

# **Aperçu sur les procédures en matière d'AI, de PC et d'assistance sociale**

*Texte de la conférence donnée aux curateurs de la Gruyère par Benoît SANSONNENS, avocat, à Fribourg, en date du 27 novembre 2018.*

## **I Introduction**

1. Lorsque l'on présente un sujet traitant des assurances sociales à un public généraliste, le risque existe pour le conférencier de laisser très rapidement son public, en exposant trop de détails. Or, cela ne servirait strictement à rien, puisque, précisément, on ne saurait exiger d'un curateur qu'il maîtrise toutes les subtilités de ce domaine juridique, étant relevé que même les spécialistes tendent à s'y perdre, car l'on se trouve aux prises avec une véritable forêt, pour ne pas dire une jungle de normes qui se juxtaposent les unes aux autres.
2. Ainsi, pour y voir un peu plus clair, il faut utiliser la machette. Je vous propose dès lors d'aborder la problématique que l'on m'a demandé de vous exposer comme suit :
  - Je me permettrai de traiter des questions de procédure et de délai, de représentation et d'assistance, ainsi que d'assistance judiciaire sous des rubriques précises, que je présenterai de façon plutôt schématique, afin que cela puisse vous aider dans la pratique de tous les jours (chiffres II à IV).
  - Nous réservons ensuite le chiffre V à plusieurs questions choisies. Il s'agit des questions qui se posent fréquemment dans ma pratique quotidienne. Je pars dès lors du principe que, du moment qu'il s'agit de questions qui se sont posées à plusieurs reprises dans mon étude, cela doit forcément intéresser un large public, à tout le moins s'il s'agit de curateurs, qui doivent forcément traiter de cas de personnes qui se trouvent à l'AI.
3. Lorsque j'ai préparé ma conférence, je me suis trouvé face à deux choix possibles. Ou bien je préparais des diapositives PowerPoint, sans vous présenter un texte complet ; ou bien je préparais un texte complet. J'ai choisi la seconde solution, étant précisé que, bien évidemment, je vous remets un exemplaire de ma conférence. En effet, il me semble plus facile de se repérer dans un texte complet que face à des diapositives, car il existe toujours le risque que l'on comprenne mal un schéma dont on prend connaissance sans pouvoir réentendre les explications complémentaires du conférencier.

4. Etant donné ma position de praticien, je suis habitué à rentrer en interaction. Ainsi, mon but n'est pas de vous donner un cours *ex cathedra*. N'hésitez pas à m'interrompre pour poser vos questions. Il est plus facile de poser des questions lorsqu'elles vous brûlent le bout de la langue, plutôt que de les oublier à la fin de mon exposé. N'oubliez pas non plus que les seules questions idiotes sont celles que l'on n'a pas osé poser.

## **II Procédures et délais**

### **A. La LPGA**

1. La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1) avait en principe pour ambition d'instaurer une sorte de loi-cadre permettant de régler certains principes généraux en matière d'assurances sociales. Ainsi, il ressort de l'art. 1 let. b LPGA que cette loi coordonne le droit des assurances sociales en fixant les normes d'une procédure uniforme et en réglant l'organisation judiciaire dans le domaine des assurances sociales. En clair, le législateur avait pour ambition de mettre un peu d'ordre dans un domaine où les normes foisonnent.
2. En réalité, même si elle apporte malgré tout une certaine clarté, il n'en reste pas moins que de nombreuses dispositions légales dérogent à la LPGA. Ainsi, on ne peut lire la LPGA toute seule. Il est indispensable de se référer à la loi spéciale concernée (LAI, LAA, LACI, etc.).
3. Au niveau de la procédure, la LPGA prévoit le schéma suivant :
  - L'assureur social ne se saisit en principe pas d'office d'un dossier. Il faut formuler une requête respectant les formes de l'assureur concerné (art. 29 LPGA). Certes, même si la requête ne respecte pas certaines formes (p. ex. emploi d'un formulaire) ou est adressée au mauvais destinataire, on ne sera guère formaliste. Il n'en reste pas moins qu'il faut bel et bien une requête et que je recommande de respecter au maximum les formes prévues, pour éviter des difficultés ultérieures.
  - Le dossier doit être instruit par l'Autorité compétente (assureur social).
  - Une décision est rendue par cette Autorité.
  - Conformément à l'art. 52 LPGA, on peut former opposition à la décision rendue par l'Autorité.
  - L'Autorité rend alors une décision sur opposition, qui peut être contestée par un recours au Tribunal des assurances compétent, conformément à l'art. 60 al. 1 LPGA. Dans notre canton, ce sont les

deux cours des assurances sociales du Tribunal cantonal qui assument ce rôle de contrôle judiciaire.

