

## Droit et handicap 1/15

### Sommaire

- Adaptation du règlement sur l'AI page 2
- Nouveaux jugements concernant la surmontabilité d'atteintes à la santé page 4
- Rentes d'invalidité de la prévoyance professionnelle: réduction pour cause de surindemnisation page 6
- Délais: le Tribunal fédéral soutient l'antidatage des décisions page 9

### Impressum

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

**Éditeur:** Service juridique *Intégration Handicap*

**Bureau de la Suisse romande:**

Place Grand Saint-Jean 1

1003 Lausanne

Tél. 021 323 33 52

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

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

**Deutschsprachige Ausgabe:** „Behinderung und Recht“

### Adaptation du règlement sur l'AI

Le Conseil fédéral a décidé d'adapter divers points du règlement sur l'assurance-invalidité (RAI) avec effet au 1.1.2015. Nous proposons ci-après un résumé et un bref commentaire de certaines de ces modifications:

#### Mesures de réinsertion: prolongation facilitée

Selon l'art. 14a al. 3 LAI, les mesures de réinsertion préparant à la réadaptation professionnelle ne doivent pas excéder la durée d'un an au total. La loi prévoit toutefois que dans des „cas exceptionnels“, cette durée peut être prolongée d'un an au maximum. Jusqu'à présent, le Conseil fédéral décrivait ces cas exceptionnels de manière plutôt restrictive. Or, il a décidé d'en assouplir désormais les possibilités de prolongation: selon le nouvel art. 4sexies al. 5 RAI, les mesures de réinsertion peuvent être prolongées d'un an „si elles sont nécessaires pour atteindre l'aptitude à la réadaptation en rapport avec les mesures d'ordre professionnel“.

On peut se féliciter de cet assouplissement qui répond à une revendication que les organisations de personnes handicapées avaient déjà fait valoir dans le cadre de la 5e révision de l'AI. La pratique montre en effet régulièrement que la réadaptation socioprofessionnelle des personnes ayant un handicap psychique est un processus de longue haleine qui se caractérise par de fréquents échecs. Il est important que les instruments destinés à recouvrer l'aptitude à la réadaptation professionnelle (entraînement au travail, entraînement à l'endurance, etc.) puissent être mis en œuvre de manière flexible et sans restrictions superflues. Nous attendons de voir dans quelle mesure les offices AI feront effectivement usage de la nouvelle possibilité de prolongation qui leur est offerte.

#### Conseils fournis par les offices AI aux employeurs, aux écoles et aux centres de formation

L'art. 41 RAI énonce une liste des tâches incombant aux offices AI. Ce catalogue a été enrichi de deux alinéas qui

imposent aux offices AI une nouvelle tâche consistant à fournir aux employeurs des conseils, un accompagnement et une formation ne s'appuyant pas sur des cas particuliers, ainsi que des conseils et des informations aux spécialistes concernés issus des domaines de l'école et de la formation (art. 41 al. 1 let. fbis et fter RAI). Selon le Conseil fédéral, cette modification du règlement vise à créer une base plus propice à une amélioration de la coordination entre l'AI, d'une part, et les écoles, centres de formation et employeurs, d'autre part, de sorte à pouvoir aider les personnes concernées suffisamment tôt pour éviter que leurs troubles psychiques ne deviennent chroniques.

Or, cette adaptation du règlement ne suffira pas à elle seule pour modifier quoi que ce soit. Il faut des concepts concrets sur la manière d'aborder la difficile collaboration entre les diverses instances impliquées dans la réadaptation professionnelle. Compte tenu des structures fédéralistes de la Suisse, cela pourrait s'avérer délicat. L'OFAS va devoir développer une stratégie à ce propos qui impose des modèles contraignants aux offices AI.

#### Allocation pour impotent: nouvelle définition du home

Dans le contexte du droit à l'allocation pour impotent, la loi distingue entre non-résidents d'un home et résidents d'un home: ces derniers touchent une allocation pour impotent quatre fois moins élevée et n'ont droit ni à une allocation en cas de besoin d'accompagnement pour faire face aux nécessités de la vie ni à une contribution d'assistance. La définition des limites revêt par conséquent une grande importance. Cet aspect, qui était jusqu'à présent réglé dans la circulaire, l'est désormais dans le règlement.

