

Réf. : CS/15021977

Lausanne, le 17 mai 2017

Réponse du Conseil d'Etat du Canton de Vaud à la consultation fédérale relative à la révision de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)

Madame, Monsieur,

Le Conseil d'Etat du canton de Vaud vous remercie de l'avoir consulté sur le projet cité en titre et vous fait part, ci-après, de ses déterminations.

A. Remarques générales

Les modifications proposées apportent des adaptations bienvenues, notamment en créant – pour toutes les assurances sociales concernées – les bases légales nécessaires à la transparence et à la sécurité du droit. La lutte contre les abus, le contexte international et l'optimisation du système sont les trois axes principaux autour desquels s'articulent ces adaptations ; ils sont révélateurs du souci de mise à niveau des normes avec les réalités économique et pratique de la branche.

Au sujet de la suppression de la gratuité de la procédure devant les tribunaux cantonaux, sur le principe, le Conseil d'Etat du canton de Vaud regrette le renoncement à la gratuité, qui est garante d'un accès équitable pour tous les assurés aux instances judiciaires. En outre, selon la variante choisie, cette mesure pourrait s'avérer vide de sens en matière de prestations ; en effet, les frais de justice seraient de toute façon à la charge du contribuable en raison du droit à l'assistance judiciaire gratuite, comme le relève à juste titre le Rapport en page 4. Ceci étant précisé, la variante 1 de l'article 61, lettre fbis, P-LPGA, semble être la plus économique et celle qui permet de sanctionner les éventuels abus, sans trop limiter l'accès à la justice. En lien avec la remarque ci-dessus, nous soulignons le fait que si la perception des frais de justice précités peut produire des recettes, elle induira également des charges administratives significatives, en particulier en raison de l'augmentation des demandes

d'assistance judiciaire – à la charge financière des cantons. Nous regrettons que le rapport ne fournisse pas plus de données chiffrées en la matière.

Par ailleurs, s'agissant de l'échange électronique de données avec l'étranger, on peut aisément présumer – malgré l'absence de chiffres concrets – que l'impact financier de la mise sur pied et de l'exploitation d'une telle infrastructure sera très important. Le Conseil d'Etat du canton de Vaud regrette vivement que le rapport n'apporte pas de plus amples précisions à ce propos. Le mode de financement et la clé de répartition devront donc faire l'objet de la plus grande attention, en concertation avec les autorités cantonales.

Ceci étant précisé, nous vous transmettons ci-après nos commentaires spécifiques sur les modifications légales proposées.

B. Commentaires sur les dispositions

1. Art. 21, al. 5, LPGA

Les possibilités d'application de cette disposition dans son ensemble devraient être améliorées par la création d'une disposition légale ou réglementaire afin qu'il y ait obligation faite aux organes s'occupant de l'exécution des peines privatives de liberté de signaler aux organes des assurances sociales, de manière systématique, le début et la fin des peines privatives de liberté des personnes concernées ainsi que les situations dans lesquelles l'assuré s'y serait soustrait.

2. Art. 43a LPGA

« Art. 43a Observation

¹ *L'assureur peut observer secrètement un assuré en effectuant des enregistrements visuels aux conditions suivantes :*

a. il dispose d'indices concrets laissant présumer que cette personne perçoit ou tente de percevoir indûment des prestations ;

b. sans mesure d'observation, les mesures d'instruction n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles.

² *L'assuré ne peut être observé que dans les cas suivants :*

a. il se trouve dans un lieu librement accessible ;

b. il se trouve dans un lieu qui est visible depuis un lieu librement accessible

³ *Une observation peut avoir lieu sur 20 jours au maximum au cours d'une période de trois mois à compter du premier jour d'observation.*

⁴ *L'assureur peut confier l'observation à des spécialistes.*

⁵ *L'assureur informe la personne concernée du motif, de la nature et de la durée de l'observation, et cela avant de rendre la décision qui porte sur la prestation.*