- Enfin, un recours est encore possible auprès du Tribunal fédéral conformément à l'art. 62 LPGA. Le justiciable devra alors interjeter un recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110). On signalera au passage que, en principe, le Tribunal fédéral ne peut pas revoir les faits tels qu'établis par le Tribunal cantonal, à moins que l'on puisse se prévaloir du grief de l'arbitraire. C'est dire que le Tribunal fédéral est en principe un Juge purement technique, qui ne s'occupe que d'aspects purement juridiques. On signalera quand même que, en matière d'assurance-accidents ou d'assurance militaire, le recours au Tribunal fédéral peut porter sur toute constatation incomplète ou erronée des faits, conformément à l'art. 97 al. 2 LTF. A nouveau, vous constaterez combien la situation est compliquée. Comme on le dit pour la langue française, l'exception tend à confirmer la règle.
5. En résumé, la procédure initiée par la LPGA ressemble à ce que l'on trouve fréquemment dans la procédure administrative générale. Il y a un canevas de base plus ou moins identique.

## **B. La LAI**

1. Lorsque la LPGA est entrée en vigueur, la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI ;RS 831.20) a été largement amendée et reprenait les solutions instaurées par la LPGA. Fort malheureusement, cette loi a derechef été modifiée et, pour ainsi dire, on s'est référé aux habitudes du passé. A titre personnel, je regrette ce retour en arrière. En effet, il a largement permis, comme on le verra ci-après, au Tribunal fédéral de prétendre que l'assistance judiciaire n'était pas nécessaire au stade de la procédure d'instruction du dossier, puisqu'il n'y a plus de décision qui est rendue, mais un simple préavis.
2. Les étapes de la procédure sont dès lors les suivantes :
  - L'assuré doit remplir une requête, conformément à ce qui est prévu par l'art. 29 LPGA. Dans la pratique, on trouve facilement sur internet des formulaires pour les requêtes de prestations AI, que je conseille de remplir en utilisant un ordinateur et non en écrivant à la main. Le formulaire n'est pas forcément difficile à remplir. Il est toutefois important de le faire, car c'est lui qui déclenche toute la procédure. En particulier, si l'on se réfère à l'art. 29 LAI, le droit à la rente ne pourra prendre naissance qu'à l'échéance d'une période de six mois à compter de laquelle il a déposé son formulaire. Ainsi, même si un assuré devait avoir droit à une rente AI depuis plusieurs années, le début de la rente ne prendra naissance qu'à partir de l'échéance de

ce délai de six mois. Il est donc toujours important d'agir suffisamment rapidement. Je recommande même de ne pas hésiter à déposer des requêtes AI, même si, par chance, l'assuré n'en aura finalement pas besoin.

- Une fois que la procédure est déclenchée, l'Office AI compétent instruit le dossier.
- A la fin de la procédure d'instruction, l'Office AI ne rend pas une décision susceptible d'opposition, mais un simple préavis, conformément à l'art. 57 a LAI et aux art. 73 bis et s. du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI ;RS 831.201). Dans la pratique, les Offices AI désignent le préavis par le terme « projet de décision ». Contre le préavis, il est possible d'introduire des observations dans un délai de trente jours dès la notification. On relèvera que, au contraire de ce qui prévaut dans le système de l'opposition, ce délai est prolongeable. En outre, il n'est pas obligatoire de déposer des observations. Ainsi, si l'on laisse aller le dossier jusqu'à la décision, sans intervenir au niveau des observations, on peut encore faire valoir tous les griefs, alors que cela ne serait pas possible dans un système d'opposition. En effet, si l'on n'interjette pas une opposition, dans le système de la LPGA, il est ensuite impossible de contester la décision sur opposition devant le Tribunal cantonal. Il est toutefois recommandé d'intervenir également par le biais d'observations, car cela peut éventuellement éviter un recours et permettre d'aller plus rapidement de l'avant auprès de l'Office AI, qui peut, s'il est convaincu par les observations, reprendre l'instruction du dossier. Dans la pratique, néanmoins, je ne vous cache pas que l'Office AI ne se livre guère à de grandes réflexions et qu'il utilise facilement la fonction « copier-coller » entre le préavis et la décision.
- L'Office AI rend ensuite une décision, cas échéant après avoir repris l'instruction du dossier suite aux observations sur le préavis.
- Le recours au TC, puis au Tribunal fédéral est similaire à celui prévu par la LPGA. On relèvera toutefois deux exceptions notoires. En premier lieu, l'Autorité compétente est le Tribunal cantonal de domicile de l'Office AI concerné, étant relevé que si la décision émane de l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger, on peut également interjeter un recours devant le Tribunal administratif fédéral, conformément à l'art. 69 al. 1 let. a et b LAI. En outre, la procédure de recours devant le Tribunal cantonal n'est pas gratuite, et ce en dérogation à l'art. 61 let. a LPGA (cf. art. 69 al. 1 bis LAI). Cette mesure a été instaurée pour mettre une certaine pression sur les assurés. En règle générale, les frais prélevés ne dépassent pas Fr. 800.00, étant relevé que, très fréquemment, les assurés bénéficient de l'assistance judiciaire ou d'une assurance de protection juridique. Il n'en reste pas moins que, par cette disposition

dérogatoire, on crée, à mon avis, une sorte de justice à deux vitesses. En effet, même si l'on peut bénéficier de l'assistance judiciaire, on hésitera plus facilement à interjeter un recours, si l'on sait que l'on peut devoir, un jour, rembourser les frais.

