

## Droit et handicap 4/10

### Impressum

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

Éditeur: Service juridique *Intégration Handicap*

Bureau de la Suisse romande:  
Place Grand Saint-Jean 1  
1003 Lausanne  
Tél. 021 323 33 52

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

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

Deutschsprachige Ausgabe: „Behinderung und Recht“

### Tribunal fédéral: suites d'un „coup du lapin“ objectivement surmontables

Récemment, le Tribunal fédéral a rendu un jugement qui a suscité de vives réactions dans le public (jugement du 30.8.2010; 9C\_510/2009): il a décidé que sa pratique développée dans le contexte des troubles somatoformes douloureux devait s'appliquer, pour des raisons d'égalité de traitement, à l'ensemble des „syndromes douloureux qui ne peuvent s'expliquer par un substrat organique objectivable“. Outre les troubles somatoformes douloureux, la fibromyalgie, le syndrome de fatigue chronique, la neurasthénie et les troubles dissociatifs de la sensibilité et de la mobilité, il compte désormais parmi ces syndromes également les suites d'un traumatisme du rachis cervical en l'absence de déficits fonctionnels et organiques objectivables.

Concrètement, cela signifie que les troubles dont se plaignent les assurés ayant subi un traumatisme dû à une distorsion cervicale (dit „coup du lapin“) n'entraînent en général pas, du point de vue du Tribunal fédéral, une limitation à long terme de la capacité de travail pouvant conduire à une invalidité parce qu'ils sont considérés comme objectivement surmontables. Selon le tribunal, ce n'est qu'à titre exceptionnel que l'on considère un assuré incapable de surmonter ses troubles moyennant un effort de volonté que l'on peut raisonnablement exiger de lui. Il précise les cas où cela peut se produire: présence d'une comorbidité concurrente avérée sur le plan psychique et d'une importance considérable aussi

bien du point de vue de l'étendue, de l'intensité et de la durée; mais aussi lorsque plusieurs autres critères sont remplis avec une certaine intensité et constance, tels que pathologies physiques associées et chronicisées, évolution de la maladie pendant plusieurs années en présence d'une symptomatique inchangée ou s'aggravant progressivement sans phases de rémission d'une certaine durée, retrait avéré de tous les domaines de la vie, évolution intrapsychique bloquée ne répondant plus à aucune approche thérapeutique, gestion de conflit en soi échouée mais constituant une décharge sur le plan psychique (bénéfice primaire de la maladie) ou, enfin, résultats thérapeutiques insatisfaisants malgré des efforts thérapeutiques suivis (le cas échéant en ayant tenté divers angles thérapeutiques) et mesures de réadaptation ayant échoué en dépit de la motivation et des efforts personnels de la personne assurée.

Depuis la décision de référence rendue en 2004, la pratique actuelle en matière de troubles somatoformes douloureux montre qu'il est relativement rare de voir les offices AI et les tribunaux considérer les critères mentionnés comme remplis avec l'intensité et la constance requises. Il n'en sera probablement pas autrement en ce qui concerne les suites d'un traumatisme dû à une distorsion cervicale, raison pour laquelle l'invalidité ne sera vraisemblablement plus reconnue à l'avenir chez une grande partie des personnes concernées. Or, les personnes déjà bénéficiaires d'une rente suite à un traumatisme cervical pourront pour l'instant la conserver tant que leur état de santé ne subit pas de péjoration notable. Les décisions prises par le Tribunal fédéral concernant les troubles somatoformes douloureux (135 V 215) s'appliquent également à ces cas-là. Ce n'est que dans le cas où les dispositions transitoires prévues dans le cadre de la 6e révision de la LAI sont adoptées par le législateur que les rentiers et rentières actuels doivent s'attendre à ce que leur rente soit supprimée ou diminuée s'ils n'ont pas atteint une certaine limite d'âge.

Le représentant légal de la personne assurée a annoncé qu'il porterait le jugement du Tribunal fédéral devant la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg, en

faisant notamment valoir le grief de partialité d'un des juges fédéraux. Or, un jugement de Strasbourg pourrait mettre beaucoup de temps à intervenir et il est probable que la pratique se soit déjà largement consolidée d'ici-là.

