

PROCEDURE

ET

**LOI SUR LA PARTIE GENERALE
DU DROIT DES ASSURANCES
SOCIALES**

Jean-Michel Duc, avocat

Table des matières :

<u>1. Avant-propos</u>	<u>4</u>
<u>2. Les assurances sociales en Suisse</u>	<u>4</u>
2.1 SITUATION AVANT L'ADOPTION DE LA LPGA	4
2.2 BUT VISE PAR LA LPGA (ART. 1 LPGA)	6
2.3 CHAMP D'APPLICATION DE LA LPGA.....	7
2.3.1 PRINCIPES	7
2.3.2 CONSEQUENCES.....	8
<u>3. La procédure.....</u>	<u>8</u>
3.1 DEFINITION	9
3.1.1 PROCEDURE ADMINISTRATIVE (LE NON CONTENTIEUX)	9
3.2 DROIT APPLICABLE ET ACTES ADMINISTRATIFS	10
3.2.1 DROIT APPLICABLE	10
3.2.2 ACTES ADMINISTRATIFS.....	11
3.2.3 DEBUT ET FIN DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE.....	18
<u>4. Principes de la procédure administrative (non contentieux)....</u>	<u>22</u>
4.1 DELAIS.....	22
4.1.2 OBSERVATION DES DELAIS (ART. 39 LPGA).....	23
4.1.4 RESTITUTION DE DELAI (ART. 41 LPGA).....	24
4.1.5 CONSEQUENCES DE L'INOBSERVATION D'UN DELAI.....	25
4.2 MESURES D'INSTRUCTION.....	25
4.2.1 PRINCIPES	25
4.2.2 INSTRUCTION DE LA DEMANDE (ART. 43 LPGA).....	26
4.2.3 EXPERTISE (ART. 44 LPGA)	27
4.2.3.1 NOTION.....	27
4.2.3.2 DISTINCTION ENTRE UNE EXPERTISE ET UNE PRISE DE POSITION.....	27
4.2.3.3 OBJET DE L'EXPERTISE	28
4.2.3.4 PRINCIPES	28
4.2.3.5 EXPERTISE DE PARTIE	30
4.3 OBLIGATION DE COLLABORER A L'INSTRUCTION.....	30
4.4 ASSISTANCE ADMINISTRATIVE (ART. 32 LPGA)	31
4.5 DROIT D'ETRE ENTENDU (ART. 42 LPGA)	31
4.5.1 GESTION DES DOCUMENTS (ART. 46 LPGA).....	32
4.5.2 CONSULTATION DU DOSSIER (47 LPGA).....	32
4.5.3 PRISE EN CONSIDERATION DE PIECES TENUES SECRETES (ART. 48 LPGA).....	33
4.5.4 DROIT DE SE DETERMINER.....	34
4.5.5 DROIT DES PARTIES D'APPORTER DES PREUVES.....	34
4.6 LIBRE APPRECIATION DES PREUVES.....	34
4.6.1 FARDEAU DE LA PREUVE	34
4.6.2 DEGRE DE LA PREUVE	35
4.7 FRAIS	36
4.7.1 FRAIS DE LA PROCEDURE	36

4.7.2	FRAIS ET DEPENS	36
4.8	MODIFICATION D'UNE DECISION ERRONEE	36
4.9	RECONSIDERATION ET REVISION (53 LPGGA)	37
4.9.1	REVISION PROCEDURALE	37
4.9.2	RECONSIDERATION	38
4.9.3	NOUVELLE DECISION	39
4.10	EXECUTION DES DECISIONS (54 LPGGA)	40
5.	<u>Procédure de recours (le contentieux)</u>	41
5.1	DROIT DE RECOURS (ART. 56 LPGGA)	41
5.2	TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES (ART. 57 LPGGA)	42
5.3	COMPETENCE (ART. 58 LPGGA)	42
5.4	QUALITE POUR RECOURIR (ART. 59 LPGGA)	43
5.5	DELAI DE RECOURS (ART. 60 LPGGA)	44
5.6	REGLES DE PROCEDURE DEVANT LES TRIBUNAUX CANTONAUX (ART. 61 LPGGA)	44
5.7	TRIBUNAL FEDERAL DES ASSURANCES (ART. 62 LPGGA)	45
5.8	PHASES DE LA PROCEDURE	46
6.	<u>Procédures spéciales</u>	47
6.1	RESTITUTION DE PRESTATIONS OU REMBOURSEMENT DE COTISATIONS (ART. 25 LPGGA)	47
6.1.1	PRESTATIONS REÇUES A TORT	47
6.1.2	CREANCES POUR DES COTISATIONS PAYEES EN TROP	49
6.2	EXTINCTION DU DROIT (ART. 24 LPGGA)	49
6.3	RENONCIATION A DES PRESTATIONS (ART. 23 LPGGA)	49
6.3.1	PRINCIPE	49
6.3.2	FORME	51
7	<u>Intérêts moratoires et intérêts rémunérateurs (art. 26 LPGGA)</u>	51
7.1	INTERETS COTISATIONS (ART. 26 LPGGA)	51
7.2	INTERETS SUR LES PRESTATIONS	51
8	<u>Interdiction de surindemnisation (art. 69 LPGGA)</u>	52
8.1	CALCUL GLOBAL	52
8.2	CALCUL DE SUR INDEMNISATION (ART. 69 AL. 2 LPGGA)	52
9	<u>Droit de recours (art. 72 à 75 LPGGA)</u>	53
9.1	RECOURS INTEGRAL (ART. 72 AL. 1 LPGGA)	53
9.2	SOLIDARITE (ART. 72 AL. 2 LPGGA)	53
9.3	DELAIS DE PRESCRIPTION (ART. 72 AL. 3 LPGGA)	54
9.4	DROIT PREFERENTIEL (ART. 73 AL. 1 LPGGA)	54
9.5	CALCUL DE LA CREANCE RECURSOIRE EN CAS DE REDUCTION SELON ART. 21 LPGGA	54
9.6	PRIVILEGE DE RECOURS (ART. 75 LPGGA)	55

1. Avant-propos

Ce support de cours doit être compris comme un instrument de travail, en ce sens qu'il peut vous permettre de vous familiariser aux concepts et aux procédures applicables en matière d'assurances sociales.

Vous le verrez, il comporte un certain nombre de références à la loi et à la jurisprudence, et je ne peux que vous inviter à la curiosité.

Cela étant, ces quelques notes sont établies sans aucune prétention et ne sauraient être exhaustives. Elles prennent en compte l'état de la législation et de la jurisprudence à mi-août 2005.

But de ce cours :

- exposer quelques éléments sur les principes régissant les procédures
- rappeler les règles de procédure relatives aux différentes branches d'assurances sociales.
- indiquer les conséquences de la LPGA, de l'OPGA, notamment en matière de procédure.

2. Les assurances sociales en Suisse

2.1 Situation avant l'adoption de la LPGA

Rappelons tout d'abord que les différentes assurances sociales se sont développées sans grande systématique.

Elles ont vu le jour en 1890 par l'introduction de l'art. 34 bis de l'ancienne Constitution fédérale qui prévoyait que la Confédération était chargée, d'une part, de créer une assurance-maladie et accidents, et, d'autre part, de déclarer, cas échéant, obligatoire pour toute la population ou certaines catégories.

L'adoption d'une solution globale n'a pas été possible pour des raisons politiques. Aussi, la Confédération renonça à une codification globale pour adopter de manière séparée et successive différentes réglementations en matière d'assurances sociales. Ainsi, plus de 100 ans séparent la première loi sur l'assurance militaire en 1901 de l'introduction de l'allocation maternité par la modification de la LAPG en 2003.

C'est ainsi que furent adoptées :

- la loi sur l'assurance militaire (1901)
- la loi sur l'assurance-maladie et accidents (LAMA - 1911)
- la loi de subventionnement aux caisses d'allocations-chômage (1924)
- la base constitutionnelle à l'assurance vieillesse, survivants et invalidité (1925),
la loi sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS - 1946)
- la révision de la loi sur l'assurance militaire (LAM - 1949)
- la loi sur le régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes astreintes au service militaire ou à la protection civile (LAPG - 1952)
- la loi sur l'assurance invalidité (LAI - 1959)
- la loi sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (LPC - 1965)
- la loi sur l'assurance-accidents (LAA - 1981)
- la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP - 1982)
- la nouvelle réglementation de la loi sur l'assurance maladie (LAMal – 1994)
- la modification de la LAPG qui a introduit la nouvelle allocation maternité (LAPG – modification 2003).

Lors des réflexions qui ont précédé l'adoption de la LPGA, un constat s'est imposé : dix systèmes se sont mis en place avec un manque de cohésion important.

En matière de prestations:

- quatre systèmes supportent les frais de guérison en cas de maladie ou d'accident : la LAMal, la LAA, la LAI, la LAM
- cinq systèmes prévoient des mesures de réadaptation et des moyens auxiliaires : la LAI, la LAA, la LAMal, la LAM, la LAVS
- cinq systèmes prévoient des rentes : la LAA, la LAI, la LPP, la LAM, la LAVS.

En matière de financement :

Nous pouvons distinguer différents modes en fonction des six critères suivants :

- cotisations fixes des assurés
- cotisations en pour cent du salaire
- cotisations des employeurs
- cotisations des travailleurs
- prestations de la Confédération (subventions)
- prestations des cantons

En matière de procédure :

- Avant l'entrée en vigueur de la LPGA, il existait différentes procédures propres à chaque système. Sur ce point, la LPGA a partiellement, mais pas totalement unifié les règles applicables ; il faut encore relever :
 - un certain manque de cohésion entre les différentes assurances sociales, même si l'on doit accepter la multiplicité des systèmes, en matière
 - de prestations,
 - de financement ou
 - d'organisation ;
 - des définitions différentes pour des notions juridiques pourtant comparables
Exemple : la réduction ou le refus de prestation ou la notion de gain ne sont toujours pas définis de la même manière identique dans la LPGA ou en LAA (art. 37 al. 3 LAA) ;
 - des procédures différentes
Exemple : des délais différents : 30 jours ou 3 mois pour recourir contre une décision sur opposition ;
 - un manque de coordination entre les différentes prestations des assurances sociales avec des délais d'attente différents: 2 jours en LAA, le plus souvent 1 an en LAI, voire deux ans en LPP.

2.2 But visé par la LPGA (art. 1 LPGA)

Coordonner les assurances sociales

- en définissant les principes, les notions et les institutions du droit des assurances sociales. Ainsi en va-t-il par exemples :
 - aux titres de principes, de la possibilité d'attaquer les décisions par voie d'opposition (art. 52 LPGA) ;
 - de notions, de la définition de l'accident (art. 4 LPGA) ;

d'institutions du droit des assurances sociales, des droits et devoir de renseignements de l'assurance vis-à-vis de l'ayant droit (art. 27 LPGA).

- en fixant quelques normes de procédure uniformes et en réglant l'organisation judiciaire applicable en matière d'assurances sociales (34ss LPGA, en particulier s'agissant de la question des délais ou du tribunal cantonal des assurances) ;
- en harmonisant les prestations d'assurances sociales.
Remarquons, toutefois que la LPGA n'uniformise que très peu le droit aux prestations (cf. art. 63ss LPGA). Relevons en particulier les règles relatives à la surindemnisation selon l'art. 69 LPGA ou celles concernant l'ordre dans lequel les prestations sont allouées de l'art. 66 al. 2 LPGA, de la prise en charge provisoire de l'art. 70 al. 2 LPGA, ou encore du devoir de remboursement d'un assureur vis-à-vis d'un autre ;
- en réglant le droit de recours des assurances sociales contre les tiers (art. 72ss LPGA).

En réalité, vous remarquerez que la LPGA n'introduit que peu de règles en matière de coordination entre les différentes branches des assurances sociales.

2.3 Champ d'application de la LPGA

2.3.1 Principes

L'art. 2 LPGA limite le champ d'application de la LPGA aux lois sur les assurances sociales. Il prévoit que les dispositions de la LPGA sont applicables "si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances le prévoient."

Ainsi, le champ d'application est limité à deux titres :

- "**si**" :
c'est-à-dire, à la condition que les lois spéciales le prévoient. A cet égard, mis à part la LPP, toutes les lois régissant les branches des assurances sociales prévoient le principe général de l'application de la LPGA, et ceci, à l'art. 1 de la loi spéciale.

Relevons que la LPP ne prévoyant rien à l'art. 1 LPP, la LPGA n'est pas applicable à la LPP, à l'exception des art. 66 al. 2, 70 LPGA, 34a LPP.

- **"dans la mesure"** :
c'est-à-dire, sous réserve des exceptions prévues à l'art. 1 de la loi spéciale ou d'autres dispositions.