### **C. La LPC**

1. La loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (LPC ; RS 831.30) reprend, dans les grandes lignes, les solutions de la LPGA.
2. Au niveau des délais, il est important d'agir très vite en matière de prestations complémentaires. A nouveau, il faut utiliser le formulaire ad hoc, que l'on trouve aussi sur internet. Même si l'on ne sait pas si l'on a déjà tous les documents nécessaires, il ne faut pas hésiter à expédier un formulaire, étant relevé que l'administration, soit la Caisse cantonale de compensation, a pour habitude de demander, de façon presque systématique, des documents complémentaires. Je tiens à signaler deux délais importants. Le premier est contenu dans l'art. 12 al. 1 LPC et indique que le droit à une prestation complémentaire annuelle prend naissance le premier jour du mois au cours duquel la demande est déposée, pour autant que toutes les conditions soient remplies. En outre, il est impératif de respecter un second délai, soit celui de l'art. 22 al. 1 de l'ordonnance sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (OPC ; RS 831.301). En effet, si un assuré a reçu une décision de rente de l'AVS ou de l'AI et qu'il dépose son formulaire de prestations complémentaires dans les six mois dès la notification de cette décision, il pourra alors obtenir des prestations complémentaires qui seront calculées depuis le début du droit à la rente AVS ou AI.
3. Ainsi, il est extrêmement important non seulement de déposer la formule de prestations AI au plus vite, mais encore la requête de prestations complémentaires une fois la décision notifiée, si l'on veut éviter la préemption d'une partie des prestations. A mon sens, cela est important non seulement pour que le service social concerné ne doive pas assumer indûment des prestations qui pourraient être honorées par les assureurs sociaux, mais aussi pour éviter une éventuelle action en responsabilité contre le curateur qui n'aurait pas déposé les formulaires idoines dans le délai. Comme les délais courent vite, plus vite on introduit les demandes, mieux cela est.

### **D. LASoc**

1. La loi du 14 novembre 1991 sur l'aide-sociale (LASoc ; RSF 831.0.1) est une loi cantonale. Elle n'est donc pas soumise à la LPGA, si ce n'est par analogie.

2. La procédure LASoc est la suivante :

- La personne qui sollicite l'aide sociale dépose une requête conformément à l'art. 23 LASoc. Les précisions seront ensuite demandées, si les documents produits ne sont pas clairs.
- La commission sociale notifie une décision conformément à l'art. 26 LASoc.
- Cette décision est sujette à réclamation conformément à l'art. 35 LASoc, qui doit être déposée dans les trente jours. Il s'agit d'une voie de recours que l'on peut assimiler à l'opposition en matière LPGA.
- La décision de la commission sociale est enfin sujette à recours auprès du Tribunal cantonal, conformément à l'art. 36 LASoc. Dans ma pratique, je relève qu'il est parfois délicat d'utiliser cette voie de droit, notamment dans les cas-limites. En effet, en cas de rejet du recours, il n'est pas rare que l'assistance judiciaire soit rejetée, si bien que certains mandataires professionnels hésitent à interjeter un recours, en sachant qu'ils risquent tout simplement de ne pas être payés. Chacun comprendra qu'une personne exerçant dans le domaine privé ne peut se permettre de travailler gratuitement.
- Enfin, un recours au Tribunal fédéral demeure possible contre l'arrêt cantonal, aux conditions de la LTF.

#### **E. Remarques finales**

Le respect des délais doit être toujours rigoureux, sous peine de forclusion. Par contre, au niveau de la motivation, on doit quand même relever que, jusqu'au niveau du Tribunal cantonal, les Autorités ne sont pas trop exigeantes, car elles appliquent largement la maxime d'office. Il n'en reste pas moins que, à mon sens, il est important de motiver au mieux le recours, notamment si l'on veut faire triompher une argumentation. Il est fréquent que l'on puisse influencer sur une décision, simplement en présentant une argumentation soignée.

### **III Représentation et assistance**

1. La distinction entre la représentation et l'assistance n'est pas forcément claire, étant relevé que, dans certains écrits doctrinaux, on confond plus ou moins les deux concepts. En principe, la représentation est censée viser les états de faits dans lesquels l'assuré n'agit pas par lui-même, mais par l'intermédiaire de tierces personnes. Quant à l'assistance, elle désigne des situations dans lesquelles l'assuré accomplit lui-même les actes nécessaires à l'instruction de son dossier, mais en la présence d'un tiers, dont l'intervention n'est pas formalisée. Dans la règle et, en tout cas vu de mon métier, c'est plutôt la situation de représentation qui prévaut. A mon avis, il ne faut pas jouer avec le feu. En effet, si l'on n'a qu'une situation

d'assistance, le point de départ du délai sera le jour de la notification de la décision chez l'assuré et non le jour où la copie de la décision incriminée a été notifiée à l'assistant. Si l'on veut gérer avec rigueur des délais, cette situation est manifestement inconfortable.

