

## Droit et handicap 4/15

### Sommaire

- Troubles somatoformes douloureux: mise en application du changement de pratique via les lettres circulaires de l'AI nos 334 et 339 page 2
- Contribution d'assistance: autres jugements page 4
- Pas d'adaptation des rentes d'invalidité de la prévoyance professionnelle suite à un changement de statut dans l'AI page 6

### 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“

### Troubles somatoformes douloureux: mise en application du changement de pratique via les lettres circulaires de l'AI nos 334 et 339

Dans „Droit et handicap 3/15“, nous avons commenté le jugement par lequel le Tribunal fédéral abandonne la présomption qui prévalait jusqu'à ce jour, selon laquelle les troubles somatoformes douloureux et les affections psychosomatiques assimilées peuvent être surmontés en règle générale par un effort de volonté raisonnablement exigible (jugement du 3 juin 2015, 9C\_492/2014). Dans l'intervalle, l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), auquel incombe la compétence de la mise en application, a rédigé deux lettres circulaires AI. Nous en proposons ci-après une présentation et un commentaire.

#### Les indicateurs standards en détails

L'OFAS indique dans la lettre circulaire AI n° 334 que la capacité de travail réellement exigible des personnes concernées doit désormais être évaluée sur la base du nouveau jugement du Tribunal fédéral dans le cadre d'une procédure d'établissement des faits structurée, à la lumière des circonstances du cas particulier et sans résultat prédéfini. L'OFAS précise que cette nouvelle procédure d'instruction structurée doit se baser sur les indicateurs suivants, sachant que l'application de la liste des indicateurs doit toujours tenir compte des circonstances du cas particulier et qu'il ne s'agit donc pas d'une checklist où il suffit de cocher des rubriques:

- A. Catégorie „degré de gravité fonctionnel“
  - a. Complexe „atteinte à la santé“
    - I. Expression des éléments pertinents pour le diagnostic
    - II. Succès du traitement ou résistance à cet égard
    - III. Succès de la réadaptation ou résistance à cet égard
    - IV. Comorbidités
  - b. Complexe „personnalité“ (diagnostic de la personnalité, ressources personnelles)
  - c. Complexe „contexte social“

- B. Catégorie „cohérence“ (points de vue du comportement)
  - a. Limitation uniforme du niveau des activités dans tous les domaines comparables de la vie
  - b. Poids des souffrances révélé par l'anamnèse établie en vue du traitement et de la réadaptation

L'OFAS signale en outre qu'un catalogue de questions destiné à l'évaluation des affections psychosomatiques qui tient compte de la nouvelle jurisprudence sera élaboré dès que possible. D'ici-là, les offices AI ne mandateront plus de nouvelles expertises mono-, bi- ou pluridisciplinaires pour instruire les cas de troubles psychosomatiques.

L'annexe de la lettre circulaire AI n° 334 présente les indicateurs standards, élaborés par le Tribunal fédéral dans son nouveau jugement. L'OFAS s'est contenté de recopier quasi intégralement mot pour mot les considérants assez détaillés du Tribunal fédéral. La question se pose de savoir s'il n'aurait pas été possible d'en faire une liste plus restreinte qui faciliterait aux offices AI la mise en application du nouveau jugement.

#### Quelles sont les affections qui relèvent du champ d'application du nouveau jugement?

L'OFAS a en outre précisé dans la lettre circulaire n° 334 qu'il fallait entendre par affections psychosomatiques toutes les affections citées au chiffre 1017.4 CIIAI (c.-à-d., outre les troubles somatoformes douloureux, également les troubles dissociés de la motricité, les troubles dissociés de la sensibilité et de la réceptivité, la fibromyalgie, la distorsion de la colonne cervicale sans constat organique de perte fonctionnelle (coup du lapin), la neurasthénie et le syndrome de fatigue chronique (SFC), le trouble de la personnalité durable non spécifié, l'hypersomnie non organique, le trouble de la personnalité lié à un syndrome algique chronique, le syndrome de stress posttraumatique (SSPT) ainsi que d'autres troubles de la personnalité durables). La question d'éventuelles affections supplémentaires à instruire conformément à la nouvelle procédure est à l'étude, a ajouté l'OFAS.

Dans la lettre circulaire AI n° 339, l'OFAS signale que le nouveau catalogue de questions destiné aux expertises médicales s'applique à „toutes“ les atteintes à la santé vu qu'il ne se justifie pas, dans l'optique d'une instruction ciblant les ressources et les capacités de la personne assurée, d'opérer une différenciation entre troubles psychosomatiques et autres atteintes.