Exemples:

- L'art. 1 al. 1 LAA pose le principe général d'application de la LPGA.
- L'art. 1 al. 2 LAA définit quelques exception à ce principe, soit :
 - - au domaine médical et aux tarifs (art. 53 à 57 LAA),
 - - à l'enregistrement des assureurs (art. 68 LAA),
 - - à la procédure régissant les contentieux pécuniaires entre assureurs (art. 78a LAA)
 - - L'art. 37 al 2 et 3 LAA , au titre d'exception à l'art. 21 al. 1 et 2 LPGA en cas de faute grave ou de crime et délit.

2.3.2 Conséquences

Nécessité de se référer

- à au moins deux lois : la LPGA et la loi spéciale (ex. la LAA, voire la loi fédérale sur la procédure administrative (PA)),
- à au moins deux ordonnances : l'OPGA et celle de la loi spéciale (ex. OLAA, OPA).

3. La procédure

La procédure permet de fixer les règles qui régissent les relations entre les personnes concernées, soit :

- l'assuré ou les ayant droit,
- les assurances sociales,
- les autorités de recours ou les tribunaux,
- les organe de surveillance.

3.1 Définition

La procédure définit d'un point de vue formel deux choses:

- D'une part, le non contentieux
 - Quelles assurances sont compétentes ?
 - Quels sont les droits et obligations que l'assuré ou les ayants droit peuvent faire valoir à l'encontre de cette assurance ?
- D'autre part, le contentieux:
 - Quelles sont les autorités compétentes ?
 - A quelles conditions un litige peut être porté devant cette autorité ?
 - Quels sont les droits et les obligations des parties à la procédure ?

3.1.1 Procédure administrative (le non contentieux)

Que faut-il entendre par procédure de non contentieux ?

Il s'agit de la procédure qui mène à la décision de l'administration¹ ou de l'assureur.

Éléments de la procédure administrative :

- Constatation des faits et administration des preuves par l'administration
- En général, les rapports juridiques sont réglés par une décision ou une décision sur opposition.

Exception en LPP : les institutions de prévoyance ne sont pas habilitées à rendre des décisions, de sorte que l'intéressé doit adresser sa demande devant le Tribunal cantonal des assurances, sous la forme d'une action, et non d'un recours.

3.1.2 Procédure de recours (contentieux)

Que faut-il entendre par contentieux ?

Il s'agit de la procédure de recours qui suit la procédure administrative. En

¹ Relevons que la LAA prévoit à l'art. 78a LAA que l'Office fédéral des assurances sociales (aujourd'hui, l'Office fédéral de la santé publique) statue sur les contestations pécuniaires entre assureurs.

règle générale une procédure de recours a deux instances possibles

- une première
 - devant le Tribunal cantonal des assurances (art. 57 LPGA,) ou
 - une commission fédérale de recours (exemple : art. 109 LAA) ou
- une deuxième
 - devant le Tribunal fédéral des assurances (art. 62 LPGA)

3.2 Droit applicable et actes administratifs

3.2.1 Droit applicable

Le droit matériel des assurances sociales (ex. couverture, prestations, primes, etc.) est régi dans sa plus grande partie par le droit fédéral.

Le droit de procédure est réglé en partie par le droit fédéral et en partie par le droit cantonal pour la procédure devant le Tribunal cantonal des assurances (art. 61 LPGA).

Le droit applicable à la procédure dépend de la nature juridique de l'organe appelé à statuer. Cet organe peut être :

- un organe de la Confédération, comme pour l'assurance militaire²,
- un établissement autonome de droit public, comme la Suva ou la caisse fédérale de pension (art. 48 LPP et art. 8 loi fédérale régissant la Caisse fédérale de pensions)
- un office cantonal, comme les caisses cantonales de compensation (art. 61 LAVS) ou les offices AI (art. 54 LAI),
- des personnes de droit privé (associations, fondations coopératives ou sociétés anonymes), comme par exemples, les autres assureurs accidents que la CNA (art. 68 LAA), les caisses maladies (art. 12 LAMal), les institutions de prévoyance de droit privé sous la forme d'une fondation ou d'une société coopérative (art. 48 LPP).

En matière de procédure, la LPGA a unifié de manière partielle les règles de procédure applicables aux diverses branches des assurances sociales, pour ce qui concerne la procédure administrative (cf art. 27 à 62 LPGA).

Cela étant, et sous réserve des principes généraux de droit constitutionnel, il existe **différentes règles de procédure** qui sont prévues

² Avant la modification de la LAM et OAM entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2005 prévoyant que la CNA gère l'assurance militaire en tant qu'assurance sociale.

- soit dans les différentes lois d'assurances sociales (106 LAA),
- soit dans la loi fédérale sur la procédure administrative (PA) (cf. art. 55 al. 1 LPGA³), ou encore
- dans les différents codes de procédure cantonaux pour la procédure devant les tribunaux cantonaux, ou la loi sur fédérale d'organisation judiciaire (OJ) pour la procédure devant le Tribunal fédéral des assurances (TFA).

3.2.2 Actes administratifs

3.2.2.1 Renseignements et conseils (art. 27 LPGA)

En raison du manque de connaissances des assurés en matière d'assurances sociales, de la complexité de la matière et du fait que celle-ci touche souvent des prestations élémentaires d'existence, il est important que l'organe de l'assurance informe l'assuré sur ses droits et obligations.

A cet égard, remarquons que quelques lois spéciales l'avaient déjà prévu avant l'entrée en vigueur de la LPGA : soit par exemples aux articles 67 al. 2 et 116 al. 1a RAVS, aux art. 71 al. 2 LAMal et 72 OLAA.

L'art. 27 LPGA a introduit, d'une part, une obligation générale de renseignements et de conseils. Les assureurs sociaux pourront satisfaire leur obligation générale telle que formulée à l'alinéa 1 par le biais de brochures, de fiches ou d'instructions destinées à un nombre indéterminées de personnes⁴.

L'alinéa 2 prévoit un droit gratuit d'être renseigné sur ses droits et obligations.

L'alinéa 3 ajoute que si un assureur constate qu'un assuré ou ses proches ont droit à des prestations d'autres assurances sociales, il les informe sans retard.

Toutefois, relevons que les intérêts de l'assuré et de l'assureur peuvent être divergents. Ainsi, quel assureur conseillera à un assuré de faire opposition contre une de ses décisions⁵ ?

Si l'assureur violait cette obligation et que l'assuré en subissait un

³ L'art. 55 LPGA prévoit que les points qui ne sont pas réglés de manière exhaustive aux art. 27 à 54 LPGA sont régis par la PA.

⁴ ATF 126 V 529

⁵ cf. Spira, SZS 45/2001, page 531

dommage, l'assureur pourrait devoir en répondre et le réparer, conformément à l'art. 78 LPGA.

Exemple : un mauvais conseil peut faire perdre à un assuré le droit à des prestations. Ce dernier pourrait alors se retourner contre l'assureur et lui demander la prise en charge des prestations perdues.

3.2.2.2 Décision au sens formel

3.2.2.2.1 Notion

La notion de décision est définie à l'art. 5 PA.

En matière d'assurances sociales, sont considérées comme décisions, les mesures prises par l'assureur dans un cas d'espèce et ayant pour objet de

- créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations,
- constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations,
- rejeter ou de déclarer irrecevable des demandes.

Par principe, et sous réserve de la LPP, dans le domaine des assurances sociales, les rapports juridiques dans un cas particulier doivent faire l'objet de décisions.

La décision a un contenu matériel et formel :

- **Contenu matériel,**
Par contenu matériel, il faut comprendre que la décision détermine les droits et les obligations des ayants droit.

Exemples: décision définissant le droit à une rente d'invalidité ou décision mettant fin au droit à des prestations.

- **Formel,**
Par contenu formel, l'on signifie que la décision met un terme à la procédure administrative en indiquant les voies de droit (49 al. 3 LPGA), (cf. infra sous 2.2.4.5).

L'art. 49 al. 1 LPGA prévoit que l'assureur **doit** rendre par écrit les décisions qui portent sur

- des prestations ;
- des créances ou des injonctions (exemples : demande de restitution selon l'art.25 LPGA ou injonction de se soumettre à un traitement selon l'art. 21 al. 4 LPGA ou l'art. 48 LAA) ; ou
- ou celles avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord.

3.2.2.2.2 Types de décision

3.2.2.2.2.1 Décision qui crée, modifie ou annule des droits ou des obligations

Exemples : décision allouant une rente d'invalidité ou mettant fin au droit aux prestations, ou encore décompte de primes d'assurances.

3.2.2.2.2.2 Décision constatant l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations

L'art. 49 al. 2 LPGA prévoit que si le requérant rend vraisemblable un intérêt digne d'être protégé, l'assureur rend une décision en constatation.

Exemple : à titre subsidiaire à un décompte de prime, la décision constatant le statut de dépendant ou d'indépendant d'une personne.

3.2.2.2.2.2 Décision rejetant ou déclarant irrecevable une demande

Exemple : décision sur opposition constatant l'irrecevabilité d'une opposition tardive.

3.2.2.2.3 Forme de la décision

nécessairement écrite (art. 49 al. 1 LPGA)

3.2.2.2.4 Eléments de la décision

3.2.2.2.4.1 Désignation

La décision doit être désignée comme telle (35 al. 1 PA)

3.2.2.2.4.2 Destinataires (art. 49 LPGA)

La décision doit clairement indiquée les personnes à qui la décision s'applique, et les autres assureurs concernés.

L'art 49 al. 4 LPGA prévoit que l'assureur qui rend une décision touchant l'obligation d'un autre assureur est tenu de lui en communiquer un exemplaire. Cet autre assureur dispose des mêmes voies de droit que l'assuré.

3.2.2.2.4.3 Motivation

La décision doit être motivée, en ce sens qu'elle doit contenir une prise de position de l'assureur sur les faits déterminants et sur les conséquences juridiques (cf. art. 35 al. 1 PA). Toutefois, eu égard au fait que les assureurs doivent rendre un très grand nombre de décisions, l'on ne saurait avoir des exigences trop élevées en matière de motivation. Notons que la LPGA prévoit à l'art. 49 al. 3 que les décisions doivent être motivées si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties.

3.2.2.2.4.4 Dispositif

Le dispositif correspond aux conclusions juridiques de la motivation. Le dispositif doit être formulé de manière claire. Un dispositif ambigu ne devrait pas entraîner de préjudice pour la personne intéressée, conformément au principe de la confiance.

3.2.2.2.4.5 Voies de droit

L'art. 49 al. 3 LPGA prévoit que les décisions indiquent les voies de droit. L'art. 35 al. 2 PA précise à cet égard que la décision doit mentionner

- le moyen de droit ordinaire (opposition ou recours)

- l'autorité à laquelle il doit être adressé, et
- le délai pour l'utiliser.

Si les voies de droit ne sont pas indiquées ou si elles sont mentionnées de manière inexacte, la notification ne devrait pas entraîner de préjudice pour l'intéressé conformément au principe de la confiance. Toutefois, ce principe n'est applicable que dans la mesure où l'on ne peut reprocher à l'intéressé de ne pas avoir reconnu l'erreur. Notons que l'art. 49 al. 3 2^{ème} phrase LPGA précise que la notification irrégulière ne doit entraîner aucun préjudice pour l'intéressé (de même art. 38 PA).

3.2.2.2.4.6 Signature

En matière d'assurances sociales, la signature d'une décision n'est pas une condition de validité⁶.

3.2.2.2.4.7 Notification

La décision est soumise à réception, en ce sens que les effets juridiques liés à la notification ne prennent naissance qu'à compter de la notification. Le fait que l'intéressé n'ait pas pris connaissance du contenu de la décision n'est pas déterminant. Précisons encore que cela n'empêche pas une décision d'avoir un effet rétroactif⁷.

Une notification est irrégulière lorsqu'elle est adressée à la personne intéressée et non à son mandataire, aussi longtemps que la procuration n'est pas retirée (cf. art. 49 al. 3, 2^{ème} phrase LPGA).

Pas de prescription relative à la forme de la notification :

- pli remis en main propre,
- envoi sous pli simple ou
- par lettre signature.

Remarquons que la preuve de la notification impartit à l'assureur. Si la notification est faite

- **par pli simple:**

La notification est valable dès que le courrier est déposé dans la boîte aux lettres ou dans la case postale. Pas de preuve que la

⁶ RO 105 V 248; ATFA du 14.4.2003 [U 68/02]

⁷ ATFA du 2.9.2003 [U 329/02] : Dans cet arrêt la CNA a notifié le 9 mars 2001 le droit à une rente d'invalidité fondée sur une incapacité de gain de 35 % à partir du 1^{er} août 2000.

notification a bien été faite.

- **par lettre signature** (recommandée)

La notification est valable dès que le courrier parvient au destinataire. Si le destinataire ne la retire pas dans le délai de garde de 7 jours de la Poste, la décision est réputée notifiée le dernier jour du délai de garde (RO 119 V 94), même si l'intéressé ne l'a pas retirée, parce qu'il est en vacances par exemple.

