

Bereich.Recht@bsv.admin.ch

Office fédéral des assurances sociales  
Madame Isabelle Rogg  
Madame Deborah Schlumpf  
Effingerstrasse 20  
3003 Berne

Rodersdorf, 29 mai 2017

## Révision LPGA

Monsieur le Conseiller fédéral,  
Madame, Monsieur,

La Société suisse de droit de la responsabilité civile et des assurances a l'avantage de prendre position sur la révision de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale des assurances sociales (LPGA), mise en consultation le 22 février 2017.

Après quelques remarques sur le contexte de la révision (A), nous détaillerons les diverses dispositions qui, selon nous, appellent des commentaires (B). Les propositions de modification qui ne sont pas commentées peuvent être considérées comme remportant l'adhésion de notre Société.

### A. Contexte général de la révision

La Société suisse de droit de la responsabilité civile et des assurances adhère au principe de la révision proposée, ainsi qu'à son ampleur. En vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003, soit depuis plus de 15 ans, la LPGA a globalement démontré son utilité et son efficacité. Les révisions ponctuelles dont elle



a fait l'objet ont déjà permis d'adapter la loi là où elle ne donnait pas entièrement satisfaction. Nous comprenons que l'épreuve du temps ait rendu nécessaire un toilettage plus important.

La SDRCA regrette en revanche le contexte général de la révision, auquel le rapport explicatif confère un certain esprit de méfiance à l'égard des assurées et des assurés. Par exemple, la présentation générale du projet, qui s'ouvre en mentionnant, sans autre préalable, la lutte contre les abus.

La présence d'abus en masse dans le domaine des assurances sociales n'est pas corroboré par les statistiques à disposition. En outre, la notion d'abus dans le domaine des assurances sociales n'est pas clairement définie et les chiffres délivrés par les assureurs sociaux sont difficiles à interpréter.

Compte tenu du climat actuel et de la volonté affichée du projet de révision de lutter contre les abus, il est nécessaire que l'état de fait « abus de prestations sociales » soit clairement défini, et non pas par simple référence à une norme pénale extrêmement vague (cf. art. 146 CP).

## **B. Commentaires**

### **Art. 25 al. 2 LPGA (prescription des demandes de restitution)**

En tant que telle, la révision proposée de l'art. 25 al. 2 LPGA est compréhensible, compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui est très stricte s'agissant du moment à partir duquel on doit considérer que l'assureur social a eu connaissance de la connaissance de la perception indue de prestations par l'assurée ou par l'assuré.

Cette disposition pose néanmoins un problème dans son articulation avec l'art. 49a LPGA, dont l'introduction est proposée dans le cadre de la présente révision. Cette disposition doit en effet permettre de retirer l'effet suspensif à tout recours contre une décision d'un assureur social, y compris si la décision porte sur des prestations en espèces. Dans les faits, la nouvelle législation conduira à des situations d'extrême dureté, les assurées et les assurés pouvant possiblement se retrouver du

jour au lendemain sans ressources financière, et, par la même occasion, sans avoir les moyens de se battre contre la décision de l'assureur. Cela étant d'autant plus vrai dans les cantons dans lesquelles l'assistance judiciaire. Les assurées et les assurés se retrouvent alors dans l'obligation de s'endetter pour défendre leurs droits.

### **Art. 32 al. 3 (coopération et entraide internationale)**

Sur le principe, la révision proposée est parfaitement compréhensible et la SDRCA y adhère.

Sous l'angle de la proportionnalité, cependant, il est essentiel de s'assurer que les organismes désignés aux art. 32 al. 3 et 75a al. 1 P-LPGA n'auront pas accès à plus d'informations que ce dont ils ont besoin pour traiter la demande de prestations, impératif que le rapport explicatif mentionne expressément.