2. L'art. 37 LPGA donne le droit à l'assuré d'être représenté (art. 37 al. 1 à 3 LPGA) tout au long de la procédure. Par contre, si la représentation est un droit, il n'y a aucune obligation pour un assuré d'être représenté, même au niveau du Tribunal fédéral.
3. Il faut également relever que la représentation des assurés est largement soustraite au monopole des avocats. Ainsi, il n'est pas besoin d'être un avocat pour représenter un assuré auprès du Tribunal cantonal de Fribourg, conformément aux art. 13 et 14 du code du 23 mai 1997 de procédure et de juridiction administrative (CPJA ; RSF 150.1). Il n'est toutefois pas exclu que certains cantons aient introduit un monopole de représentation réservé aux avocats devant leur Tribunal cantonal, ce qui demeure théoriquement possible, sur la base de l'art. 61 let. f LPGA. Je n'ai bien évidemment pas fait un état exhaustif de la législation à ce sujet, étant relevé que, de notre côté, c'est la situation du canton de Fribourg qui importe.
4. Au niveau du Tribunal fédéral, il ressort de l'art. 40 LTF que notamment le domaine des assurances sociales est soustrait au monopole des avocats. On peut donc aussi se faire représenter par un tiers, pour autant que l'on puisse justifier d'une procuration.
5. On précisera que les dispositions sur la représentation ne concernent que la représentation choisie et non la représentation légale. Ainsi, les parents d'un enfant et le curateur peuvent toujours représenter eux-mêmes et directement les personnes qu'ils protègent en justice.
6. On constate dès lors que, fréquemment, les assurés sont représentés jusqu'au Tribunal fédéral par des associations ou d'autres mandataires particuliers. Je ne compte bien évidemment pas faire du prosélytisme pour ma profession. Il n'en reste pas moins que, à mon sens, du moment que l'on se trouve devant une procédure du Tribunal cantonal ou du Tribunal fédéral, il est plus opportun de faire appel à des avocats, car ceux-ci disposent de meilleurs réflexes procéduraux de par leur formation professionnelle.
7. On relèvera malgré tout que la possibilité de représenter un assuré connaît de nombreuses limites notamment au stade de l'instruction du dossier. Ainsi, il est en principe impossible de représenter ou d'assister un assuré lorsqu'il est examiné par un expert ou fait l'objet d'une enquête ménagère. A mon sens, une telle solution serait pourtant plus qu'opportune. Je suis persuadé que, si, dans le cadre de certaines expertises médicales, le médecin traitant pouvait mettre quelque peu son grain de sel pendant l'examen de l'assuré, on pourrait écarter certaines pierres d'achoppement. Bien évidemment, il serait important, si l'on élargissait la notion de représentation ou

d'assistance, de définir les compétences de la personne qui accompagnerait l'assuré. Il ne serait pas forcément opportun qu'un avocat assiste à une expertise médicale, car le domaine médical échappe à son domaine de compétence professionnelle.

8. Cela étant, le fait d'avoir le droit d'être représenté ne signifie pas encore que la représentation est financée. Dans la mesure où de nombreux assurés sont en dessous du seuil de pauvreté, il est dès lors important de savoir quand et comment on peut obtenir l'assistance judiciaire.

#### **IV Assistance judiciaire**

1. Nous venons de parler du droit de l'assuré à être assisté ou représenté. Cela ne signifie pas encore qu'il a le droit à être assisté gratuitement. Ainsi, l'octroi de l'assistance judiciaire est réglé par l'art. 37 al. 4 LPGA qui dispose que, lorsque les circonstances l'exigent, l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée au demandeur.
2. Les conditions générales de l'assistance judiciaire sont celles qui existent dans toutes les autres procédures. Ainsi, il faut non seulement que l'assuré soit indigent, en ce sens qu'il ne dispose pas des ressources financières nécessaires, mais encore que la cause ne soit pas vouée à l'échec. Il est en effet logique que l'on ne va pas payer, pour ainsi dire sur le dos de l'Etat, un conseil juridique qui entreprendrait des démarches d'emblée vouées à l'échec.
3. Au stade du recours devant le Tribunal cantonal, il est en principe facile d'obtenir l'assistance judiciaire, qui doit être octroyée lorsque les circonstances le justifient, conformément à l'art. 61 let. f LPGA. En d'autres mots, on admettra que l'intervention d'un avocat commis d'office doit être acceptée, si le recourant est indigent et si son affaire n'est pas d'emblée vouée à l'échec. Dans le canton de Fribourg, on admet largement le droit à l'assuré de faire valoir ses droits devant une Autorité judiciaire, de sorte que je ne connais pas de véritable problème d'application. Il faut quasiment que le recours puisse être qualifié de téméraire pour que l'on refuse l'octroi de l'assistance judiciaire.
4. Autre est toutefois la situation, surtout en matière AI, devant l'administration. Ainsi, la situation n'a malheureusement guère évolué depuis la conférence que j'ai donnée le 21 septembre 2010, dont vous trouverez le texte sur mon site internet ([www.etude-bs.ch](http://www.etude-bs.ch), La protection des droits de l'assuré indigent dans la procédure AI).
5. Ainsi, pendant la phase de l'instruction du dossier par l'Office AI, on n'accordera l'assistance judiciaire que si l'assistance d'un mandataire professionnel est objectivement nécessaire (Commentaire romand de la LPGA, ad. art. 37, page 496, n° 32). Pour faire simple, on doit pratiquement considérer que l'assistance judiciaire est exclue à ce stade de la procédure.