3.2.2.2.5 Nullité d'une décision

La nullité d'une décision est admise à titre très exceptionnel, lorsque la décision a été rendue par exemple par un assureur incompétent. Elle n'est admise que si le vice dont elle est entachée est particulièrement grave en raison de la norme violée. Des vices de fonds (exemple : droit aux prestations n'entraînent qu' à de rares exceptions la nullité d'une décision. En revanche de graves vices de procédure (exemple pouvoir se déterminer sur une expertise), ainsi que l'incompétence qualifiée de l'autorité qui a rendu la décision sont des motifs de nullité⁸.

3.2.2.2.6 Transaction (art. 50 LPGA)

La conclusion d'une transaction en procédure administrative n'est en principe pas compatible avec le principe de la légalité, soit du principe du respect de la loi. Toutefois, dans la mesure où une telle convention s'inscrit dans le cadre de la liberté d'appréciation d'un état de faits, elle est possible et doit être confirmée dans un acte administratif (décision ou décision sur opposition). Selon le TFA, une transaction en procédure judiciaire est considérée comme une proposition concordante présentée au juge qui doit contrôler son adéquation à l'état de fait et sa conformité à la loi⁹.

3.2.2.2.7 Décision matérielle et procédure simplifiée de l'art. 51 LPGA

Certains rapports juridiques, soit à titre d'exemples :

- la prise en charge d'un cas,
- la fixation du montant des indemnités journalières,
- la fixation du montant des primes ou
- la communication de décomptes

⁸ H 300/03

⁹ RAMA 3/2004 page 286

peuvent, pour des raisons pratiques, être réglés de manière simplifiée par simple lettre, sans décision au sens formel.

De tels courriers constituent toutefois une décision au sens matériel du terme.

Les art. 80 LAMal, 58 LAI et 74 ter RAI, 18 al. 2 LAPG, 100 LACI prévoient que la procédure simplifiée s'applique également aux prestations importantes, et que l'assuré a droit à la notification d'une décision au sens formel seulement lorsqu'il a communiqué à l'assureur qu'il n'est pas d'accord avec sa prise de position sous la forme simplifiée.

L'art. 14 al. 3 LAVS prévoit que les cotisations dues par les employeurs sont en général encaissées selon la procédure simplifiée, même si les cotisations sont importantes.

L'art. 51 al. 2 LPGA prévoit que l'intéressé peut exiger qu'une décision soit rendue. S'agissant de l'assurance-maladie, l'art. 127 OAMal précise que lorsqu'une décision est exigée, l'assureur est tenu de la rendre dans un délai de 30 jours .

La LAMal, ne fixe pas de délai pendant lequel l'assuré peut exiger une décision. Le TFA a jugé que l'on peut attendre d'un assuré qui n'admet pas une certaine solution et entend voir statuer sur ses droits dans un acte administratif susceptible d'opposition, qu'il fasse connaître son point de vue dans un délai d'examen et de réflexion convenable¹⁰.

Notons que l'art. 74quater RAI précise que pour l'octroi de prestations sans décision conformément à l'art. 74ter RAI, l'office AI communique par écrit les prononcés rendus et lui signale qu'il peut, s'il conteste le prononcé, exiger la notification d'une décision formelle (Cf. 69 quater al. 2 RAVS).

3.2.2.2.7 Actes de l'administration sans décision

En LPP, les institutions de prévoyance ne sont pas habilitées à rendre des décisions proprement dites. Leurs déclarations ne peuvent s'imposer qu'en vertu d'un jugement d'un tribunal, et ceci même si elles concernent des prestations d'assurance, des prestations de libre passage ou des cotisations¹¹.

¹⁰ 14 mois ont été jugés raisonnables dans un arrêt publié au RAMA 1986 page 391. A l'ATFA du 2.9.2003 [U 103/03], le TFA a posé que si l'assuré ne réagit pas dans un délai de 90 jours, la décision matérielle entre en force.

¹¹ ATFA du 25.10 2002 [B 58/02]

A cet égard, la LPGA n'y change rien.

3.2.3 Début et fin de la procédure administrative

3.2.3.1 Début de la procédure administrative

3.2.3.1.1 S'agissant des prestations

3.2.3.1.1.1 Par requête de l'ayant droit

En principe, en droit des assurances sociales, la demande se fait sous la forme

- d'une requête de prestations ou
- par une annonce (65 RAI, 67 RAVS, 53 al. 3 OLAA).

L'art. 29 al. 1 et 2 LPGA a introduit le principe selon lequel l'ayant droit doit s'annoncer à l'assureur social dans la forme prescrite.

Si l'assuré ne respecte pas les exigences de forme - par exemple en n'utilisant pas le formulaire idoine - ou s'il s'adresse à un organe incompétent, l'enregistrement du courrier irrégulier vaut en principe annonce (29 al. 3 LPGA).

Selon 30 LPGA, l'assureur social a l'obligation d'accepter les demandes et requêtes ou autres documents qui lui parviennent par erreur. Ils en enregistrent la date de réception et les transmettent à l'organe compétent (dans le même sens art. 8 al. 1 PA)¹².

3.2.3.1.1.2 Examen d'office par l'assureur

- dans le domaine des prestations
 - révision de rentes (17 LPGA, 87 RAI, 22 LAA, 47 al. 2 LAM)
 - prestations indues (25 LPGA, 2 à 5 OPGA)

¹² ATFA du 29.6.2004 [K 36/04], l'écriture adressée par l'assuré à la caisse maladie contre la décision sur opposition aurait dû être considérée comme une écriture de recours et transmise à l'autorité judiciaire cantonale.

- réduction de prestations (21 LPGA, 37 LAA, 35 LPP, 65 al. 1 LAM)
- versement après la découverte qu'un ayant droit n'a pas reçu des prestations dues (66, 2^{ème} phrase OLAA, 77, 2^{ème} phrase RAVS)

- dans le domaine des contributions

Qu'il s'agisse de cotisations ou de primes, l'assureur agit, en principe, d'office (14 LAVS, 91 et 99 LAA, 11 et 60 LPP).

3.2.3.2 Fin de la procédure administrative

- sous la forme d'une décision formelle ou matérielle

si une requête de prestation est pendante

- sous la forme d'une communication,

lorsque, comme en LPP, l'institution de prévoyance n'a pas la compétence de rendre des décisions. La prise de position de l'institution n'entre pas en force, même après un certain laps de temps. L'ayant droit peut toujours dans le délai de prescription saisir le Tribunal cantonal.

3.2.3.3 Opposition (art. 52 LPGA)

3.2.3.3.1 Décision soumises à opposition

L'art. 52 LPGA prévoit que les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues.

La loi prévoit deux exceptions :

D'une part, l'art. 52 LPGA prévoit que les décisions d'ordonnancement ne sont pas soumises à opposition

D'autre part, l'art. 105a LAA indique que s'il y a péril en la demeure, l'institution qui rend la décision peut ordonner des mesures destinées à

prévenir les accidents ou les maladies professionnels sans qu'elles soient attaquables par voie d'opposition.

3.2.3.3.2 **Décision d'ordonnancement**

Par décision d'ordonnancement (Prozess- und Verfahrensleitende Verfügungen), l'on entend toutes les décisions incidentes en matière de procédure exclusivement. A titre d'exemple, l'on peut mentionner les décisions relatives :

- à la consultation du dossier
- à la suspension de la procédure
- à la récusation
- à l'assistance judiciaire gratuite
- à l'établissement des faits (exemple : contestation dans le cadre de la mise en œuvre d'une expertise)
- à la compétences de l'assureur conformément à l'art. 35 LPGA¹³.

Conformément à l'art. 56 LPGA, la voie du recours direct devant le Tribunal cantonal ou la commission de recours est ouverte à l'encontre des décisions d'ordonnancement.

3.2.3.3.3 **Procédure d'opposition**

3.2.3.3.3.1 La procédure d'opposition est un moyen de droit permettant au destinataire d'une décision d'en obtenir un nouvel examen avant qu'un juge ne soit éventuellement saisi. Elle poursuit un but d'économie de la procédure et de décharge des tribunaux dans un domaine où les décisions rendues sont particulièrement nombreuses¹⁴.

3.2.3.3.3.2 Avant l'introduction de la LPGA, la procédure d'opposition n'existait que dans les domaines de

- la LAA (art. 105 LAA)
- la LAMal (art. 85 LAMal)
- la LAM (art. 99 LAM)

La LPGA a introduit à l'art. 52 une procédure générale d'opposition. Dès son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, elle s'applique aussi à

- la LAI

¹³ RO 131 V 42 : Le TFA a jugé qu'une décision d'irrecevabilité qui sanctionne un refus de collaborer de l'assuré ne saurait être qualifiée de simple décision d'ordonnancement de la procédure. Elle est donc sujette à opposition.

¹⁴ ATFA du 19 novembre 2004 [I 664/03]

- la LAVS
- la LPC
- la LAPG
- la LFA
- la LACI sous réserve de l'art. 100 LACI

3.2.3.3.3.3 En principe, l'opposition peut être formée dans les 30 jours, à choix,

- soit par écrit,
- soit par oral, mais alors l'opposition doit être consignée dans un procès verbal que l'opposant doit signer (art. 10 al. 3 et 4 OPGA).

Au titre d'exception à ce principe, l'art. 10 al. 2 OPGA prévoit que doit être formulée exclusivement par écrit, l'opposition contre une décision

- qui a pour objet une prestation ou la restitution d'une prestation fondée sur la LACI,
- prise par un organe d'exécution en matière de sécurité au travail au sens des art. 47 à 51 OPGA.

3.2.3.3.3.4 Relevons que l'assuré ne peut pas former opposition qu'à l'encontre d'une décision qui a déjà été rendue et non contre une décision à venir. Toutefois, dans un tel cas l'assureur ne peut faire abstraction du courrier de l'assuré ; il aurait dû attirer l'attention sur le fait que l'opposition était prématurée¹⁵.

De même, sous réserve des exceptions prévues par la loi (art. 52 al. 1 LPGGA), il ne peut être renoncé à la procédure d'opposition¹⁶.

3.2.3.3.3.5 Le TFA précise que la procédure d'opposition ne revêt de véritable intérêt que si l'opposant doit exposer le motifs de son désaccord avec la décision le concernant¹⁷.

L'art. 10 al. 5 OPGA prévoit que si l'opposition ne contient pas de conclusions ou n'est pas motivée, ou si elle n'est pas signée, l'assureur impartit un délai convenable pour réparer le vice en l'avertissant qu'à défaut, l'opposition ne sera pas recevable.

3.2.3.3.3.6 La procédure d'opposition est gratuite et n'ouvre pas le droit à des dépens, mais le droit à l'assistance judiciaire gratuite est garanti en

¹⁵ ATFA du 11 janvier 2005 [I 191/04]

¹⁶ ATFA du 25 novembre 2004 [H 53/04]

¹⁷ ATFA du 19 novembre 2004 [I 664/03]

procédure d'opposition.

3.2.3.3.3.7 L'art. 52 al. 2 LPGA prévoit que les décisions sur opposition doivent être rendues dans un délai approprié. Toute personne a droit dans une procédure administrative ou judiciaire, à ce que sa cause soit traitée équitablement dans un délai raisonnable (art. 29 al. 1 Cst). Le caractère raisonnable de la durée s'apprécie en fonction des circonstances¹⁸.

3.2.3.3.3.8 L'opposition porte sur les rapports juridiques qui font l'objet de la décision initiale et à propos desquels l'opposant manifeste son désaccord, implicitement ou explicitement (exemple le droit à une rente d'invalidité). Dans le cadre de la procédure d'opposition, l'autorité saisie de l'opposition devra se prononcer une deuxième fois sur tous les aspects de ce rapport juridique, même si la motivation de la décision sur opposition ne portera principalement que sur les points critiqués¹⁹.

Dans la mesure où la décision n'est pas attaquée par voie d'opposition, elle entre partiellement en force²⁰.

4. Principes de la procédure administrative (non contentieux)

Sous réserve des droits et obligations relevant du pouvoir décisionnel, la plupart de ces principes sont aussi applicables en LPP.

4.1 Délais

4.1.1 Calculs et suspension des délais

L'art. 38 LPGA reprend la règle des art. 20 et 22 a PA.

Dies a quo : le délai commence à courir le lendemain de la notification. Une décision est notifiée non pas au jour où le justiciable en prend connaissance, mais le jour où elle est dûment communiquée ; s'agissant d'acte soumis à réception, la notification est réputée parfaite au moment où l'envoi entre dans la sphère de puissance du destinataire²¹. (art. 38 al. 1 LPGA).

¹⁸ ATFA du 23.4.2003 [I 819/02] Pour un litige d'une certaine complexité, 15 mois apparaît comme la limite de ce qui est tolérable. Une organisation déficiente ou une surcharge structurelle ne peuvent cependant justifier la lenteur excessive d'une procédure.