Dans la plupart des cas, l'organisme étranger n'a par exemple pas besoin de recevoir des données médicales pour statuer sur son obligation de prester. Cela pose à notre sens problème avec certaines branches d'assurances sociales, respectivement avec certains assureurs sociaux, qui n'ouvrent et ne tiennent qu'un seul dossier au sujet de l'assuré (c'est notamment la pratique de bon nombre d'offices AI et de la SUVA). Ce dossier renferme à la fois les informations médicales et les informations administratives. Cela signifie que la transmission du dossier dans le but de satisfaire aux obligations liées à la coopération internationale ne respecte pas, dans ces cas-là, le principe de proportionnalité.

L'art. 32 al. 3 devrait à notre sens expressément mentionner que les données sensibles au sens de l'art. 3 let. c LPD ne doivent être transmises qu'en présence de justes motifs.

A notre sens, une telle précision dans la loi se justifie d'autant plus que l'art. 43a P-LPGA prévoit, selon le rapport explicatif, que les éventuels rapports de surveillance seront archivés dans le dossier de l'assuré. Ces rapports n'ont pas à être transmis dans le cadre de l'entraide administrative.

La question du mélange, dans un même dossier, des informations médicales et des informations administratives, représente aujourd'hui un réel problème, indépendamment du contexte de la coopération internationale. Le problème est même accru dans un contexte strictement helvétique, compte tenu de la facilité avec laquelle les informations circulent au sein des administrations (cf. DUPONT ANNE-SYLVE, *La protection des données confiées aux assureurs*, in : Dunand/Mahon (éds), *La protection des données dans les relations de travail*, p. 195 ss. Cf. aussi *CourEurDH: arrêt M. S. c. La Suède du 27.08.1997*).

La révision de la LPGA pourrait être l'occasion de contraindre les assureurs à tenir des dossiers séparés.

#### **Art. 37 al. 4 (remboursement de l'assistance judiciaire)**

La SDRCA juge que la disposition proposée est trop vague, sur deux points en tout cas :

1. Tout d'abord, il nous paraît indispensable, pour des motifs d'égalité de traitement et de prévisibilité du droit, de préciser les critères applicables à la fixation de l'indemnité d'office allouée au conseil d'office (par référence à un tarif, par exemple), ainsi que la marge de manœuvre s'agissant des modalités du remboursement (mensualités, paiement en une seule fois, etc.).

Nous sommes d'avis que ces questions doivent être réglées dans la loi ou, à tout le moins, par voie d'ordonnance.

Il nous paraît également nécessaire de préciser la procédure à suivre par l'assureur social pour fixer le montant, le délai et, cas échéant, les autres modalités du remboursement. A notre



sens, la protection des droits de l'assuré commande que l'assureur social statue sur ces questions par voie de décision formelle. Cette obligation se déduit de l'art. 49 al. 1 LPGA, ce qui pourrait être précisé dans le rapport explicatif, pour éviter toute confusion à ce sujet.

2. La modification législative proposée prévoit l'obligation, pour l'assuré, de rembourser l'assistance judiciaire « dès qu'il est en mesure de le faire ». Toujours dans l'esprit de l'égalité de traitement entre les assurés et de la prévisibilité du droit, il faut éviter que les différents assureurs sociaux n'adoptent des pratiques divergentes. Pour ce faire, il est indispensable de préciser la notion d'être « en mesure de le faire ». Le rapport explicatif ne dit pas si le seul fait, par exemple, d'obtenir finalement des prestations d'assurances signifie que la condition est remplie.

La finalité sociale des prestations d'assurance fait obstacle à toute velléité de compensation que l'assureur social pourrait être tenté d'exercer, en retenant le montant de l'indemnité d'office sur un arriéré de prestations à verser. Nous jugeons, pour éviter que cette question ne doive être clarifiée par le biais de procédures judiciaires, qu'elle soit réglée de manière explicite, si possible dans la loi, ou à tout le moins dans le rapport explicatif.

#### **Art. 43a (observation des assurés)**

Sur le principe, la nouvelle disposition réglementant l'observation des assurés par les assureurs sociaux paraît répondre de manière satisfaisante aux critiques émises par la Cour européenne des droits de l'Homme (arrêt *Vukota-Bojic contre la Suisse*, 18 octobre 2016, requête n° 61838/10).