Vu que notre Service juridique ne traite que rarement des cas de traumatismes de distorsion cervicale et que nous ne sommes pas au fait des connaissances médicales dans ce domaine, nous renonçons à commenter ce jugement de manière plus approfondie. Nous nous permettons toutefois, de manière très générale, cette remarque critique : il est extrêmement inquiétant d'observer que la tendance semble consister à examiner de moins en moins la question de la surmontabilité des douleurs sur la base d'une appréciation médicale individuelle et compte tenu des ressources personnelles d'un assuré, mais sur la base de suppositions générales. C'est d'autant plus inquiétant que ces dernières ne sauraient guère se fonder sur un large consensus des connaissances médicales.

Georges Pestalozzi-Seger

## **Nouveaux jugements du Tribunal fédéral concernant la prise en charge des prestations de soins**

Le Tribunal fédéral a rendu deux jugements récents concernant la prise en charge des frais de soins par les assurances sociales que nous souhaitons brièvement présenter et commenter dans cet article. Le premier cas portait sur l'obligation des assurances-maladie de fournir des prestations dans le cadre de la LAMal, et le deuxième sur l'obligation de l'AI de fournir des prestations en faveur d'un enfant handicapé dès la naissance.

### **Quelles sont les prestations obligatoires de l'assurance-maladie?**

Les prestations obligatoires des assurances-maladie dans le domaine des soins sont énumérées dans l'art. 7 al. 2 de l'ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins (OPAS): il s'agit de prestations concernant l'évaluation et les conseils (let. a), de prestations concernant les examens et les traitements („soins de traitement“, let. b) et de prestations concernant les soins de base (let. c): l'ordonnance détaille les prestations obligatoires pour chacun des trois domaines.

Dans un jugement du 27.4.2010 (136 V 172), le Tribunal fédéral a d'abord dû se prononcer sur la question de savoir si la mise à disposition de médicaments, par une personne soignante qualifiée, dans un semainier remis au patient en début de semaine doit être considérée comme une prestation obligatoire. Il a répondu par la négative en se référant à l'ordonnance: dans l'art. 7 al. 2 let. 2 chiffre 7 OPAS, l'ordonnance ne désigne en effet que l'„administration de médicaments, en particulier par injection ou perfusion“ comme prestation obligatoire. De l'avis du Tribunal fédéral, ces actes ne comprennent ni la mise à disposition ni la préparation des médicaments, mais uniquement l'acte médical proprement dit qui consiste à les administrer. À cette occasion, le Tribunal fédéral a confirmé sa pratique selon laquelle l'énumération des prestations obligatoires dans l'ordonnance revêt un

caractère exhaustif.

Dans ce même jugement, le litige portait en outre sur la question de savoir si l'accompagnement d'une personne assurée dépendante, ne pouvant se rendre à pied de sa chambre dans la salle à manger par ses propres moyens, pouvait être considéré ou non comme une prestation obligatoire du domaine des soins de base (art. 7 al. 2 let. c OPAS). Là aussi, le Tribunal fédéral a répondu non: cet accompagnement, a-t-il estimé, ne s'apparente pas à une „aide à s'alimenter“, qui ne comprend que l'assistance apportée à une personne incapable de couper la nourriture et de porter les aliments à sa bouche; il a ajouté que cet accompagnement ne faisait pas non plus partie de la notion de „mobilisation“, qui consiste à faire faire des exercices physiques au patient au sens d'un entraînement musculaire. Le tribunal a conclu que l'aide au déplacement n'était en soi pas comprise dans les prestations obligatoires du domaine des soins de base énumérées dans l'ordonnance.

Même si l'interprétation qui est faite de l'ordonnance peut se comprendre, le jugement du Tribunal fédéral n'est au final guère satisfaisant: la mise à disposition de médicaments, par exemple, constitue une tâche pour le moins classique aussi bien pour les services d'aide et de soins à domicile que le personnel qui prodigue des soins aux personnes âgées et confuses en milieu résidentiel: c'est pourquoi cet acte figure également dans le Manuel „RAI-Home care“ parmi les prestations de soins. Puisque le Tribunal fédéral crée une distinction entre préparation et administration de médicaments en se basant sur une interprétation strictement calquée sur l'énoncé de l'ordonnance, il reste à espérer que l'administration supprime le plus vite possible cette distinction artificielle en procédant à une adaptation du texte de l'ordonnance. L'assurance-invalidité doit-elle prendre en charge les frais de soins?