Il n'y a en soi rien à objecter au fait de vouloir étendre une évaluation axée sur les ressources à tous les types d'atteintes à la santé. Or dans son nouveau jugement, le Tribunal fédéral ne rapporte la procédure d'instruction structurée avec les indicateurs cités qu'aux troubles somatoformes douloureux et aux affections assimilées. Son intention ne consiste donc guère à l'étendre à tous les types d'atteintes à la santé et par conséquent aussi aux atteintes à la santé purement physiques. S'ajoute à cela que les experts et expertes ne sont pas indifféremment en mesure, le cas échéant, de répondre à la question des ressources: Est-ce que cela ne nécessiterait pas en règle générale une appréciation psychologique ou psychiatrique? Cela ne conduirait-il pas, notamment lorsque l'assuré présente uniquement des atteintes à sa santé physique, à faire éclater le sens de la procédure d'évaluation?

### Sur quels cas le nouveau jugement prend-il effet?

Dans la lettre circulaire AI n° 334, l'OFAS fournit des explications sur la réglementation transitoire. Outre la mention qu'un catalogue de questions sera mis à disposition des offices AI en vue de l'évaluation des cas pendants et que les mandats sont suspendus d'ici-là, l'OFAS estime, quant aux cas ayant déjà fait l'objet d'une décision entrée en force, que la nouvelle jurisprudence ne constitue pas un motif pour revenir sur une décision entrée en force. Il renvoie dans ce contexte à l'ATF 135 V 201. Selon l'avis de l'OFAS, l'office AI ne peut entrer en matière sur une nouvelle demande ou une demande de révision que lorsque la personne assurée est en mesure de rendre plausible une aggravation de son état de santé ayant des conséquences sur son taux d'invalidité.

Comme nous l'avions déjà relaté dans „Droit et handicap 3/15“, le Tribunal fédéral avait toutefois distingué, dans le jugement ATF 135 V 201 cité par l'OFAS, entre adaptations en faveur et en défaveur d'une personne assurée, en attirant l'attention sur le fait qu'il ne fallait autoriser une adaptation en défaveur d'une personne assurée qu'avec la plus grande retenue et compte tenu des critères relevant de la sécurité juridique et de la confiance relative au maintien des prestations étatiques précédemment allouées. Or, vu que ces critères sont à présent sans objet lors d'une réévaluation dans l'intérêt de la personne concernée, on ne peut se rallier sans réserve à l'avis de l'OFAS.

### Catalogue de questions applicable aux expertises médicales

En l'espace d'environ deux mois, un groupe de travail interdisciplinaire a élaboré ce catalogue de questions annoncé dans la lettre circulaire AI n° 334. Ce groupe était composé de juristes et de médecins de l'OFAS ainsi que des offices AI; le groupe de travail Qualité Suisse-MED@P, institué par l'OFAS, n'a malheureusement pas été consulté. L'OFAS vient donc de publier le catalogue de questions dans la lettre circulaire AI n° 339 mentionnée plus haut, en signalant que dorénavant, tous les nouveaux mandats d'expertises médicales devaient être effectués sur la base de ce catalogue de questions. En même temps, il a révoqué la suspension des mandats d'expertises mono-, bi- ou pluridisciplinaires.

En passant en revue les questions formulées dans ce catalogue, on note qu'une grande partie d'entre elles devrait et saurait de toute manière déjà trouver réponse dans le cadre d'une expertise établie selon des directives de qualité applicables à ce domaine de spécialisation. Il existe par conséquent un risque de redondances qui rendent encore plus difficile la lecture des expertises, pour la plupart volumineuses. On remarque en outre que les questions concernant l'atteinte à la santé, le contexte social, les diagnostics, le traitement et la réadaptation ainsi que la cohérence sont formulées de manière très détaillée, alors que la question relative à la capacité

de travail dans l'activité exercée jusqu'ici et dans une activité correspondant aux aptitudes de l'assuré se limite au strict minimum. Compte tenu de l'importance absolument centrale de la capacité de travail, il serait en effet indiqué de motiver plus en détails l'évaluation de la capacité de travail et de préciser le profil d'activité raisonnablement exigible. Les réponses au catalogue de questions permettent-elles réellement d'appliquer les indicateurs établis dans le nouveau jugement du Tribunal fédéral et d'évaluer ainsi les capacités effectives d'une personne assurée à la lumière des circonstances du cas particulier et sans résultat prédéfini? Cette interrogation reste ouverte. L'élément décisif réside dans la manière dont réagiront les experts et expertes à ce catalogue de questions.