¹⁹ ATFA du 19 novembre 2004 [I 664/03] : Le TFA a jugé que l'Office AI appelé à examiner le droit à une rente d'invalidité dans le cadre de la procédure d'opposition ne pouvait se limiter à examiner le revenu moyen déterminant, et déclarer l'opposition irrecevable en ce qu'elle portait sur le taux d'invalidité, faute de motivation sur ce point.

²⁰ RO 119 V 347

²¹ ATFA du 7 décembre 2004 [M 2/03] : S'agissant d'une décision de l'Office fédérale de l'assurance militaire qui avait notifié une décision par voie diplomatique et envoyé copie de la décision par voie ordinaire, le TFA a jugé que le fait que le recourant ait pris connaissance du contenu de la décision au moment où il a reçu copie de celle-ci ne constitue

Si le délai échoit un samedi, un dimanche ou un jours férié (du canton où la partie ou son représentant a son domicile ou son siège) son terme est reporté au premier jour ouvrable qui suit (art. 38 al. 3 LPGA).

Exemple:

- décision reçue le jeudi 12 mai 2005
- délai d'opposition de 30 jours :
(12 + 30 jours = 42) moins les 31 jours du mois de mai = 11 juin 2005 qui est un samedi,
- donc dernier jour utile, le lundi 13 juin 2005.

4.1.2 Observation des délais (art. 39 LPGA)

Le délai est observé s'il est remis le dernier jour du délai

- à l'assureur ou à son adresse,
- à la Poste suisse (boîte aux lettres),
- à une représentation diplomatique ou consulaire suisse.

Rappelons que si une partie s'adresse en temps utile à un assureur incompetent, le délai est réputé observé,

mais l'utilisation d'un télécopieur (fax) n'est pas admise, parce que son résultat est identique à celui que l'on obtient en acheminant une photocopie ordinaire²².

4.1.3 Prolongation des délais et retard

Un délai prévu par la loi ne peut être prolongé (art. 40 al. 1 LPGA, art. 22 al. 1 PA), par contre un délai fixé par l'assureur (par exemple un délai pour compléter ou motiver une opposition) peut l'être si la partie en fait la demande avant l'expiration du délai et pour un motif pertinent (art. 40 al. 3 PA).

4.1.4 Fériés (art. 38 al. 4 LPGA)

pas une communication régulière susceptible de déclencher le délai de recours, puisque celle-ci devait se faire par voie diplomatique.

²² ATF 121 II 252

Alors que l'art. 22 a LPA prévoit que seuls les délais fixés en jours ne courent pas pendant les fêtes, l'art. 38 al. 4 LPGA indique que les délais **en jours ou en mois** ne courent pas pendant les fêtes, soit

- du 7^{ème} jour avant Pâques au 7^{ème} jour après Pâques inclusivement (15 jours),
- du 15 juillet au 15 août inclusivement (32 jours)
- du 18 décembre au 1^{er} janvier inclusivement (15 jours).

Nous nous permettons d'insister sur le fait que cette règle concerne à la fois la procédure administrative, soit celle applicable à la procédure devant l'assureur social, que celle applicable à la procédure judiciaire cantonale par application par analogie, conformément à l'art. 60 LPGA.

Par contre, c'est l'art. 34 OJ (la loi fédérale d'organisation judiciaire), qui régit les règles applicables en matière de fêtes lorsqu'il y a un recours de droit administratif au Tribunal fédéral des assurances selon l'art. 62 LPGA. Notons que l'art. 34 OJ prévoit la même règle de suspension des délais.

Exemple²³:

délai de 3 mois de l'art. 106 LAA:	
décision reçue le	12 mai 2005
dies à quo :	13 mai 2005
trois mois :	12 août 2005
fêtes (12+ 32 jours = 44)	.
44 - 31 jours au mois d'août	13 septembre 2005 (mardi)

4.1.5 Restitution de délai (art. 41 LPGA)

Si le requérant ou son mandataire est empêché sans sa faute d'agir dans le délai fixé (par exemple s'il est dans le coma à la suite d'un accident), le délai est restitué à la condition que la demande de restitution soit faite dans les **10 jours** à compter du jour où l'empêchement a cessé.

Notons qu'un service militaire ne constitue pas un empêchement d'agir, ce d'autant que l'accès à la poste de campagne est garanti²⁴.

²³ Cette méthode de calcul avec ajout de la durée des fêtes après l'échéance des trois mois devra encore être approuvée par le TFA.

²⁴ ATFA du 8.7.2004 [H 189/03]

4.1.6 Conséquences de l'inobservation d'un délai

En cas d'inobservation d'un délai, soit :

- d'un délai fixé par la loi : l'acte tardif est ignoré, et la décision entreprise entre en force ;
- d'un délai fixé par l'assureur : selon l'art. 23 PA, auquel renvoie l'art. 55 LPGA, seules les conséquences signalées par l'assureur entrent en ligne de compte.

4.2 Mesures d'instruction

4.2.1 Principes

L'assureur doit élucider le cas de sa propre initiative (maxime d'office), et l'assuré ou d'autres personnes sont tenus de collaborer à l'instruction et de se soumettre aux examens médicaux ou techniques.

A cet égard, le catalogue de moyens prévus à l'art. 12 PA, soit l'administration des preuves par les moyens suivants,

- des documents,
- des renseignements des parties,
- des renseignements ou témoignages de tiers,
- une visite des lieux ou
- une expertises,

est applicable à tout le domaine des assurances sociales.

Notons que le contenu essentiel d'une audition doit faire l'objet d'un procès verbal, et qu'une note sommaire au dossier est considérée comme insuffisante. Nous nous permettons d'insister sur le fait que les intéressés (assuré ou ayant droit) doivent pouvoir participer à l'administration des preuves, soit par exemples

- à l'audition de témoins
- à une vision locale ou
- à des expertises techniques.

Pour les rapports émanant des médecins traitants, le juge doit tenir compte du fait que de la position de confident que lui confère son mandat, il tranchera dans le doute en faveur de son patient²⁵.

²⁵ ATFA du 17 novembre 2003 [I 603/03] ; Pratique VSI 2/2001 p. 106

4.2.2 Instruction de la demande (art. 43 LPGA)

Aux termes de l'art. 43 al. 1 LPGA, l'assureur procède

- à l'examen de la demande
- aux mesures d'instruction d'office
Exemples : demande de rapports médicaux, d'expertises, visions locales, auditions de témoins, etc.
- Les renseignements donnés oralement doivent être consignés par écrit.

Selon l'art. 43 al. 2 LPGA, l'assuré a l'obligation de se soumettre aux examens médicaux ou techniques à la double condition que

- ces examens sont nécessaires à l'appréciation du cas et
- qu'ils peuvent être raisonnablement exigés de l'assuré.

A cet égard, les principes posés à l'art. 21 al. 4 LPGA sont applicables par analogie. Si l'assuré se soustrait ou s'oppose à un examen médical ou technique, l'assureur doit lui adresser une mise en demeure écrite en l'avertissant des conséquences juridiques de son refus et en lui fixant un délai de réflexion convenable (cf. également art. 23 PA).

Conformément à l'art. 43 al. 3 LPGA

En cas de violation de l'obligation de renseigner et de collaborer, soit

- en cas de refus de donner les renseignements nécessaires (art. 28 al.2 LPGA),
- en cas de refus d'autoriser les tiers (employeurs, médecins, assurances, etc.) à fournir des renseignements (art. 28 al. 3 LPGA),
- en cas de formules remises par l'assureur remplies de manière incomplète ou inexacte (art. 29 al. 2 LPGA),
- en cas de refus de participer aux mesures d'instruction mises en œuvre par l'assureur (art. 43 al. 1 LPGA)

- en cas de refus de se soumettre aux examens médicaux et techniques (art. 43 al. 2 LPGGA)
- en cas de refus de participer à une expertise (art. 44 LPGGA)

la loi prévoit **deux sanctions**. L'assureur peut alors

- soit, **se prononcer en l'état du dossier**²⁶
- soit, après avoir clos l'instruction, décider de ne **pas entrer en matière**, mais seulement si les pièces ne permettent pas d'établir les faits²⁷.

Ces sanctions ne sont possibles qu'après avoir adressé **une mise en demeure écrite** à l'intéressé. Cette mise en demeure doit comporter **deux éléments**:

- d'une part, elle doit avertir l'intéressé sur les conséquences juridiques de son refus de collaborer, et
- d'autre part, elle doit lui impartir un délai de réflexion convenable.

4.2.3 Expertise (art. 44 LPGGA)

4.2.3.1 Notion

En règle générale, l'on se trouve en présence d'une expertise au sens de l'art. 60 PCF²⁸, lorsqu'un tiers est chargé de rendre un rapport médical fondé sur l'ensemble du dossier médical, ainsi que sur ses propres examens en vue d'une appréciation finale d'un cas d'assurance.²⁹

4.2.3.2 Distinction entre une expertise et une prise de position

Toute prise de position d'un tiers médecin ne constitue pas systématiquement une expertise. Savoir si un avis médical doit être qualifié

²⁶ ATFA du 16 avril 2004 [K74/02] Selon la jurisprudence, lorsque l'assuré refuse de se soumettre à un examen médical qu'on était en droit d'exiger, l'assureur ne peut refuser les prestations sans limite de durée, le refus passager des indemnités journalières constitue une sanction appropriée et convenable.

²⁷ ATFA du 24.6.2003 [I 700/02]. Le TFA a jugé que bien que l'assuré ait refusé de se soumettre à une nouvelle expertise, l'AI aurait dû tenter d'élucider la situation de l'assuré en cherchant à recueillir d'abord auprès des experts déjà consultés les compléments d'informations nécessaires. Ce n'est qu'à défaut de parvenir à établir les faits de cette manière que devant le refus de collaboration de l'intéressé, l'AI aurait été habilitée à rendre une décision en se fondant sur un dossier incomplet.

²⁸ PCF : loi fédérale sur la procédure civile fédérale

²⁹ ATFA du 14 juin 2004 [U 233/02] ;

d'expertise ou non dépend de l'importance sur le plan procédural des déclarations du médecin et de contenu de celles-ci. Une délimitation claire entre une expertise médicale et une prise de position médicale, simple ou qualifiée, à laquelle, pour des motifs d'économie de procédure, des exigences moins sévères en matière de droit d'être entendu doivent être posées n'existe pas.

4.2.3.3 **Objet de l'expertise**

Le but de l'expertise est d'éclaircir les faits, le plus souvent sur des aspects médicaux, mais aussi comptables ou en relation avec les circonstances d'un accident, telle par exemple qu'une expertise biomécanique.

4.2.3.4 **Principes**

L'art. 44 LPGA prévoit que si l'assureur doit recourir aux services d'un expert indépendant pour élucider des faits, il donne connaissance du nom de celui-ci aux parties. Notons, que l'assureur n'a pas l'obligation de faire appel à un expert indépendant de l'assurance (exemples: médecins-conseil, médecins au bénéfice d'un contrat de travail avec l'assureur).

S'agissant des expertises médicales, les assureurs, et les assureurs privés également doivent appliquer les règles de la procédure civile fédérale pour l'aménagement des expertises. Ils doivent respecter en particulier les droits de participation des parties³⁰ (57ss PCF).

A cet égard, il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle de l'expert. Cette appréciation ne doit pas reposer sur les seules impressions de l'expertisé, elle doit se fonder sur des éléments objectifs³¹. Selon la jurisprudence, lorsqu'il ordonne une expertise, l'assureur doit s'en tenir à la procédure prévue aux art. 57 ss PCF³², veillant de la sorte à ce que les parties puissent collaborer à l'administration des preuves. L'assureur doit ainsi donner à l'assuré l'occasion :

- de s'exprimer sur le libellé des questions à poser à l'expert et
- de proposer des modifications ou des adjonctions (art. 57 al. 2 PCF).
- Au surplus, il doit lui laisser la possibilité de faire des objections à l'encontre des personnes qu'il se propose de désigner comme

³⁰ Pratique VSI 2/2001 p. 106

³¹ ATFA du 9 décembre 2003 [I 661/02]

³² PCF : loi fédérale sur la procédure civile fédérale

experts (art. 58 al. 2 PCF)³³.

Les parties peuvent récuser l'expert pour des raisons pertinentes et présenter des contre-propositions. Toutefois, la simple affirmation de la partialité de l'expert ne suffit pas ; elle doit reposer sur des faits objectifs. Le simple fait que l'expert ait pris connaissance d'un rapport d'expertise antérieur ne constitue pas un motif de récusation³⁴.

S'agissant des critiques portées sur les compétences professionnelles d'un médecin, le TFA précise qu'il ne lui appartient de se prononcer sur l'aptitude professionnelle du médecin. Le fait qu'il ait son FMH et qu'il n'y ait pas de procédure de retrait de l'autorisation de pratiquer permet de conclure qu'il a les qualifications nécessaires³⁵.