Lorsqu'un enfant souffre d'une maladie congénitale reconnue, c'est l'AI et non l'assurance-maladie qui finance les traitements médicaux dont il a besoin, du moins jusqu'à l'âge de 20 ans (art. 13 LAI). Mais l'AI doit-elle,

dans le cadre des mesures médicales, rembourser également, comme l'assurance-maladie, les coûts liés aux prestations de soin? Récemment, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur le cas d'un enfant gravement handicapé de 2 ans, atteint d'une tumeur située à proximité du tronc cérébral et entraînant de multiples troubles déficitaires des nerfs crâniens ainsi que la formation de métastases intraspinales. L'office AI du canton de Schwyz a accordé des mesures médicales comme p. ex. des séances de physiothérapie, mais a refusé de prendre en charge les frais liés aux services de relève, fournis par une organisation d'aide et de soins à domicile pour enfants en vue de décharger les parents pendant deux nuits par semaine. L'office AI avait été appuyé dans sa décision par le Tribunal administratif cantonal.

Dans son jugement du 7 juillet 2010 (8C\_81/2010), le Tribunal fédéral a rejeté le recours des parents, d'une part, en se fondant sur la disposition de l'art. 14 al. 1 LAI selon laquelle les mesures médicales de l'AI comprennent "le traitement entrepris dans un établissement hospitalier ou à domicile par le médecin ou, sur ses prescriptions, par le personnel paramédical ..." ainsi que „les médicaments ordonnés par le médecin". D'autre part, il s'est référé à l'art. 2 al. 3 de l'ordonnance concernant les infirmités congénitales selon laquelle sont réputés mesures médicales nécessaires „tous les actes dont la science médicale a reconnu qu'ils sont indiqués et qu'ils tendent au but thérapeutique visé d'une manière simple et adéquate". Se basant sur ces dispositions, et malgré la critique formulée dans le recours, le Tribunal fédéral a confirmé sa pratique habituelle selon laquelle les soins quotidiens au patient ne font pas partie des mesures médicales vu qu'ils n'ont pas caractère thérapeutique au sens propre. En outre, un acte – même vital – n'est, selon lui, pas considéré comme une mesure médicale lorsqu'une personne, même sans formation médicale, est capable de le prodiguer (le cas échéant selon des instructions). Dans le présent cas, a-t-il estimé, les parents sont en principe capables d'assumer les soins, vu qu'ils le font déjà durant les 5 autres nuits de la semaine; il a conclu que faute de nécessité „médicale" de faire exécuter ces actes par du personnel médical formé, l'AI n'était pas tenue de prendre en charge cet

acte dans le cadre des mesures médicales.

Que signifie ce jugement? L'AI n'a pas l'obligation de prendre en charge les mesures relatives aux soins de base pour les enfants ayant une infirmité congénitale. Elle ne doit davantage assumer les mesures relatives aux soins de traitement si les parents sont capables, avec les instructions nécessaires, de prodiguer eux-mêmes ces traitements. Il en résulte que les enfants ayant une infirmité congénitale sont sensiblement moins bien traités que les enfants qui nécessitent des soins en raison d'une maladie; l'assurance-maladie doit en effet (co-)financer les soins prodigués à ces derniers.

Le Tribunal fédéral a indiqué que l'AI connaît d'autres prestations destinées au financement des soins, à savoir l'allocation pour impotent et le supplément pour soins intenses. Mis à part le fait que ce dernier n'est versé qu'à partir d'un surcroît d'assistance dû au handicap d'au moins 4 heures de soins par jour, cette indication ne change rien à l'inégalité de traitement ainsi instaurée à l'égard des enfants handicapés dès la naissance; car les enfants qui nécessitent des soins en raison d'une maladie peuvent eux aussi bénéficier d'une allocation pour impotent et du supplément pour soins intenses, en plus des prestations de soins proprement dites.

On ne peut supposer que le législateur ait consciemment voulu désavantager, en termes de prestations, les enfants ayant une infirmité congénitale par rapport aux enfants malades. C'est pourquoi il va falloir clarifier si, faute d'obligation de l'AI de prendre en charge les prestations liées aux soins de base ainsi qu'une partie des soins de traitement, il n'incombe pas à l'assurance-maladie d'assumer ces frais. En cas de défaut de couverture par l'AI, l'assurance-maladie est en effet tenue de fournir, de manière subsidiaire, les prestations légales en cas d'infirmité congénitale.