Selon le nouvel art. 35ter al. 1 RAI, est réputé home au sens de la loi toute forme de logement collectif (en particulier les communautés d'habitation, les logements décentralisés par rapport au home et les formes d'habitation similaires) servant à l'assistance et aux soins prodigués à la personne assurée lorsque les résidentes et rési-

dants n'assument pas la responsabilité dans sa gestion: c'est p. ex. le cas quand le logement collectif est placé sous la responsabilité d'une direction ou qu'il dispose d'employés qui ne sont pas dirigés par les résidants. On parle en outre d'un home lorsque les résidentes et résidants ne sont pas libres de décider de quelle prestation d'aide ils ont besoin et sous quelle forme, ou encore qui la leur fournit et à quel moment, et comment ils entendent organiser leurs journées. Enfin, on parle de home lorsque les résidentes et résidants doivent verser un forfait pour leur assistance. À l'inverse, une habitation collective n'est pas assimilée à un home dans le seul cas où les résidentes et résidants (ou leurs représentants légaux) déterminent et acquièrent eux-mêmes les prestations de soins et d'assistance dont ils ont besoin, qu'ils vivent de façon responsable et autodéterminée, et qu'ils peuvent choisir et organiser eux-mêmes leurs conditions de logement (art. 35ter al. 4 RAI).

Même si les nouvelles dispositions du règlement ne s'écartent pas fondamentalement des directives jusqu'ici en vigueur, elles pourraient dans l'un ou l'autre cas pousser les offices AI à qualifier plus fréquemment la personne assurée comme résidente de home, à réduire ou même supprimer ses allocations pour impotent et à lui refuser une contribution d'assistance. Cette perspective est regrettable car elle rend plus difficile les possibilités de recourir à des formes mixtes qui se situent entre l'habitat en home et l'habitat indépendant. En outre, le problème réside notamment dans le fait qu'à chaque fois qu'une personne est désignée par l'AI comme résidente d'un home, elle sera obligatoirement considérée comme telle également dans le cadre du droit aux prestations complémentaires (art. 25a al. 2 OPC). En revanche, lorsqu'une communauté d'habitation n'est redevable d'aucune taxe journalière proprement dite qui englobe les services d'hébergement, de soins et d'assistance, mais seulement p. ex. d'un forfait minimal d'assistance, il reste une incertitude pour l'office PC quant aux frais qu'il doit prendre en compte à titre de dépenses dans la facture du résidant. On peut s'attendre à des litiges à ce propos.

### **Contribution d'assistance: prestations de conseil et de soutien indemnisées dès la demande**

Jusqu'à présent, la loi prévoyait la possibilité que l'AI indemnise des prestations de conseils et de soutien fournies par des tiers pendant 18 mois „dès que la contribution d'assistance a été octroyée”, et ce à un tarif maximal de 75 francs par heure et jusqu'à un montant total de 1'500 francs. La pratique a toutefois montré que ce n'est en général pas qu'à partir du moment où une décision a été rendue sur le montant de la contribution d'assistance que les personnes concernées ont besoin de ces prestations de conseil, mais déjà durant la phase entre demande et décision. Ce fait est désormais pris en compte: le nouvel art. 39j RAI prévoit que les assurés peuvent recourir à des prestations de conseil aux frais de l'AI, telles que souvent proposées par Pro Infirmis, pendant une période de 6 mois à compter du dépôt de la demande et ensuite pendant une période de 18 mois supplémentaires à compter de l'octroi de la contribution d'assistance. Le règlement ne parle désormais plus que de „conseil” et non plus de „soutien”, mais cela ne devrait pas impacter sur la pratique.