⁶ *Si l'observation n'a pas permis de confirmer les indices visés à l'al. 1, let. a, l'assureur rend une décision concernant le motif, la nature et la durée de l'observation effectuée. Il détruit le matériel recueilli lors de l'observation après l'entrée en force de la décision.*

⁷ *Le Conseil fédéral règle:*

a. la procédure déterminant la compétence d'un assureur d'ordonner une observation;

- b. la procédure selon laquelle l'assuré peut consulter le matériel recueilli lors de l'observation;*
c. la conservation et la destruction du matériel recueilli. »

A la suite de l'arrêt rendu le 18 octobre 2016 par la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) dans l'affaire Vukota-Bojić contre la Suisse (requête n° 61838/10), il s'avère nécessaire de créer une base légale permettant à toutes les assurances sociales soumises à la LPGA de procéder à des observations. En ce sens, le projet de loi propose l'introduction d'un nouvel art. 43a définissant les circonstances justifiant une observation, sa durée maximale, la procédure d'autorisation, ainsi que la communication, la conservation et la suppression des données. S'agissant de l'accès de tiers, la problématique est en revanche déjà traitée par les articles 32 et 47 LPGA, ainsi que par les lois spéciales, de sorte qu'une disposition supplémentaire est superflue (rapport explicatif p. 10). Concernant plus particulièrement l'art. 43a al. 2 let. b du projet, on peut se demander si cette disposition, qui est conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 137 1 327), l'est également au regard de la CEDH. Selon cette convention, il existe en effet une zone d'interaction entre l'individu et autrui qui, même dans un contexte public, peut relever de la « vie privée » protégée par l'art. 8 CEDH (arrêt CourEDH du 2 septembre 2010, Uzun c. Allemagne, requête n° 35623/05, par. 43 et les arrêts cités). Par ailleurs, l'art. 43a al. 5 ne reflète qu'imparfaitement les garanties procédurales découlant du droit d'être entendu. La formulation suivante est donc proposée :

« ⁵ L'assuré doit être informé du motif, de la nature et de la durée de la surveillance, avoir accès au matériel d'observation et pouvoir se déterminer avant que la décision qui porte sur la prestation ne soit rendue. »

Le rapport indique ceci en page 10 " *Al. 4* : La formulation de l'al. 3 permet à l'assurance de mandater des spécialistes externes (détectives), mais également d'engager du personnel spécialisé parmi ses collaborateurs. Les spécialistes externes sont soumis à la même obligation de diligence et de garder le secret que les assureurs qui les ont mandatés. Cette disposition correspond à la pratique actuelle des offices AI." La soumission des mandataires au devoir de diligence et à l'obligation de garder le secret devrait à notre avis ressortir clairement de la nouvelle base légale proposée (et pas uniquement figurer dans le rapport).

L'art. 43a al. 6 du projet mérite également d'être reformulé. Il est constant que la jurisprudence rendue en application de la CEDH exige que des voies de droit soient prévues par la législation interne (arrêt CourEDH Vukota-Bojić précité par. 68 et arrêt Uzun c. Allemagne précité par. 63). Pour ce faire, l'art. 43a al. 6 du projet s'inspire du système instauré en procédure pénale (art. 279 al. 1 CPP), à ceci près qu'il prévoit une décision formelle plutôt qu'une simple communication susceptible de recours. La procédure simplifiée prévue par l'art. 51 LPGA paraîtrait préférable, ce qui limiterait probablement le nombre de recours.

Il apparaît par ailleurs nécessaire de prévoir une disposition analogue dans la LPP, faute de quoi les institutions de prévoyance n'auront aucun moyen légal d'agir dans le cadre de la prévoyance obligatoire.