### Remarque finale

Après la levée de la suspension des mandats et dans la perspective que les instituts d'expertise ainsi que les experts et expertes établissent resp. complètent le cas échéant leurs expertises compte tenu du nouveau catalogue de questions, l'avenir montrera de quelle manière l'évaluation axée sur les ressources impactera sur les droits des personnes assurées. Il apparaîtra en outre dans quelle mesure les indicateurs établis par le Tribunal fédéral sont praticables, et si les décisions rendues sur cette base sont mieux acceptées que celles réalisées selon l'ancienne pratique basée sur la présomption du caractère surmontable de la douleur. On peut donc attendre avec intérêt les prochaines décisions rendues par les offices AI ainsi que les instances judiciaires cantonales et fédérales.

Petra Kern

### Contribution d'assistance: autres jugements

Dans „Droit et handicap 2/15“, nous avons commenté le jugement de principe par lequel le Tribunal fédéral a largement confirmé la légalité du système développé par l'administration servant à déterminer le besoin d'assistance et à calculer la contribution d'assistance. Ci-après, nous présentons deux autres jugements dans lesquels les juges fédéraux ont attiré l'attention sur certains aspects problématiques et apporté des rectifications à la décision de l'office AI.

### Obligation des proches de limiter le préjudice

Selon l'art. 39g RAI, le montant annuel de la contribution d'assistance équivaut en règle générale à douze fois le montant mensuel de la contribution d'assistance. Or, si la personne assurée vit en ménage commun avec la personne avec laquelle elle est mariée ou liée par un partenariat enregistré, avec laquelle elle mène de fait une vie de couple, ou qui est un parent en ligne directe, et que, en outre, cette personne est majeure et ne bénéficie pas elle-même d'une allocation pour impotent, le montant annuel de la contribution d'assistance équivaut à onze fois le montant mensuel de la contribution d'assistance. En édictant cette règle, le Conseil fédéral a concrétisé le principe de l'obligation de limiter le préjudice, auquel il n'y a rien à objecter, a conclu le Tribunal fédéral: selon lui, on peut dans le principe raisonnablement attendre des membres proches de la famille qu'ils fournissent certaines aides sans être rémunérés par les assurances sociales.

Dans un cas issu du canton de Schwyz, le Tribunal fédéral a néanmoins relativisé quelque peu l'application de l'art. 39g RAI: l'assuré en question, gravement handicapé et dans une large mesure dépendant de l'aide fournie par des assistants, faisait ménage commun avec ses parents âgés de 80 resp. de 83 ans. Dans ce cas – a estimé le Tribunal fédéral – il convient de clarifier si ces proches sont objectivement et réellement en mesure de fournir à l'assuré une aide propre à limiter le préjudice, et si l'on peut raisonnablement l'exiger de leur part; selon l'expérience

générale de la vie, les capacités des personnes âgées diminuent progressivement l'âge venant et elles sont nombreuses à se retrouver, sans être impotentes au sens de la loi, à la limite de leurs possibilités lorsqu'il s'agit simplement de développer leur autonomie personnelle; dans le cas concret, s'ajoute à cela que le besoin effectif d'assistance dépasse de 81 heures le besoin d'assistance maximal de 240 heures par mois pouvant être pris en compte. C'est pourquoi le Tribunal fédéral a chargé l'office AI de clarifier la question supplémentaire de savoir dans quelle mesure cette circonstance pesait sur les parents âgés et si l'on pouvait raisonnablement leur demander de contribuer, en plus, à limiter le préjudice. Dans ce point, le Tribunal fédéral a accepté le recours et décidé le renvoi du cas pour clarification complémentaire (jugement du 23.6.2015; 9C\_715/2014).