### **Sanctions plus sévères en cas de manquement à l'obligation de renseigner**

Si, dans le cadre du réexamen d'une rente, d'une allocation pour impotent ou d'une contribution d'assistance, l'office AI en arrive à la conclusion que la situation d'une personne assurée a changé notablement, il ne peut habituellement réduire ou supprimer que les futures prestations dans la mesure où la modification a pour conséquence de diminuer les prestations. Or, si la personne assurée a manqué à son obligation de renseigner, voire même qu'elle a obtenu des prestations en donnant de fausses informations, l'office AI peut réduire ou supprimer les prestations rétroactivement à compter de la survenance du changement pertinent pour le droit aux prestations, et lui demander de rembourser les prestations déjà perçues. Cependant, selon une jurisprudence du Tribunal fédéral, cette demande de remboursement était jusqu'ici limitée à la période entre le début de la

modification des faits déterminants pour le droit aux prestations et le moment où l'office AI en a eu connaissance; car durant cette période, il y a eu rapport de cause à effet entre l'obligation de renseigner et la poursuite du versement de la prestation, alors qu'il n'y en a pas eu pendant la période entre la prise de connaissance du changement et la décision rendue.

L'art. 88bis al. 2 let. b RAI prévoit désormais qu'en cas de manquement de l'assuré à son obligation de renseigner, les prestations indûment perçues peuvent, de manière générale à compter de la survenance du changement pertinent pour le droit aux prestations, être réduites ou faire l'objet d'une demande de restitution, et ce „indépendamment de la question de savoir si le versement de la prestation s'est poursuivi en raison du manquement à l'obligation de renseigner", c.-à-d. s'il en a été la cause. À l'avenir, les manquements à l'obligation de renseigner feront donc l'objet de sanctions bien plus sévères: même si une personne n'annonce un fait soumis à déclaration qu'avec un retard de par exemple 5 mois et que l'office AI nécessite ensuite un an supplémentaire pour procéder aux instructions, les prestations versées peuvent désormais faire l'objet d'une demande de restitution non seulement pour 5 mois, mais pour la totalité des 17 mois. Ce changement pourrait conduire à des litiges supplémentaires entre assurés et assurance-invalidité, et ce notamment si les offices AI devaient reprocher aux personnes assurées de manquer à leur obligation de renseigner non seulement au sujet des modifications de leur revenu et de leur situation personnelle, mais aussi au sujet de l'évolution de leur état de santé (difficilement évaluable pour les personnes concernées), ce qui heureusement est encore assez rare aujourd'hui. Reste à espérer que la nouvelle disposition sera appliquée de manière proportionnée, comme le Conseil fédéral l'a fait entrevoir dans ses explications.

Georges Pestalozzi-Seger

### Nouveaux jugements concernant la surmontabilité d'atteintes à la santé

Le Tribunal fédéral a statué au sujet de différents tableaux cliniques qu'ils étaient en règle générale objectivement surmontables et ne fondaient par conséquent pas d'invalidité. Ces dernières années, la liste de ces atteintes à la santé a été constamment élargie. Nous présentons ci-après un résumé de deux nouveaux jugements relativement récents concernant cette pratique hautement contestée aussi bien du point de vue juridique que médical.

#### Syndrome post-polio

Les personnes ayant subi une poliomyélite étant jeunes se voient régulièrement confrontées, l'âge venant, à des troubles très divers qui vont en s'aggravant, tels que des douleurs, de la fatigue et des troubles respiratoires. Ces troubles sont imputables à une sursollicitation musculaire durant des années. Il se peut tout à fait que des facteurs psychosociaux et le stress aient également un impact sur la résistance de la personne concernée et qu'ils conduisent, plus ou moins rapidement selon les cas, à une incapacité de travail déclenchée par les effets tardifs. Ce fait a amené le Tribunal administratif du canton de Berne à supposer que le syndrome post-polio (SPP) constitue lui aussi, au même titre que les troubles somatoformes douloureux, un tableau clinique objectivement surmontable, du moins lorsque l'incapacité de travail est déclenchée essentiellement, dans le cas concret, par des problèmes psychosociaux. C'est pourquoi il a refusé d'accorder à un assuré ayant subi un SPP le droit à une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle, bien que l'AI lui ait précédemment accordé une rente d'invalidité entière.

