. 4.3-4.6).

⁷²³ Arrêt 9C_705/2009 du 21 décembre 2009, consid. 1.2.1.

⁷²⁴ Arrêt 9C_699/2009 du 24 février 2010, consid. 2.2 ; Arrêt 9C_705/2009 du 21 décembre 2009, consid. 1.2.2 ; ATF 132 I 42 [46] consid. 3.3.2 (et références).

⁷²⁵ Arrêt 9C_866/2009 du 23 février 2010, consid. 2 (in casu : deux pièces n'avaient pas été classées au dossier « par inadvertance »).

⁷²⁶ Arrêt 8C_1082/2009 du 8 mars 2010, consid. 2.2.

⁷²⁷ ATF 133 V 196 [197] consid. 1.

⁷²⁸ Arrêt 9C_393/2008 du 27 janvier 2009, consid. 2.

2.2. Expertise

Elément central dans la procédure d'appréciation du cas, et tout particulièrement dans la détermination de l'incapacité de travail et de l'incapacité de gain, l'expertise médicale fait l'objet de l'article 44 LPGA qui concrétise, en l'étendant, le principe contenu à l'article 29 al. 2 Cst⁷²⁹. La jurisprudence rendue avant l'adoption de la LPGA avait permis de préciser la portée du droit d'être entendu dans la mise en œuvre d'une expertise (par l'assureur, voire par les tribunaux). Les récents arrêts du Tribunal fédéral⁷³⁰ clarifient un certain nombre de questions et soulèvent également quelques problèmes tenant, notamment, à l'indépendance des médecins experts employés par les structures internes à l'assurance. Après une brève présentation des principes généraux, nous examinerons la délicate question de l'appréciation des preuves.

2.2.1. Principes généraux

Dans la mesure où ils sont raisonnablement exigibles, les examens médicaux peuvent être imposés à l'assuré (art. 43 al. 2 LPGA). A teneur de l'article 44 LPGA, l'assureur est tenu de communiquer aux parties le nom de l'expert indépendant qu'il a mandaté. De leur côté, les parties « peuvent récuser l'expert pour des raisons pertinentes et présenter des contre-propositions » (art. 44, 2^e phrase LGA).

La distinction entre les motifs de récusation découle d'une interprétation de l'article 44 LPGA dont le texte (« raisons pertinentes ») est formulé de manière plus large que dans d'autres dispositions portant, elles aussi, sur la récusation⁷³¹. Ainsi, selon l'article 36 al. 1 LPGA, « 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 ». Quant à l'article 10 al. 1 PA, il prévoit que « les personnes appelées à rendre ou à préparer la décision doivent se récuser :

- a. si elles ont un intérêt personnel dans l'affaire ;
- b. si elles sont le conjoint ou le partenaire enregistré d'une partie ou mènent de fait une vie de couple avec elle ;
- b^{bis} si elles sont parentes ou alliées d'une partie en ligne directe, ou jusqu'au troisième degré en ligne collatérale ;
- c. si elles représentent une partie ou ont agi dans la même affaire pour une partie ;
- d. si, pour d'autres raisons, elles pourraient avoir une opinion préconçue dans l'affaire ».

Pour une partie de la doctrine, le libellé de l'article 44 LPGA est non seulement source d'inéquité, mais en plus il va à l'encontre des principes retenus dans la LPGA elle-même et dans la réglementation de la procédure administrative⁷³². Pour le Tribunal fédéral, il convient de distinguer les motifs de récusation de nature formelle

⁷²⁹ WIEDERKEHR, p. 1142 et n. 32.

⁷³⁰ Pour un aperçu des arrêts récents, voir : CATTANEO, Les expertises.

⁷³¹ MEYER-BLASER, Das medizinische Gutachten, p. 107 et 111, n. 80.

⁷³² WIEDERKEHR, p. 1148 et n. 73 ; KIESER, ATSG-Kommentar, p. 567, n° 15.

qui correspondent au contenu des articles 10 PA et 36 al. 1 LPGA et les motifs de récusation de nature matérielle qui portent généralement sur la personne de l'expert. Cette distinction est déterminante pour l'ouverture d'une voie de droit en cas de récusation d'un expert.

Dans un arrêt rendu avant l'adoption de la LPGA concernant un cas d'application de l'article 73^{bis} RAI (audition de l'assuré), dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, le Tribunal fédéral avait déclaré que la mise en œuvre d'une expertise par l'office cantonal de l'assurance-invalidité n'avait pas le caractère de décision⁷³³. Cette jurisprudence avait alimenté d'importantes critiques tenant notamment au droit d'être entendu⁷³⁴. Le tribunal des assurances du canton de St-Gall s'était du reste ouvertement distancé de la position du Tribunal fédéral quelques mois après son jugement au motif, notamment, que le report du droit d'être entendu serait assorti de graves insuffisances (« gravierende Unzulänglichkeiten »)⁷³⁵.

L'entrée en vigueur de la LPGA était-elle susceptible de modifier la situation ? Dans l'appréciation critique de la jurisprudence, à laquelle il s'était livré en 2001, KIESER⁷³⁶ soutenait que les juges fédéraux seraient amenés à changer leur position, dans la mesure où les dispositions régissant l'expertise dans l'assurance-invalidité devraient être examinées à la lumière de deux dispositions :

- l'article 49 al. 1 LPGA (décision) qui impose à l'assureur de rendre par écrit une décision portant, notamment, sur « des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord » ;
- l'article 51 al. 2 LPGA (procédure simplifiée) qui permet à l'assuré d'exiger qu'une décision soit rendue.

Statuant sur un cas d'assurance-invalidité, le Tribunal fédéral a confirmé le fait que la mise en œuvre d'une expertise par l'assureur social (au sens de l'article 44 LPGA) ne revêt pas le caractère de décision⁷³⁷. Il a toutefois admis qu'il en allait autrement lorsque l'expert est contesté. Dans ce cas, l'assureur est tenu de rendre une décision incidente susceptible d'être attaquée de façon indépendante, dans la mesure où les objections de l'assuré concernent des motifs de récusation de nature formelle. Les autres objections, de nature matérielle, doivent être prises en considération dans le cadre de l'appréciation des preuves⁷³⁸.

Lorsque l'assuré soutient que l'expertise demandée par l'assureur n'est pas nécessaire (en tant que « second opinion »), il ne peut exiger que l'assureur rende une décision fondée sur l'application des articles 55 al. 1 LPGA et 25a PA⁷³⁹. C'est

⁷³³ ATF 125 V 401.

⁷³⁴ KIESER, *Verfahrensfragen*, p. 149, p. 151-157.

⁷³⁵ Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen, *Entscheid vom 28. September 2000 (IV 1999/203)*, cité par WIEDERKEHR, p. 1139 et n. 3; KIESER, *Verfahrensfragen*, p. 144.

⁷³⁶ KIESER, *Verfahrensfragen*, p. 158-159.

⁷³⁷ ATF 132 V 93 [100] consid. 5.

⁷³⁸ ATF 132 V 93 [106] consid. 6.1, [108, 109] consid. 6.5.

⁷³⁹ Art. 25a PA :

^{fbis}. Décision relative à des actes matériels

¹ Toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations:

le principe qu'a retenu le Tribunal fédéral dans un arrêt récent⁷⁴⁰ qui lui a permis de préciser la portée de l'article 25a PA⁷⁴¹.

Ces règles sont-elles également applicables lorsque l'expertise est confiée à un centre ou une institution spécialisée, tels que les Centres d'observation médicale de l'assurance-invalidité (COMAI) ? A teneur de l'article 72^{bis} RAI, ces centres, qui font l'objet de conventions avec l'OFAS, sont chargés de « procéder aux examens médicaux permettant d'apprécier le droit aux prestations ». Leur organisation, leurs tâches et le remboursement de leurs frais sont réglés par l'OFAS.

Dans sa lettre-circulaire du 11 mai 2006, l'OFAS relevait que l'article 44 LPGA ne s'appliquant pas aux expertises effectuées dans un COMAI, les motifs de récusation et de refus ne pouvaient être allégués que dans le cadre de l'appréciation des preuves⁷⁴². Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral a précisé que, contrairement à ce que soutient l'OFAS, les droits de participation doivent également être respectés lors d'une expertise confiée à un COMAI. Dans ce cas également, les noms des experts appelés à se prononcer doivent être communiqués à l'assuré avant la date de l'expertise, afin que ce dernier puisse, le cas échéant, faire part de ses objections⁷⁴³. En ce sens, le contenu de la lettre-circulaire de l'OFAS n'était donc pas conforme au droit⁷⁴⁴.

Le Tribunal fédéral avait déjà eu l'occasion de se prononcer, en 1997, sur la question de l'indépendance des COMAI. Il avait estimé que ces structures – alors nouvelles dans le cadre de l'assurance-invalidité – satisfaisaient au critère d'indépendance et rejeté la critique relative à un manque d'objectivité des médecins employés par ces centres⁷⁴⁵.

Un problème particulier se pose avec les services médicaux régionaux (SMR). A teneur de l'article 59 al. 2^{bis} LAI, ces services « sont à la disposition des offices AI pour évaluer les conditions médicales du droit aux prestations. Ils établissent les capacités fonctionnelles de l'assuré, déterminantes pour l'AI conformément à l'article 6 LPGA, à exercer une activité lucrative ou à accomplir ses travaux

a. s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir ou les révoque;

b. élimine les conséquences d'actes illicites;

c. constate l'illicéité de tels actes.

² L'autorité statue par décision.

⁷⁴⁰ ATF 136 V 156.

⁷⁴¹ ATF 136 V 156 [159-160] consid. 4 (avec références aux avis divergents en doctrine).

⁷⁴² Lettre-circulaire n° 237, Convocation à une expertise médicale, du 11 mai 2006, p. 2 : <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/2366/lang:fre/category:35> (31.07.2011).

⁷⁴³ ATF 132 V 376 [386] consid. 8.4 ; SVR 2007 IV N° 48, consid. 5.1.

⁷⁴⁴ ATF 132 V 376 [385-387] consid. 8.4 et 9. La Circulaire sur la procédure dans l'assurance-invalidité (CPAI), dans sa teneur au 1^{er} avril 2011, précise les droits de l'assuré tels que définis par le TF au moment de la mise en œuvre de l'expertise (nos 2078-2079, p. 40-41) : <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/206/lang:fre/category:34> (31.07.2011).

Voir également : Arrêt I 843/06 du 12 octobre 2007, consid. 9.

⁷⁴⁵ ATF 123 V 175 [176] consid. 3d : « Die Tatsache allein, dass der befragte Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, lässt nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit schliessen ».

habituels dans une mesure qui peut être raisonnablement exigée de lui. Ils sont indépendants dans l'évaluation médicale des cas d'espèce »⁷⁴⁶.