Dans le détail, nous estimons que les points suivants laissent cependant à désirer :

- L'alinéa 2 let. a mentionne que l'assuré ne peut être observé que dans les lieux librement accessibles. Le rapport explicatif parle de « lieux librement accessibles et visibles ». En d'autres termes,



le rapport explicatif ouvrira la porte à l'observation de l'assuré dans son lieu de vie si celui-ci est visible depuis l'extérieur (par exemple depuis un pont ou depuis la terrasse d'un restaurant). La formulation de la loi n'est ainsi pas assez précise et doit être renforcée, pour satisfaire à l'exigence conventionnelle d'une base légale claire (cf. art. 8 al. 2 CEDH).

- L'alinéa 3 prévoit que l'observation peut avoir lieu sur 20 jours au maximum au cours d'une période de trois mois à compter du premier jour d'observation. Nous estimons que la loi gagnerait en clarté si elle précisait expressément que cette période de vingt jours n'est pas prolongeable.
- Dans la mesure où la profession de détective privé est, à l'heure actuelle, une activité non réglementée, sans filière de formation professionnelle ni usages professionnels, il est indispensable de préciser dans la loi, à l'alinéa 4, que les « spécialistes » sont tenus au secret, soit expressément, soit par renvoi à l'art. 33 LPGA.
- A l'alinéa 5, il est nécessaire de préciser que la décision doit être rendue par écrit. La possibilité de le faire dans le cadre d'un entretien, comme évoqué dans le rapport explicatif, est fermement condamnée. L'assuré assiste en effet le plus souvent sans conseil aux entretiens convoqués par l'assureur, et sans avoir au préalable été informé du motif de la convocation. Dans le contexte d'une observation, la pression (de fait) exercée par l'assureur social sur l'assuré au moment de cet entretien peut conduire à des quiproquos, notamment la signature d'un procès-verbal par l'assuré, quand bien même il ne serait pas d'accord avec son contenu, ce qui entraînerait ensuite des contestations similaires à celles qui existent, en matière pénale, lorsque la spontanéité des aveux du prévenu a été « encouragée » par des procédés discutables.
- Au sujet de l'alinéa 5 toujours, il est prévu que le rapport d'observation soit joint au dossier de l'assuré s'il révèle des faits répréhensibles. Cela est à notre avis problématique lorsque le dossier est, par la suite, transmis à des tiers, ce qui intervient très facilement compte tenu des règles sur l'entraide administrative et de la possibilité légale données à des tiers d'accéder au dossier (on pense en premier lieu aux tribunaux civils dans les causes de divorce). Nous estimons qu'il

n'existe aucun motif valable pour que le rapport d'observation soit transmis à des tiers, par-dessus tout lorsqu'ils n'appartiennent pas aux organes des assurances sociales helvétiques.

- D'une manière générale, nous nous posons la question de l'articulation entre la nouvelle disposition proposée et l'art. 148a CPP. Lorsqu'une personne soupçonne qu'une escroquerie a été commise, elle doit en principe déposer une plainte pénale ou, à tout le moins, dénoncer le cas aux autorités pénales. La personne concernée par une enquête pénale jouit alors d'une certaine protection, qui s'intensifie plus la procédure plus la procédure avance. Le nouvel art. 43a confère aux autorités administratives le pouvoir d'enquêter elle-même, sans aucune protection pour l'assuré, qui se voit ainsi plus mal placé que s'il faisait l'objet d'une enquête pénale. A notre avis, il est nécessaire de clarifier cette question dans la loi.

#### **Art. 49a et 52a (retrait de l'effet suspensif et suspension des prestations à titre provisionnel)**

Dans le rapport explicatif au sujet de l'art. 52a P-LPGA, il est mentionné que « l'intérêt de l'assureur, qui est d'éviter les démarches administratives et les risques de pertes liés aux demandes de restitution, prime clairement celui de l'assuré à ne pas tomber dans une situation de détresse passagère ». A notre avis, l'usage de l'adverbe « clairement » semble se référer à une évidence qui n'est pourtant pas démontrée.