Suite au recours de l'assuré, le Tribunal fédéral a heureusement décidé de corriger cette décision: dans son jugement du 28.9.2014 (9C\_326/2014), il a statué très clairement que la jurisprudence relative aux troubles somatoformes douloureux n'était pas applicable à un SPP. Le SPP résulte indubitablement dans tous les cas

d'une cause organique claire, sans laquelle ce syndrome ne pourrait en effet pas être diagnostiqué, à savoir d'une poliomyélite subie qui constitue une maladie neurologique reconnue, a-t-il expliqué; en ajoutant que dans le cas d'espèce, il est difficile de préciser si un SPP constitue un effet tardif d'origine directement somatique (neurologique, pneumologique, orthopédique, etc.) de la poliomyélite subie dans l'enfance ou la jeunesse, ou s'il s'agit de conséquences indirectes d'un stress psychosocial généré, (ré)activé, aggravé ou entretenu via des mécanismes pathologiques de nature psychosomatique; rien que pour des raisons de mise en œuvre de l'assurance, il n'est pas possible, selon le cas d'espèce, de procéder à une évaluation nuancée, a-t-il conclu.

Le jugement du Tribunal fédéral a été accueilli avec grand soulagement par les personnes en Suisse ayant subi une polio et qui ne parviennent pas à conserver leur entière capacité de travail jusqu'à l'âge de la retraite. Le fait qu'un tel litige ait pu se produire dans ce cas est certainement lié, entre autres, aux traitements et aux évaluations auxquels l'assuré a été soumis pendant longtemps par des médecins qui ne connaissaient pas tous les aspects d'un SPP, ce qui explique aussi la maladresse avec laquelle ces derniers ont tenté d'expliquer les douleurs et les états d'épuisement dont le patient faisait état. Il est certain qu'une meilleure information des médecins sur le SPP serait profitable à cette cause, également d'un point de vue du droit des assurances.

### Migraine

Dans un cas issu du canton d'Argovie, l'office AI et le Tribunal cantonal des assurances avaient refusé, après des investigations ayant duré des années, d'allouer une rente AI à une femme qui, selon ses propres dires, souffrait de fortes céphalées de type migraineux pendant 18 jours par mois, et ce malgré l'existence d'une expertise confirmant une incapacité de travail de 60%. Le Tribunal cantonal des assurances a défendu le point de vue selon lequel il s'agissait en l'occurrence, de façon analogue aux troubles somatoformes douloureux, d'un syndrome sans pathogénèse ni étiologie claires et sans constat de déficit

organique, qu'il fallait considérer comme un trouble en règle générale objectivement surmontable et n'étant pas de nature à fonder une invalidité.

Dans son jugement du 12.6.2014 (140 V 290), le Tribunal fédéral a constaté que dans les milieux médicaux spécialisés, les avis sur le caractère objectivable ou non d'une migraine au moyen de méthodes établies étaient manifestement divisés. Mais le Tribunal fédéral a estimé que l'on pouvait en fin de compte laisser en suspens la question de savoir s'il fallait qualifier ou non la migraine de tableau clinique peu clair au sens de la pratique relative aux troubles somatoformes douloureux; de manière très générale, l'on ne peut se baser exclusivement sur les indications subjectives de la personne concernée, mais il convient toujours de procéder à un examen soigneux de la plausibilité; cet examen doit également tenir compte d'autres domaines de la vie et d'activités comme p. ex. le comportement de la personne durant les loisirs ou son engagement au sein de la famille; lorsque ces facteurs ne permettent pas non plus de conclure à la présence d'un quelconque élément qui indique clairement l'existence d'une affection invalidante, il faut partir du principe que la preuve d'une incapacité de gain n'est pas fournie, auquel cas le droit à une rente doit être refusé. Dans le cas concret qu'il avait à juger, le Tribunal fédéral en est arrivé à la conclusion que la fréquence des céphalées indiquée par l'assurée n'a pu être objectivée ni d'un point de vue clinique ni en laboratoire, et qu'elle ne pouvait être rendue plausible par aucun autre moyens chez cette femme qui reste active sur le plan social; par conséquent, l'impact de l'atteinte à la santé sur la capacité de gain ne peut être fournie avec une certitude suffisante en droit.

