

QUELQUES ARRETS DU TRIBUNAL FEDERAL EN MATIERE D'ASSURANCES SOCIALES 2022

Par Christine Cattin, juriste à l'Artias

Mai 2023



Introduction

Chaque année, l'Artias publie une veille des arrêts du Tribunal fédéral en matière d'assurances sociales qui se base sur une large revue des arrêts portant sur ces domaines. Depuis 2019, nous publions plusieurs documents thématiques de veille judiciaire et y ajoutons une mise en perspective.

Le présent document se penche sur les développements de la jurisprudence en 2022 en matière de droit des assurances sociales. L'Artias fait un choix subjectif des jugements qui paraissent représentatifs d'une tendance ou qui illustrent les contours d'une disposition légale, la plupart du temps en lien avec l'aide sociale. Le but est en particulier d'offrir aux professionnel-le-s de l'aide sociale une vision des développements de la jurisprudence en la matière.

Ce document traite des trois thèmes suivants : les expertises médicales en assurances sociales, la prise en compte des troubles psychiques consécutifs à un accident et l'allocation perte de gain en cas de service militaire ou de service civil pour les jeunes ayant terminé leur formation mais ne disposant pas encore de revenu.

TABLE DES MATIERES

1. Les expertises médicales en assurances sociales	3
2. La prise en compte des troubles psychiques consécutifs à un accident	6
3. Quel allocation perte de gain en cas de service militaire ou de service civil pour les jeunes ayant terminé leur formation mais ne disposant pas de revenu ?	11

1. Les expertises médicales en assurances sociales

1.1. Quelques remarques préliminaires

Depuis plusieurs années, la pratique des expertises médicales en matière d'assurances sociales et privées fait l'objet de critiques récurrentes. Plusieurs scandales ont fait la une des journaux, dont voici quelques illustrations. Le département « expertise » de la Clinique Corela à Genève s'est vu retirer pour une période de trois mois son autorisation d'exploiter¹. Le responsable du département de cette clinique avait modifié des dizaines d'expertises psychiatriques sur des points importants, tels que les diagnostics, sans l'accord de l'expert et sans avoir vu les personnes expertisées. Le centre d'expertise PMEDA a également fait l'objet de dénonciations quant au sérieux de ses expertises psychiatriques. En effet, il s'est avéré que certaines expertises, effectuées en à peine plus d'une demi-heure, contenaient de nombreuses erreurs et des informations carrément mensongères². Enfin, les experts psychiatres indépendants sont aussi éclaboussés par certaines affaires telles que ce médecin psychiatre ayant rédigé 16 expertises totalement identiques au sujet de 16 assurés différents, attestant à chaque fois une capacité de travail de 100%³.

Face à ces scandales répétés, le parlement a voté quelques améliorations entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Parmi lesquelles figurent, l'enregistrement sonores des expertises et l'institution d'une Commission fédérale d'assurance qualité des expertises médicales. Par ailleurs, depuis 2023, tous les Offices AI⁴ doivent publier, en mars de chaque année, une liste publique des experts mandatés par l'assurance-invalidité⁵. Sur la base de ces listes, l'OFAS va publier le 1^{er} juillet 2023 une vue d'ensemble pour toute la Suisse. Outre les noms, prénoms, adresses et discipline médicale des experts, ces tableaux doivent également mentionner : le nombre de mandats d'expertises reçus de l'Office AI, les incapacités de travail attestées dans l'activité habituelle et dans une activité adaptée ; la force probante des expertises ayant fait l'objet d'une décision judiciaire entrée en force (pleine, partielle ou nulle), ainsi que la rémunération totale reçue de l'AI.

En cas de recours à un expert, l'assureur doit transmettre le nom de celui-ci aux assurés. Ces derniers peuvent, si l'expert a un intérêt personnel dans l'affaire ou s'il semble partial, le récuser et présenter des contre-propositions⁶. Lorsque l'assuré soulève des objections quant à la personne de l'expert, l'assureur doit se prononcer à leur sujet avant le commencement de l'expertise⁷. Si un motif de récusation n'est découvert qu'au moment de la réalisation de l'expertise ou après celle-ci, l'assuré a encore la possibilité d'invoquer ce motif de récusation, mais sans délai⁸.

¹ Arrêt 2C_32/2017 du 22 décembre 2017.

² Kassensturz 16.10.2018.