Dans la mesure où l'article 44 LPGa concerne les expertises confiées à « un expert indépendant », doit-on admettre que la procédure prévue dans cette disposition concerne également le SMR ? Dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral s'est penché sur la signification du mot « indépendant » figurant à l'article 44 LPGa. S'agit-il d'un expert extérieur à l'assurance (« versicherungsextern ») ou d'un expert indépendant dans l'appréciation médicale du cas (« unabhängig im medizinischen Sachentscheid im Einzelfall ») ? Après avoir examiné le contenu des travaux parlementaires relatifs à l'article 44 LPGa⁷⁴⁷ et comparé le SMR avec le service médical de la CNA⁷⁴⁸, le Tribunal fédéral a conclu que l'article 44 LPGa ne saurait s'appliquer aux expertises internes à l'assurance. L'assuré ne peut donc exiger la communication du nom du médecin rattaché au SMR ni faire valoir un droit à la récusation de l'expert concerné⁷⁴⁹.

Dans un jugement rendu le 25 janvier 2010, le Tribunal fédéral a établi que les avis médicaux demandés par la CNA aux médecins de la Clinique de réadaptation de Bellikon (dont elle est propriétaire) ne constituent pas des expertises de spécialistes indépendants. L'article 44 LPGa ne s'appliquant pas dans une telle situation, l'assuré ne saurait invoquer le droit d'être entendu⁷⁵⁰. En revanche, la CNA ne peut ordonner une expertise médicale aux médecins traitants à l'insu de l'assuré. Pareille démarche viole le droit d'être entendu et, notamment, le droit à la liberté personnelle⁷⁵¹.

L'assuré peut-il alors invoquer un droit formel à la mise en œuvre d'une expertise auprès de médecins indépendants ? Le Tribunal fédéral a clairement répondu par la négative, relevant que les articles 4 Cst et 6 § 1 CEDH ne permettent de « déduire aucun droit de caractère formel à la mise en œuvre d'expertises confiées à des médecins indépendants de l'institution d'assurance lorsque le litige concerne des prestations »⁷⁵².

S'il peut émettre des objections quant au choix de l'expert, l'assuré ne peut imposer un expert de son choix⁷⁵³ ni s'exprimer préalablement sur les questions posées à

⁷⁴⁶ Pour une critique du libellé de la disposition relative à l'indépendance de l'évaluation médicale, voir : AGIER/AYER, p. 59.

⁷⁴⁷ ATF 135 V 254 [258] consid. 3.4.1.

⁷⁴⁸ ATF 135 V 254 [260] consid. 3.4.2 ; ATF 123 V 331.

⁷⁴⁹ ATF 135 V 254 [260] consid. 3.5.

⁷⁵⁰ ATF 136 V 117 [124] consid. 4.

⁷⁵¹ ATF 136 V 117 [125-126] consid. 4.2.2.1 : « Die Anordnung einer medizinischen Begutachtung ohne der versicherten Person Gelegenheit zu geben, zur Notwendigkeit und Zumutbarkeit Stellung zu nehmen, beschlägt den in Art. 10 Abs. 2 BV (vgl. Auch Art. 8 EMRK) gewährleisteten Anspruch auf persönliche Freiheit. Zu dessen Schutzbereich gehört insbesondere das Recht auf physische und psychische Unversehrtheit respektive Integrität (vgl. BGE 130 I 369 E. 2 S. 373 mit Hinweisen ; 127 I 6 E. 5a S. 13; siehe zu Art. 4 aBV : BGE 118 IA 427 E. 4b S. 434 mit Hinweisen). Die Anordnung medizinischer Untersuchungen an einer Person greift zweifellos in dieses Recht ein (...) ».

⁷⁵² ATF 135 V 465 [469] consid. 4.3.2 ; ATF 122 V 157.

⁷⁵³ RAMA 1998 U 309, p. 457 [460] consid. 4b.

l'expert par l'administration⁷⁵⁴. En revanche, lorsqu'elle entend adresser un questionnaire complémentaire à l'expert, l'institution d'assurance est tenue d'en informer l'assuré et de lui donner la possibilité de poser des questions, même si la décision ultérieure peut faire l'objet d'une procédure d'opposition⁷⁵⁵.

En revanche, l'assuré ne peut invoquer le droit de se faire assister d'un avocat lors de la mise en œuvre d'une expertise⁷⁵⁶.

De manière générale, l'assurance n'est pas tenue de rédiger des communications internes dans la langue officielle utilisée dans les relations avec l'administré (art. 70 Cst)⁷⁵⁷. En revanche, elle est en principe tenue, sur demande de l'assuré, de prévoir une expertise dans un centre d'observation médicale où l'on s'exprime dans l'une des langues officielles de la Confédération qu'il maîtrise. A défaut, l'intéressé a le droit non seulement d'être assisté par un interprète lors des examens médicaux mais encore d'obtenir gratuitement une traduction du rapport d'expertise du COMAI⁷⁵⁸.

La question centrale de l'indépendance des experts et de la reconnaissance – ou de la négation – du droit de faire valoir un motif de récusation avant la mise en œuvre de l'expertise a des conséquences importantes dans la phase ultérieure de la procédure : l'appréciation des preuves.

2.2.2. Appréciation des preuves

Une des premières questions qui peut se poser une fois les résultats de l'expertise connus est de savoir si l'assureur a le droit de solliciter un deuxième avis lorsque le contenu du rapport d'expertise ne lui convient pas. Le Tribunal fédéral a répondu que l'obligation, faite à l'assureur, de prendre les mesures d'instruction nécessaires à l'appréciation du cas ne lui confère pas un tel droit, dans la mesure toutefois où le rapport médical « traite de manière complète et circonstanciée des points litigieux, se fonde sur des examens complets, prend également en considération les plaintes exprimées par la personne examinée, a été établi en pleine connaissance de l'anamnèse et contient une description du contexte médical et une appréciation de la situation médicale claires, ainsi que des conclusions dûment motivées de l'expert »⁷⁵⁹. Lorsque ces conditions sont remplies, l'assuré ne peut pas non plus invoquer le droit de solliciter une nouvelle expertise⁷⁶⁰. En revanche, s'il est d'avis que la deuxième expertise s'avère inutile, il peut refuser de s'y soumettre. Aucun

⁷⁵⁴ ATF 133 V 446 [447] consid. 7 ; Arrêt 9C_617/2008 du 6 août 2009, consid. 3.2.1.

⁷⁵⁵ ATF 136 V 113.

⁷⁵⁶ ATF 132 V 443.

⁷⁵⁷ ATF 131 V 35.

⁷⁵⁸ ATF 127 V 219 [226, 227] consid. 2b/bb.

⁷⁵⁹ Arrêt 9C_1012/2008 du 30 juin 2009, consid. 3.2.2 ; Arrêt 9C_937/2008 du 23 mars 2009, consid. 3 ; ATF 125 V 351 [352] consid. 3a.

⁷⁶⁰ Arrêt 9C_1012/2008 du 30 juin 2009, consid. 3.2.2.

désavantage ne pourra découler de ce refus, dans la mesure où le tribunal constatera l'inutilité de cette deuxième expertise⁷⁶¹.

L'article 61 LPGa, qui règle la procédure devant le tribunal cantonal, prévoit notamment que ce dernier :

- administre les preuves nécessaires et les apprécie librement (let. c, 2^e phrase) ;
- n'est pas lié par les conclusions des parties et peut réformer la décision attaquée au détriment du recourant ou accorder plus que le recourant n'avait demandé. Il doit alors donner aux parties l'occasion de se prononcer ou de retirer le recours (let. d).

Le choix de privilégier l'avis d'un médecin par rapport à l'avis d'un autre médecin relève de la libre appréciation des preuves⁷⁶². Le Tribunal fédéral a opéré quelques distinctions intéressantes à cet égard.

S'agissant des expertises sollicitées auprès d'un expert indépendant (art. 44 LPGa), le Tribunal fédéral leur reconnaît une pleine valeur probante et ne s'écarte pas des conclusions formulées par les experts sans motif impératif⁷⁶³.

Il en va différemment des rapports internes, à savoir ceux qui sont effectués par un médecin exerçant son activité dans un service de l'assurance (CNA) ou dans un SMR. Les rapports rédigés dans le cadre d'un SMR au sens de l'article 49 al. 2 RAI ne sont formellement pas des expertises. Pour leur accorder une valeur probante comparable à celle qui est reconnue aux expertises, le Tribunal fédéral pose des exigences accrues. Certes, comme il le rappelle, le fait que ces rapports émanent d'un médecin interne au système ne peut suffire à mettre leur objectivité en doute. Toutefois, l'appréciation de ces derniers doit être fondée sur des critères rigoureux et une expertise externe doit être mise en oeuvre « si des doutes, mêmes faibles, subsistent quant à la fiabilité et à la pertinence des constatations médicales effectuées à l'interne »⁷⁶⁴. Un tribunal cantonal ne peut donc se contenter de renvoyer aux réflexions du SMR pour motiver son jugement lorsqu'il existe des divergences médicales sur le taux d'invalidité⁷⁶⁵. En revanche, la qualité d'expertise peut être reconnue à un rapport émanant d'un SMR et portant sur les capacités fonctionnelles d'un assuré, même si les médecins de ce service n'ont procédé à aucun examen personnel de l'intéressé⁷⁶⁶.

Les documents que l'assuré peut fournir, au nom de « l'égalité des armes »⁷⁶⁷, à l'encontre des conclusions de l'expertise interne à l'assurance sont fréquemment élaborés par le médecin traitant ou d'autres professionnels qui se trouvent dans un rapport contractuel avec l'assuré. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que

⁷⁶¹ ATF 136 V 156 [158] consid. 3.3 (et références).

⁷⁶² Arrêt 9C 842/2007 du 5 août 2008, consid. 3 ; ATF 125 V 351 [352] consid. 3a.

⁷⁶³ ATF 125 V 351 [352] consid. 3b/aa ; sur la valeur probante des expertises : ATF 134 V 231 [232] consid. 5.1 (et références).

⁷⁶⁴ ATF 135 V 465 [regeste] ; ATF 122 V 157 [162] consid. 1d.

⁷⁶⁵ SVR 2010 IV N° 8.

⁷⁶⁶ SVR 2009 IV N° 56.

⁷⁶⁷ L'égalité des armes résulte du droit à un procès équitable garanti par l'art. 29 al. 1 Cst et l'art. 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (ATF 127 V 219 [225] consid. 2a).

les rapports émanant de ces médecins ne satisfont pas aux critères d'objectivité requis et ne remplissent pas les conditions posées pour la prise en considération d'une expertise⁷⁶⁸. Le tribunal n'en est pas moins tenu de procéder à une appréciation des documents fournis par l'assuré et d'examiner en particulier si leur teneur est susceptible de mettre en doute, sur des points litigieux importants, les conclusions de l'expert mandaté par l'assurance ou le tribunal⁷⁶⁹.