L'intérêt de ce jugement réside dans le fait que le Tribunal fédéral ne considère plus comme déterminant de pouvoir désigner une atteinte à la santé selon la jurisprudence actuelle, mais qu'il entrouvre la porte à d'autres critères d'évaluation: lorsque la gravité de l'affection n'est pas objectivable, l'on ne peut se baser uniquement sur les indications subjectives de la personne concernée, a-t-il estimé, mais il faut tenter de les rendre plausibles à l'aide d'autres facteurs. Le Tribunal fédéral reprend ainsi

certaines réflexions formulées dans une expertise réalisée par le Professeur Henningsen de Munich en mai 2014. Il pourrait s'agir d'un premier pas vers un assouplissement de la distinction stricte entre „syndrome sans pathogenèse ni étiologie claires et sans constat de déficit organique“ et d'autres troubles organiques et psychiques.

Georges Pestalozzi-Seger

### **Rentes d'invalidité de la prévoyance professionnelle: réduction pour cause de surindemnisation**

Les institutions de prévoyance peuvent réduire les rentes d'invalidité dues dans la mesure où, ajoutées à d'autres revenus à prendre en compte, elles dépassent 90% du gain annuel dont on peut présumer que l'intéressé est privé (art. 24 al. 1 OPP 2). Sont considérées comme des revenus à prendre en compte, les prestations d'un type et d'un but analogues qui sont accordées à l'ayant droit en raison de l'événement dommageable, telles que les rentes AI ou les rentes de l'assurance-accidents. Est aussi pris en compte le revenu ou le revenu de remplacement qu'un bénéficiaire de prestations d'invalidité continue de réaliser ou pourrait encore raisonnablement réaliser (art. 24 al. 2 OPP 2). Cette possibilité de réduction conduit souvent à des querelles juridiques entre assurés et caisses de pension. Ces deux années passées, le Tribunal fédéral a dû rendre plusieurs jugements à ce propos; nous présentons ci-après un bref résumé assorti d'un commentaire de certains d'entre eux.

#### **Revenu présumé perdu**

Le revenu dont on peut présumer que la personne assurée a été privée constitue la valeur de référence déterminante sur laquelle se base la réduction pour cause de surindemnisation. Il correspond au revenu qu'une personne réaliserait avec une vraisemblance prépondérante au moment déterminant si elle n'était pas atteinte dans sa santé, et donc au revenu de valide sur lequel l'office AI fonde le calcul de l'invalidité: en règle générale, on se base sur le dernier revenu réalisé et adapté au renchérissement lorsqu'on ne peut établir avec une vraisemblance prépondérante que le revenu aurait changé p. ex. suite à une augmentation du temps de travail envisagée.

Dans un cas issu du canton de Bâle-Ville, l'office AI avait calculé le revenu de valide d'une personne ayant précédemment travaillé à 70% sur la base d'un taux de travail de 100%. Or, pour calculer la surindemnisation, la caisse de pension s'est basée sur le revenu précédent à 70%,

motif pour lequel le cas a été porté devant le Tribunal fédéral. Dans son jugement du 17.6.2013 (9C\_91/2013), le tribunal en est arrivé à la conclusion que la supposition de l'office AI était manifestement erronée et que la caisse de pension ne s'y était à juste titre pas référée.

Même s'il n'existait en l'occurrence aucun élément indiquant une augmentation du taux de travail, une telle augmentation peut, dans d'autres cas – p. ex. après une séparation ou un divorce, ou lorsque les enfants grandissent – sembler tout à fait probable avec une vraisemblance prépondérante. Si, dans le cadre d'une révision, l'office AI conclut à une réévaluation du „statut" et par conséquent aussi du revenu de valide, cela peut être l'occasion de demander à la caisse de pension de recalculer la surindemnisation.