En effet, le Tribunal fédéral estime que, de toute manière, l'instruction est soumise à la maxime d'office (art. 43 LPGA), de sorte que l'administration se comportera de façon neutre, pour peser le pour et le contre. Il est clair que, dans la pratique, on est loin du compte. J'ai plutôt l'impression que l'Office AI a tendance à nier le droit à toute prétention et que c'est ensuite à l'assuré de faire valoir ses droits. Une telle situation est largement insatisfaisante. Elle entraîne aussi la multiplication des recours, puisque, en définitive, la première fois qu'un assuré indigent peut véritablement faire valoir correctement ses droits se situe au moment du dépôt du recours auprès du Tribunal cantonal.

Par conséquent, jusqu'à ce jour, dans ma pratique, je n'ai connu qu'une situation où l'assistance judiciaire m'a été octroyée durant la procédure devant l'Office AI, étant au surplus relevé que l'assistance judiciaire ne m'a été octroyée que pour une étape particulière. Il s'agissait d'un assuré dont la procédure a connu d'intenses soubresauts. A un moment donné, un rapport d'expertise médicale a été produit. Celui-ci avait été rédigé en allemand. J'ai alors demandé à l'Office AI soit de traduire l'intégralité du document, soit de m'octroyer l'assistance judiciaire. De guerre lasse, l'Office AI a accepté d'octroyer l'assistance judiciaire. C'est dire que la porte est extrêmement étroite.

6. Au vu de ce qui précède, la situation actuelle est largement insatisfaisante. Elle contribue, à mon avis, à créer un système à deux vitesses, lorsque l'assuré est indigent et/ou qu'il ne dispose d'aucune assurance de protection juridique. Il existe néanmoins quelques moyens d'assurer une représentation correcte de l'assuré indigent, que je me permets d'indiquer ci-après :
  - Un avocat rompu à la défense des assurés AI pourra se montrer compréhensif au niveau de l'instruction de la demande et réclamer une modique provision. Il n'en reste pas moins que, à cause des limitations budgétaires, il sera difficile d'assurer une représentation correcte de l'assuré.
  - La jurisprudence a souvent argué que l'assuré pouvait aussi se tourner vers une association de type Pro Infirmis ou Procap. Cette solution devient de plus en plus problématique. En effet, l'OFAS est de plus en plus restrictif dans ses directives. Longtemps, il existait des budgets pour des assurés qui n'avaient pas encore le droit à une rente AI. Toutefois, à l'heure actuelle, il est exclu par l'OFAS de consacrer des ressources financières étatiques à la défense d'assurés qui ne font pas l'objet de prestations AI. Ainsi, les associations chargées de la défense des intérêts des personnes en situation de handicap doivent faire appel à leur budget ordinaire, ce qui est problématique. En effet, il est choquant que, dans l'un des pays les plus riches du monde, il faille faire appel à des dons privés pour défendre des assurés. Ainsi, à cause de la politique restrictive de l'OFAS, je pars du principe que le fait de conseiller à l'assuré de se tourner vers des associations ne constitue plus un argument

suffisamment solide pour refuser le droit à l'assistance judiciaire durant la phase de l'instruction du dossier.

- Bien souvent, le Tribunal fédéral estime que l'on pourrait demander aux assistants sociaux ou aux curateurs de défendre les intérêts de leurs protégés. Cela me semble problématique. D'une part, la responsabilité des intervenants peut être engagée, notamment s'ils manquent un délai. D'autre part, la fonction première de ces personnes, déjà bien chargées par le traitement des dossiers courants, ne consiste certainement pas à jouer le rôle d'un conseiller juridique. Dans ma conférence de 2010, j'avais évoqué la possibilité pour les services sociaux de créer un département juridique traitant ce genre de dossier, voire de confier certains mandats à des avocats de la place. Bien que j'aie empoigné le problème avec différents intervenants, mon vœu est toujours resté lettre morte. A l'heure actuelle, dans la LASoc, il n'existe aucune base légale qui permettrait de trouver un budget affecté à la défense des personnes assistées. Une telle situation n'est pas satisfaisante. Je suis même persuadé que, en négligeant l'aspect juridique des choses, notre Etat, pour ainsi dire, se tire une balle dans le pied. En effet, je suis convaincu que l'on pourrait éviter l'ouverture de très nombreux dossiers d'assistance sociale, simplement si l'on faisait valoir les droits des assurés de façon correcte et jusqu'au bout. Je ne vois dès lors pas pourquoi des prestations auxquelles des assurés auraient droit en étant défendus correctement devraient être assumées par des budgets d'assistance cantonaux et/ou communaux.
7. Au vu de ce qui précède, je suis dès lors d'avis que la situation actuelle est largement insatisfaisante. Cela n'est pas dû à la norme légale en elle-même, mais à une jurisprudence bien trop restrictive. Si l'on transposait la position du Tribunal fédéral en droit pénal, cela reviendrait à nier l'accès à un défenseur d'office durant toute la procédure préliminaire (enquête) du procès pénal. Ce qui choque en matière pénale doit aussi choquer en matière d'assurances sociales. Cela est d'autant plus le cas que, en matière d'assurances sociales, l'assuré est rarement en faute par rapport à son trouble à la santé, ce qui est loin d'être le cas du prévenu dans la procédure pénale. N'est-ce finalement pas choquant qu'un meurtrier, même présumé innocent, ait plus facilement accès à un avocat d'office qu'une personne en situation de handicap ?
8. Au niveau du Tribunal fédéral, je tiens à relever que l'art. 64 LTF permet aussi d'octroyer l'assistance judiciaire au prévenu indigent, aux mêmes conditions que devant le Tribunal cantonal. Toutefois, le Tribunal fédéral est extrêmement restrictif pour admettre qu'un procès n'est pas voué à l'échec. En clair, lorsqu'un recours est rejeté, le Tribunal fédéral a pour habitude de rejeter également la requête d'assistance judiciaire, en indiquant que la procédure était vouée à l'échec. Dans ces conditions, il est extrêmement difficile d'introduire un recours auprès du Tribunal fédéral contre un arrêt cantonal. A nouveau, je suis d'avis qu'une interprétation restrictive par les