Dans les distinctions opérées entre les questions de fait et les questions de droit, le Tribunal fédéral a rappelé que l'appréciation concrète des preuves est une question de fait, alors que « l'application du principe inquisitoire et des règles sur la libre appréciation des preuves au sens de l'art. 61 let. c LPGA, ainsi que le respect du devoir en découlant de procéder à une appréciation complète, rigoureuse et objective des rapports médicaux en relation avec leur contenu relèvent du droit »⁷⁷⁰.

2.3. Forme et contenu de la décision et de la décision sur opposition

Sous réserve de la procédure simplifiée à laquelle il peut recourir dans des circonstances légalement prescrites (art. 51 LPGA)⁷⁷¹, l'assureur est tenu de rendre une décision écrite (art. 49 al. 1 LPGA⁷⁷²) contenant l'indication des voies de droit (art. 49 al. 3, 1^{ère} phrase LPGA) et dûment motivée dans la mesure où elle ne fait pas entièrement droit aux demandes des parties (art. 49 al. 3, 2^e phrase LPGA).

A l'exception des décisions d'ordonnement de la procédure, les décisions peuvent faire l'objet d'une opposition auprès de l'assureur qui les a rendues (art. 52 al. 1 LPGA)⁷⁷³. Les modalités de l'opposition sont précisées dans l'Ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA)⁷⁷⁴. Ainsi, l'assureur n'est pas lié par les conclusions de l'opposant et peut modifier la décision à l'avantage ou au détriment de ce dernier (art. 12 al. 1 OPGA). Dans cette dernière hypothèse toutefois, l'assureur doit donner à l'assuré la possibilité de retirer son opposition (art. 12 al. 2 OPGA). Le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion de préciser que l'assureur ne peut rendre une décision en reconsidération (*reformatio in peius*), puis rayer l'opposition du rôle en se référant à la décision initiale qui n'existerait plus, faute d'objet. Ce faisant, l'assureur échappe au double devoir d'information qui lui est dévolu par l'article 12 OPGA⁷⁷⁵.

⁷⁶⁸ ATF 125 V 351 [352] consid. 3a.

⁷⁶⁹ ATF 135 V 465 [471] consid. 4.6 ; ATF 125 V 351.

⁷⁷⁰ Arrêt 9C_619/2009 du 9 décembre 2009, consid. 1.2 ; ATF 132 V 393 [397] consid. 3.2.

⁷⁷¹ L'assureur ne peut toutefois choisir cette procédure lorsqu'il suspend la prise en charge du traitement médical et le versement de l'indemnité journalière dans le cadre d'une liquidation du cas (ATF 132 V 412).

⁷⁷² Le TFA a précisé que, à défaut d'une concrétisation plus précise dans l'art. 49 al. 1 LPGA, la notion de décision correspond à celle de l'art. 5 al. 1 PA (ATF 130 V 388).

⁷⁷³ ATF 131 V 42 [45] consid. 2.1 : « Il s'agit de décisions incidentes que le législateur a soustraites à la procédure d'opposition, afin d'éviter des retards excessifs dans le déroulement de la procédure (UELI KIESER, ATSG-Kommentar 2003, n. 18 ad art. 52; FF 1999 4261) ». In casu : décision d'irrecevabilité qui sanctionne le refus de collaborer.

⁷⁷⁴ RS 830.11.

⁷⁷⁵ ATF 131 V 414 [416] consid. 1.

Après que l'assuré a formé son opposition, l'assureur rend, « dans un délai approprié », une décision sur opposition dûment motivée et contenant l'indication des voies de recours (art. 52 al. 2 LPGA). La décision sur opposition remplace la décision précédente. Elle n'est cependant pas de nature cassatoire, dans le sens où elle ne peut se limiter à annuler la décision en raison de la nécessité d'une instruction complémentaire. Le dossier doit être complété et la décision sur opposition doit mettre fin à l'instance⁷⁷⁶.

A teneur de l'article 49 al. 3 LPGA, la décision doit être motivée. Selon la jurisprudence, l'assureur ne doit pas se prononcer sur chaque fait et chaque prétention⁷⁷⁷. En revanche, la motivation doit être énoncée de telle manière que l'assuré sache sur quels faits l'administration a fondé sa décision⁷⁷⁸.

La motivation de la décision est un élément fondamental du droit d'être entendu. Dans une jurisprudence rendue avant l'entrée en vigueur de la LPGA et concernant la procédure d'audition de l'assuré dans l'assurance-invalidité, le Tribunal fédéral a rappelé que l'office AI était tenu d'indiquer, dans sa décision, « les motifs pour lesquels il n'admet pas ces objections ou n'en tient pas compte »⁷⁷⁹. Dans une affaire plus récente, le Tribunal fédéral a admis que l'office AI est tenu de mentionner, dans sa décision de refus de prestation, les bases qu'il a utilisées pour la comparaison des revenus. L'omission de cette mention « constitue incontestablement un défaut de motivation et, partant, une violation du droit d'être entendu »⁷⁸⁰.

Lorsqu'il entend faire valoir un défaut de motivation de la décision rendue par l'assurance, l'assuré doit démontrer que l'appréciation a été faite en violation du droit ou de manière manifestement erronée⁷⁸¹.

La possibilité de régler le cas par une transaction est prévue à l'article 50 LPGA. L'alinéa 3 de cette disposition précise que la transaction peut s'appliquer non seulement au stade de la décision, mais également à la procédure d'opposition et à la procédure de recours. Le contenu de la transaction doit être notifié par une décision écrite sujette à recours (art. 50 al. 2 LPGA). Selon le Tribunal fédéral, une entente entre assurés et assureurs (dans le cadre d'une procédure de recours) est non seulement admissible en cas de litiges portant sur des prestations d'assurances sociales, mais également lorsque les parties ont des prétentions réciproques (prestations et cotisations)⁷⁸².

⁷⁷⁶ ATF 131 V 407 [413, 414] consid. 2.2.

⁷⁷⁷ Arrêt 9C_723/2007 du 10 septembre 2008, consid. 3.4.1 et jurisprudence citée (ATF 133 III 439 [445] consid. 3.3).

⁷⁷⁸ Arrêt 8C_40/2010 du 5 mars 2010, consid. 3.2 ; ATF 134 I 83 [88] consid. 4.1 : « Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Sie hat ihre Überlegungen der Partei gegenüber namhaft zu machen und sich dabei ausdrücklich mit den (entscheidswesentlichen) Einwänden auseinanderzusetzen oder aber zumindest die Gründe anzugeben, weshalb sie gewisse Gesichtspunkte nicht berücksichtigen kann ».

⁷⁷⁹ Arrêt 1 606/2004 du 13 janvier 2005, consid. 4 ; ATF 124 V 180 [183] consid. 2b ;

⁷⁸⁰ Arrêt 9C_701/2009 du 1^{er} mars 2010, consid. 2.3.

⁷⁸¹ Arrêt 9C_189/2009 du 30 juin 2009, consid. 4.

⁷⁸² ATF 131 V 417.

2.4. Consultation du dossier

Dans son projet de loi fédérale, la Société suisse de droit des assurances avait prévu la disposition suivante : « Les intéressés ont le droit de consulter les pièces. Les intérêts privés dignes d'être protégés de l'assuré, de ses proches et de l'employeur, ainsi que les intérêts publics, doivent être sauvegardés. Le Conseil fédéral définit le cercle des intéressés et règle la procédure » (art. 54 P-LPGA)⁷⁸³. Au cours de ses travaux, le Parlement a ajouté une disposition concernant la transmission du dossier au médecin et adapté son contenu aux nouvelles normes relatives à la protection des données, introduites dans les assurances sociales⁷⁸⁴.

Rattaché au droit d'être entendu, le droit de consulter le dossier fait l'objet de l'article 42 LPGA⁷⁸⁵. Sa teneur est la suivante :

«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 ».

Sans entrer dans un commentaire détaillé de cette disposition, nous relèverons quelques particularités qui concernent directement le sujet de notre étude :

Au nombre des « parties » légalement autorisées à faire valoir un droit à la consultation du dossier (al. 1 let. c), il convient d'inclure les institutions de prévoyance⁷⁸⁶ dans la mesure où ces dernières disposent d'une voie de droit (art. 49 al. 4 LPGA), notamment contre les décisions de l'assurance-invalidité⁷⁸⁷. L'accès au dossier est également ouvert aux membres de famille ou aux employeurs qui en feraient la demande⁷⁸⁸.

L'article 47 al. 2 LPGA correspond à une ancienne disposition de la LAA (art. 98a al. 2). Il tend à préserver la personne concernée de la prise de connaissance de données qu'il serait inacceptable, voire irresponsable, de lui transmettre. Si l'accès direct aux données entraîne un préjudice, la responsabilité de l'assureur est engagée (art. 78 LPGA).

⁷⁸³ Rapport sur une partie générale, p. 76.

⁷⁸⁴ KIESER, ATSG-Kommentar, p. 592-593, n° 1. Les articles 32 et 33 LPGA ont également fait l'objet d'une adaptation.

⁷⁸⁵ Sur la relation avec l'article 42, voir : KIESER, ATSG-Kommentar, p. 593, n° 2.

⁷⁸⁶ Pour la question de l'application de la LPGA à la LPP, voir Introduction ch. 3.1.

⁷⁸⁷ ATF 120 V 106 [108] consid. 3b.

⁷⁸⁸ KIESER, ATSG-Kommentar, p. 598, n° 17.

Telle que réglementée dans le cadre de l'article 47 LPGa, la consultation du dossier doit être distinguée de l'accès aux données prévu à l'article 8 de la loi fédérale sur la protection des données (LPD)⁷⁸⁹. L'article 47 LPGa s'applique exclusivement dans le cas d'une procédure en matière d'assurances sociales. Des différences plus ou moins importantes existent entre les deux régimes, notamment en ce qui concerne le cercle des personnes concernées, la notion d'intérêt, le mode de communication, le lieu et le coût de la consultation⁷⁹⁰. En revanche, le contenu de l'article 47 al. 2 LPGa, concernant la transmission de données à un médecin, reprend – en la précisant – la teneur de l'article 8 al. 3 LPD.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur le sens et le contenu du droit à la consultation du dossier. Sa jurisprudence peut être résumée, dans les grandes lignes, de la manière suivante.