3. Art. 45 al. 4 LPGA

«⁴ Si l'assuré a tenté d'obtenir ou a obtenu une prestation de l'assurance en fournissant sciemment des indications fausses ou d'une autre manière illicite, l'assureur peut mettre à la charge de l'assuré les frais supplémentaires que le recours à des spécialistes de la lutte contre la perception indue de prestations lui a occasionnés. »

En l'état, le type de comportement visé est sujet à interprétation. Si le texte légal proposé semble se limiter à l'acte intentionnel, tel n'est en revanche pas le cas du rapport explicatif, qui paraît englober la négligence dans la mesure où il y est fait référence à l'assuré ayant "tenté d'obtenir une prestation de l'assurance en fournissant sciemment des indications fausses ou [...] contribué d'une autre manière illicite à ce qu'une prestation lui soit octroyée indûment" (rapport explicatif p. 11). La version allemande du projet de loi ne permet pas non plus de trancher entre l'intention et/ou la négligence (« Hat eine versicherte Person mit wissentlich unwahren Angaben oder in anderer rechtswidriger Weise eine Versicherungsleistung erwirkt oder zu erwirken versucht, [...] »), à l'instar du rapport explicatif y relatif (p. 11). A l'inverse, la version italienne du projet semble ne porter que sur l'acte intentionnel (« Se un assicurato ha ottenuto o tentato di ottenere prestazioni assicurative fornendo scientemente indicazioni inesatte o in altro modo il/egale, [...] »), tout comme son rapport explicatif (p. 11 : « [...] avrà tentato di ottenere prestazioni indebite fornendo indicazioni inesatte o in altro modo illegale o avrà ottenuto tali prestazioni contribuendo attivamente alla loro concessione »). Au regard de ce qui précède, il est nécessaire de préciser clairement si l'art. 45 al. 4 vise l'intention et/ou la négligence grave, voire la négligence simple.

Dans l'hypothèse où seraient visées tant l'intention que la négligence, il serait judicieux d'adjoindre une phrase supplémentaire au texte de loi, afin de réserver les règles sur la remise de l'obligation de restituer en cas de négligence légère. En effet, l'assuré peut invoquer sa bonne foi lorsqu'il n'a commis qu'une négligence légère, mais non en cas de négligence grave (TF 8C_315/2007 du 2 avril 2008 consid. 3.2.1).

4. Art. 49a LPGA :

« 49a Retrait de l'effet suspensif

L'assureur peut, dans sa décision, priver tout recours de l'effet suspensif, même si la décision porte sur une prestation en espèces. Les décisions ordonnant la restitution de prestations versées indûment sont exceptées. »

Pour plus de clarté, la formulation suivante est proposée, posant tout d'abord la règle de base et énonçant ensuite les principes qui en découlent :

« 49a Effet suspensif

L'opposition et le recours ont effet suspensif.

L'assureur peut, dans sa décision, respectivement sa décision sur opposition, priver toute opposition ou recours de l'effet suspensif, même si la décision porte sur une prestation en espèces.

Les décisions ordonnant la restitution de prestations versées indûment sont exceptées. L'art. 55 al. 2 à 4 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative est applicable pour le surplus. »

Le renvoi à l'art. 55 al. 2 à 4 PA est nécessaire dans la mesure où l'art. 55 al. 1 LPGA ne concerne pas la procédure devant les tribunaux cantonaux, contrairement à ce qui figure dans le rapport explicatif (p. 11).

5. Art. 32, al. 3, LPGA

L'article 32, al. 3, LPGA traite de la levée de l'obligation de garder le secret dans le cadre de l'entraide administrative ; il dispose que les services visés à l'art. 75a al. 1 LPGA se communiquent les données « nécessaires » pour accomplir les tâches qui leur sont assignées (...). Cette disposition légale mériterait d'être précisée.

6. Art. 52a LPGA

« 52a Suspension des prestations à titre provisionnel

L'assureur peut suspendre le versement de prestations à titre provisionnel si l'assuré a manqué à son obligation de l'aviser dans les cas visés à l'art. 31, al. 1, s'il n'a pas présenté dans /es délais le certificat de vie ou d'état civil demandé, ou si l'assureur a des sérieuses raisons de penser que l'assuré perçoit une prestation à laquelle il n'a pas droit. »

Du point de vue de la systématique de la loi, il y a lieu de placer une telle disposition après l'art. 53 LPGA. En effet, l'éventuelle suspension de prestations s'intègre essentiellement dans des procédures de révision ou de reconsidération de décisions relatives à des prestations en cours.