Dans la pesée des intérêts, on ne peut raisonner en mode binaire, comme le fait l'OFAS dans le rapport explicatif, en opposant le confort de l'administration au risque de détresse individuelle. S'opposent au confort des assureurs sociaux non seulement cet intérêt individuel, mais aussi d'autres intérêts publics, comme celui de préserver la cohésion sociale ou de garantir à chacun l'effectivité de son droit à la dignité humaine (art. 7 Constitution fédérale). Dans cette pondération, l'adjectif « clairement » ne nous semble pas suffisant pour légitimer la primauté accordée à l'intérêt de l'administration.



## **Art. 61 (frais de justice)**

La SDRCA est opposée, quant au principe, à l'introduction de frais de justice pour la procédure devant les tribunaux cantonaux des assurances.

La proposition de révision de la LPGA sur ce point fait suite à une motion 09.3406 (et non 09.3046, comme mentionné dans le rapport explicatif), qui expliquait sa démarche par sa volonté de « supprimer un foyer de "recourite" » et de « décharger les tribunaux de procédures inutiles ».

Cette proposition témoigne d'une certaine méconnaissance du mécanisme de contrôle judiciaire en matière d'assurances sociales. Contrairement à la procédure civile ou à la procédure pénale, qui permet deux degrés de contrôle judiciaire, l'application des assurances sociales ne fait l'objet d'un contrôle complet, en droit et en fait, que par une seule instance judiciaire (à l'exception de l'assurance-accidents et de l'assurance-militaire, domaines dans lesquels le Tribunal fédéral jouit aussi d'un plein pouvoir d'examen, conformément à l'art. 97 al. 2 LTF). Avant le contrôle par le tribunal cantonal, l'assuré voit son cas traité « à l'interne » en procédure d'opposition (ou de préavis en matière d'assurance-invalidité), par l'assureur qui est à la fois juge et partie.

Les affaires en matière d'assurances sociales, et cela est largement méconnu du public, ont en règle générale une valeur litigieuse très importante. Capitalisée, la valeur d'une rente AI dépasse aisément le million de francs, et si l'on y rajoute la valeur de la rente LPP qui la complètera, on comprend que l'impact financier pour la personne assurée justifie la volonté d'un contrôle judiciaire d'un refus de prestations.

Il faut logiquement en déduire que les personnes concernées voudront accéder au contrôle judiciaire par le tribunal cantonal des assurances, nonobstant d'éventuels frais de justice. La mesure n'est ainsi pas de nature à atteindre le but visé, à savoir la diminution de l'encombrement judiciaire.

On l'a d'ailleurs vu en matière d'assurance-invalidité : des frais de justice ont été introduits pour la procédure de recours devant le tribunal cantonal des assurances en 2006. Cette mesure n'a eu



aucun impact sur le volume du contentieux, qui n'a pas diminué, et qui même augmenté de manière phénoménale en 2009 et 2010, après l'entrée en vigueur de la 5<sup>ème</sup> révision de l'AI. Dans le canton de Vaud, par exemple, le nombre de dossiers pendants est passé de 961 en 2008 à 1'506 en 2010. Il est aujourd'hui stabilisé entre 850 et 900 dossiers.

Vu l'enjeu financier pour les assurés, la seule conséquence de l'introduction de frais de justice sera l'augmentation des coûts, pour les cantons, de l'assistance judiciaire. Dans les affaires en matière d'assurances sociales, l'indigence est souvent une condition réalisée quasi-automatiquement, et compte tenu de l'analyse médicale souvent nécessaire en complément de l'instruction réalisée par l'assureur social, il est très difficile, sous peine d'arbitraire, de conclure d'emblée au caractère dénué de toutes chances de succès du recours présenté. Les coûts seront donc reportés sur les collectivités cantonales, via l'impôt qui finance l'assistance judiciaire. Les conséquences seront particulièrement dures dans les cantons qui ne connaissent pas l'assistance judiciaire remboursable.