Le droit de consulter le dossier porte sur les documents qui sont pris en considération pour la détermination du droit de l'assuré. L'administration ne saurait toutefois refuser l'accès à certains documents au motif que ces derniers ne joueraient aucun rôle dans le contenu de la décision. Comme le rappelle le Tribunal fédéral, il appartient à l'assuré de se déterminer sur le caractère relevant des pièces en question⁷⁹¹.

L'accès au dossier étant accordé suite à la demande de l'assuré, il s'ensuit que l'assureur est tenu d'informer ce dernier lorsque de nouvelles pièces essentielles – qu'il ne connaissait ou ne pouvait pas connaître – sont versées au dossier⁷⁹². Dans une affaire jugée avant l'entrée en vigueur de la LPGa, le Tribunal fédéral avait déjà clairement établi que l'autorité (en l'occurrence l'office AI) ne saurait refuser de communiquer une copie du rapport d'expertise établi par un COMAI à un assuré qui n'est pas représenté par un avocat, tout en lui accordant une autorisation de consulter le dossier à son siège. Une telle pratique n'est pas compatible avec les principes qui régissent la communication de données dans les assurances sociales⁷⁹³.

En revanche, le droit de consulter le dossier au sens de l'article 47 LPGa ne porte pas sur les pièces « internes » à l'assurance. Comme l'a rappelé le Tribunal fédéral, il ne peut être exigé que toute réflexion ou prise de position interne soit consignée dans un document au sens formel. Il s'ensuit qu'aucune violation du droit ne peut être reprochée à une administration (en l'occurrence un office AI) qui n'aurait pas documenté le processus de réflexion l'amenant à renoncer à une nouvelle expertise⁷⁹⁴.

Pour que le droit de consulter le dossier puisse être exercé et permette à l'assuré d'intervenir de manière pertinente dans la procédure, il importe que l'assureur tienne effectivement un dossier dans lequel sont consignés tous les renseignements et données nécessaires à la gestion du cas. La gestion des documents fait l'objet d'une disposition spécifique dans la LPGa, ainsi libellée : « Lors de chaque procédure relevant des assurances sociales,

⁷⁸⁹ RS 235.1.

⁷⁹⁰ Sur les différences entre la réglementation de la LPGa et celle de la LPD, voir : KIESER, ATSG-Kommentar, p. 592-593, n° 1.

⁷⁹¹ ATF 132 V 387 [389] consid. 3.2 ; Arrêt 2A.444/1995 du 13 août 1996.

⁷⁹² ATF 132 V 387 [391] consid. 6.2 (et doctrine citée) ; ATF 115 V 297 [302] consid. 2e.

⁷⁹³ ATF 127 V 219 [222] consid. 1b.

⁷⁹⁴ SVR 2007 IV N° 48, consid. 3.4.

l'assureur enregistre de manière systématique tous les documents qui peuvent être déterminants » (art. 46). Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a précisé que la gestion des documents au sens de l'article 46 LPGa impliquait l'obligation, pour l'assureur, de consigner l'ensemble des documents, et notamment les courriers échangés avec les experts et les personnes auprès desquelles il a recueilli des renseignements⁷⁹⁵.

Dans la jurisprudence qu'il avait rendue avant l'entrée en vigueur de la LPGa, le Tribunal fédéral avait déjà eu l'occasion d'apporter des précisions importantes. Il avait ainsi établi qu'une note sommaire versée au dossier, suite à une procédure d'audition, était insuffisante⁷⁹⁶. L'autorité administrative doit donc tenir un procès-verbal détaillé⁷⁹⁷. Le respect des procédures relatives à l'établissement et à la conservation des pièces, également imposé par l'article 6 § 1 CEDH, est seul à même de garantir, à l'assuré, l'exercice de son droit d'être entendu⁷⁹⁸. Il concerne non seulement les parties impliquées à la procédure, mais également les juges appelés à statuer⁷⁹⁹.

Enfin, les parties ont en principe le droit d'assister à l'audition de témoins. Lorsque la déposition du témoin est faite par écrit, les parties doivent avoir la possibilité, à leur demande, de poser ou faire poser des questions complémentaires aux témoins⁸⁰⁰.

Enfin, l'assuré n'a pas à supporter les conséquences d'une absence de preuve en ce qui concerne la sauvegarde du délai si l'assureur omet de joindre une enveloppe au dossier, en violation de son obligation⁸⁰¹.

2.5. Violation du droit d'être entendu et réparation

Comme déjà relevé précédemment⁸⁰², le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel⁸⁰³. Sa violation entraîne, en principe, l'annulation du jugement attaqué⁸⁰⁴. Peu importe l'influence que le droit d'être entendu aurait eue, dans le cas concret, s'il avait pu être exercé⁸⁰⁵. Le respect du droit d'être entendu pose une question de droit que le juge voit librement.

⁷⁹⁵ Arrêt 8C_63/2009 du 25 janvier 2010, consid. 2 ; Arrêt 8C_727/2009 du 19 novembre 2009, consid. 3.2 ; ATF 135 V 194 [196] consid. 3.1.

⁷⁹⁶ ATF 119 V 208 [214] consid. 4c. Cas d'assurance militaire fondé sur l'art. 11 al. 1 LAM, alors en vigueur, qui exigeait que le contenu d'une audition fasse l'objet d'un procès-verbal.

⁷⁹⁷ ATF 129 I 85 [89] consid. 4.2.

⁷⁹⁸ ATF 124 V 389 [391] consid. 4a ; ATF 117 V 282 [285] consid. 4c.

⁷⁹⁹ ATF 124 V 389 [391] consid. 4a.

⁸⁰⁰ ATF 124 V 90 [93] consid. 4.

⁸⁰¹ ATF 124 V 372 [376] consid. 3b.

⁸⁰² Voir Partie II chap. 1 ch. 1.1.

⁸⁰³ ATF 118 V 311 [314] consid. 3c.

⁸⁰⁴ ATF 134 V 97 [108] consid. 2.9.2 ; Arrêt 8C_577/2008 du 7 novembre 2008, consid. 4.6.

⁸⁰⁵ ATF 132 V 387 [390] consid. 5.1 ; ATF 127 V 431 [437] consid. 3 d/aa.

2.5.1. Violation du droit d'être entendu

Les critères développés par la jurisprudence du Tribunal fédéral permettent de distinguer les situations dans lesquelles une violation du droit d'être entendu ne saurait être invoquée par l'assuré et celles dans lesquelles une telle violation est constatée.

Ainsi qu'il a été relevé précédemment⁸⁰⁶, aucune violation du droit d'être entendu ne peut être retenue si l'assureur (ou le juge) décide de trancher sur la base des informations en sa possession et qu'il est en mesure d'attester que la production d'autres éléments de preuve ne permettrait pas de modifier la position actuelle⁸⁰⁷.

De même, aucune violation du droit d'être entendu n'est reconnue si l'on ne peut reprocher, à l'administration, qu'une seule lacune dans l'instruction du dossier. Le dossier doit donc être retourné à l'administration pour ce seul motif⁸⁰⁸.

En revanche, le défaut de motivation d'un jugement cantonal constitue, en principe, une violation du droit d'être entendu⁸⁰⁹. Une telle violation ne sera toutefois pas retenue si le contenu du jugement, tout en étant succinct, permet à l'assuré « de saisir la portée de l'acte attaqué et de recourir à bon escient »⁸¹⁰.

A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral a relevé que, sous couvert d'une violation du droit d'être entendu, le recourant reproche implicitement, à l'administration ou aux juges, d'avoir ignoré certains faits ou d'avoir procédé à une appréciation arbitraire de ces derniers sans pour autant démontrer en quoi les faits auraient été appréciés d'une manière manifestement inexacte⁸¹¹. Le cas est alors jugé par le Tribunal fédéral sous l'angle de l'arbitraire, conformément à sa jurisprudence constante. L'appréciation peut être qualifiée d'arbitraire « lorsqu'elle est manifestement insoutenable, en contradiction avec le dossier ou contraire au sens de la justice et de l'équité ou encore lorsque le juge a interprété les pièces du dossier de manière insoutenable, a méconnu des preuves pertinentes ou s'est fondé exclusivement sur une partie des moyens de preuve »⁸¹².

Dans le régime de l'assurance-invalidité, les litiges portant sur une appréciation arbitraire concernent essentiellement les expertises médicales. Dans un grand nombre de cas, le Tribunal fédéral a écarté le grief d'une constatation manifestement inexacte ou incomplète des faits invoqué par l'assuré, au motif que celui-ci se contentait de

⁸⁰⁶ Voir Partie II chap. 2 ch. 2.1.2.

⁸⁰⁷ ATF 124 V 90 [94] consid. 4b.

⁸⁰⁸ ATF 132 V 368 [374] consid. 5 : « Kommt die Verwaltung ihrer Pflicht zur Abklärung des Sachverhalts nicht oder nicht genügend nach, kann die Sache aus diesem Grund und nicht wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs an sie zurückgewiesen werden. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor Verfügungserlass kann der Verwaltung [...] nicht vorgeworfen werden ».

⁸⁰⁹ ATF 133 III 439 [445] consid. 3.3.

⁸¹⁰ Arrêt 9C_180/2008 du 29 octobre 2008, consid. 3.

⁸¹¹ Arrêt 9C_111/2009 du 21 juillet 2009, consid. 2.3.2 ; Arrêt 9C_985/2008 du 20 juillet 2009, consid. 2.2 ; Arrêt 9C_180/2008 du 29 octobre 2008, consid. 3.

⁸¹² Arrêt 9C_48/2009 du 1^{er} octobre 2009, consid. 2.1 et jurisprudence citée (ATF 134 V 53 consid. 4.3 p. 62, ATF 120 Ia 31 consid. 4b p. 40, ATF 118 Ia 28 consid. 16 p. 30) ; Arrêt 8C_40/2010 du 5 mars 2010, consid. 1.

souligner les conclusions contradictoires entre le rapport d'expertise (ou le rapport du SMR) et le certificat de son médecin traitant. Pour le Tribunal fédéral, cette contestation implicite de la valeur probante du rapport d'expertise ne peut suffire à fonder un grief de violation des règles de procédure⁸¹³. Dans d'autres cas, en revanche, le Tribunal fédéral a retenu une violation du droit d'être entendu et une violation de la maxime inquisitoire. Un certain nombre de situations concernent la prise en considération incomplète, par le tribunal cantonal, de pièces médicales (moyens de preuve) fournies après la décision, mais portant sur des faits survenus antérieurement⁸¹⁴.

Le Tribunal fédéral a considéré qu'un assuré ne peut invoquer pour la première fois devant l'instance fédérale une violation du droit d'être entendu lorsqu'il s'est rendu, sans contestation aucune, à un examen médical ordonné par l'assurance-invalidité, quand bien même cet examen s'est déroulé dans un centre d'expertise « où l'on ne s'exprime pas nécessairement dans l'une des langues officielles de la Confédération que l'assuré maîtrise » mais où il a eu l'occasion de s'exprimer dans sa langue maternelle⁸¹⁵.