- Enfin l'assuré doit avoir la faculté de requérir des éclaircissements et des compléments ou une nouvelle expertise (art. 60 al. 1 PCF)³⁶.

Selon la jurisprudence, lorsque l'assureur confie une expertise à un médecin avant de rendre une décision, il doit respecter le droit de l'assuré d'être entendu à ce stade déjà, sans attendre la phase éventuelle de la procédure d'opposition. S'il omet de le faire, il prive l'assuré de la possibilité d'exercer ses droits de parties et commet un vice de procédure grave. La gravité de ce manquement exclut en principe la possibilité de sa réparation, du moins lorsque l'expertise constitue un élément central et prépondérant de l'instruction. Dans un tel cas, la décision et le jugement éventuel de l'autorité cantonale sont annulés et la cause retournée à l'une ou l'autre autorité pour qu'elle donne la possibilité à l'assuré d'exercer ses droits. Le plus souvent, une nouvelle expertise est entreprise³⁷.

Toutefois, même si l'assuré n'a pas été informé préalablement du nom de l'expert et de sa mission, le fait qu'il ait pu consulter le rapport avant la décision et prendre position sur celui-ci répare le vice³⁸.

³³ Le simple fait que le médecin consulté soit lié à l'assureur par un rapport de travail ne permet pas encore de douter de l'objectivité de son appréciation ni de douter de l'objectivité de son appréciation ni de soupçonner une présomption à l'égard de l'assuré. Etant donné l'importance conférée aux rapports aux rapports médicaux dans le droit des assurances sociales, il y a lieu toutefois de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'impartialité de l'expert (ATF 122 V 160).

³⁴ ATF dz 7 décembre 2004 [1P.596/2004]

³⁵ ATFA 9 décembre 2003 [I 661/02]

³⁶ ATFA du 14 juin 2004 [U 233/02]

³⁷ ATFA du 10 juillet 2003 [U 22/03]

³⁸ ATFA du 12 mai 2004 [K 134/03]

Notons que la lettre circulaire AI n°200 du 18 mai 2004 prévoit pourtant, contrairement aux principes rappelés ci-dessus, au chiffre 2.3, que la partie concernée n'a ni un droit de regard sur la liste de questions posées à l'expert, ni le droit de poser des questions supplémentaires à l'expert, ce qui est critiquable au regard de ce qui précède.

4.2.3.5 Expertise de partie

Enfin, s'agissant d'expertise de parties, le seul fait que le document ait été commandé par une partie et produit dans la procédure ne permet pas de douter de sa valeur probante. Toutefois, elle ne saurait être rangée au même rang qu'une expertise aménagée par un tribunal ou un assureur³⁹. Une expertise présentée par une partie n'a pas la même valeur que celle mise en oeuvre par un tribunal ou par un assureur social conformément aux règles de procédure applicables. En vertu des principes énoncés par la jurisprudence concernant l'appréciation des preuves, le juge est toutefois tenu d'examiner si elle est propre à mettre en doute, sur les points litigieux importants, l'opinion et les conclusions de l'expert mandaté par le tribunal ou par l'assureur-accidents⁴⁰.

4.3 Obligation de collaborer à l'instruction

Le refus de collaborer a pour conséquence la prise de décision en l'état du dossier. Dans certains cas, il peut même entraîner l'irrecevabilité de la demande⁴¹ (cf. supra 43 al. 3 LPGA).

Cette obligation de collaborer est d'autant nécessaire que l'état de faits ne peut pas être éclairci sans la participation de la personne concernée, en particulier sur le plan médical où l'assuré doit très souvent se soumettre à la mise en oeuvre d'une expertise.

L'art. 28 LPGA a introduit le principe selon lequel les assurés et les employeurs doivent collaborer gratuitement à l'exécution des différentes lois sur les assurances sociales. Celui qui fait valoir son droit à des prestations doit fournir tous les renseignements nécessaires et autoriser toutes les personnes et institutions (employeur, médecins, etc.) de fournir les renseignements nécessaires à l'établissement du droit aux prestations.

Cependant, s'agissant d'un assuré qui a refusé la mise en oeuvre d'une expertise en procédure judiciaire cantonale et qui accepte sa mise en oeuvre

³⁹ Ibid.

⁴⁰ ATF 125 V 351

⁴¹ RO 108 V 229. A l'ATFA du 6.5.2004 [I 90/04], le TFA a jugé que l'assurée disposée devant le TFA à se soumettre à une expertise ne saurait être déchu de son droit malgré son refus en procédure cantonale.

dans le cadre de la procédure fédérale, le TFA a jugé qu'il ne saurait être déchu de sa mise en œuvre malgré son précédent refus. La cause a été renvoyé au tribunal cantonal pour complément d'instruction⁴².

4.4 Assistance administrative (art. 32 LPGA)

L'art 32 al. 1 LPGA oblige les autorités administratives et judiciaires de la Confédération, des cantons, districts, circonscriptions, et communes de fournir **gratuitement** aux assureurs sociaux les données qui sont nécessaires pour

- a. fixer ou modifier des prestations ou réclamer la restitution
- b. prévenir les versements indus
- c. fixer et percevoir les cotisations
- d. faire valoir une prétention récursoire contre le tiers responsable.

Conditions :

- 1) seulement pour des cas particuliers
- 2) sur demande écrite et motivée
- 3) si nécessaire (Il faut que sans cette aide administrative, les données nécessaires ne puissent pas être recueillies ou ne peuvent l'être seulement avec difficulté).

L'art. 32 al. 2 LPGA prévoit que les assurances sociales se prêtent mutuellement assistance aux mêmes conditions.

4.5 Droit d'être entendu (art. 42 LPGA)

Ce principe est posé de manière générale dans la constitution (art. 29 al. 2 Cst, ancien art. 4 Cst) et à l'art. 42 LPGA.

Le droit d'être entendu appartient aux garanties essentielles de procédure.

Contenu du droit d'être entendu :

- droit d'avoir une traduction (exemple : droit d'obtenir une décision notifiée dans sa langue maternelle, si c'est une langue nationale ou obtenir une traduction d'une expertise, par exemple⁴³) ;

⁴² ATFA du 6 mai 2004 [I 90/04]

⁴³ ATFA du 31 mars 2004 [I313/2003] droit de demander que dans le cadre d'une expertise, l'on s'exprime dans l'une des langues officielles de la Confédération.

- droit de consulter le dossier (art. 47 LPGGA) ;
- droit de se déterminer sur un fait (exemple sur le contenu d'un rapport ou d'une expertise) ;
- droit de se déterminer lorsqu'une autorité envisage de fonder sa décision sur une norme ou un motif juridique qui n'a pas été évoqué jusqu'alors⁴⁴ ;
- droit de participer à l'éclaircissement des faits (exemple : droit de se déterminer sur un questionnaire ou de pouvoir le compléter, droit de se déterminer sur la personne de l'expert) ;
- droit de proposer des offres de preuve (exemple : demande d'une expertise) ;
- droit que toutes les prises de position ou propositions de nature juridique soient examinées (exemple : une demande d'expertise) ;
- droit de recevoir une décision motivée.

L'art. 42, 2^{ème} phrase LPGGA prévoit, qu'il n'est pas nécessaire d'entendre les parties avant une décision sujette à opposition (cf. art. 30 al. 2 lit b PA).

4.5.1 Gestion des documents (art. 46 LPGGA)

Concernant la gestion des documents par l'assureur, l'art. 46 LPGGA pose que lors de chaque procédure, l'assureur enregistre de manière systématique tous les documents qui peuvent être déterminants, soit :

- les pièces des parties (ex. formulaire d'annonces, courriers, prises de position) ;
- les rapports ou expertises internes (prise de position du médecin conseil) ;
- les pièces résultant des mesures d'éclaircissement (ex. notices téléphoniques, rapports d'inspecteurs, radiographies, rapports opératoires).

4.5.2 Consultation du dossier (47 LPGGA)

⁴⁴ ATFA du 8 septembre 2004 [H 241/03] : Le tribunal cantonal a violé le droit d'être entendu en ne donnant pas la possibilité de se déterminer sur le nouveau motif consistant à considérer l'opposition antérieure comme irrecevable, parce que tardive.

Ce principe est posé à l'art. 47 LPGA

sous réserve que les intérêts privés prépondérants soient sauvegardés

- exemple : rapport psychiatrique concernant l'assuré

- sous réserve des pièces tenues secrètes selon 48 LPGA) ;

- droit de consultation de l'assuré pour les données qui le concernent ;
- droit de consultation des parties (définies selon 34 LPGA, exemples : les membres de la famille, les employeurs) s'agissant des données qui leurs sont nécessaires pour exercer un droit ou remplir une obligation ou pour faire valoir un moyen de droit contre une décision ;
- droit de consultation des autorités habilitées à statuer (exemples : le tribunal cantonal, le TFA) ;
- droit de consultation des tiers responsables, pour les données nécessaires pour se déterminer sur leurs prétentions récursoires ;

Notons que pour les 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 faite par un médecin désigné (art. 47 al. 2 LPGA) (exemple : communication de contenu d'une expertise psychiatrique à l'assuré par un médecin).

La procédure de consultation est régie par les art. 8 et 9 OPGA.

L'assureur peut subordonner la consultation du dossier à une demande écrite (art. 8 al. 1 OPGA).

En principe, la consultation se fait au siège de l'assureur ou de ses organes d'exécution (art. 8 al. 2 OPGA).

Droit d'obtenir une copie des pièces du dossier (art. 8 al. 2 OPGA).

La consultation du dossier est en principe gratuite (art. 9 OPGA), sauf lorsque la consultation de dossiers occasionne un volume de travail particulièrement important.

4.5.3 Prise en considération de pièces tenues secrètes (art. 48 LPGA)

Les motifs de refus de consultation de pièces peuvent être de deux natures, soit des intérêts d'ordre privé, par exemple expertise psychiatrique, ou des intérêts d'ordre public, par exemple, des intérêts de la Confédération en

matière d'assurance militaire.

Toutefois, ces pièces tenues secrètes ne peuvent être utilisées au désavantage de l'intéressé, sauf si le contenu essentiel lui a été communiqué oralement ou par écrit, et que celui-ci a en outre eu l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves.

4.5.4 Droit de se déterminer

Les parties ont le droit de faire valoir leur point de vue, sur toutes les questions de faits qui sont relevantes dans l'affaire. Ainsi à titre d'exemple, peuvent-elles se déterminer sur le nom de l'expert et le questionnaire à son intention, les questions aux témoins, le droit de participer à une vision locale, etc. Rappelons qu'elles peuvent se déterminer sur des questions de nature juridique qui n'ont pas été évoqués jusqu'alors⁴⁵. (cf. art. 44 LPGA pour les expertises).

En principe, ce droit doit être respecté avant que la décision ne soit rendue.

4.5.5 Droit des parties d'apporter des preuves

- Seulement sur les faits déterminants pour la cause
- Il peut être renoncé à des moyens de preuve lorsque l'on peut présumer que les nouvelles preuves n'apporteront rien de nouveau.

4.6 Libre appréciation des preuves

Principe de la libre appréciation des preuves par l'administration, en ce sens qu'elle n'est liée à aucune règle de forme, mais prend en compte l'ensemble des éléments de preuve à sa disposition.

4.6.1 Fardeau de la preuve

Le fardeau de la preuve est à charge de la partie, soit l'assuré, l'ayant droit ou l'assureur, qui s'en prévaut, ou qui fait valoir un droit qui se fonde sur des faits qui ne sont pas prouvés.

⁴⁵ ATFA du 8 septembre 2004 [H 241/03] : Le tribunal cantonal a violé le droit d'être entendu en ne donnant pas la possibilité de se déterminer sur le nouveau motif consistant à considérer l'opposition antérieure comme irrecevable, parce que tardive.

En matière de droit aux prestations, le fardeau de la preuve est en général à la charge de l'assuré, et le doute ne profite pas à l'assuré (RO 121 V 208). Cette règle est applicable dans les cas dans lesquels il n'est pas possible de prouver un fait avec la vraisemblance prépondérante.

Notons cependant que pour mettre fin au droit aux prestations, il appartient alors à l'assureur, et non à l'assuré, d'apporter la preuve de la fin de la relation de causalité naturelle. Cette preuve n'a pas à porter sur

- la preuve de l'existence de causes étrangères à l'événement assuré, par exemple un accident, ni sur
- la preuve négative qu'il n'y a plus d'atteinte à la santé, ni sur
- la preuve que l'assuré est en pleine santé.

Cette preuve devra démontrer que l'atteinte à la santé n'est plus en relation de causalité avec l'événement assuré, par exemple, l'accident⁴⁶.

De même, lorsque l'assureur conteste la causalité pour une partie de l'atteinte, il doit apporter la preuve que les troubles résiduels ne sont pas en relation de causalité avec l'accident⁴⁷.

Dans les autres cas, l'instruction est à charge de l'administration, soit de l'assureur (12 PA, 43 al. 1 LPGA).