³ <https://www.inclusion-handicap.ch/fr/themes/expertises-de-lai/exemples-476.html>

⁴ Listes : [GE](#) ; [VD](#) ; [NE](#) ; [VS](#) ; [FR](#) et [JU](#)

⁵ Art. 57 al. 1 let. n LAI et art. 41b RAI.

⁶ Art. 36 al. 1 LPGA et art. 44 LPGA.

⁷ ATF 148 V 225 consid. 3.1.

⁸ ATF 148 V 225 consid. 3.2.

Outre des motifs purement matériels (par ex. manque de compétence de l'expert dans le domaine médical retenu), à l'instar de la récusation des juges, des motifs formels peuvent également être avancés⁹. Il n'est pas nécessaire de prouver la partialité effective de l'expert, il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la partialité et fassent redouter une activité partielle de l'expert¹⁰. Cependant, les seules impressions subjectives de l'expertisé ne suffisent pas, la méfiance à l'égard de l'expert doit être fondée sur des éléments objectifs¹¹.

Selon la jurisprudence, le fait qu'un expert, médecin indépendant, ou une institution d'expertises soient régulièrement mandatés par un organe de l'assurance sociale, le nombre d'expertises ou de rapports confiés à l'expert, ainsi que l'étendue des honoraires en résultant ne constituent pas à eux seuls des motifs suffisants pour conclure au manque d'objectivité et à la partialité de l'expert¹².

1.2. ATF 148 V 225 (f)

En août 2018, A.____, pâtissier-confiseur, a fait une chute à vélo et s'est fracturé l'épaule droite. Son assureur-accidents, Helsana, a soumis le cas à son médecin-conseil, le docteur C.____, spécialiste en chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil locomoteur, qui a conclu à un lien de causalité certain entre les blessures de l'épaule et l'accident. Le médecin-conseil a également escompté une reprise d'activité pour fin 2018. Helsana a donc pris en charge cet accident.

L'assuré a été soigné par le docteur D.____, spécialiste en chirurgie orthopédique et traumatologie de l'appareil locomoteur. En janvier 2019, le médecin traitant établi un rapport qui atteste le caractère post-traumatique des lésions de l'épaule droite dont souffre son patient.

Dans un avis du 28 janvier 2019, le médecin-conseil d'Helsana estime la fracture de l'épaule guérie, les autres lésions constatées n'étant pas liées à l'accident, mais dégénératives. Sur la base de cet avis, par décision du 6 février 2019, Helsana a signifié à l'assuré la fin de la prise en charge des prestations légales.

L'assuré a fait opposition à cette décision et a produit un rapport de son médecin traitant. Le médecin-conseil d'Helsana a conclu à l'absence d'arguments probants, mais a tout de même préconisé la mise en œuvre d'une expertise qu'il proposait de confier au docteur E.____, au docteur F.____ ou au docteur G.____.

Helsana a informé l'assuré que le docteur E.____ allait effectuer l'expertise. Ce dernier a confirmé en substance les conclusions du médecin-conseil d'Helsana. Le 14 juillet 2020, l'assurance-accident par décision sur opposition a donc confirmé sa décision du 6 février 2019.

L'assuré a recouru contre cette décision sur opposition devant le Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud. Le recourant remettant notamment en cause l'impartialité et l'indépendance du docteur E.____ qui se trouve être l'associé du médecin-conseil d'Helsana.

⁹ ATF 148 V 225 consid. 3.2 et consid. 3.4.

¹⁰ ATF 148 V 225 consid. 3.4.

¹¹ Idem.

¹² ATF 148 V 225 consid. 3.5.

Par arrêt du 8 juillet 2021, la Cour cantonale a admis le recours. Elle a considéré en bref qu'il existait un motif de récusation à l'encontre de l'expert E.____, qui justifiait d'écarter le rapport d'expertise du 12 novembre 2019 et son complément du 10 mars 2020 et de mettre en œuvre une nouvelle expertise orthopédique selon l'art. 44 LPGa.

Helsana a interjeté un recours contre cet arrêt.

Les docteurs C.____ et E.____, spécialistes en chirurgie orthopédique, travaillent tous les jours dans les mêmes locaux au sein d'un petit cabinet de groupe dont ils partagent les frais. Pour le Tribunal fédéral, ces « contacts quotidiens doublés d'une communauté d'intérêts économiques à travers le partage des frais constituent des éléments objectifs suffisants - au vu des exigences élevées posées à l'impartialité des experts médicaux - pour faire naître à tout le moins une apparence de prévention lorsque l'un des associés est désigné comme expert par un assureur accidents alors que son associé a déjà émis un avis médical sur le cas en tant que médecin-conseil dudit assureur »¹³.