Cette disposition doit en outre être lue en lien avec le nouvel al. 3 que le projet de réforme prévoit d'ajouter à l'art. 57a LAI et qui a la teneur suivante : « Les parties peuvent faire part de leurs observations sur le préavis dans un délai de 30 jours. Pour les décisions relatives à la suspension des prestations à titre provisionnel (art. 52a LPGA), le délai est de 10 jours ». Le délai de 10 jours précité n'est pas judiciaire. Il convient, en effet, d'éviter une augmentation du contentieux devant les instances judiciaires, des suites d'un délai trop bref pour déposer d'éventuelles objections contre une suspension de prestations à titre provisionnel. Il s'agirait, en outre, du seul délai de dix jours dans le système des assurances sociales suisse, ce qui ne paraît pas souhaitable (délai usuel de 30 jours).

Pour ces raisons, il conviendrait de supprimer l'art. 57a al. 3, 2e phrase, LAI et de reformuler comme suit l'art. 52a LPGA :

« 52a Suspension des prestations à titre provisionnel

L'assureur peut suspendre le versement de prestations à titre provisionnel si l'assuré a manqué à son obligation de l'aviser dans les cas visés à l'art. 31, al. 1, s'il n'a pas présenté dans les délais le certificat de vie ou d'état civil demandé, ou si l'assureur a

des sérieuses raisons de penser que l'assuré perçoit une prestation à laquelle il n'a pas droit.

Le droit d'être entendu est garanti.

En cas d'urgence, dans les cas évoqués à l'al. 1, l'assureur peut suspendre le versement de prestations à titre préprovisionnel sans entendre l'assuré. »

Par ailleurs, la décision sur mesures provisionnelles est une décision d'ordonnancement de la procédure et il n'est donc pas heureux de l'assimiler à une décision finale à l'art. 57a al. 3 LAI. Le cas échéant, il conviendra également d'adapter la teneur de l'art. 26b LPP proposée dans le cadre du projet de réforme, afin de tenir compte des suspensions prononcées non seulement à titre provisionnel mais également à titre préprovisionnel par les offices AI.

7. Art. 61 LPGA: modification de la let. a et introduction des let. fbis et fter

Deux variantes sont soumises à consultation :

PROPOSITION 1

« Art. 61, let. a, fbis et fter

Sous réserve de l'art. 1, al. 3, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, la procédure devant le tribunal cantonal des assurances est réglée par le droit cantonal. Elle doit satisfaire aux exigences suivantes:

a. elle doit être simple, rapide et en règle générale publique ;

fbis. elle est soumise à des frais de justice :

1. en matière de cotisations ;

2. en matière de prestations si la loi spéciale concernée le prévoit ; si la loi spéciale ne prévoit pas de frais de justice, le tribunal peut en mettre à la charge de la partie qui agit de manière téméraire ou témoigne de légèreté ;

fter. les assureurs sont en règle générale dispensés des frais de justice ; »

PROPOSITION 2

« Art. 61, let. a, fbis et fter

Sous réserve de l'art. 1, al. 3, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, la procédure devant le tribunal cantonal des assurances est réglée par le droit cantonal. Elle doit satisfaire aux exigences suivantes:

a. elle doit être simple, rapide et en règle générale publique ;

fbis. elle est soumise à des frais de justice :

1. en matière de cotisations ;

2. des prestations ; dans ces contestations, le montant des frais de justice est fixé en fonction de la charge liée à la procédure, indépendamment de la valeur litigieuse, et doit se situer entre 200 et 1000 francs ;

fter. les assureurs sont en règle générale dispensés des frais de justice ; »