4.6.2 Degré de la preuve

En matière d'assurances sociales, un fait est considéré comme prouvé lorsque la preuve de la vraisemblance prépondérante est établie.

Remarquons que la simple possibilité d'un fait ne suffit pas.

Notons les exceptions suivantes à cette règle, notamment,

- La simple possibilité
L'art. 87 al. 3 RAI prévoit que "La demande de révision doit établir de manière plausible..." Dans un tel cas la simple possibilité peut suffire, et
- La preuve absolue
L'art. 141 al. 3 RAVS indique que l'inscription du compte individuel figurant dans une caisse de compensation ne peut être rectifiée "que si l'inexactitude des inscriptions est manifeste ou si elle a été pleinement prouvée", soit un degré de preuve supérieure que la vraisemblance prépondérante.

⁴⁶ ATFA du 19.1.2004 [U 20/03]

⁴⁷ ATFA du 27.2.2004 [U 29/03]

- La preuve de la vraisemblance nettement prépondérante
L'art. 9 al. 2 LAA prévoit que "Sont réputées maladies professionnelles les autres maladies dont il est prouvé qu'elles ont été causées exclusivement ou de manière nettement prépondérante par l'exercice de l'activité professionnelle" (soit à raison de 75 % au moins).

4.7 Frais

4.7.1 Frais de la procédure

En principe la procédure est gratuite (art. 45 LPGA), et les frais de l'instruction sont à charge de l'assureur qui a ordonné les mesures.

Exceptionnellement, les frais de mesures ordonnées par l'assuré peuvent également être à la charge de l'assureur.

En ce sens, l'art. 45 al. 3 LPGA prévoit que les frais peuvent être mis à la charge de la partie qui empêche ou entrave l'instruction de manière inexcusable, après sommation et indication des conséquences (cf. art. 38 al. 3, 205 et 206 RAVS).

4.7.2 Frais et dépens

L'art. 45 al. 1, 2^{ème} phrase et al. 2 LPGA prévoit la prise en charge des frais occasionnés par les mesures d'instruction, et le versement d'une indemnité aux parties et aux tiers pour les frais et pertes de gain qu'ils subissent (dans le même sens, cf. 58 OLAA).

Un droit à la prise en charge des frais du mandataire (dépens) qu'il soit avocat ou non est en principe exclu jusqu'à la fin de la procédure d'opposition. Par contre, à la condition de remplir les conditions donnant droit à l'assistance judiciaire gratuite, l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur conformément à la Constitution fédérale (art. 37 al. 4 et 52 al. 3 LPGA).

4.8 Modification d'une décision erronée

Lorsqu'un assureur a pris en charge un cas à tort ou verse des prestations à tort, il peut, s'il ne demande pas le remboursement des prestations passées, mettre fin au droit aux prestations futures (effet ex nunc et pro futuro)⁴⁸.

⁴⁸ ATFA du 10 mai 2004 [U 199/03] En l'espèce, s'agissant d'une mauvaise réception après un smash au volley, le TFA a jugé celle-ci s'inscrivait dans le cadre des mouvements exercés dans ce sport, de sorte que faute de collision avec un autre joueur, il n'y avait pas de facteur extérieur extraordinaire, et donc pas d'accident.

Font **exceptions** à ce principe :

- la demande de restitution des prestations passées
L'assureur doit alors procéder à une reconsidération ou à une révision procédurale de la décision formelle ou matérielle antérieure.
- le principe de la confiance
L'application de ce principe est très restrictive ; il a été nié s'agissant de la restitution de sommes de rachat de rentes.
- les prestations de rentes ou celles soumises aux mêmes règles de révision
(prestations de réadaptation de l'AI)
Sous réserve de reconsidération ou de révision procédurale, la révision des rentes est régie par l'art. 22 LAA (17 LPGA).

4.9 Reconsidération et révision (53 LPGA)

En cas de révision procédurale ou de reconsidération, la nouvelle décision prend effet non seulement pour l'avenir mais également de manière rétroactive, et ce indépendamment d'une faute éventuelle de l'assuré, sous réserve d'une réglementation particulière dans certaines branches d'assurances sociales⁴⁹.

Dans de tels cas, les prestations accordées en vertu d'une décision passée en force, doivent être restituées, ceci, sous réserve des principes de la péremption, de la prescription ou de la remise de l'obligation de restituer (cf. infra sous art. 25 LPGA).

4.9.1 Révision procédurale

4.9.1.1 Définition

La **révision procédurale** est à distinguer d'une révision de rente au sens de l'art. 17 LPGA (22 LAA). Elle est définie à l'art. 53 al. 1 LPGA. Elle permet de revenir sur des décisions et décisions sur opposition formellement passées en force.

La révision peut être exercée d'office par l'assureur qui a rendu la décision ou à la demande de l'assuré ou de tout autre intéressé.

⁴⁹ ATFA du 28 août 2003 [P 59/02]

La révision est soumise à l'une des conditions suivantes :

- soit, l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des **faits nouveaux importants**,
- soit, il trouve **des nouveaux moyens de preuve** qui ne pouvaient pas être produits auparavant.

Notons que le fait qu'une nouvelle expertise confirme les diagnostics retenus précédemment mais conclut à une capacité de travail à 100 % contrairement aux certificats médicaux antérieurs ne suffit pas pour admettre l'existence d'un fait nouveau ou d'un nouveau moyen de preuve susceptible d'entraîner une révision⁵⁰.

De même, le fait qu'une discographie, mise en œuvre après la décision entrée en force, ait révélé l'existence de lésions d'un disque intervertébral ne constitue pas un fait antérieur découvert postérieurement mais une appréciation médicale différente effectuée sur la base d'un nouvel examen de faits connus⁵¹.

4.9.1.2 **Forme et délai**

Conformément à l'art. 67 PA auquel renvoie l'art. 55 LPGA, la demande de révision doit être adressée **par écrit** à l'autorité de recours (l'assureur) dans **les 90 jours** dès la découverte du motif de révision, mais **au plus tard dans les dix ans** dès la notification de la décision.

4.9.2 **Reconsidération**

4.9.2.1 **Définition**

La reconsidération est définie à l'art. 53 al. 2 LPGA. Lorsque les motifs de la révision procédurale font défaut, **l'assureur peut** revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force à deux conditions cumulatives :

- d'une part, lorsque la décision est **manifestement erronée**
Une décision est manifestement erronée lorsqu'il n'existe aucun doute raisonnable sur le fait que la décision est erronée. Le seul fait

⁵⁰ ATFA du 23 mars 2005 [K 9/04]

⁵¹ ATFA du 13 avril 2005 [U 186/04]

que cela soit possible fait obstacle à la reconsidération⁵², et

- d'autre part, lorsque sa rectification revêt une **importance notable**.

Remarquons que la reconsidération appartient au pouvoir discrétionnaire de l'assureur⁵³, et l'assuré ne peut exiger de ce dernier qu'il reconsidère sa décision. Celui-ci peut simplement refuser d'entrer en matière sur une demande de reconsidération.

A titre d'exemple, un assureur LAMal alloue des indemnités journalières sur la base de certificats médicaux. Par la suite, une expertise médicale a confirmé en grande partie les diagnostics mais a conclu à une capacité de travail à 100 % rétroactivement. Le fait que les conditions du droit aux prestations apparaissent défendables au regard de l'état de fait et de droit tel qu'il se présentait au moment de la décision entrée en force exclut l'existence d'une erreur manifeste, et donc de la possibilité d'une reconsidération⁵⁴.

Par contre, la reconsidération a été admise s'agissant d'une décision de rente AI qui a été jugée manifestement erronée, puisqu'elle a été rendue sans examen de l'activité raisonnablement exigible⁵⁵.

4.9.2.2 **Forme et délai**

La demande de reconsidération n'est soumise à aucune forme et à aucun délai.

4.9.3 **Nouvelle décision**

Quant à l'art. 53 al. 3 LPGA, il correspond pour l'essentiel à l'art. 58 PA. Il prévoit que jusqu'à l'envoi de son préavis à l'autorité de recours, soit la réponse au tribunal cantonal, l'assureur peut reconsidérer une décision ou une décision sur opposition contre laquelle un recours a été formé.

Toutefois, cette possibilité peut être utilisée qu'en faveur du recourant et non pour tenter d'esquiver les conditions qui doivent être réunies pour procéder à une reconsidération ou une révision, ou encore pour rendre une décision plus défavorable que l'on appelle une *reformatio in pejus*.

⁵² ATFA du 12.8.2004 [U 98/04] Malgré l'existence de l'ostéoporose, l'activité du physiothérapeute peut avoir été le facteur déclenchant de la fracture.

⁵³ ATFA du 15.7.2003 [I 547/02] En 1993, l'Office AI a alloué à un assuré une rente entière d'invalidité. Malgré deux révisions de rente en 94 et 97, l'Office AI a reconsidéré et supprimé le droit à la rente au motif que sa décision de 1993 était manifestement inexacte, puisqu'il n'avait pas procédé à l'examen de l'activité exigible, et que son taux d'invalidité n'ouvrait pas le droit à une rente d'invalidité.

⁵⁴ ATFA du 23 mars 2004 [K 9/04]

⁵⁵ ATFA du 15 juillet 2003 [I 547/02]

4.10 Exécution des décisions (54 LPGA)

L'art. 54 LPGA reprend les règles posées aux art. 39 et 40 PA. Il uniformise quelque peu les dispositions rédigées de manière diverse par les différentes lois spéciales.

Au sens de l'art 54 al. 1 LPGA, sont exécutoires les décisions ou décisions sur opposition

- qui ne peuvent plus être attaquées par une opposition ou par un recours ;
- dont l'opposition ou le recours n'a pas d'effet suspensif - Pas d'effet suspensif signifie que la décision est exécutoire malgré le fait qu'elle est attaquée⁵⁶ (cf. art. 11 OPGA) ;
par exemple : une décision refusant le droit aux prestations d'assurance est une décision négative, et une opposition contre une telle décision n'ouvre pas le droit aux prestations pendant la procédure d'opposition;
- dont l'effet suspensif attribué à une opposition ou à un recours a été retiré. Relevons qu'il incombe à l'autorité, respectivement l'assureur ou l'autorité de recours, d'examiner si les motifs parlent en faveur de l'exécution immédiate de la décision. A cet égard, il dispose d'une certaine liberté d'appréciation. En général, il se fonde sur l'état de fait tel qu'il résulte du dossier, sans effectuer de longues investigations supplémentaires, et procède à une pesée des intérêts en présence⁵⁷ ;
par exemple : une décision de révision au sens de l'art. 17 LPGA, mettant fin au droit à la rente d'invalidité ; en pareil cas, si l'intéressé n'obtient pas gain de cause, il est à craindre que la procédure en restitution pour les versements subséquents de la rente jusqu'à la décision sur opposition ou le jugement entré en force se révèle difficile.

Remarquons que les décisions et les décisions sur opposition exécutoires qui portent condamnation

- à payer une somme d'argent ou
- à fournir des sûretés

sont assimilées à des jugements exécutoires au sens de la loi sur la poursuite pour dettes et faillite. Une telle décision permet d'obtenir la mainlevée définitive au sens de l'art. 80 LP. La mainlevée est un prononcé du juge qui écarte de manière absolue l'opposition faite au commandement de payer. Ce prononcé permet de continuer la procédure de poursuite, soit par la voie de la

⁵⁶ ATF 119 V 503

⁵⁷ ATFA du 23 février 2005 [I 436/04]

saisie (cf. art. 89ss LP), soit par la voie de la faillite (art. 159ss LP).

Exemple :

Un décompte de prime ou une décision portant sur la restitution de prestations indûment touchées qui seraient entrés en force.

5. Procédure de recours (le contentieux)

La LPGA a introduit aux art. 56 à 62 de nouvelles dispositions sous la section "3. Contentieux".

Remarquons que mis à part quelques exceptions, la procédure du contentieux est définie de manière à peu près uniforme pour tout le domaine des assurances sociales. Cela étant, les modifications apportées par la LPGA ne sont pas fondamentales, et ne modifient que quelques points de détail de la procédure.

En principe, les droits et obligations entre un intéressé et un assureur qui sont toujours litigieux après la procédure administrative peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal cantonal, à l'exception de ceux qui sont de la compétence de

- la commission fédérale de recours AVS/AI de l'art. 85 bis LAVS pour les recours interjetés par les personnes résidant à l'étranger. Toutefois, le Conseil fédéral peut régler cette compétence différemment ;
- la Commission fédérale de recours de l'art. 75 bis LAI pour les recours interjetés par les personnes résidant à l'étranger et pour les subventions aux institutions au sens des art. 73 et 73 LAI ;
- la Commission fédérale de recours de l'art. 109 LAA relatives à la compétence de la CNA au classement des entreprises et aux mesures destinées à prévenir des accidents et maladies professionnelles ;
- la Commission fédérale de recours contre les décisions du Seco (anciennement l'OFIAMT), de l'organe de compensation ou de la commission de recours DFE conformément à l'art. 101 LACI .