Le droit d'être entendu ne saurait être imposé à l'assuré qui renonce sciemment à s'en prévaloir⁸¹⁶. L'assuré peut donc renoncer à exercer son droit, par exemple en refusant le renvoi du litige à l'office AI⁸¹⁷. La renonciation au droit d'être entendu doit être clairement distinguée d'une situation dans laquelle la violation du droit d'être entendu pourrait être constatée. Seule cette dernière peut être réparée à certaines conditions⁸¹⁸.

Enfin, dans la mesure où l'assuré aurait pu invoquer une violation du droit d'être entendu dans une phase antérieure de la procédure, une révision procédurale – au sens de l'article 53 LPG – ne saurait entrer en considération⁸¹⁹.

2.5.2. Réparation

La violation du droit d'être entendu doit en principe entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond⁸²⁰.

Le Tribunal fédéral admet toutefois que cette violation peut être réparée, pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière ou ne relève pas d'une pratique

⁸¹³ A titre d'exemple : Arrêt I 720/06 du 30 mai 2007, consid. 5.3.

⁸¹⁴ A titre d'exemple : Arrêt 9C_537/2009 du 1^{er} mars 2010, consid. 3.2. et 3.3.

⁸¹⁵ Arrêt I 790/02 du 2 juillet 2003, consid. 2.2.

⁸¹⁶ SVR 2003 IV N° 13, consid. 2.2. et jurisprudence citée (ATF 116 V 32 consid. 3 ; ATF 101 Ia 313 consid. 2b et les références).

⁸¹⁷ SVR 2003 IV N° 13, consid. 2.

⁸¹⁸ Voir Partie II chap. 2 ch. 2.5.2.

⁸¹⁹ SVR 2003 IV N° 10.

⁸²⁰ ATF 132 V 387 [390] consid. 5.1 ; ATF 124 V 431 [437] consid. 3d/aa ; ATF 105 IA 193 [197] consid. 2b/cc.

courante⁸²¹ et que l'assuré ait la possibilité de faire valoir ses arguments devant une instance disposant des pleins pouvoirs d'examen⁸²².

La réparation doit cependant rester l'exception⁸²³, dans la mesure où elle n'apporte qu'une compensation partielle de l'omission du droit d'être entendu⁸²⁴.

Le Tribunal fédéral a ainsi admis une possibilité de réparation devant l'instance cantonale de recours dans une situation où une assurée a été privée de son droit de se prononcer sur le rapport du COMAI, sur l'enquête ménagère et sur les questions posées à l'expert en vue d'un rapport complémentaire demandé par l'office AI⁸²⁵.

S'agissant d'un jugement rendu par le Tribunal administratif fédéral, le Tribunal fédéral a confirmé la possibilité d'une réparation devant cette autorité, dans la mesure où elle a plein pouvoir d'examen : « En considérant que le vice avait été en tout état de cause guéri, les premiers juges n'ont [...] pas violé le droit fédéral »⁸²⁶.

Lorsque l'autorité cantonale n'a pas respecté le droit d'être entendu – ou ne l'a pas réparé au cours de la procédure – et dans la mesure où les juges fédéraux n'ont pas plein pouvoir d'examen, certains litiges donnent lieu en revanche à une annulation du jugement et au renvoi de la cause à la juridiction cantonale. Tel est notamment le cas lorsque l'instruction s'est terminée sans que l'assuré ait pu déposer une nouvelle détermination par rapport à une écriture de l'autre partie⁸²⁷. Tel est également le cas lorsque la motivation fournie par le tribunal cantonal est insuffisante en regard de la complexité de la situation⁸²⁸ ou lorsque le tribunal cantonal prend en considération les seuls rapports médicaux concernant des problèmes somatiques à l'exclusion des documents concernant les problèmes psychiques de l'assuré⁸²⁹, ou encore lorsqu'il refuse d'entrer en matière sur un rapport d'expertise alors que l'état de l'assuré s'est aggravé⁸³⁰.

La violation du droit d'être entendu ne peut pas non plus être réparée lorsque le juge cantonal ne donne pas la possibilité, à l'assuré, de se prononcer sur la substitution de motifs qu'il entend invoquer pour fonder sa position⁸³¹.

⁸²¹ Arrêt I 211/06 du 22 février 2007, consid. 4 ; ATF 124 V 180 [183] consid. 4 ; ATF 116 V 182 [187] consid. 3c.

⁸²² Arrêt 9C_1016/2009 du 3 mars 2010, consid. 2.4 ; SVR 2003, IV N° 13 ; ATF 127 V 431 [437] consid. 3d/aa.

⁸²³ ATF 134 V 97 [108] consid. 2.9.2 ; Arrêt I 548/01 du 24 juillet 2002 ; ATF 124 V 180 [183] consid. 4a ; SVR 1996 IV N° 98 ; Arrêt I 223/96 du 26 août 1996 ; ATF 120 V 81 [83] consid. 2a ; ATF 118 V 311 [315] consid. 3c ; ATF 116 V 182 [187] consid. 3c ; ATF 116 28 [32] consid. 3.

⁸²⁴ ATF 116 V 182 [187] consid. 3c ; ATF 105 Ia 193 197 consid. 2b/cc.

⁸²⁵ Arrêt 9C_617/2008 du 6 août 2009, consid. 3.2.3 ; Arrêt 9C_127/2007 du 12 février 2008.

⁸²⁶ Arrêt 9C_701/2009 du 1^{er} mars 2010, consid. 2.3.

⁸²⁷ ATF 132 V 387 [390] consid. 5.1 ; Arrêt 9C_797/2009 du 29 décembre 2009, consid. 2.3.

⁸²⁸ Arrêt I 81/07 du 8 janvier 2008, consid. 6.3.

⁸²⁹ Arrêt 9C_355/2008 du 23 septembre 2008, consid. 3.3 ; Arrêt I 81/07 du 8 janvier 2008, consid. 6.4.

⁸³⁰ Arrêt 9C_537/2009 du 1^{er} mars 2010, consid. 3.3.

⁸³¹ Arrêt 8C_1027/2009 du 17 août 2010, consid. 2.2 ; Arrêt 9C_262/2009 du 22 janvier 2010, consid. 4. Voir également Partie II chap 2 ch. 2.1.2.

Les exemples retenus pour illustrer l'importante question de la réparation ne sauraient rendre compte de la très riche casuistique en la matière⁸³². Ils permettent cependant, avec les autres situations exposées qui traitent des différentes composantes du droit d'être entendu, de formuler une appréciation critique de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral.

2.6. Appréciation critique

Un premier constat s'impose après un examen de la jurisprudence rendue en matière de droit d'être entendu : les litiges soumis au Tribunal fédéral concernent essentiellement le régime de l'assurance-invalidité, et plus spécifiquement la question des rentes d'invalidité.

Un deuxième constat peut être formulé : le droit d'être entendu, tel qu'interprété par le Tribunal fédéral, pose des problèmes particulièrement importants dans trois phases spécifiques de la procédure : l'opposition, l'expertise et la réparation. On relèvera que la suppression de l'opposition dans l'assurance-invalidité n'a pas été soumise à l'examen du Tribunal fédéral. Cela tient probablement au fait que le droit d'être entendu est reconnu dans le cadre de la procédure de préavis, voire même en l'absence de cette dernière⁸³³.

Etape importante dans la procédure, l'**opposition** a donné lieu à de nombreux commentaires, souvent critiques. Alors que certains auteurs souhaitaient son introduction dans les assurances sociales (avant l'adoption de la LPGA)⁸³⁴, KIESER a émis d'importantes réserves⁸³⁵. Prévue à l'article 30 al. 2 let. b PA, l'opposition est, pour certains, un instrument adéquat pour traiter des décisions « de masse ». En l'introduisant dans les régimes d'assurances sociales, le législateur aurait omis de considérer que, dans ce domaine, les décisions visent des cas particuliers qui requièrent un établissement des faits approfondi avant qu'une décision puisse être rendue.

Une critique plus fondamentale découle du contenu de l'article 42 al. 2 LPGA, dans la mesure où il permet de différer le droit d'être entendu à la phase de l'opposition. Destinataire de la décision, l'assuré se trouve dans une position relativement difficile. Non seulement, il doit faire valoir son point de vue, mais il doit en outre attaquer le contenu de la décision. La procédure est plus formelle que la procédure dans l'audition préalable. Certains auteurs soulignent, du reste, que lorsqu'elle a pris position sous forme d'une décision, l'administration éprouve généralement quelques difficultés, « psychologiquement », à faire marche arrière⁸³⁶. Pour KIESER, seule la procédure d'audition préalable permet à l'assuré d'exercer véritablement son droit d'être entendu⁸³⁷. Cet auteur n'hésite du reste pas à soutenir que l'introduction de l'article 42 al. 2 LPGA a non seulement entraîné une péjoration de la situation dans la plupart des assurances sociales, mais elle a également

⁸³² Pour un examen approfondi de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral, voir : MÜLLER/SCHEFER, p. 855-858.

⁸³³ ATF 134 V 97 [106] consid. 2.7.

⁸³⁴ KNEUBÜHLER, p. 108, n. 69 (et références).

⁸³⁵ KIESER, ATSG-Kommentar, p. 653-654, n^{os} 7-8.

⁸³⁶ ALBERTINI, p. 317 ; COTTIER, p. 9 ; ZIMMERLI, p. 332.

⁸³⁷ KIESER, ATSG-Kommentar, p. 653, n^o 3.

contribué à atténuer sensiblement la portée du droit d'être entendu⁸³⁸. L'économie procédurale, souvent invoquée pour justifier le report du droit d'être entendu au stade de l'opposition, ne recueille pas une grande approbation dans la doctrine. Plusieurs auteurs ont exprimé leurs doutes et leurs réserves⁸³⁹.

L'**expertise** occupe une place importante dans l'instruction du dossier. Elle peut s'avérer cruciale pour la détermination de l'incapacité de travail ou de gain. La grande majorité des arrêts examinés concerne l'assurance-invalidité et porte du reste sur cette question. Certains problèmes découlent de l'interprétation que fait le Tribunal fédéral des articles 44 et 55 al. 1 LPGA (en relation avec les articles 19 PA et 57 al. 2 PCF)⁸⁴⁰. La jurisprudence examinée précédemment a permis d'établir que l'assuré ne peut se prévaloir d'un droit à formuler des questions avant que l'expertise soit mise en œuvre. Certes, et ainsi que le relève le Tribunal fédéral, les droits des assurés sont préservés dans la mesure où ces derniers peuvent se prononcer sur le contenu de l'expertise dans une étape ultérieure de la procédure. Par ailleurs, et comme le mentionne expressément le Tribunal fédéral, l'article 44 LPGA n'exclut pas que l'assureur donne, à l'assuré, la possibilité de s'exprimer préalablement à la mise en œuvre de l'expertise. Une telle participation de l'assuré est du reste souhaitable dans la mesure où elle permet de faciliter l'acceptation ultérieure de l'expertise et de la décision rendue par l'assureur⁸⁴¹.