S'agissant de l'art. 61 let. fbis, la distinction opérée entre les litiges en matière de cotisations, qui seraient soumis aux règles de droit cantonal en ce qui concerne le montant des frais, et ceux en matière de prestations, pour lesquels deux variantes sont

proposées, est contestable. En effet, on constate que certains domaines spécifiques (comme la responsabilité au sens de l'art. 78 LPGA ou la restitution de prestations indues) ne sont pas mentionnés, lacune à laquelle il conviendrait de pallier. De même, la prévoyance professionnelle n'a pas été intégrée dans la présente réflexion – dans la mesure où la LPGA n'est en principe pas applicable à ce domaine – alors que les actions en responsabilité selon les articles 52 et 56 LPP, tout comme les litiges entre institutions de prévoyance relatifs aux transferts d'assurés et leurs réserves, auraient mérité de faire partie de la réflexion.

En cas d'introduction de frais de justice, la Proposition 1 - qui offre la possibilité de tenir compte des particularités de chaque branche d'assurance et donc de régler la soumission aux frais de justice et le montant de ceux-ci dans les lois spéciales - paraît plus souhaitable. En matière de prestations complémentaires par exemple, les frais de justice seront de toute façon pris en charge au titre de l'assistance judiciaire gratuite ; il ne serait donc pas adéquat de soumettre ces procédures à des frais de justice.

Concernant l'art. 61 let. fter, on observe que les litiges en matière d'assurances sociales opposent généralement des justiciables à des institutions agissant en qualité d'assureur social et donc dans l'accomplissement de tâches réglées par le droit public. Comme le relève le rapport explicatif (p. 12 s.), l'art. 66 al. 4 LTF énonce certes que la Confédération, les cantons, les communes et les organisations chargées de tâches de droit public ne peuvent se voir imposer de frais judiciaires. Sans remettre en cause les raisons d'une telle exonération à l'égard des procédures portées devant la Haute Cour (dont la réglementation spécifique est expressément réservée à l'art. 62 LPGA), il apparaît toutefois que cette exemption ne peut être transposée comme telle aux affaires portées devant les juridictions cantonales, auxquelles il incombe, contrairement au Tribunal fédéral, l'obligation d'instruire d'office. Le domaine des assurances sociales est en effet caractérisé par la présence d'acteurs publics et privés, nombreux et variés. Lorsque les mesures d'instruction mises en œuvre en procédure administrative sont insuffisantes, il appartient aux juridictions cantonales de constater d'éventuels manquements et d'entreprendre, le cas échéant, les mesures nécessaires pour trancher le litige. Or, cette dernière éventualité ne va pas sans engendrer des coûts pour les cantons. Une telle exonération ferait par ailleurs obstacle à la possibilité de mettre des frais à la charge des assureurs sociaux lorsque l'instruction effectuée par ces derniers est lacunaire (ATF 137 V 210 et 140 V 70). Au surplus, une telle règle empêcherait de prélever des frais dans les procédures qui opposent des assureurs entre eux, tels que les conflits de compétence entre assureur-accident et assureur-maladie ou les contestations en matière de prestations entre assurance-invalidité et institution de prévoyance.

Compte tenu de ce qui précède, il convient de renoncer à l'art. 61 let. fter LPGA.

8. Art. 74 al. 2 LPGA : modification de la let. c et introduction d'une let. h

« ² *Sont notamment des prestations de même nature:*

c. les rentes d'invalidité ou les rentes de vieillesse allouées à leur place, l'indemnisation pour incapacité de gain et les prestations visant à compenser des lacunes de cotisation ;
h. les frais des mesures d'ordre professionnel et des expertises médicales, ainsi que les frais d'instruction. »

Telle que libellée dans le projet de réforme, la let. h - inspirée des règles en vigueur pour établir les dommages dus dans le domaine de la responsabilité civile (rapport explicatif p. 13) – appelle certaines précisions.