### **Revenu raisonnablement réalisable: valeur obligatoire de la décision rendue par l'AI?**

Les litiges portent le plus fréquemment sur la question de savoir si et dans quelle mesure la caisse de pension peut prendre en compte, dans le calcul de la surindemnisation, un revenu d'une activité lucrative non réalisé mais „raisonnablement réalisable". Selon la jurisprudence maintes fois confirmée, le revenu raisonnablement réalisable correspond au „revenu d'invalidé" fixé par l'office AI. On suppose que l'assuré peut effectivement réaliser ce revenu. Les caisses de pension peuvent se baser sur cette décision de l'AI, à moins que la personne assurée soit en mesure de fournir la preuve du contraire qui établisse qu'il lui est impossible, malgré tous les efforts que l'on peut raisonnablement exiger d'elle, de réaliser effectivement un tel revenu.

Il existe toutefois des situations dans lesquelles la valeur obligatoire de la décision de l'AI ne s'applique pas de façon absolue. Dans le cas d'un assuré issu du canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, l'office AI avait précédemment déterminé un taux d'invalidité de 72% et versé une rente entière. Dans le cadre d'une révision, les médecins avaient fait valoir une aggravation supplémentaire de son état de santé. Par la suite, l'office AI

a confirmé que l'assuré conservait son droit à une rente entière vu son taux d'invalidité de 72%, tout en renonçant à une réévaluation sérieuse de l'invalidité. Malgré cela, la caisse de pension a insisté sur la prise en compte d'un revenu d'invalidé raisonnablement exigible en faisant valoir qu'elle était liée par la valeur obligatoire de la décision de l'AI, d'autant plus que cette décision n'avait nullement été contestée par l'assuré. À tort, a estimé le Tribunal fédéral dans son jugement du 28.1.2014 (9C\_773/2013), soutenant ainsi le jugement de l'instance précédente; car l'assuré, faute d'intérêt à agir en justice, n'a de fait pas pu contester la nouvelle décision de l'AI qui n'était que sommairement motivée; une telle contestation n'est en effet pas possible lorsque l'office AI renonce, faute de pertinence pour le montant de la rente AI, à une évaluation précise du taux d'invalidité. C'est pourquoi le Tribunal fédéral a estimé qu'il fallait en l'occurrence se baser sur les rapports médicaux; considérant ces derniers comme clairs et l'incapacité de travail de 100% comme établie, il en a conclu que la prise en compte d'un revenu supposé réalisable n'entraîne pas en considération.

### **Manque d'exploitabilité de la capacité de gain résiduelle en cas de taux d'invalidité important?**

En présence notamment d'un taux d'invalidité important se pose régulièrement la question de savoir si, dans la pratique, le revenu d'invalidé raisonnablement exigible fixé par l'AI est vraiment réalisable vu le contexte du marché du travail. Alors que dans le domaine des prestations complémentaires, un gain hypothétique d'une activité lucrative n'est pris en compte que chez les personnes ayant un taux d'invalidité jusqu'à 69%, mais pas de 70% et plus, le Tribunal fédéral semble appliquer des critères plus stricts dans le domaine de la prévoyance professionnelle. Dans un jugement récent (jugement du 8.11.2013; 9C\_1033/2012), il a certes statué que la question de savoir s'il fallait systématiquement renoncer à la prise en compte dès un certain taux d'invalidité pouvait rester ouverte. Dans d'autres jugements en revanche, il a soutenu de manière répétée la prise en compte du revenu raisonnablement réalisable en vue du calcul de la

surindemnisation; p. ex. dans un jugement du 24.3.2014 (9C\_913/2013), il a qualifié de licite la prise en compte d'un revenu d'invalidé raisonnablement réalisable de 21'840.- par année chez une personne ayant un taux d'invalidité de 72% et bénéficiant d'une rente d'invalidité entière de la prévoyance professionnelle, et ce malgré l'échec de toutes les tentatives de réinsertion de l'AI et le fait que la personne assurée ait finalement trouvé un travail en milieu protégé avec un revenu sensiblement inférieur. On ne saisit pas pourquoi il n'existerait aucune possibilité de travailler pour une personne ayant une capacité de travail résiduelle de 28%, a estimé le Tribunal fédéral.