Ces arguments semblent convaincants. Ils sont cependant controversés. Très critique sur la position soutenue par les juges fédéraux, GÄCHTER considère ainsi que l'arrêt « litigieux » rendu le 23 juillet 2007⁸⁴² s'inscrit dans la droite ligne d'autres jugements livrés l'année précédente⁸⁴³ et contribue, de manière notoire, à renforcer l'administration dans la phase d'instruction du dossier⁸⁴⁴.

La procédure de **réparation**, qui permet de ne pas tirer les conséquences d'une violation du droit d'être entendu (annulation de la décision ou du jugement attaqué), soulève indéniablement des problèmes importants. Bien que le Tribunal fédéral ait établi des critères relativement stricts quant aux conditions qui permettent d'admettre une réparation, il n'en demeure pas moins que cette procédure revient à faire perdre un degré de juridiction⁸⁴⁵. Cette critique est identique à celle qui est émise à l'encontre du report du droit d'être entendu (de la décision à l'opposition) et cela ne saurait surprendre. Dans ce cas également, une étape est « sautée ». Si elle devait être appliquée de manière trop large, la réparation pourrait ainsi rapidement vider le droit d'être entendu de son contenu⁸⁴⁶.

Les difficultés auxquelles est confronté l'assuré qui « bénéficie » d'une réparation ont été amplement documentées. Nous retiendrons ici la double contrainte à laquelle il est soumis. Il

⁸³⁸ KIESER, ATSG-Kommentar, p. 537, n° 23 et 25.

⁸³⁹ ALBERTINI, p. 316 ; GÄCHTER, p. 101 ; KIESER, ATSG-Kommentar, p. 540, n° 33.

⁸⁴⁰ Une partie des problèmes liés à l'expertise (valeur probante, indépendance des experts) est traitée dans les conclusions.

⁸⁴¹ LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, p. 447.

⁸⁴² ATF 133 V 446.

⁸⁴³ ATF 132 V 93 ; ATF 132 V 387.

⁸⁴⁴ GÄCHTER, p. 101.

⁸⁴⁵ AUBERT/MAHON, p. 269, n° 7 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, p. 391-392 ; ALBERTINI, p. 462 ; KNEUBÜHLER, p. 108 ; ZIMMERLI, p. 32.

⁸⁴⁶ ALBERTINI, p. 464.

ne peut se contenter de faire valoir ses propres arguments, mais il est également tenu de se prononcer sur la position de l'instance précédente. En dépit des critiques soulevées en doctrine, la réparation est largement utilisée en pratique. ALBERTINI et KNEUBÜHLER relèvent ainsi, non sans pertinence, qu'il existe peu de domaines juridiques dans lesquels on peut noter un tel écart entre la jurisprudence et la doctrine⁸⁴⁷.

La question de la réparation ne peut être séparée du caractère formel que revêt le droit d'être entendu. Et la contradiction – pour ne pas dire la tension – qui existe entre ce caractère formel et la réparation est indéniable. Peut-on (doit-on) pour autant remettre en question le caractère formel du droit d'être entendu ? A cette question, SEILER répond par l'affirmative. A l'encontre de la doctrine majoritaire, qui rattache le droit d'être entendu à la dignité humaine et à la liberté personnelle⁸⁴⁸, SEILER invoque plusieurs arguments lui permettant de nier le caractère formel de ce droit :

- le caractère formel du droit d'être entendu n'a pas été étayé de manière convaincante par le Tribunal fédéral. Ce dernier a fondé sa position sur une jurisprudence ancienne⁸⁴⁹, sans apporter de nouveaux arguments déterminants ;
- le droit positif exclut le caractère formel du droit d'être entendu. Ainsi, l'article 49 al. 3 LPGA prévoit que « la notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour l'intéressé ». Elle ne prévoit nullement l'annulation d'une décision rendue sans que l'assuré ait été entendu⁸⁵⁰. De même, l'article 97 al. 1 LTF intitulé « établissement inexact des faits » prévoit, à l'alinéa 1, que « le recours ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ». En entérinant ce libellé, le législateur fédéral se serait définitivement distancié du caractère formel du droit d'être entendu⁸⁵¹.

Ces arguments conduisent SEILER à réfuter un caractère formel au droit d'être entendu⁸⁵².

Quelles conséquences tire l'auteur de sa remise en question du caractère formel du droit d'être entendu ? Emboîtant le pas à la doctrine majoritaire et dans la ligne de la jurisprudence, SEILER reconnaît que la violation du droit d'être entendu ne saurait entraîner des désavantages pour l'intéressé. Cependant, la pratique actuelle de renvoi à l'autorité inférieure s'avère inutile voire arbitraire, génère des retards inacceptables et tend trop souvent à « discipliner » les autorités inférieures. Il importe donc d'examiner la situation à l'aune de la causalité et de réserver l'annulation de la décision ou du jugement de l'instance inférieure aux seuls cas où la causalité s'avère déterminante⁸⁵³. Une telle pratique satisfait

⁸⁴⁷ ALBERTINI, p. 463 ; KNEUBÜHLER, p. 109.

⁸⁴⁸ Voir Partie II chap. 1 ch. 1.1.

⁸⁴⁹ ATF 64 I 145 [148] consid. 2 ; SEILER, p. 378 et n. 13 à 19.

⁸⁵⁰ SEILER, Natur des rechtlichen Gehörs, p. 378.

⁸⁵¹ SEILER, Justizsystem, p. 167 et n. 21.

⁸⁵² SEILER, Natur des rechtlichen Gehörs, p. 381 : « die Auffassung, der Anspruch auf rechtliches Gehör sei formeller Natur, kann nicht aufrechterhalten werden. Sie führt zu unnötigen, sinn- und zwecklosen und damit verfassungswidrigen Verzögerungen. Rechtsstaatliche Überlegungen sprechen gegen die formelle Natur ».

⁸⁵³ Voir à ce sujet les catégories et les schémas de fonctionnement procédural établis par SEILER, Natur des rechtlichen Gehörs, p. 385.

du reste à l'injonction contenue à l'article 29 al. 1 Cst : « Toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable ».

Dans un article plus récent, SEILER tente de démontrer l'impérieuse nécessité de se référer à certains principes économiques, en particulier à celui de l'utilité marginale (« Grenznutzung »⁸⁵⁴), dans le but d'optimiser – et non de maximiser – la protection juridictionnelle. Le système serait en passe d'atteindre la saturation. Le droit positif y contribue. A l'appui de ses propos, SEILER invoque notamment « l'absurdité » de la procédure retenue aux articles 3 et 4 OPGA. Consacrées à la restitution des prestations touchées à tort, ces deux dispositions prévoient, dans un premier temps, que l'obligation de restituer est « fixée par une décision » (art. 3 al. 1) puis, dans un deuxième temps, que la remise (dont les conditions sont expressément mentionnées) « fait l'objet d'une décision » (art. 4 al. 5). Qualifiant une telle procédure de thérapie occupationnelle pour la justice (Beschäftigungstherapie für die Justiz)⁸⁵⁵, SEILER dénonce les retards et les frais qui lui sont rattachés. Temps et coûts devraient être les deux paramètres utilisés pour évaluer les procédures et déterminer lesquelles sont acceptables. Il conviendrait, en définitive, de porter un regard critique sur le système et son fonctionnement et de questionner la pertinence de l'hégémonie que prétend avoir le système judiciaire par rapport à d'autres systèmes.

Répondant à ces réflexions et propositions, NOLL dénonce une certaine « codification économique du système juridictionnel » (« ökonomische Codierung des Justizsystems »)⁸⁵⁶. Pour cet auteur, le problème de la justice ne relève pas d'une inflation des procédures, mais d'un manque de contenu. Dans la fonction sociale qu'elle exerce, la justice se doit de *dire* le droit et non pas, seulement, de l'appliquer. Le principe de loyauté (« fairness ») doit être au cœur de son action.

Ces deux positions illustrent bien la tension qui existe entre la nécessité de garantir une procédure rapide et les intérêts des assurés. Cette tension est reconnue tant en doctrine⁸⁵⁷ que dans la jurisprudence⁸⁵⁸. Cependant, la négation du caractère formel du droit d'être entendu représente une étape ultérieure dans la fragilisation de la situation de l'assuré. Même si elle relève d'une recherche d'efficacité et d'économie de procédure, elle ne saurait être cautionnée.

⁸⁵⁴ SEILER, Justizsystem, p. 159-160.

⁸⁵⁵ SEILER, Justizsystem, p. 169.

⁸⁵⁶ NOLL, p. 558.

⁸⁵⁷ KNEUBÜHLER, p. 101, n. 19 ; FRANKHAUSER, p. 62 ; MEYER-BLASER, Das medizinische Gutachten, p. 105.

⁸⁵⁸ ATF 133 V 446 [449] consid. 7.4 : « Anzustreben ist ein vernünftiges Verhältnis zwischen den Mitwirkungs-rechten im Verwaltungsverfahren und dem Ziel einer raschen und korrekten Abklärung (vgl. BGE 132 V 93 E. 6.5 S. 109).

Conclusions

L'étude a été centrée sur les deux interrogations suivantes :

- Lorsqu'il est appliqué à la couverture du salaire en cas de maladie (LAMal), le principe de l'obligation de diminuer le dommage conduit-il à vider la notion d'incapacité de travail de son sens, tout en privant certains assurés de leur droit à l'indemnité journalière ?
- Lorsque son droit au versement de l'indemnité ne lui est pas reconnu (ou seulement partiellement), l'assuré peut-il bénéficier des garanties de procédure, et plus particulièrement du droit d'être entendu, tout au long de la procédure et plus particulièrement en ce qui concerne l'appréciation de son incapacité de travail ou de son incapacité de gain ?

Les recherches effectuées ont permis d'apporter les réponses et de formuler les appréciations suivantes :

1. Principe de l'obligation de diminuer le dommage

Depuis qu'il a retenu que l'obligation de diminuer le dommage était un principe général du droit des assurances sociales qui s'imposait même en l'absence d'une base légale formelle⁸⁵⁹, le Tribunal fédéral a développé une importante jurisprudence qui a permis de dégager, pour les confirmer ensuite, des critères sur lesquels peut se fonder la pratique. L'entrée en vigueur de la LPG, le 1^{er} janvier 2003, n'a pas modifié cette situation. Les principes fixés dans les arrêts antérieurs sont, dans l'ensemble, toujours applicables⁸⁶⁰.