5.1 Droit de recours (art. 56 LPGA)

Dans toutes les branches des assurances sociales dans lesquelles les organes ont la compétence de rendre des décisions et des décisions sur opposition, la procédure se poursuit par un **recours** devant un tribunal cantonal ou devant

une commission de recours.

Rappelons encore qu'en matière LPP, l'institution de prévoyance n'a pas de compétence de décision, de sorte que la procédure judiciaire est introduite par la voie de **l'action**.

Conformément à l'art. 56 LPGA, les recours peuvent être exercés

- contre les décisions sur opposition
- contre les décisions contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte
- en cas de déni de justice, lorsque l'assureur ne rend pas de décision ou de décision sur opposition malgré la demande de l'intéressé. (56 al. 2 LPGA). Ainsi, le TFA a jugé qu'un délai de 9 mois entre la requête de l'assuré et la décision ne saurait être qualifié d'intolérable, même si l'on peut reprocher à l'assureur d'avoir attendu quelque peu.

A cet égard, le TFA rappelle qu'il appartient aussi à l'intéressé d'entreprendre ce qui est en son pouvoir pour que l'assureur fasse diligence, que ce soit en l'invitant à accélérer la procédure ou en recourant cas échéant⁵⁸.

5.2 Tribunal cantonal des assurances (art. 57 LPGA)

En règle générale, à l'issue de la procédure administrative, les recours sont interjetés auprès du Tribunal cantonal. Chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique.

Exemples:

- Vaud : Tribunal cantonal des assurances,
- Fribourg : Tribunal administratif
- Genève : Tribunal des assurances sociales (dès le 1^{er} août 2003)

Notons que selon l'art. 82 al. 2 LPGA, les cantons ont un délai de cinq ans à partir de l'entrée en vigueur de la LPGA (1.1.2003) pour adapter leur législation à cette loi, soit jusqu'au 31.12.2007. Dans l'intervalle, les dispositions cantonales en vigueur demeurent applicables.

5.3 Compétence (art. 58 LPGA)

⁵⁸ ATFA du 15 juin 2005 [I 241/04]

La compétence des autorités de recours dépend des rapports de droit tels que définis dans les différentes lois spéciales.

Sous réserve des exceptions définies par les lois spéciales, est compétent le tribunal cantonal

- du domicile de l'assuré ou
- d'une autre partie au moment du recours, par exemple, s'il n'y a pas de for au domicile de l'assuré. Notons, toutefois que le législateur a souhaité créer un for uniforme au domicile de l'assuré, de sorte que ce for s'applique également si ce n'est pas l'assuré lui-même qui fait recours, mais un autre assureur, et que ce sont les prestations d'assurances ou la qualité d'assuré qui sont litigieuses⁵⁹.

Si l'assuré ou une autre partie sont domiciliés à l'étranger, le tribunal du canton

- du dernier domicile ou celui du canton
- de leur dernier employeur suisse, ou
- à titre subsidiaire celui du canton où l'organe d'exécution a son siège.

5.4 Qualité pour recourir (art. 59 LPG)

La définition de la personne ayant qualité pour recourir est reprise de l'art. 48 PA. A qualité pour recourir quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.

A titre d'exemple, en LAA, ont qualité pour agir:

- l'assuré ou ses survivants
- les autres assurances sociales concernées
- l'employeur⁶⁰ (RAMA 1989, p. 139)
- la commune⁶¹ (ATF 123 V 113)

Mais par contre, pas l'assureur "perte de gain maladie LCA" qui en tant qu'assureur privé, n'a pas qualité de partie intéressée (ATF 125 V 339).

⁵⁹ ATFA du 26 juin 1998, in SVR-Resprechung 4/5-2001 UV n° 10

⁶⁰ ATF 106 V 219 : L'employeur a un droit propre de contester une décision concernant les prestations en espèces relatives à la perte de gain, car il est touché par la décision de l'assurance refusant l'octroi de telles prestations à son employé. Il a donc un intérêt digne de protection à la voir annulée, vue la relation étroite entre les prestations d'assurance et le droit au salaire.

⁶¹ Une commune a qualité pour recourir contre une décision de la caisse de compensation en matière de remise de cotisations, lorsque par exemple, en vertu de la législation cantonale, elle est tenue de prendre à sa charge le paiement de cotisations.

5.5 Délai de recours (art. 60 LPGA)

- L'art. 60 LPGA prévoit un délai de recours fixé uniformément à 30 jours pour toutes les assurances sociales,

à l'exception des art. 106 LAA et 104 LAM qui prévoient un délai de 3 mois pour former recours contre une décision sur opposition portant sur les prestations d'assurance.

S'agissant du calcul et de la suspension du délai, en procédure de recours devant le Tribunal cantonal des assurances, ce sont conformément à l'art 60 al. 2 LPGA, les règles de l'art. 38 à 41 LPGA qui sont applicables, et plus les règles de procédure cantonale.

5.6 Règles de procédure devant les tribunaux cantonaux (art. 61 LPGA)

Pour la procédure devant les tribunaux cantonaux, c'est en principe le droit cantonal qui fait foi, sous réserve des règles posées à l'art. 61 LPGA.

S'agissant de la procédure de recours devant les autorités fédérales de recours, ce sont les dispositions de la PA qui trouvent application.

L'art. 61 LPGA prévoit les exigences suivantes :

- a. procédure simple, rapide et gratuite, sous réserve de recours téméraire ;
- b. l'acte de recours doit contenir un exposé succinct des faits et des motifs, ainsi que des conclusions; si l'acte n'est pas conforme à ces règles, le tribunal impartit un délai convenable au recourant pour combler les lacunes en l'avertissant qu'en cas d'inobservation le recours sera rejeté ;
- c. établissement des faits par le tribunal avec la collaboration des parties⁶² et administration des preuves par le tribunal⁶³;
- d. le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties

⁶² ATFA du 6 mai 2004 [I 90/04] : La procédure de sommation prévue à l'art. 43 LPGA n'est pas applicable en procédure de recours . En présence d'un refus de collaborer, le juge est fondé à procéder à une appréciation des preuves sur la base des éléments au dossier. Il ne peut se contenter d'examiner la décision sous l'angle du refus de collaborer et s'abstenir de tout examen matériel de la dite décision sous l'angle des faits médicaux retenus par l'assureur.

⁶³ ATFA du 19 août 2004 [H 300/03] : Le juge des assurances peut ordonner l'édition du dossier d'une procédure pénale, même si dite procédure est en cours d'instruction.

A cet égard, il peut réformer la décision en défaveur du recourant⁶⁴ ou accorder plus qu'il n'a demandé. Il doit cependant donner l'occasion aux parties de se prononcer ou de retirer leur recours ;

e. éventuellement tenue de débats ;

g. droit à la prise en charge de frais et dépens au recourant qui obtient gain de cause⁶⁵.

h. les jugements contiennent les motifs retenus⁶⁶ et l'indication des voies de recours;

i. possibilité de révision si des faits ou des moyens de preuve nouveaux sont découverts ou si un crime ou un délit a influencé le jugement.

5.7 Tribunal fédéral des assurances (art. 62 LPG)

Contre les jugements rendus par les tribunaux cantonaux ou la commission fédérale de recours, les parties peuvent interjeter un recours de droit administratif au Tribunal fédéral des assurances à Lucerne.

La procédure de recours est régie par la loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ).

⁶⁴ ATFA du 8 avril 2004 [U 202/03] : Même si une partie est représentée par un avocat, le tribunal qui entend suivre les conclusions de l'assureur et rendre un jugement plus défavorable à l'ayant droit que ne l'est la décision entreprise (reformatio in pejus), doit le rendre attentif au fait qu'il va rendre un jugement à son détriment, et lui donner la possibilité de réagir en retirant son recours.

⁶⁵ ATFA du 14 avril 2005 [I 245/04] : pas de droit à des dépens pour un assuré représenté par une institution publique d'assistance, tel que l'Hospice général de Genève, mais par contre admis pour des organismes tels que Pro Infirmis.

⁶⁶ ATFA du 1^{er} juillet 2005 [C 138/04] : L'obligation de motiver la décision doit permettre au destinataire de comprendre la décision et de l'attaquer s'il y a lieu. En principe, sa violation entraîne l'annulation de la décision attaquée indépendamment des chances de succès du recours au fond. Notons toutefois que l'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties. Elle peut se limiter à ceux qui, sans arbitraire lui paraissent pertinents.

5.8 Phases de la procédure

Résumé des phases de la procédure dans une cause concernant le droit à des prestations pour un assuré :

1. Décision : délai d'opposition de 30 jours
2. Opposition de l'assuré
3. Décision sur opposition : délai de recours de 30 jours / 3 mois
4. L'assuré saisit le tribunal cantonal ou la commission fédérale de recours en déposant un recours
5. Le tribunal cantonal / la commission fédérale rend un jugement / une décision
6. L'assuré interjette un recours de droit administratif au Tribunal fédéral des assurances (TFA) (délai de recours de 30 jours)
7. Le TFA rend un jugement qui dans certains cas pourra être déféré devant la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg dans les 6 mois.

6. Procédures spéciales

6.1 Restitution de prestations ou remboursement de cotisations (art. 25 LPGGA)

6.1.1 Prestations reçues à tort

S'agissant des prestations reçues à tort, les bénéficiaires sont tenus à restituer les montants indus.

L'art. 25 al. 1 LPGGA prévoit que les prestations indûment touchées doivent être restituées; la restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi⁶⁷ et le mettrait dans une situation difficile.

L'obligation de restituer suppose que soient remplies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale de la décision formelle ou matérielle, par laquelle les prestations ont été allouées⁶⁸.

6.1.1.1 Personnes soumises à restitution

L'art 2 OPGA prévoit que sont soumis à l'obligation de restituer :

al. 1

- a. le bénéficiaire des prestations indûment touchées ou ses héritiers ;
- b. les tiers ou les autorités à qui ont été versées des prestations en espèce pour qu'elles soient utilisées conformément à leur but, au sens de l'art. 20 LPGGA, ou des dispositions des lois spéciales, à l'exception du tuteur ;
- c. les tiers ou les autorités à qui ont été versées après coup des prestations indues, à l'exception du tuteur.

al. 2

Doivent être restituées par les personnes qui disposaient de l'autorité parentale lorsque les prestations ont été versées, les prestations allouées indûment pour un enfant mineur qui n'ont pas été versées à celui-ci et

⁶⁷ ATFA du 5 mai 2004 [I 133/03] : L'ignorance, par l'assuré, qu'il n'avait pas droit aux prestations versées ne suffit pas pour admettre qu'il était de bonne foi. La bonne foi est exclue d'emblée lorsque les faits qui conduisent à l'obligation de restituer sont imputables à un comportement dolosif ou à une négligence grave ; elle est admise lorsqu'ils ne constituent qu'une violation légère de l'obligation d'annoncer ou de renseigner. Négligence grave admise du fait de ne pas avoir informé l'office de l'existence d'une contribution d'entretien.

⁶⁸ ATFA du 12 mars 2004 [K 147/03] : La prise en charge de l'intervention chirurgicale qui relevait des conséquences d'une carie, n'est manifestement pas à la charge de l'assureur LAMal, de sorte que les conditions de la reconsidération sont réunies. Le TFA a confirmé la décision de restitution de l'assuré, même si le paiement a été effectué directement en main de l'hôpital.

qui ne sont pas soumises à l'obligation de restituer selon l'al. 1 let. b ou c.

6.1.1.2 Décision en restitution

L'art. 3 OPGA pose que la décision en restitution doit indiquer la possibilité d'une remise. Notons que l'art. 3 al. 3 OPGA indique que l'assureur renoncera à la restitution part voie de décision lorsqu'il est manifeste que les conditions d'une remise sont réunies.

Conditions de remise : 4 OPGA

La restitution ne peut pas être demandée lorsque l'intéressé

- était de bonne foi⁶⁹, et
- que celle-ci le mettrait dans une situation financière difficile définie à l'art. 5 OPGA.

6.1.1.3 Délai de péremption

L'art. 25 al. 2 LPGA prévoit que le droit de demander la restitution s'éteint :

- dans le délai d'un an à compter du jour où l'assureur a eu ou aurait dû avoir connaissance du fait ouvrant droit à la répétition, ou au plus tard
- dans le délai de 5 ans dès le paiement des prestations, voire encore
- dans le délai de prescription pénal de plus longue durée lorsque la demande de restitution naît d'un acte punissable (art 70 CPS)
Exemple : prestations versées à la suite d'une escroquerie.

Il est important de signaler que les délais pour réclamer la répétition sont des délais de péremption, et non des délais de prescription. A ce titre, et à la différence des délais de prescription, ils ne peuvent être ni interrompus, ni suspendus, et une procédure de poursuite est inopérante⁷⁰.