### Étendue du besoin de surveillance pris en compte

Dans un cas issu du canton de Zurich, le litige portait sur l'étendue du besoin de surveillance pris en compte durant la journée et la nuit. Le Tribunal des assurances sociales avait admis un besoin de surveillance – contrairement à l'office AI – au motif que l'assurée nécessitait, au vu des rapports médicaux disponibles, une surveillance active permanente allant au-delà d'une simple présence, qui permette d'intervenir immédiatement si nécessaire; l'absence de surveillance entraîne un risque pour la santé, voire rapidement un risque vital si l'assurée avale de travers, vu qu'elle n'est pas en mesure de développer son autonomie personnelle ou de demander de l'aide, a précisé le tribunal. Compte tenu de la gravité de son handicap, a-t-il conclu, il se justifie en outre de lui accorder le montant maximal prévu par l'art. 39 e al. 2 let. c RAI de 120 heures par mois (environ 4 heures par jour) pour son besoin de surveillance. L'office AI a fait recours contre cette décision auprès du Tribunal fédéral.

Dans son jugement du 21.4.2015 (9C\_598/2014), le Tribunal fédéral a d'abord observé que les éléments de fait constatés par l'instance précédente concernant la nécessité d'une surveillance n'étaient pas manifestement erronés, raison pour laquelle l'on pouvait s'y référer, et

qu'il fallait donc partir du principe que l'assurée a besoin de surveillance. En outre, a-t-il ajouté, il ne s'agit pas d'un besoin ponctuel mais il faut admettre au contraire, compte tenu des constatations faites par l'instance précédente, que même une surveillance de niveau 3 (contrôle actif tous les quarts d'heure) n'est pas suffisante. Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé la décision du Tribunal cantonal des assurances.

En ce qui concerne les prestations de nuit, l'office AI avait reconnu à l'assurée un besoin d'aide de niveau 3 (nécessité d'au moins une intervention chaque nuit), mais pas de niveau 4 (interventions actives nécessitant au moins 2 heures par nuit). Là aussi, le Tribunal cantonal avait procédé à une rectification suite au recours, en déclarant applicable le montant maximum de Fr. 86.70 par nuit (niveau 4). Il avait argué que l'assurée avait besoin, durant la nuit également, d'une surveillance active permanente allant au-delà d'une simple présence. Le Tribunal fédéral s'est référé, dans ce point également, au constat des faits effectué par l'instance précédente et a estimé qu'il n'y avait pas de raison d'évaluer les faits différemment.

Les litiges concernant le montant du besoin de surveillance pris en compte sont relativement fréquents. Cela est dû en premier lieu au fait que la notion d'„intervention active" doit être interprétée, et que certains offices AI en font une interprétation très restrictive. Par son jugement, le Tribunal fédéral n'a pas remis en question le système d'évaluation du besoin de surveillance en tant que tel, mais il a tout à fait concédé aux tribunaux cantonaux des assurances le droit de déroger d'une évaluation des faits émanant d'un office AI. Si le Tribunal cantonal motive de façon concluante sa décision relevant de l'état de fait, le Tribunal fédéral ne voit aucune raison, compte tenu de son pouvoir d'examen limité, de procéder à des correctifs.

Georges Pestalozzi-Seger

## **Pas d'adaptation des rentes d'invalidité de la prévoyance professionnelle suite à un changement de statut dans l'AI**

Chez les personnes qui, selon le degré de vraisemblance prépondérante, n'exerceraient qu'une activité lucrative à temps partiel même sans être atteintes dans leur santé et qui s'occuperaient parallèlement d'un autre champ d'activité, le taux d'invalidité est calculé, comme on sait, selon la méthode mixte: on évalue dans un premier temps la part de l'activité lucrative et la part du champ d'activité (détermination du statut, p. ex. 60%-40%). Ensuite l'invalidité est évaluée séparément dans chacun des deux domaines selon les principes déterminants (p. ex. incapacité de travail 60%, incapacité de travail dans le champ d'activité 30%) et pondérée par rapport à la part en pour cent (en l'occurrence 60% pour l'activité lucrative = 36%, 40% pour le champ d'activité = 12%). Enfin, les taux partiels d'invalidité pondérés sont additionnés, ce qui aboutit au taux d'invalidité selon le droit relevant de l'AI (dans cet exemple 48%).

Lorsqu'une telle personne travaillant à temps partiel était affiliée, au moment déterminant, à la prévoyance professionnelle d'une caisse de pension, cette dernière n'est tenue - contrairement à l'AI et conformément à la jurisprudence - de prendre en compte dans la détermination d'une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle que l'atteinte à la santé dans l'activité lucrative. Dans cet exemple, la caisse de pension va donc devoir verser, compte tenu du taux d'invalidité de 60% dans l'activité lucrative, non pas un quart de rente mais une rente de trois-quarts.