Pour Helsana, « admettre que le fait de partager des locaux serait vecteur d'une apparence de prévention impliquerait des conséquences non négligeables et ouvrirait la porte à l'invocation de toutes sortes de motifs de récusation vis-à-vis des experts »¹⁴. Cependant, pour la Haute Cour, « la situation de deux médecins spécialistes en chirurgie orthopédique qui partagent les locaux et les frais d'un petit cabinet de groupe n'est pas comparable à celle de deux médecins psychiatres qui œuvrent parallèlement au sein d'un même centre d'expertise pluridisciplinaire. En effet, l'appartenance à un même centre d'expertise, qui n'implique normalement pas une présence régulière dans les mêmes locaux, n'est pas de nature à favoriser des liens plus étroits que ceux pouvant exister entre des spécialistes qui se croisent à l'occasion hors de leur lieu de travail habituel »¹⁵.

Le Tribunal fédéral a donc retenu un motif de récusation à l'encontre du docteur E____, partant a rejeté le recours de Helsana.

1.3. Arrêt 8C_514/2021 du 5 décembre 2022 (d)

Cet arrêt a été sélectionné, car il s'agit, à notre connaissance, du premier et, à ce jour, du seul arrêt du Tribunal fédéral mentionnant les nouveaux art. 57 al. 1 let. n LAI et 41b RAI (liste publique des experts mandatés par l'AI). La Haute Cour apporte déjà les précisions suivantes :

- Il n'est pas possible de déduire de l'art. 41b RAI un droit à ce que les expertises soient consultables de manière anonymisée. Ainsi, il n'est pas permis d'avoir accès à d'autres expertises, même anonymisées, faites par l'expert attitré ;
- Bien qu'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022, les Offices AI n'ont été tenus de publier leur liste uniquement le 1^{er} mars 2023, selon le Tribunal fédéral, il n'existe pas un droit à un relevé rétroactif des expertises réalisées par les experts mandatés ;

¹³ ATF 148 V 225 consid. 5.3.

¹⁴ ATF 148 V 225 consid. 5.2.

¹⁵ ATF 148 V 225 consid. 5.3.

- Enfin, la Haute Cour a laissé ouverte la question de savoir si cette nouvelle disposition est de type procédural ou matériel. Cette question a son importance au niveau de l'application de cette disposition : les dispositions procédurales sont applicables immédiatement et dans leur intégralité dès le jour de leur entrée en vigueur (sous réserve de dispositions transitoires particulières), tandis que les règles de droit matériel ne sont, en principe, pas applicable pour des états de fait antérieurs à l'entrée en vigueur de la disposition.

1.4. Commentaires

Les expertises médicales jouent un rôle central dans le domaine des assurances sociales. En effet, bien que le juge puisse théoriquement apprécier librement les expertises, dans les faits il suit quasiment toujours l'avis de l'expert, même en cas de conclusions douteuses¹⁶. L'expertise est ainsi souvent l'unique socle sur lequel se fonde ses jugements.

Le Tribunal fédéral a établi une hiérarchie de la valeur probante des expertises : le rapport du médecin traitant et l'expertise privée (considérées comme de simples allégations de parties) se trouvent tout en bas de cette échelle, les rapports des médecins travaillant pour les assureurs au milieu de l'échelle et l'expertise judiciaire tout en haut de cette échelle¹⁷. La probité de l'expertise judiciaire est donc primordiale.

La mise en place de garde-fous par le législateur est louable. Il reste à voir dans la pratique si ces dispositions apportent l'effet escompté sur la qualité des expertises. Il sera également intéressant de suivre la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'utilisation possible en procédure des listes d'experts publiées par les Offices AI. Sera-t-il possible de demander la récusation d'un expert dont la force probante de certaines de ses expertises a été qualifiée de nulle ? Pourra-t-on s'opposer aux experts qui semblent systématiquement attester une incapacité de travail de 100% dans l'activité habituelle et une capacité de travail de 100% dans une activité adaptée ? Que dire, à l'heure des rentes linéaires, de la majorité des experts qui n'emploie que trois degrés d'incapacité de travail : 0%, 50% ou 100% ?