Toutefois, l'assureur peut sauvegarder le délai de péremption en

⁶⁹ ATFA du 17.2.2004 [C 144/03] L'ignorance par le bénéficiaire qu'il n'a pas droit aux prestations ne suffit pas pour admettre qu'il était de bonne foi. Il faut que celui-ci ne se soit rendu coupable ni d'une intention malicieuse, ni d'une négligence grave.

⁷⁰ ATFA du 17 décembre 2003 [C 19/03] : L'annulation d'une première décision par l'assureur et la notification d'une nouvelle décision fait perdre l'effet d'interruption de la péremption de la première décision, ce qui n'est pas le cas lorsque un tribunal annule une décision et renvoie la cause. Dans un tel cas, le jugement de renvoi crée un lien de continuité.

notifiant une décision en restitution à la personne obligée à restitution, si cette décision est reçue avant l'échéance dudit délai (art. 3 OPGA).

6.1.2 Créances pour des cotisations payées en trop

S'agissant des créances concernant des **cotisations payées en trop**, sauf disposition contraire des lois spéciales, le remboursement peut être demandé :

- dans le délai d'un an à compter du jour où le cotisant a eu connaissance de ses paiements trop élevés, ou au plus tard,
- dans le délai de 5 ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle les cotisations ont été payées.

Il s'agit d'un délai de péremption qui peut être sauvegardé par une demande en remboursement adressée et reçue par l'assureur dans le délai de péremption.

6.2 Extinction du droit (art. 24 LPGA)

Le droit à des prestations ou à des cotisations arriérées s'éteint de la manière suivante :

- péremption du droit à des prestations : 5 ans après la fin du mois pour lequel la prestation était due
- péremption du droit à des cotisations : 5 ans après la fin de l'année civile pour laquelle la cotisation devait être payée, ou dans le délai de prescription pénal de plus longue durée lorsque la soustraction de l'obligation de cotiser naît d'un acte punissable (art 70 CPS).

Le délai de péremption peut être sauvegardé :

- pour les prestations par une demande de prestations
- pour les cotisations par une décision portant sur les cotisations.

6.3 Renonciation à des prestations (art. 23 LPGA)

6.3.1 Principe

L'art. 23 LPGA permet à l'ayant droit de demander la renonciation à des prestations qui lui sont dues. Jusqu'à l'adoption de cette disposition, bien que l'art. 65 OLAA était la seule disposition légale qui prévoyait une telle possibilité, la jurisprudence l'a développée pour les autres branches des assurances sociales au titre d'une lacune proprement dite, soit d'un silence

involontaire du législateur qui a été comblée par le juge⁷¹.

Notons que des demandes de renonciation à des prestations ne se présentent qu'occasionnellement dans le domaine des assurances sociales.

A cet égard. L'on peut distinguer deux situations⁷² :

- soit, une demande de prestations a été déposée, et l'assuré déclare renoncer à des prestations qui n'ont pas encore été versées ;

Au sens de la jurisprudence, qui devrait être maintenue même avec les principes énoncés à l'art. 23 LPGA⁷³, l'ayant droit ne peut renoncer à des prestations d'assurances sociales qu'à titre exceptionnel, à savoir lorsque ses intérêts sont dignes de protection et que la renonciation n'est pas préjudiciable aux intérêts de tierces personnes concernées. Cela serait notamment le cas lorsque la renonciation touche également les intérêts des proches de l'assuré, ou que l'assistance publique doit suppléer à l'assurance sociale.⁷⁴

- soit, aucune demande de prestations n'a été faite.

Dans un tel cas, les prestations d'assurances sociales qui seraient versées si la demande avait été faite seront prise en compte dans le cadre du calcul de surindemnisation de l'art. 69 LPGA⁷⁵.

Remarquons toutefois que la renonciation peut toujours être révoquée en tout temps pour l'avenir.

Dès lors, et afin d'éviter des abus de droit, l'al. 2 prévoit que renonciation et révocation sont nulles lorsqu'elles sont préjudiciables aux intérêts d'autres personnes ou tendent à éluder la loi. Ainsi, lorsqu'une personne lésée préfère toucher une importante prestation en capital de l'assurance responsabilité civile du tiers responsable plutôt qu'une rente des assurances sociales, une révocation ultérieure de cette renonciation en vue d'obtenir en plus une rente d'invalidité devrait être considérée comme un abus de droit et par conséquent déclarée nulle⁷⁶.

⁷¹ ATF 129 V 1

⁷² Cf. recommandation de la commission des chefs de sinistres de l'ASA n° 7/2003 du 31 octobre 2003.

⁷³ ATF 129 V 1 : le TFA a nié l'existence d'un intérêt digne de protection à une femme au bénéfice d'une rente AVS qui entendait y renoncer au profit de la rente AI entière de son mari et de la rente complémentaire.

⁷⁴ FF 1991, page 252 ; Rapport de la Commission du Conseil des Etats

⁷⁵ Kieser, ATSG Kommentar, page 257

⁷⁶ FF 1991, page 252 ; Rapport de la Commission du Conseil des Etats

6.3.2 Forme

Renonciation et révocation font l'objet d'une déclaration écrite des intéressés. L'art. 23 al. 3 LPGA prévoit que l'assureur confirme par écrit la renonciation ou la révocation en mentionnant l'objet, l'étendue et les suites.

7 Intérêts moratoires et intérêts rémunérateurs (art. 26 LPGA)

7.1 Intérêts cotisations (art. 26 LPGA)

Les créances de cotisations échues sont soumises à la perception d'intérêts moratoires.

Les créances en restitution de cotisations indûment versées sont soumises au versement d'intérêts rémunérateurs.

Notons que l'art. 7 al. 1 OPGA prévoit un taux d'intérêts de 5 % conformément à l'art. 7 al. 1 OPGA.

Exceptions :

Les art. 117 al. 2 et 121 OLAA fixent un taux d'intérêts de 0.5 % par mois, soit 6 % par an pour les primes échues et les primes spéciales de l'art. 95 LAA.

7.2 Intérêts sur les prestations

Principe d'un intérêt moratoire en cas de retard dans le versement des prestations d'assurances.

- **Naissance du droit**

Le droit aux intérêts prend naissance, soit

- après 24 mois à compter de la naissance du droit aux prestations, ou
- au plus tôt, après 12 mois à partir de la demande de l'assuré
- Exception :
en cas de mauvaise foi de l'assuré, par exemple, faute de collaboration en ne se présentant pas chez un médecin expert.

- **Bénéficiaires**

cf. art. 6 OPGA

- **Taux d'intérêts**

- 5 % selon l'art. 7 al. 1 OPGA

- **Modalité de calcul**

- art 7 al. 2 et 7 al. 3 OPGA

8 Interdiction de surindemnisation (art. 69 LPGA)

8.1 Calcul global

L'art. 69 al. 1 LPGA a posé le principe de l'interdiction de surindemnisation de l'ayant droit. Ne sont prises en compte dans le calcul de sur indemnisation que des prestations de nature et de but identique qui sont accordés à l'assuré en raison de l'événement dommageable.

Le calcul de sur indemnisation s'opère selon la méthode globale pour toute la période pour laquelle l'assuré se trouve privé de tout ou partie de son revenu en raison de l'incapacité de travail. Le calcul est fait sur la période allant du début de l'incapacité de travail jusqu'à la fin de celle-ci ou au passage à la rente d'invalidité (par exemple jusqu'au passage à la rente LAA)

Notons que l'art. 69 LPGA ne s'applique pas au concours des rentes LAA avec d'autres rentes AI ou AVS (cf. art. 20 al. 2 LAA en dérogation à l'art. 69 LPGA).

Exemples:

Concours d'indemnités journalières LAA avec

- des rentes de l'AI
- des rentes de l'AVS
- des rentes de l'assurance militaire ou encore
- des indemnités journalières de la LAMal.

Attention, la LPGA ne s'applique pas au concours des indemnités perte gain maladie de droit privé (LCA) avec les prestations LAA, parce que de telles prestations ne ressortissent pas des assurances sociales, mais de l'assurance privée.

8.2 Calcul de sur indemnisation (art. 69 al. 2 LPGA)

Doivent être pris en compte

- le gain présumé perdu⁷⁷, soit le salaire hypothétique que l'assuré réaliserait au moment où s'opère le calcul ;
- la perte de gain peut s'étendre à une activité accessoire dépendante ou indépendante (ex. un fonctionnaire qui invoque un élevage de lapins ou la culture de sa vigne), assurée ou non⁷⁸ ;
- les frais supplémentaires:
Que faut-il entendre par frais supplémentaire ? La doctrine indique les frais de traitement et de soins non couverts par l'assurance sociale, ou encore frais de sauvetage et de transports non couverts, des frais d'aide ménagère, etc. ;
- la perte de gain subie par les proches, soit la perte effectivement subie par les proches dans leur activité aux fins de prodiguer des soins à l'assuré.

9 Droit de recours (art. 72 à 75 LPGA)

9.1 Recours intégral (art. 72 al. 1 LPGA)

La subrogation, soit le droit de recours de l'assureur contre le tiers responsable, est intégral. En ce sens, elle comprend tous les droits du lésé. Ainsi les exceptions tirées du contrat d'assurance qui ne peuvent être opposées au lésé ne peuvent pas l'être non plus à l'assureur social

Exemple :

En cas d'ivresse au volant du tiers responsable, dans le cadre du recours de l'assureur social (ex. AVS, AI, LAA, LAM, LAMal) contre le tiers l'assureur RC, ce dernier ne peut pas lui opposer la faute grave de son preneur ou du conducteur. A cet égard, l'art. 65 al. 2 LCR prévoit que les exceptions découlant du contrat d'assurance ou de la LCA ne peuvent être opposées au lésé.

9.2 Solidarité (art. 72 al. 2 LPGA)

Les assureurs sociaux bénéficient aussi du principe de la solidarité. A ce titre, ils peuvent s'en prendre au responsable de leur choix pour la totalité de leurs prétentions récursoires. Ils n'ont pas à s'adresser à chacun des responsables pour la part que ceux-ci ont à supporter.

⁷⁷ ATFA du 19 novembre 2004 [B 71 704] : si l'assuré a plusieurs activités, le gain présumé perdu comprend la perte de gain provenant de l'ensemble des activités, peu importe qu'il s'agisse d'activités dépendantes ou indépendantes.

⁷⁸ ATFA du 26.7.2004 [U 311/03]

9.3 Délais de prescription (art. 72 al. 3 LPGA)

Les délais de prescriptions applicables aux lésés sont également applicables aux assureurs sociaux.

Toutefois pour la prescription relative (1an, 2 ans ou 3 ans), les délais ne commencent pas à courir avant que l'assureur social ait eu connaissance des prestations qu'il sera appelé à servir.

9.4 Droit préférentiel (art. 73 al. 1 LPGA)

Le droit préférentiel du lésé est garanti. Lorsque le lésé n'est indemnisé que partiellement, il a droit d'être indemnisé en priorité pour la totalité de son dommage, soit avant les assureurs sociaux.

9.5 Calcul de la créance récursoire en cas de réduction selon art. 21 LPGA

En cas de réduction des prestations par l'assureur social pour faute grave, crime ou délit, la répartition des dommages-intérêts en RC ne se fait plus selon la répartition proportionnelle (ancien art. 42 al. 2 LAA), mais en tenant compte du droit préférentiel de l'assuré sur les prestations non réduites,

Exemple:

- perte de gain (100%)	CHF 100'000.-
- IJ non réduite	CHF 80'000.-
- IJ réduite de 50 % (21 LPGA)	CHF 40'000.-

En RC, si la quote-part de responsabilité de 60 %, la réparation totale de l'assureur RC sera de **CHF 60'000.-** (60 % de CHF 100'000.-).

Calcul de subrogation selon art. 73 al. 2 LPGA

IJ non réduite	CHF 80'000.-
+ réparation en RC	<u>CHF 60'000.-</u>
Total	CHF 140'000.-

Répartition des dommages-intérêts

- à l'assureur	(CHF 140'000 - 100'000)	CHF 40'000.-
- au lésé	(CHF 60'000 - 40'000)	CHF 20'000.-

soit, en tout, l'assuré touche	
- des IJ réduites par	CHF 40'000.-
- des dommages-intérêts de la RC	<u>CHF 20'000.-</u>
Total	CHF 60'000.-

9.6 Privilège de recours (art. 75 LPG)

Le dommage direct de l'assuré ou des survivants n'est pas soumis à l'existence d'une faute grave.

Par contre, le recours des assureurs sociaux est soumis à la condition de la faute grave.

A défaut de faute grave, l'assureur ne peut pas faire valoir de prétentions récursoires

- contre le conjoint de l'assuré, ses parents en ligne ascendante ou les personnes qui font ménage commun avec lui,
- contre l'employeur de l'assuré, les membres de sa famille et les travailleurs de l'entreprise, en cas d'accident professionnel.

Jean-Michel Duc, avocat