juges lucernois contribue à instaurer une justice à deux vitesses. Plus on monte dans les instances judiciaires, plus les griefs dont on peut se prévaloir sont limités. Dans ces conditions, il est normal qu'un recours auprès du Tribunal fédéral soit plus facilement rejeté qu'un recours auprès du Tribunal cantonal. Je ne comprends dès lors pas cette interprétation restrictive de la part du Tribunal fédéral. Au vu des restrictions budgétaires de plus en plus importantes au niveau du droit des assurances sociales, il existe même un risque non-négligeable que les conditions de l'assistance judiciaire soient interprétées de façon encore plus restrictive au niveau du Tribunal cantonal. Cela donnerait pour ainsi dire les pleins pouvoirs à l'Office AI, ce qui serait intolérable.

## **V Quelques questions choisies**

### **1. Remarques générales**

Comme je l'ai indiqué au début de mon exposé, j'essaie, dans cette rubrique, de vous faire part des questions qui me paraissent les plus pertinentes. La liste n'est bien évidemment pas exhaustive. J'attends dès lors que vous me posiez des questions qui pourraient vous sembler problématiques dans votre pratique de tous les jours. Je pourrai soit essayer d'y répondre directement, soit plus tard, si je ne dispose pas immédiatement des éléments de réponse.

### **2. Démarches immédiates à entreprendre après l'octroi d'une rente AI**

Comme je l'ai indiqué avant, il est important d'avoir le réflexe de réclamer des prestations complémentaires dès qu'une rente AI a été octroyée. Il faut en effet éviter que des droits soient périmés suite à une action tardive. De même, si une atteinte à la santé a duré plus de trois mois, je préconise également que l'on dépose au plus vite une requête de prestations AI, afin que l'on ne perde pas de précieux mois de rente.

A cela, j'ajoute qu'il est aussi important d'avoir les bons réflexes en matière LPP. Bien souvent, l'institution de prévoyance professionnelle de l'assuré essaie de botter en touche, en versant la prestation de sortie sur un compte de libre passage, en croyant se dédouaner de toute responsabilité. Or, selon l'art. 23 let. a LPP, ont droit à des prestations d'invalidité les personnes qui sont invalides à raison de 40 % au moins au sens de l'AI et qui étaient assurées lorsqu'est survenue l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité. Cette disposition a fait couler passablement d'encre et, fréquemment, on arrive à récupérer des rentes LPP en se basant sur ce principe de coordination temporelle. Je ne vais pas vous faire un exposé complet de cette question, car cela dépasserait les limites de cette conférence. Il n'en reste pas moins que, en ce qui me concerne, je dispose d'un bon appareil critique qui, à plusieurs reprises, m'a permis d'obtenir des rentes LPP, même lorsque la prestation de sortie avait été versée sur un compte de libre passage. Il est donc très important de garder le réflexe de la LPP. Si l'institution de prévoyance professionnelle concernée demeure récalcitrante, il ne faudra pas hésiter à l'actionner conformément à l'art. 73 LPP. On relèvera en effet que, en matière

LPP, l'institution de prévoyance professionnelle ne rend pas de décision. C'est l'assuré qui doit introduire une action en suivant la procédure administrative. Dans ce cas de figure, il ne faut pas hésiter à faire appel à un mandataire professionnel, car il sera possible d'obtenir facilement l'assistance judiciaire.

N'oublions pas non plus d'autres assurances qui pourraient entrer en matière suite à la notification d'une décision par l'Office AI. Il existe en effet de nombreuses assurances-maladies (LCA) qui prévoient l'octroi de certaines sommes en cas d'invalidité. Des contrats de leasing ou de crédit à la consommation prévoient parfois la libération de tout paiement au moment où l'on a constaté l'invalidité. C'est dire qu'il est important de connaître très bien la situation de l'assuré.

### 3. La problématique de l'activité exigible

Lorsqu'un assuré est engagé dans une procédure AI, il arrive fréquemment qu'il ne travaille pas. Pour évaluer son degré d'invalidité, on va comparer son revenu antérieur au revenu qu'il pourrait réaliser en fonction d'une activité prétendument exigible. On se réfère dès lors à une notion médico-théorique de l'invalidité, laquelle est souvent à mille lieues de la réalité du terrain.