2. La prise en compte des troubles psychiques consécutifs à un accident

2.1 Quelques éléments théoriques

Pour avoir droit à des prestations découlant d'un accident, il faut non seulement une atteinte à la santé mais également un lien de causalité naturelle et adéquate entre l'accident et l'atteinte à la santé. Il y a causalité naturelle lorsque le dommage ne se serait pas produit (ou produit différemment) sans l'accident. Selon la formule consacrée par le Tribunal fédéral, « la causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de manière générale favorisée par une telle circonstance ».

Si la causalité naturelle est relativement facile à déterminer, la causalité adéquate peut se révéler bien plus compliquée à démontrer, notamment en cas de troubles psychiques consécutifs à un accident. Le Tribunal fédéral a ainsi développé une jurisprudence afin de dégager des critères qu'il qualifie d'objectifs permettant de juger du caractère adéquat du lien de causalité.

¹⁶ HOFSTETTER GILLES-ANTOINE, *Expertise médicale en droit des assurances sociales : un état des lieux*, Plaidoyer 6/2013, p.33.

¹⁷ Ibid., p. 31.

Il s'agit, tout d'abord, de classer l'accident selon sa gravité : légère, moyenne et grave. Pour les accidents de faible gravité (par ex. légers chocs à la tête) ou banaux (glissade ou chute ordinaire), le lien de causalité adéquate est en principe nié, tandis que pour les accidents graves il est en principe admis¹⁸. S'agissant de la catégorie intermédiaire, d'autres critères sont à prendre en considération, dont les plus importants sont¹⁹ :

- les circonstances concomitantes particulièrement dramatiques ou le caractère particulièrement impressionnant de l'accident ;
- la gravité ou la nature particulière des lésions physiques, compte tenu notamment du fait qu'elles sont propres, selon l'expérience, à entraîner des troubles psychiques ;
- la durée anormalement longue du traitement médical ;
- les douleurs physiques persistantes ;
- les erreurs dans le traitement médical entraînant une aggravation notable des séquelles de l'accident ;
- les difficultés apparues au cours de la guérison et des complications importantes ;
- le degré et la durée de l'incapacité de travail due aux lésions physiques.

Il n'est pas nécessaire que tous les critères soient réunis pour que le lien de causalité adéquate soit admis. Le cumul de trois critères sur sept suffit. Il en va de même si l'un des critères retenus s'est manifesté de manière particulièrement marquante. Enfin, un seul critère est suffisant, si l'accident se trouve à la limite de la catégorie des accidents graves²⁰.

2.2 Résumé de l'ATF 148 V 138 (f)

En septembre 2014, A.____, coursier à vélo, a chuté après que sa roue avant se soit bloquée dans les rails du tram. Cet accident lui a causé différentes lésions, dont plusieurs fractures au niveau du bassin.

En décembre 2016, après avoir repris son activité de coursier à vélo à temps partiel, A.____ est victime d'une nouvelle chute qui lui a occasionné une blessure au poignet gauche.

Son assurance-accidents a admis un taux d'invalidité de 14%, ainsi qu'un taux d'atteinte à l'intégrité de 40%. En revanche, elle a nié tout lien de causalité adéquate entre les troubles psychiques de A.____ et ses deux accidents.

En avril 2021, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du Valais a rejeté le recours de A.____.

La Cour cantonale a classé l'accident de 2016 dans la catégorie des accidents insignifiants et celui de 2014 dans la catégorie des accidents de gravité moyenne. Le lien de causalité adéquate a été niée, car selon elle, seuls deux critères (au lieu de trois) posés par la jurisprudence pouvaient être retenus : les complications médicales et la persistance des douleurs.

De son côté, A.____ soutient, qu'en sus de critères retenus par la Cour, trois autres étaient également remplis : la durée anormalement longue du traitement médical, la nature particulière des lésions physiques ainsi que le degré et la durée de l'incapacité de travail dues aux lésions physiques.

¹⁸ ATF 115 V 133, consid. 6 a.

¹⁹ Arrêt 8C_99/2019 du 8 octobre 2019, consid. 4.1.2.

²⁰ Arrêt 8C_99/2019 du 8 octobre 2019, consid. 4.1.2.