Dans un jugement précédent rendu le 5 novembre 2013 (9C\_275/2013), le Tribunal fédéral avait là aussi autorisé la prise en compte d'un revenu même pour un taux d'invalidité de 79%. L'office AI avait estimé que l'assuré pouvait encore travailler 3 heures par jour (c.-à-d. à 36%) dans une activité adaptée. Vu que durant plus d'une année, la personne assurée ne s'était par la suite portée candidate, avec l'aide de l'ORP, que pour des postes à 20%, et ce sans succès, le Tribunal fédéral a considéré ses efforts comme insuffisants et autorisé la caisse de pension à prendre en compte la totalité du revenu d'invalidé déterminé par l'AI dans le calcul de la surindemnisation.

La jurisprudence sévère du Tribunal fédéral doit être soumise à un examen critique selon deux points de vue: d'une part, elle a pour conséquence de confronter le marché du travail à des candidatures qui, dans la pratique, n'ont souvent aucune chance d'être retenues, n'occasionnant que du travail administratif. D'autre part, la réduction des rentes de la prévoyance professionnelle chez les bénéficiaires d'une rente d'invalidité entière conduit régulièrement à déplacer la couverture des besoins vitaux vers les prestations complémentaires, qui ne peuvent prendre en compte un revenu hypothétique chez ces assurés. Le fait de déplacer ces charges des assureurs vers les contribuables n'est pas vraiment satisfaisant.

### **Manque d'exploitabilité de la capacité de gain résiduelle chez des assurés plus âgés?**

Selon l'avis du Tribunal fédéral, l'âge avancé à lui seul n'exclut pas de façon générale l'exploitabilité de la capacité de gain résiduelle, raison pour laquelle la prise en compte du revenu d'invalidé est possible, contrairement au domaine des prestations complémentaires où le revenu d'invalidé n'est plus pris en compte dès l'âge de 60 ans. Il est toutefois imaginable que dans des circonstances particulières, il soit effectivement avisé dans certains cas de renoncer à la prise en compte du revenu dans le calcul de la surindemnisation. À l'inverse du Tribunal des assurances du canton de Soleure, le Tribunal fédéral a estimé quant à lui, dans le cas d'un mécanicien de précision qui s'était vu résilier, à l'âge de 61 ans et après 26 ans d'activité au sein de l'entreprise, son contrat de travail par son employeur pour des raisons de santé, que cet assuré ayant un taux d'invalidité de 70% ne pouvait s'attendre à trouver un nouvel emploi chez un autre employeur (jugement du 8.11.2013; 9C\_1033/2012). Un élément important dans ce jugement réside dans le fait que pour un employé ayant travaillé pendant si longtemps au service du même employeur en étant habitué à une seule culture d'entreprise, un changement d'emploi à l'âge de 61 ans lui cause des difficultés d'adaptation bien plus importantes et nécessite un travail d'encadrement plus intense de la part de l'employeur.

### **Droit d'être entendu**

Lorsqu'une caisse de pension veut, dans le cadre du calcul de la surindemnisation, prendre en compte non seulement le revenu effectivement réalisé mais aussi un revenu raisonnablement réalisable, elle est tenue, conformément à la pratique, d'accorder à la personne assurée le droit d'être entendu et de lui donner l'occasion de démontrer qu'elle n'a pas pu trouver d'emploi correspondant, malgré des efforts qualitativement et quantitativement suffisants. Si cette preuve peut être fournie, la présomption légale est renversée: l'institution de prévoyance n'est alors pas autorisée à prendre en compte un tel revenu.

Or, quels sont les moyens de défense d'une personne lorsque l'institution de prévoyance n'accorde pas ce droit d'être entendu et réduit d'emblée la rente d'invalidité?