D'une part, on se réfère aux statistiques ESS, dont les chiffres me semblent parfois sortir tout droit du chapeau d'un prestidigitateur. D'autre part, on semble bien peu tenir compte de l'accumulation des limitations fonctionnelles. Parfois même, on fait fi des rapports établis par des institutions de réadaptation, ce qui semble hors de toute logique.

Ainsi, la marge de manœuvre est plutôt étroite. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence permet malgré tout d'exiger de l'Office AI de rester dans les limites du raisonnable (cf. arrêt TC 608 2014 71, consid. 2b). Ainsi, *le revenu d'invalidité doit être évalué avant tout en fonction de la situation professionnelle concrète de la personne assurée. Lorsque l'activité exercée après la survenance de l'atteinte à la santé repose sur des rapports de travail particulièrement stables, qu'elle met pleinement en valeur la capacité de travail résiduelle exigible et que le gain obtenu correspond au travail effectivement fourni et ne contient pas d'éléments de salaire social, c'est le revenu effectivement réalisé qui doit être pris en compte pour fixer le revenu d'invalidité (cf. ATF 135 V 297 consid. 5.2 p. 301). Lorsqu'il s'agit d'examiner dans quelle mesure un assuré peut encore exploiter économiquement sa capacité de gain résiduelle sur le marché du travail entrant en considération pour lui (art. 16 LPG), on ne saurait subordonner la concrétisation des possibilités de travail et des perspectives de gain à des exigences excessives; l'examen des faits doit être mené de manière à garantir dans un cas particulier que le degré d'invalidité est établi avec certitude. Il s'ensuit que pour évaluer l'invalidité, il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir si un invalide peut être placé eu égard aux conditions concrètes du marché du travail, mais uniquement de se demander s'il pourrait encore exploiter économiquement sa capacité résiduelle de travail lorsque les places de travail disponibles correspondent à l'offre de la main d'œuvre (arrêt TF I 198/97 du 7 juillet 1998 consid. 3b et les références, in VSI 1998 p. 293). On ne saurait toutefois se fonder sur des possibilités de travail*

*irréalistes. Ainsi, on ne peut parler d'une activité exigible au sens de l'art. 16 LPGA, lorsqu'elle ne peut être exercée que sous une forme tellement restreinte qu'elle n'existe pratiquement pas sur le marché général du travail ou que son exercice suppose de la part de l'employeur des concessions irréalistes et que, de ce fait, il semble exclu de trouver un emploi correspondant (arrêt TF I 350/89 du 30 avril 1991 consid. 3b, in RCC 1991 p. 329; I 329/88 du 25 janvier 1989 consid. 4a, in RCC 1989 p. 328).*

En clair, si un assuré cumule les limitations fonctionnelles, on ne peut exiger de celui-ci qu'il puisse exercer une activité, car cela devient, pour ainsi dire, une activité de niche, qui n'existe dès lors pas réellement dans un marché équilibré du travail.

#### 4. Possibilité de critiquer une appréciation médicale du SMR

Dans plusieurs affaires, un médecin du SMR s'est permis de critiquer des rapports médicaux ou des expertises, afin de prétendre que, en réalité, on devait retenir des limitations fonctionnelles et donc aboutir à un taux d'invalidité élevé. A titre d'exemple, dans une affaire, un médecin du SMR spécialisé en anesthésiologie s'est permis de critiquer le rapport médical établi par un éminent professeur spécialisé en gastro-entérologie.

Le Tribunal cantonal a estimé qu'une telle façon de procéder était inadmissible. On doit en particulier se montrer prudent lorsque la critique du SMR émane d'une personne spécialisée dans un autre domaine que celui concerné. Ce genre d'argumentation a permis de sauver la situation de nombreux assurés.

#### 5. La problématique de la méthode mixte d'évaluation de l'invalidité (art. 28 al. 3 LAI)

A titre préliminaire, je tiens à relever que j'ai exposé cette problématique dans une conférence que j'ai donnée le 31 août dernier lors de la journée de formation continue de la FSA. Je me permets dès lors de résumer quelque peu mon propos.

Cette situation concerne surtout les assurées de sexe féminin. En effet, lorsqu'une personne travaille à temps partiel, l'invalidité sera pondérée en fonction, d'une part, de l'invalidité professionnelle et, d'autre part, de l'invalidité ménagère. Jusque-là, le système semble cohérent. Malheureusement, l'expérience nous enseigne que l'invalidité ménagère est fréquemment évaluée de façon très restrictive. Cela entraîne souvent pour corollaire le fait que des femmes n'ont droit à aucune rente d'invalidité ou, alors, à une rente très faible.