Il se trouve que l'office AI décide fréquemment, dans le cadre d'une procédure de révision, de changer le statut après quelques années, de réévaluer ensuite le taux d'invalidité en conséquence et d'augmenter, de diminuer ou de supprimer la rente AI. De tels changements de statut concernent souvent notamment les femmes, parce que l'on part du principe, par exemple suite à la naissance d'un enfant, que la femme aurait réduit, selon le degré de vraisemblance prépondérante, son activité lucrative

même sans être atteinte dans sa santé; ou à l'inverse, lorsque l'on suppose, après un divorce, que la personne concernée aurait augmenté son activité lucrative. Dans ce cas, qu'en est-il de la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle?

Dans un jugement récent datant du 16.1.15 (141 V 127), le Tribunal fédéral a statué qu'un tel changement de statut n'avait à lui seul aucun impact sur une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle en cours, c.-à-d. qu'il ne constituait pas un motif d'adaptation du point de vue du droit en matière de prévoyance professionnelle. La rente d'invalidité versée par la caisse de pension ne peut donc être adaptée, contrairement à ce qui se pratique dans l'AI, que si la capacité de gain subit un changement en raison d'une amélioration ou d'une aggravation de l'état de santé ainsi que des possibilités de gain qui en découlent, mais pas en raison d'une adaptation du statut.

Ces principes ne s'appliquent bien évidemment pas aux seules personnes évaluées par l'AI selon la méthode mixte lors de la survenance initiale de l'invalidité, mais aussi à celles dont l'invalidité a été déterminée jusqu'ici selon la méthode générale de la comparaison des revenus, mais dont le statut est modifié, à l'occasion d'une révision, de sorte à rendre applicable la méthode mixte. Dans le cas jugé par le Tribunal fédéral, il s'agissait concrètement d'une telle constellation: l'office AI du canton de Berne avait supprimé la demi-rente AI d'une femme du fait qu'il appliquait désormais la méthode mixte, et a aboutit à un taux d'invalidité non plus de 50% mais de 10%. Par la suite, la caisse de pension a supprimé à son tour la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle, ce que le Tribunal fédéral n'a pas jugé recevable en raison du changement de statut. Mais comme la capacité de gain de cet assuré s'était également améliorée dans une certaine mesure, le Tribunal fédéral a renvoyé le cas à l'instance précédente pour réévaluation.

Ce nouveau jugement clarifie la situation juridique dans un point important: les personnes qui, au moment de la survenance initiale de l'invalidité, se sont vu accorder une rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle,

ne doivent pas craindre de la perdre ensuite pour la seule raison que l'AI procède à un changement de statut et diminue le taux d'invalidité. Mais à l'inverse, une personne ne peut demander une augmentation de sa rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle pour la seule raison que l'AI décide désormais de se baser, à partir d'un certain moment, sur une part supérieure de l'activité lucrative hypothétique. Le Tribunal fédéral avait déjà fait entrevoir ce principe de manière analogue dans des jugements antérieurs, en indiquant que cela en reviendrait à élargir illicitement le champ de la couverture d'assurance (entre autres jugement du 7.4.2011, 9C\_821/2010).

Même s'il est désormais clair qu'un changement de statut ne constitue pas un motif pour adapter les rentes d'invalidité de la prévoyance professionnelle, un tel changement peut néanmoins avoir son importance dans le contexte de la possibilité d'une réduction pour cause de surindemnisation. Selon l'art. 24 al. 1 OPP 2, l'institution de prévoyance peut réduire les prestations d'invalidité et de survivants 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. La plupart des institutions de prévoyance ont intégré cette disposition dans leur règlement. L'institution de prévoyance peut en tout temps réexaminer les conditions et l'étendue d'une réduction et adapter la rente d'invalidité de la prévoyance professionnelle à verser (art. 24 al. 5 OPP 2). Par conséquent – comme l'a constaté le Tribunal fédéral à une autre occasion (jugement du 21 mars 2003, 129 V 150, consid. 2.3) –, si le gain dont l'assuré est présumé avoir été privé est modifié parce que la personne aurait, selon le degré de vraisemblance prépondérante, augmenté, réduit ou abandonné son activité lucrative même sans être atteinte dans sa santé, un tel changement donne lieu à un recalcul de la surindemnisation.

Georges Pestalozzi-Seger