Dans un tel cas, la personne concernée doit, selon l'avis du Tribunal fédéral, porter plainte et fournir, dans le cadre de l'échange d'écritures durant la procédure, les preuves de ses efforts suffisants mais vains pour trouver un emploi. En revanche, elle ne peut se contenter de n'invoquer devant le tribunal que la violation du droit d'être entendu et s'attendre à ce que le tribunal oblige ensuite la caisse de pension à lui accorder le droit d'être entendu (jugement du 22.8.2014; 140 V 399).

Georges Pestalozzi-Seger

### **Délais: le Tribunal fédéral soutient l'antidatage des décisions**

Les délais d'opposition et de recours de 30 jours commencent à courir le lendemain de la notification de la décision. C'est pourquoi les représentants légaux ont l'habitude, pour mémoire, d'apposer le cachet de la date de réception sur le document. Jusqu'ici, tout est clair. En revanche, comment connaître avec suffisamment de certitude la date de notification lorsqu'un nouveau client qui se présente muni d'une telle décision n'a pas conservé l'enveloppe et ne se souvient pas de la date exacte à laquelle la décision lui est parvenue? Le représentant légal peut-il dans ce cas se fonder sur la date figurant sur la décision, en supposant que ce genre de décision envoyée par courrier recommandé parvient en règle générale au destinataire le lendemain de l'envoi? La réponse est non; le Tribunal fédéral en a ainsi décidé dans un jugement récent du 14.10.2014 (8C\_84/2014).

Dans le cas concret, la Suva avait daté sa décision du 5.11.2012 mais l'avait déjà envoyée le 2.11.2012. La représentante légale, que l'assuré n'avait consultée qu'après réception de la décision, supposant - à tort - que la décision du 5.11.2012 avait été expédiée ce même jour et, par conséquent, avait été remise le 6.11.2012 à son destinataire, a déposé son recours dans un délai de 30 jours, à savoir le 6.12.2012. Par la suite, la Suva n'est pas entrée en matière sur le recours pour cause de non respect du délai.

Dans un jugement plus ancien (I 579/98), le Tribunal fédéral des assurances s'était encore prononcé en ce sens que le destinataire d'une décision, lorsqu'il ne dispose plus de l'enveloppe, pouvait se fier au fait que la date du courrier et celle de l'envoi coïncident; si l'instance administrative a antidaté la décision, pour quelle que raison que ce soit, elle crée ainsi une situation qui nécessite de traiter le recourant en dérogation du droit matériel, avait statué le tribunal.

Dans sa nouvelle décision, le Tribunal fédéral a fortement relativisé cette pratique. Il a en effet statué qu'elle n'était

justifiable qu'en l'absence, pour des motifs excusables, d'une possibilité réaliste de connaître à temps la date de notification de la décision; dans le cas à juger, le représentant légal ayant été contacté suffisamment tôt par l'assuré, il aurait dû prendre lui-même contact avec l'ancienne représentante légale, une association professionnelle, ou avec la Suva afin d'être renseigné sur la date de notification, a estimé le tribunal. Vu que le représentant légal avait omis de procéder à ces investigations raisonnablement exigibles, le Tribunal fédéral a statué que le dépôt tardif du recours ne méritait pas de protection.

Dans le cas en question, les juges fédéraux n'étaient du reste pas unanimes et ils avaient pris leur décision lors d'une audience publique par 3 voix contre 2. La minorité, qui voulait accorder la priorité au principe de protection de la confiance, n'a pas réussi à imposer son avis. C'est regrettable; car depuis quelque temps, la mauvaise habitude qui consiste à antidater les décisions semble avoir tendance à augmenter. Le fait qu'il incombe ensuite aux assurés et à leurs représentants légaux de procéder à un surcroît d'investigations pour identifier la date de notification effective constitue un obstacle inutile qui est contraire au principe de la procédure équitable. Reste à espérer que le Tribunal fédéral maintiendra l'ancienne pratique au moins dans les cas où aucune représentation légale professionnelle n'est impliquée.

Georges Pestalozzi-Seger