Il est donc très important que, au moment où l'assuré est interrogé, il indique que, sans invalidité, il aurait travaillé à 100 %, que ce soit immédiatement ou à la fin de l'éducation des enfants. Il est important d'éviter de tomber dans ce genre de piège. Ainsi, si une femme devient invalide au moment où les enfants sont encore jeunes, on peut logiquement partir du principe qu'elle ne va travailler qu'à temps partiel. Autre serait toutefois la situation au moment où le dernier des enfants aura atteint l'âge de 15 ou 16 ans. Ainsi, avant qu'un assuré

soit interrogé par le conseiller de l'AI, il est important qu'il connaisse tous les tenants et aboutissants. Il est exclu de vouloir faire mentir l'assuré. Néanmoins, il faut aussi avoir à l'esprit que, fréquemment, des femmes ont automatiquement diminué leur taux d'activité, simplement parce que, à cause de leur atteinte à la santé préexistante, elles n'arrivaient pas à travailler à 100 %. Dans ce cas de figure, il n'y a pas de place pour la méthode mixte.

N'en déplaise à certains esprits peu éclairés de l'UDC qui sont prêts à fustiger les "juges étrangers", n'oublions pas non plus que la Cour européenne des droits de l'homme a remis de façon parfaitement justifiée la Confédération à l'ordre par la jurisprudence di Trizio, car il y avait une discrimination évidente des femmes qui enfantaient, en ce sens que l'on avait quasiment créé la fiction selon laquelle elles diminuaient leur taux d'activité à ce moment-là, alors que la question ne se posait jamais, comme par un curieux hasard, pour les hommes devenant pères. Ainsi, la situation est actuellement la suivante, depuis l'arrêt du Tribunal fédéral 9C\_752/2016: une rente ne peut être ni réduite, ni supprimée, quelle que soit la direction du changement de statut, lorsque l'assurée passe de "totalement active" à "partiellement active" (ATF 143 I 50 et 60) ou de "totalement inactive" à "partiellement active" en raison de facteurs familiaux.

#### 6. L'art. 14 a OPC

Si une personne n'est que partiellement invalide, il est logique que l'on tienne compte d'une certaine franchise pour limiter son droit aux prestations complémentaires. En effet, s'il n'existait pas de telles limitations, l'assuré pourrait, pour ainsi dire, obtenir des prestations équivalentes à une rente entière en demandant des prestations complémentaires. C'est la raison pour laquelle des seuils ont été introduits par l'art. 14 a OPC.

Dans une jurisprudence initiée par l'ATF 115 V 88, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que, malgré cet article, on peut prendre en considération, à côté des critères déterminants pour l'AI, des éléments objectifs ou subjectifs, tels que la formation plus ou moins complète, le défaut de connaissance des langues, voire des circonstances personnelles empêchant l'assuré de tirer profit de sa capacité de gain d'une manière raisonnablement exigible.

En principe, la Caisse de compensation devrait interroger l'assuré par rapport à l'existence de ces facteurs qui ne sont pas pris en compte par l'AI. Fort malheureusement, cela reste pratiquement toujours lettre morte dans la pratique.

Il n'en reste pas moins que l'assuré peut toujours se prévaloir de cette jurisprudence, qui a été confirmée à maintes reprises, de sorte qu'il n'est pas rare que l'on n'applique pas les franchises de l'art. 14 a OPC. A titre d'exemple, si l'on se trouve en face d'un assuré de langue étrangère, qui vit une situation familiale difficile, qui est âgé et qui n'a aucune formation professionnelle, on doit pouvoir se prévaloir de cette jurisprudence. Il vaut toujours la peine d'essayer et je tiens à vous assurer que j'ai pu obtenir à de nombreuses reprises satisfaction. Encore une fois, je ne puis que déplorer que l'administration

rechigne à faire application de la loi, alors qu'elle est censée être tenue de le faire.

7. Le problème d'un dessaisissement de fortune en matière de prestations complémentaires

Il n'est pas rare que des prestations complémentaires soient refusées, en tout ou en partie, parce qu'un assuré s'est dessaisi d'une partie de sa fortune, par exemple dans le cadre d'un avancement d'hoirie. Les prestations complémentaires étant diminuées ou supprimées, la situation financière de l'assuré devient difficile.

Dans ce cas de figure, il y a lieu de se prévaloir de l'ATF 134 I 65. En effet, dans ce genre de situation, il est loisible pour l'assuré de réclamer des prestations d'assistance. Dans ce cas de figure, le service social compétent pourrait ensuite réclamer de lui-même aux héritiers le remboursement de l'aide accordée, conformément à l'art. 29 al. 2 LASoc. A mon avis, cette solution est extrêmement utile, car il est toujours difficile d'introduire directement des procès contre les héritiers, surtout si la fortune a disparu. Cela permet aussi d'éviter la situation de l'arrêt 2C\_275/2012 où un home fribourgeois s'est trouvé face à une ardoise conséquente, puisqu'aucune demande d'invalidité n'avait été effectuée auprès du service social compétent.

## **VI Conclusions**

Au terme de cet exposé, je tiens à répéter que j'ai essayé de me limiter aux questions les plus importantes. A mon avis, le but sera atteint si vous avez acquis les réflexes nécessaires pour la défense de vos pupilles. Il ne faut pas hésiter à défendre leurs droits, car, à mon avis, il y a belle lurette que le principe de l'instruction d'office n'est plus vraiment respecté. Bien souvent, si l'on n'intervient pas, un assuré risque d'être privé de prestations auxquelles il a pourtant droit. Cela n'est pas admissible.