Tel qu'appliqué par le Tribunal fédéral, le principe de l'obligation de diminuer le dommage conduit effectivement à priver la notion d'incapacité de travail de son sens. Alors que l'incapacité de courte durée ne pose pas de difficultés particulières, l'incapacité de « longue durée », au sens de l'article 6, 2^e phrase LPG, génère des problèmes qui comptent parmi les plus importants de cette étude. En effet, la durée de six mois, retenue en principe pour établir une incapacité de travail de « longue durée », représente une sorte de limite temporelle au-delà de laquelle, pourrait-on dire, tout bascule. De la notion d'incapacité de travail, on glisse inexorablement vers la notion d'incapacité de gain. Il serait du reste plus judicieux d'inverser ce processus et de dire qu'à partir de six mois, les critères et les méthodes d'évaluation propres à l'invalidité (et à l'incapacité de gain qui la sous-tend) font une incursion dans la notion d'incapacité de travail.

⁸⁵⁹ ATF 114 V 281.

⁸⁶⁰ ATF 130 V 343 ; MEYER-BLASER, Der Rechtsbegriff, p. 32.

Les problèmes essentiels peuvent être résumés ainsi :

a) Incapacité de travail de longue durée

Les travaux préparatoires de la LPGA ont été fondés sur une durée de « six mois ou plus » pour attester une incapacité de longue durée⁸⁶¹. Si cette durée semble respectée en pratique, elle est parfois réduite, contraignant ainsi l'assuré à chercher un emploi à un stade précoce de la maladie, et alors que l'incapacité de travail peut être totale et durable⁸⁶².

b) Délai imparti par l'assureur

Lorsque l'assureur a établi que, compte tenu de l'ensemble des circonstances, l'assuré peut être tenu de chercher un emploi adapté à son état de santé, il doit lui impartir un délai, fixé par la jurisprudence entre trois et cinq mois⁸⁶³. La lecture des arrêts rendus par le Tribunal fédéral montre qu'il n'est pas rare que les assureurs prolongent le délai lorsque l'assuré fait opposition à la décision de suppression des indemnités journalières. Une telle pratique ne manque pas d'interpeler quant aux motifs de la prolongation : réexamen approfondi du dossier ou mesure dissuasive (en regard d'un éventuel recours de l'assuré).

c) Critère de l'exigibilité

La notion d'exigibilité qui est mobilisée dans l'examen de l'incapacité de travail et de l'activité attendue est identique, dans son contenu et sa portée, à celle qu'utilise l'assurance-invalidité dans l'application du principe de l'auto-réadaptation et dans l'évaluation du taux d'invalidité⁸⁶⁴. Bien que l'assurance-maladie ne fonde aucun droit à une protection de la profession⁸⁶⁵, il est demandé à l'assuré, d'un point de vue objectif et subjectif, qu'il recherche une nouvelle activité professionnelle six mois seulement après le début de l'incapacité de travail⁸⁶⁶. Un changement d'emploi, voire de condition (de salarié à indépendant) peut être exigé, au besoin en combinant une activité principale et une activité accessoire⁸⁶⁷.

⁸⁶¹ Rapport de la Commission du Conseil des Etats, 1990, p. 244 ; Rapport sur une partie générale, p. 39.

⁸⁶² Arrêt K 31/04 du 9 décembre 2004 (durée d'incapacité de travail réduite à trois mois alors que la personne concernée, indépendante et âgée de 52 ans, était durablement atteinte dans sa santé).

⁸⁶³ Arrêt 9C_595/2008 du 5 novembre 2008, consid. 5 ; Arrêt K 31/04 du 9 décembre 2004 ; ATF 129 V 460 [463] consid. 4.3 ; RAMA 2000 KV 112, p. 122 [123] consid. 3a ; Arrêt K 14/99 du 7 février 2000, consid. 3a ; RAMA 1989 K 812, p. 255 [256] consid. 2b ; ATF 111 V 235 [239] consid. 2a ; ATF 114 V 281 [283] consid. 1d [287] consid. 3d ; RAMA 1987 K 720, p. 105 [108] consid. 3 ; SVR 2001 KV N° 34 (TA GE).

⁸⁶⁴ Voir Partie I chap. 2 ch. 2.2.2 ; Partie I chap. 3 ch. 3.2.2.1 et 3.2.3.1.

⁸⁶⁵ EUGSTER, Zum Leistungsrecht, p. 511.

⁸⁶⁶ Voir Partie I chap. 2 ch. 2.2.2.3.

⁸⁶⁷ Voir notamment : Arrêt I 13/01 du 11 juillet 2001.

d) Evaluation du dommage résiduel

Le fait que l'assurance estime qu'une activité est exigible ne signifie pas encore qu'elle puisse interrompre le paiement de l'indemnité à l'échéance du délai imparti à l'assuré pour trouver un autre emploi. Lorsque le salaire tiré d'une autre activité s'avère inférieur à celui qui fait l'objet de la couverture d'assurance, l'assureur est tenu de couvrir le « dommage résiduel ». Concrètement, il doit déterminer le salaire hypothétique⁸⁶⁸.

Tous les principes retenus dans l'assurance-invalidité pour déterminer le salaire hypothétique et calculer le taux d'invalidité sont appliqués, pratiquement sans aucune nuance, dans le cadre de l'assurance-maladie : des abattements opérés sur le salaire hypothétique pour tenir compte de facteurs personnels au type de méthodes appliquées (comparaison de revenus), sans oublier l'arrondissement du montant au pourcent supérieur⁸⁶⁹, les similitudes sont frappantes. Elles ressortent clairement de la jurisprudence du Tribunal fédéral, notamment dans l'arrêt suivant qui porte sur la détermination du dommage résiduel : « C'est à bon droit que la juridiction cantonale a appliqué par analogie la méthode générale de la comparaison des revenus dès lors qu'il faut évaluer une incapacité de gain [...]. En l'occurrence, la variation par rapport à l'année 2006 est de 1.6% à l'instar de ce qu'a mentionné la recourante, ce qui donne un revenu annuel réalisable dans l'activité de substitution de 60'144 fr. au lieu de 59'197 fr. comme l'ont retenu les premiers juges »⁸⁷⁰.

Dans d'autres situations, le Tribunal fédéral reconnaît à l'assureur-maladie le droit d'utiliser les données en possession de l'assurance-invalidité, et notamment les conclusions auxquelles sont parvenus les experts qu'elle a mandatés. L'assureur-maladie peut donc retenir, par exemple, que l'assuré jouit d'une « capacité de travail d'au moins 80% dans une activité adaptée, sans port de charges et permettant une alternance des positions assis/debout, dans les secteurs de l'industrie légère, de l'artisanat ou du service après vente, telle qu'ouvrier d'usine, conducteur d'élévateur, magasinier ou encore concierge [...] »⁸⁷¹. Cela établi, l'assureur-maladie est en droit de mettre fin au paiement de l'indemnité journalière après le délai qu'il a fixé.

L'évaluation de la capacité résiduelle est au cœur de la problématique qui a fait l'objet de cette étude. L'application, dans l'appréciation de l'incapacité de travail, des principes permettant d'évaluer l'incapacité de gain s'avère problématique en regard de la notion de marché du travail. Seule l'assurance-invalidité peut prendre en considération la notion de « marché équilibré du travail » pour évaluer la capacité de gain résiduelle⁸⁷². Comme l'a relevé le Conseil fédéral lors des travaux d'adoption de la LPGA, « la situation du marché du travail constitue plutôt un critère de délimitation des responsabilités des différents assureurs (invalidité et chômage, par ex.). Il est donc justifié qu'elle intervienne dans l'évaluation de l'invalidité [...], mais non en ce qui concerne les prestations en espèces de courte durée de l'assurance-accidents ou de

⁸⁶⁸ Voir Partie I chap. 2 ch. 2.2.2.4 c.

⁸⁶⁹ Voir Partie I chap. 3 ch. 3.2.3.

⁸⁷⁰ Arrêt 8C_861/2008 du 7 juillet 2009, consid. 7.1.

⁸⁷¹ Arrêt K 191/00 du 21 août 2001, consid. 3b.

⁸⁷² Arrêt K 149/00 du 28 mars 2001, consid. 7.1.

l'assurance-maladie, notamment »⁸⁷³. Force est de constater que le Tribunal fédéral n'applique pas toujours ces principes fondamentaux avec la rigueur attendue.

e) Tâches des assureurs-maladie

Dans l'appréciation de l'activité exigible, le gestionnaire de l'assurance-maladie est placé au même niveau que le gestionnaire de l'assurance-invalidité. On attend donc de lui qu'il maîtrise et applique des concepts qui sont étrangers au régime d'assurance dans lequel il évolue. On présume qu'il est apte à le faire. La réalité du terrain permet de mesurer l'incongruité de cette présomption. Comme le relève DUC, trop souvent les assureurs exigent des assurés qu'ils reprennent une activité lucrative « sans tenir compte des possibilités véritablement offertes par le marché du travail »⁸⁷⁴.

L'appréciation de l'incapacité de travail de longue durée pose d'importants problèmes. Convierait-il, dès lors, de proposer une révision de l'article 6 LPGA visant à transférer la deuxième phrase⁸⁷⁵ dans la disposition relative à l'incapacité de gain (art. 7 LPGA) ? Devrait-on, en d'autres termes, admettre que dans le droit des assurances sociales, l'incapacité de travail prend fin après l'écoulement d'un laps de temps relativement court ? Une telle solution aurait le mérite de clarifier les notions, mais elle aurait également tous les inconvénients de la rigidité et, en définitive, de l'arbitraire. Par ailleurs, elle légitimerait les assureurs à limiter la couverture d'assurance et, partant, les droits de l'ensemble des assurés.

Les possibilités d'amélioration sont donc à rechercher dans l'application du droit par les tribunaux et dans la collaboration entre les différentes assurances sociales. Il appartient en effet aux juges d'établir la nécessaire distinction entre l'incapacité de travail et l'incapacité de gain, en différenciant clairement la notion de marché du travail de la notion de marché du travail équilibré. Les possibilités effectives de réintégration du marché du travail doivent être prises en considération dans l'appréciation de l'exigibilité dans le cadre de l'assurance-maladie. Partant, l'évaluation du salaire hypothétique ne doit plus être fondée exclusivement sur les principes et méthodes applicables dans l'assurance-invalidité.