Georges Pestalozzi-Seger

### AI: Moyens auxiliaires permettant la tenue du ménage

Selon le chiffre marginal 13.01 de la liste des moyens auxiliaires, l'AI prend en charge les „instruments de travail et appareils ménagers rendus nécessaires par l'invalidité; installations et appareils accessoires; adaptations nécessaires à la manipulation d'appareils et de machines: (...) Les moyens auxiliaires dont le coût d'acquisition n'excède pas 400 francs sont à la charge de l'assuré". Les litiges que l'on rencontre régulièrement dans la pratique portent notamment sur les appareils ménagers. Nous présentons ci-après un cas issu du canton de Berne qui a trouvé un épilogue favorable devant le Tribunal fédéral.

#### Contexte

Une femme vivant seule avait dû renoncer, suite à l'apparition de troubles neurologiques entraînant une paralysie des extrémités, à son métier d'infirmière en bloc opératoire qu'elle exerçait auparavant à 100%, suite à quoi l'AI lui a alloué une rente entière. Elle s'est vu résilier son bail de location. Par la suite, elle a trouvé un autre appartement; or, étant en fauteuil roulant, elle ne pouvait plus accéder à la buanderie (commune) située au sous-sol. C'est pourquoi elle a demandé à l'AI de lui rembourser l'achat d'un nouveau lave-linge qu'elle avait elle-même installé dans l'appartement.

L'AI a refusé sa demande au motif que l'acquisition d'un lave-linge ne permettait pas d'améliorer sa capacité de travail au ménage d'au moins 10%, condition à laquelle des moyens auxiliaires coûteux pour l'accomplissement des travaux habituels pouvaient être financés. L'assurée, représentée par notre Service juridique, a fait recours contre cette décision.

Le Tribunal administratif du canton de Berne a rejeté le recours, mais pour des motifs tout à fait différents: il a fait valoir que les moyens auxiliaires qui permettent ou facilitent la tenue du ménage selon le chiffre 13.01 de la liste des moyens auxiliaires ne pouvaient en règle générale

être remis qu'aux personnes dont l'invalidité a été déterminée selon la méthode de la comparaison des activités et non (comme c'était le cas chez l'assurée) selon la méthode de la comparaison des revenus.

#### Jugement

Dans son jugement du 17.6.2010 (8C\_961/2009), le Tribunal fédéral a donc dû examiner deux objections distinctes. Estimant les deux objections injustifiées, il a décidé d'admettre le recours.

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral a réfuté l'avis de l'instance précédente selon lequel les moyens auxiliaires destinés à la tenue du ménage ne peuvent être remis qu'aux assurés sans activité lucrative (ou n'exerçant qu'une activité lucrative partielle) au moment où ils sont devenus invalides, et dont l'invalidité a par conséquent été déterminée selon la méthode de la comparaison des activités (ou selon la méthode mixte). Le tribunal a fondé son jugement sur une directive administrative (chiffre marginal 1022 de la circulaire concernant la remise des moyens auxiliaires par l'AI CMAI) qu'il a qualifiée de concrétisation probante et objectivement justifiée des prescriptions légales. Ce chiffre marg. dit ceci: „En ce qui concerne la remise de moyens auxiliaires, si la personne assurée exerce deux ou plusieurs activités (p. ex. activité professionnelle et tenue du ménage), il s'agit d'examiner chaque domaine séparément. Ainsi, une seule personne peut recevoir des moyens auxiliaires aussi bien pour exercer son activité lucrative que pour son activité dans le domaine des travaux habituels, indépendamment du fait que sa situation soit considérée, lors de l'évaluation de l'invalidité, comme relevant de l'al. 1 ou de l'al. 2 de l'art. 28a LAI." Le droit aux moyens auxiliaires destinés à l'activité au ménage ne suppose en outre pas – selon le Tribunal fédéral – que la personne assurée effectue la tenue du ménage en majeure partie de manière indépendante; il estime suffisant que cette activité atteigne un volume notable, ce qui doit être admis lorsque la personne assurée est responsable de tâches régulières au ménage. Ce point était en l'occurrence incontesté.

Quant à l'objection de l'office AI lui-même, le Tribunal fédéral a souligné que le chiffre marginal 1019 CMAI – qui dit « si les moyens auxiliaires nécessaires à l'exercice de l'activité dans le domaine des travaux habituels sont coûteux, ils ne peuvent être remis que si la capacité de travail peut être, grâce à eux, notablement améliorée ou maintenue (en règle générale d'au moins 10% selon une expertise domestique) » – concrétisait l'efficacité de la réinsertion telle qu'exigée dans le cadre du principe de proportionnalité; la clause de 10%, a-t-il précisé, ne doit toutefois pas s'interpréter comme un minimum absolu, mais comme une valeur de référence lors de l'évaluation de la notabilité. Dans le présent cas, a estimé le Tribunal fédéral, le rapport entre les frais d'acquisition d'un lave-linge et l'objectif de réinsertion visé est raisonnable, raison pour laquelle ces frais sont à considérer comme appropriés; c'est pourquoi, a-t-il conclu, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la nécessité de déterminer une limite fixe au „caractère coûteux” au sens du ch. marg. 1019 CMAI.