On relèvera finalement qu'il y a une incohérence certaine à proposer la révision de l'art. 61 LPGA pour introduire des frais de justice pour les procédures soumises à la LPGA, dont font notamment partie les litiges portant sur l'octroi de prestations complémentaires, mais à maintenir la gratuité pour les procédures en matière de prévoyance professionnelle, y compris pour des procédures qui ne visent pas l'octroi de prestations aux assurés sociaux, mais, par exemple, à faire établir la responsabilité des membres du conseil de fondation pour une gestion défaillante. Ces procédures, extrêmement longues, nécessitent souvent la mise en œuvre d'expertises comptables et/ou actuarielles qui sont extrêmement chères, et qui sont actuellement à la charge de l'Etat. D'un point de vue de politique sociale, cette dichotomie est incompréhensible.

La finalité sociale de la gratuité de la procédure doit encore une fois être soulignée. Cette mesure est essentielle pour garantir l'égalité de traitement entre les parties. On rappellera en effet encore une fois que les litiges en matière d'assurances sociales opposent le plus souvent un assuré fragilisé dans sa santé et se trouvant dans une situation financière précaire, à une autorité administrative. Cette dernière jouit déjà d'une position plus avantageuse dans la procédure, puisque le Tribunal fédéral la présume systématiquement neutre et objective, et en fait de même avec les avis émis par

les médecins qu'elle rémunère, soit en qualité de salariés, soit en qualité de mandataires externes. Il importe d'autant plus que l'Etat fasse en sorte que les différences entre les parties soient contrebalancées en garantissant à l'administré l'accès à la justice. La confiance du citoyen dans notre système d'assurances sociales est à ce prix.

Si, par impossible, le principe de l'introduction généralisée de frais de justice devait être suivi, seule la variante 2 paraît ici acceptable, au titre du moindre mal.

### **Art. 74, al. 2, let. h (concordance des prestations)**

Le projet mis en consultation postule la concordance entre, d'une part, les frais des mesures d'ordre professionnel et des expertises médicales mis en œuvre par les assureurs sociaux et, d'autre part, les frais d'instruction engagés par les assureurs privés dans le cadre de l'assurance de la responsabilité civile.

Cette concordance est à notre sens artificielle. En effet, les mesures d'ordre professionnel et les expertises médicales mises en œuvre par les assureurs sociaux ont des frais propres, engagés en raison de la mission qui leur est confiée par l'Etat. Ce n'est ici pas la même démarche que l'assureur RC, qui s'inscrit dans la construction de la preuve conformément à l'art. 8 CC.

Le rapport explicatif se réfère ici, pour justifier la révision proposée, à un arrêt 4C\_374/2005 du 10 janvier 2006, dont le considérant 3.5 éclairerait la concordance ici postulée. Outre le fait que la référence correcte de l'arrêt est 4C.374/2005, force est de constater qu'il ne traite pas de cette question, mais de la procédure probatoire en matière de recours subrogatoire, ici au sujet de la perte de gain de l'assuré. Il ressort de l'état de fait que les Fr. 163.35 mentionnés dans ce considérant pour des rapports médicaux étaient des frais engagés par le lésé, et non par l'assureur social. Le considérant 3.5 se borne à constater qu'ils alimentent le dommage de l'assuré. Sur cette base-là, on ne comprend donc pas la justification de la proposition.



Nous soulignons encore que la solution proposée dans le projet mis en consultation entraînera des difficultés considérables à chaque fois - situations fréquentes en pratique – que le risque social n’a pas de lien avec le dommage civil, ou en cas de « concordance » partielle, c’est-à-dire si, par exemple, il s’avère que le fait ou l’acte civilement imputable n’est que partiellement à l’origine de la réalisation du risque social.

Nous estimons que la révision proposée n’est, sur ce point, pas judicieuse.

Nous vous prions d’agréer nos salutations distinguées.

Pour la Société suisse de droit de la responsabilité civile et des assurances,



**Anne-Sylvie Dupont**  
Professeure aux Facultés de droit  
de Neuchâtel et Genève,  
Vice-présidente de la SDRCA



**Thomas Gächter**  
Professeur à la Faculté de droit de Zurich  
Membre du comité exécutif de la SDRCA