D'une part, alors que la version française du projet de loi se réfère à des « mesures d'ordre professionnel », renvoyant aux mesures explicitement qualifiées comme telles à l'art. 8 al. 3 let. b LAI (soit « Massnahmen beruflicher Art » en allemand, respectivement « provvedimenti professionali » en italien), la version française du rapport explicatif mentionne quant à elle des « examens d'observation professionnelle » (p. 13), à l'instar des textes allemands et italien du projet de loi (« berufliche Abklärungen », « accertamenti professionali ») et du rapport explicatif émis dans chacune de ces deux langues (version allemande : p. 14 ; version italienne : p. 13). Il convient dès lors de distinguer si le législateur entend viser les frais engendrés par toute mesure d'ordre professionnel ou uniquement les frais générés par des mesures d'observation.

D'autre part, des clarifications s'imposent également en ce qui concerne la notion de frais d'instruction (« Abklärungskosten » dans la version allemande, respectivement « spese d'accertamento » dans la version italienne). Il y a en effet lieu de définir si l'on vise uniquement les frais facturés à des tiers, ou également les frais internes à l'assureur.

9. Modification d'autres actes

9.1 Compétence de l'Assemblée fédérale d'approuver les traités internationaux par arrêté fédéral simple

Une nouvelle disposition est proposée dans les différentes lois d'assurances sociales pour déléguer à l'Assemblée fédérale la compétence d'approuver des traités internationaux portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale par arrêté fédéral simple. Avec ces dispositions, les conventions de sécurité sociale continuent à être approuvées par l'Assemblée fédérale et continuent à ne pas être sujettes au référendum facultatif mais selon une procédure qui repose désormais sur un fondement légal. Cette délégation de compétence à l'Assemblée fédérale codifie en quelque sorte la pratique des "traités standards" et a pour but de lui donner le fondement juridique nécessaire (rapport explicatif p. 14). L'Office fédéral de la justice avait en effet mis en doute l'existence d'une base légale suffisante quant à cette pratique (rapport explicatif p. 7).

On peut toutefois s'interroger sur la constitutionnalité de l'inscription, dans diverses lois fédérales, d'une dérogation à la Constitution et en particulier à l'art. 141 al. 1 let. d Cst - dont la teneur est rappelée ci-dessous.

« Si 50 000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote ou huit cantons le demandent dans les 100 jours à compter de la publication officielle de l'acte, sont soumis au vote du peuple:

[...]

d. les traités internationaux qui:

1. sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables,
2. prévoient l'adhésion à une organisation internationale,
- 3.[...] contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales. »

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'il conviendrait de faire figurer cette dérogation dans la Constitution.

7.2 Modifications affectant la LAI

7.2.1 Modification de l'art. 57a al. 3, 2e phrase, LAI

Cf. supra chiffre 6

7.2.2 Modification de l'art. 66 LAI

Le rapport explicatif (p. 16) évoque une modification du titre de cette disposition dans le texte français. Ce nouveau titre n'étant pas mentionné, il ne nous est pas possible de prendre position.

7.2.3 Modification de l'art. 69 al. 1bis phrase 1 LAI :

« La procédure de recours en matière de contestations portant sur des prestations de l'AI devant le tribunal cantonal des assurances est soumise à des frais de justice. [...] »

Cette modification doit être mise en relation avec celle de l'art. 61 let. fbis LPGA (ch. 3.1.8 supra), en fonction de la variante retenue pour cette dernière disposition. Si la proposition 1 l'emporte, le texte de l'art. 69 al. 1bis LAI devra être adapté en conséquence, avec notamment un libellé plus précis s'agissant des frais de justice dans les litiges en matière de cotisations. Si c'est en revanche la proposition 2 qui est entérinée, il y aura lieu de supprimer l'art. 69 al. 1bis LAI.

7.3 Modifications affectant la LPP

7.3.1 Modification de l'art. 26b LPP

Cf. supra chiffre 6

En conclusion, et moyennant la prise en compte des remarques émises dans la présente prise de position, le Conseil d'Etat du canton de Vaud est favorable au projet de révision de la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales (LPGA).

Vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre haute considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE PRESIDENT



Pierre-Yves Maillard

LE CHANCELIER



Vincent Grandjean

Copies

- Office des affaires extérieures, M. Roland Ecoffey
- SASH