### Remarque

Même s'il ne s'agit en l'occurrence pas d'un jugement de principe, il est extrêmement bienvenu pour interpréter les dispositions déterminantes. L'application stricte de la limite des 10% pour toute acquisition d'appareils ménagers usuels conduirait en effet à une quasi-impossibilité pour l'AI de remettre de tels appareils; un seul appareil ménager ne pourrait guère permettre à lui seul d'améliorer d'au moins 10% la capacité de travail au ménage. Les assurés seraient donc obligés, pour remplir la clause des 10%, de toujours demander en même temps tout un paquet d'adaptations et de moyens auxiliaires, ce qui n'irait guère dans le sens de la loi. La question déterminante consiste à savoir si le rapport entre le coût et le succès de la réinsertion est raisonnable ; elle nécessite certainement d'être évaluée différemment selon qu'il s'agit de l'installation d'un ascenseur d'escalier ou de l'acquisition d'un seul appareil ménager.

### LPP: mesures visant à faciliter la participation au marché du travail des employés et employées plus âgés

Le 11 décembre 2009, le Parlement a d'ores et déjà ajouté de nouvelles dispositions à la LPP destinées à aider les salariés plus âgés à continuer de travailler plus longtemps. Ces dispositions entreront en vigueur le 1.1.2011. Il ne s'agit pas de normes légales obligatoirement applicables dans tous les cas, mais de dispositions qui n'entrent en application que lorsqu'une institution de prévoyance le prévoit dans son règlement. Or dans ce cas, elles s'appliquent aussi bien à la prévoyance professionnelle obligatoire que subobligatoire. Même si les nouvelles incitations ne déploieront vraisemblablement qu'un effet modéré et qu'elles ne présentent qu'un intérêt marginal pour les personnes atteintes dans leur santé, nous en faisons ci-après une brève présentation.

#### Maintien de l'assurance en cas de réduction du salaire jusqu'ici perçu

Désormais, une institution de prévoyance peut prévoir dans son règlement la possibilité, pour une personne assurée ayant atteint l'âge de 58 ans et dont le salaire diminue d'un tiers au plus, de demander le maintien de sa prévoyance au niveau du dernier gain assuré. Le maintien de la prévoyance peut être prévu au maximum jusqu'à l'âge réglementaire ordinaire de la retraite (art. 33a al. 1 et 2 LPP).

Pour les assurés notamment qui continuent de travailler mais souhaitent réduire leur taux d'activité pour des raisons de santé, sans être invalides, le maintien de la prévoyance pourrait constituer une option intéressante en vue de garantir leurs droits à la rente une fois âgés. Les personnes qui pourront s'offrir ce maintien de la prévoyance seront toutefois rares; en effet, outre les cotisations du salarié, les assurés devront dans la majorité des cas prendre également à leur charge les cotisations de l'employeur. Les règlements peuvent prévoir des cotisations de l'employeur visant le maintien de la prévoyance,

mais uniquement avec l'assentiment de ce dernier (art. 33a al. 3 LPP).

#### Activité lucrative après l'âge ordinaire de la retraite

Les règlements peuvent en outre prévoir qu'une personne désirant travailler au-delà de l'âge réglementaire de la retraite peut demander le maintien de la prévoyance jusqu'à la fin de son activité professionnelle, mais au plus tard jusqu'à l'âge de 70 ans (art. 33b LPP). Dans ce cas, le règlement doit déterminer si et dans quelle proportion le revenu est soumis à cotisations. Le cas échéant, ces cotisations sont à verser de manière paritaire aussi bien par l'employeur que par le salarié resp. la salariée. D'autre part, le règlement doit fixer le taux de conversion de la rente applicable en cas de report du départ à la retraite. Un report de la retraite permet d'obtenir des rentes de vieillesse supérieures, ce qui peut notamment intéresser les personnes qui – pour quelque raison que ce soit – ne disposent que d'un avoir de vieillesse modeste.

Georges Pestalozzi-Seger