A ce titre, une comparaison avec le régime des prestations complémentaires s'impose. En effet, contrairement à l'assurance-invalidité, le régime des prestations complémentaires est tenu de prendre en considération le marché de l'emploi tel qu'il existe, au moment déterminant et « aux alentours du domicile de la personne considérée »⁸⁷⁶ lorsqu'il applique la notion de « revenu hypothétique ». Une partie de la doctrine considère du reste que les organes de l'assurance-chômage (ORP) devraient être sollicités pour établir, conjointement avec les organes cantonaux de gestion des prestations complémentaires, le revenu qui pourrait être pris en considération au titre de l'obligation de diminuer le dommage⁸⁷⁷ et ce

⁸⁷³ Avis approfondi du Conseil fédéral, 1994, p. 908.

⁸⁷⁴ DUC JEAN-LOUIS, Le droit applicable, p. 474.

⁸⁷⁵ Art. 6 al. 2 LPGA : « 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 ».

⁸⁷⁶ Pratique VSI 2001 p. 126 [131] consid. 1b et 2d.

⁸⁷⁷ JÖHL, p. 1663 et 1664, n^{os} 185-186.

nonobstant les différences existant entre ces deux branches d'assurances⁸⁷⁸. Cette proposition peut – et doit – s'étendre à l'assurance-maladie pour l'appréciation de l'activité raisonnablement exigible lors d'une incapacité de travail de longue durée au sens de l'article 6 LPGA.

2. Droit d'être entendu

L'analyse des garanties de procédure a permis de formuler un certain nombre de remarques critiques portant sur le report du droit d'être entendu à la phase de l'opposition, sur les droits de l'assuré avant la mise en œuvre d'une expertise et sur la réparation en cas de violation du droit d'être entendu. L'ensemble de ces problématiques permet d'établir que, dans l'établissement de sa capacité de travail fondée sur l'exigibilité, l'assuré n'est pas pleinement protégé par les garanties de procédure. Les difficultés auxquelles il est confronté sont essentiellement rattachées à l'expertise médicale, et plus particulièrement à sa valeur probante.

En effet, la valeur probante que le Tribunal fédéral attribue aux expertises⁸⁷⁹ fragilise, de manière évidente, la position de l'assuré dans le déroulement de la procédure. N'ayant pu se prononcer sur les questions posées à l'expert, il prend connaissance de l'expertise – dans le meilleur des cas – au moment où il entend réagir à un projet de décision (ou une décision) portant sur un refus de prestation ou sur une prestation limitée dans le temps. Les seuls documents qu'il peut alors fournir, dans le bref délai qui lui est imparti, sont des rapports et documents émanant de son médecin traitant. Certes, l'avis de ce dernier ne peut être simplement écarté⁸⁸⁰. Il n'en demeure pas moins que, compte tenu des règles qu'ils appliquent dans l'appréciation des documents soumis à leur examen, les juges admettent en principe que les rapports émanant des médecins traitants ne satisfont pas aux critères d'objectivité requis et ne remplissent donc pas les conditions posées pour la prise en considération d'une expertise⁸⁸¹. Dans ces conditions, l'assuré est pratiquement dépourvu de moyens pour mettre concrètement en œuvre le principe de « l'égalité des armes » tel qu'il résulte du droit à un procès équitable au sens de l'article 29 al. 1 Cst.

La reconnaissance de la valeur probante tient notamment à l'indépendance, donc à l'impartialité, des médecins experts. La jurisprudence a permis de la reconnaître dans des cas particuliers où les médecins exercent leur activité au sein du service de l'administration concernée : service médical de la CNA⁸⁸², Centre d'observation médicale de l'assurance-invalidité (COMAI)⁸⁸³ et, dans une certaine mesure, Service médical régional de l'assurance-invalidité (SMR)⁸⁸⁴.

⁸⁷⁸ Les critères contenus à l'art. 16 al. 2 LACI pour définir le travail convenable ne se recourent pas complètement avec les critères retenus pour l'évaluation de l'obligation de diminuer le dommage dans le cadre des prestations complémentaires (JÖHL, p. 1764, n. 622).

⁸⁷⁹ ATF 125 V 351.

⁸⁸⁰ Arrêt I 736/05 du 9 février 2006.

⁸⁸¹ ATF 125 V 351 [352] consid. 3a.

⁸⁸² ATF 122 V 157.

⁸⁸³ ATF 123 V 175.

⁸⁸⁴ ATF 135 V 465.

La question de l'indépendance des médecins travaillant dans un Centre d'observation médicale de l'assurance-invalidité (COMAI) pose des problèmes dont l'importance et l'actualité légitiment quelques considérations. Ces dernières portent sur les garanties de procédure et les aspects organisationnels des COMAI.

a) Garanties de procédure

Dans un avis de droit portant sur la question des expertises réalisées par les COMAI, et plus précisément sur la compatibilité de la jurisprudence fédérale rendue en la matière avec la CEDH, MÜLLER et REICH ont exprimé leurs doutes quant à l'indépendance des COMAI⁸⁸⁵. Ils sont d'avis que la procédure suivie par l'assurance-invalidité ne peut satisfaire aux conditions d'un procès équitable au sens de l'article 29 Cst et de l'article 6 § 1 CEDH, et tel qu'il est appréhendé par la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁸⁶.

Les conclusions de cet avis ont eu un écho au Parlement fédéral. Le 10 mars 2010, MARGRET KIENER NELLEN a déposé une initiative parlementaire⁸⁸⁷ demandant une révision des dispositions régissant l'évaluation de l'état de santé des assurés dans le cadre des assurances sociales. Pour l'auteure de l'initiative, cette évaluation devrait être confiée à des experts indépendants et le droit à un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 CEDH doit être garanti.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'examiner le contenu de l'avis de droit et de s'en écarter dans quelques arrêts récents, considérant que l'avis exprimé par MÜLLER et REICH ne pouvait donner matière à un changement de jurisprudence⁸⁸⁸ et que le contenu de l'initiative parlementaire ne pouvait être invoqué, en sa faveur, par le recourant⁸⁸⁹.

b) Aspects organisationnels

Dans son Rapport de gestion 2009, le Tribunal fédéral invite l'OFAS à exercer le rôle de surveillance que lui attribue l'article 64a LAI et à trouver rapidement « des réponses adéquates et durables »⁸⁹⁰ aux déficits – institutionnels et organisationnels – qui sont liés à l'instruction médicale. A cet égard, le Tribunal fédéral énumère un certain nombre de facteurs susceptibles d'expliquer les difficultés actuelles : « l'absence d'un contrôle

⁸⁸⁵ MÜLLER/REICH, p. 53 : « Die Gutachter kommen zum Ergebnis, dass die gegenwärtige Ausgestaltung des Verfahrens zur Beurteilung von Leistungsansprüchen gegenüber der Invalidenversicherung im Hinblick auf das grosse Gewicht der von Medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS) erstellten Gutachten dem Recht auf ein faires Verfahren (art. 6 EMRK) nicht genügt. Hinsichtlich der Unabhängigkeit der MEDAS gegenüber der Verwaltung bestehen nämlich schwerwiegende objektive Zweifel ».

⁸⁸⁶ Voir notamment : STOLKIN, p. 251 : « In order to establish whether a body can be independent, regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and their term of office, to the existence of guarantees against outside pressures and to the question whether the body presents an appearance of independence » (arrêt Langborger vs. Sweden du 22 juin 1989, n. 11) Voir également l'arrêt Sara Lind Eggesdotir vs. Iceland du 5 juillet 2007 (n. 12) ; HAURI, p. 23.

⁸⁸⁷ Initiative 10.429 MARGRET KIENER NELLEN, Expertises et procès équitables, du 19 mars 2010.

⁸⁸⁸ Arrêt 8C_652/2010 du 22 septembre 2010, consid. 4.4.1. et consid. 4.2 ; Arrêt 8C_253/2010 du 15 septembre 2010, consid. 5 ; ATF 136 V 376.

⁸⁸⁹ Arrêt 8C_652/2010 du 22 septembre 2010, consid. 4.2.

⁸⁹⁰ Ibid.

continu de la qualité des expertises, le manque de transparence quant au choix des experts et aux relations que ceux-ci entretiennent avec l'assurance-invalidité (de nombreux assurés soupçonnent les offices AI de confier systématiquement des mandats aux mêmes experts, de sorte que ceux-ci seraient soumis à l'administration par un lien de dépendance économique, sans qu'il ne soit possible de réfuter ces soupçons de manière globale et définitive, faute de données disponibles à ce sujet) ou encore l'inexistence de données statistiques de base par type de diagnostic permettant de déterminer l'influence de certaines pathologies sur l'octroi ou le refus de prestations d'invalidité »⁸⁹¹.

Compte tenu de l'importance des expertises médicales dans la détermination de la capacité – ou de l'incapacité – de travail de l'assuré, les améliorations du système actuel sont non seulement souhaitables. Elles s'avèrent indispensables pour garantir l'impartialité des médecins experts et la valeur probante des expertises qu'ils remettent à l'administration et aux tribunaux.

Alors que le Tribunal fédéral préconise une correction des déficits institutionnels et organisationnels, d'autre voix s'élèvent pour appeler un changement plus profond du système. Ainsi, KIESER suggère une réforme centrée sur l'instauration d'une centrale (« clearing Stelle ») auprès de laquelle seraient accrédités des médecins spécialistes. Après une brève analyse des bases légales (LPGA, LAI, LAM), l'auteur conclut que la mise sur pied d'une telle structure n'exigerait aucune révision du droit en vigueur⁸⁹².

Une amélioration, voire une transformation des structures institutionnelles laisse ouverte la question des règles de procédure et de leur application par les tribunaux. A cet égard, il appartiendrait aux juges fédéraux de revenir sur leur jurisprudence relative à l'article 44 LPGA⁸⁹³ pour permettre à l'assuré de collaborer activement à l'instruction du dossier, plus particulièrement en ayant la possibilité de s'exprimer sur les questions posées à l'expert. Par ailleurs, et bien que cette phase initiale dans l'établissement des droits de l'assuré puisse s'avérer cruciale, les étapes ultérieures de la procédure n'en sont pas moins importantes. A cet égard, le caractère formel du droit d'être entendu doit être réaffirmé et le recours à la réparation sévèrement restreint. S'écarter de ce principe au nom d'impératifs économiques impliquerait le retour vers un passé où l'assuré était objet de l'action de l'Etat, plutôt que sujet, où la notion de loyauté et d'égalité des armes n'avait pas encore imprégné les garanties de procédure et influencé leur application.

⁸⁹¹ Rapport de gestion 2009 du Tribunal fédéral, p. 16 : http://www.bger.ch/fr/gb2009_bger_d.pdf (31.07.2011).

⁸⁹² KIESER, Begutachtungen im Versicherungsrecht, ch. 3.6.2.

⁸⁹³ ATF 133 V 446.