S'agissant du critère de la durée anormalement longue du traitement médical, le Tribunal fédéral rappelle que « l'aspect temporel n'est pas seul décisif ; sont également à prendre en considération la nature et l'intensité du traitement, et si l'on peut en attendre une amélioration de l'état de santé de l'assuré »²¹.

En l'espèce, A.____ a été hospitalisé plusieurs reprises, dont une hospitalisation de sept mois. Il a été soumis à trois opérations chirurgicales ainsi qu'à plusieurs traitements médicaux invasifs.

Pour le Tribunal fédéral, le critère afférent à la durée et à l'intensité du traitement est bel et bien rempli. Ce critère additionné aux deux autres critères reconnus par la Cour cantonale aurait normalement dû permettre de reconnaître le lien de causalité adéquate entre l'accident et les troubles psychiques de A.____. Cependant, les Cours précédentes ayant laissée ouverte la question du lien de causalité naturelle, le Tribunal fédéral ne peut pas se prononcer en l'état.

L'autorité précédent doit donc instruire ou faire instruire par l'assureur-accidents les questions relatives à la nature des troubles psychiques (diagnostic, caractère invalidant) et à leur causalité naturelle.

2.3 Résumé de l'ATF 148 V 301 (d)

En juin 2017, B.____, née en 1977, a été frappée par la foudre lors d'une randonnée de haute montagne. Avec l'aide de deux compagnons, elle a pu redescendre jusqu'à une cabane d'où elle a été héliportée dans un hôpital.

Son assurance-accidents a payé les traitements médicaux ainsi que les indemnités journalières jusqu'au 30 septembre 2019, date à laquelle elle a estimé que l'état de santé de B.____ ne pouvait plus être amélioré et que le lien de causalité adéquate devait être nié.

En décembre 2021, la Cour suprême d'Appenzell Rhodes-Extérieures a rejeté le recours de B.____.

D'un point de vue somatique, B.____ n'a présenté que des marques de brûlures d'entrée et de sortie, à la tête et aux deux petits orteils qui ont guéries spontanément. Les séquelles de l'accident consistent ainsi en des troubles non objectivables et des troubles psychiques.

La Cour cantonale a estimé que l'accident était de gravité moyenne et qu'aucun critère des critères développés par la jurisprudence ne pouvait être retenu, de telle sorte que la causalité adéquate devait être niée.

Le Tribunal fédéral a, tout d'abord, reproché à la Cour cantonale de s'être appuyée sur la jurisprudence en matière d'accidents d'électrification qui soutient que ce type d'accident « suivi d'une perte de connaissance ou, à tout le moins, d'étourdissements, ainsi que de crampes musculaires, doit être rangé dans la catégorie des accidents de gravité moyenne *stricto sensu* »²². En effet, les accidents électriques provoqués par des tensions comprises entre 230 et 552 volts, ne sont pas comparables à ceux provoqués par la tension de la foudre qui peut atteindre plus de 100 millions de volts, une intensité de plusieurs centaines de milliers d'ampères et une chaleur de 25'000 à 30'000 °C. L'accident ne peut donc pas être considéré comme de gravité moyenne *stricto sensu*, mais doit être qualifié de gravité moyenne, à la limite des accidents graves. Dès lors, un seul critère est suffisant pour admettre la causalité adéquate.

²¹ ATF 148 V 138, consid. 5.3.1.

²² ATF 148 V 301, consid. 4.3.4.

Le Tribunal cantonal a nié tous les critères, y compris celui de circonstances concomitantes particulièrement dramatiques ou le caractère particulièrement impressionnant du coup de foudre.

En effet, pour la Cour cantonale, le coup de foudre a été soudain et B.____ ne l'a pas perçu consciemment. De plus, B.____ souffre de lacunes de mémoires, elle n'a pas de souvenirs intacts de l'accident, l'aspect dramatique et particulièrement impressionnant ne peut pas être retenu de la même manière que si elle s'était souvenue de l'accident.

Selon le Tribunal fédéral, il n'est pas pertinent d'évaluer l'état psychique de la personne au moment de l'accident, mais il s'agit plutôt d'établir, selon des critères objectifs, si les circonstances de l'accident sont susceptibles de provoquer, pendant ou après l'accident, des dysfonctionnements psychiques. Sans compter que tout accident au moins de gravité moyenne a un caractère impressionnant, élément dont il faut également tenir compte. La Haute Cour estime qu'un coup de foudre accompagné d'une détonation semble plus impressionnant qu'un accident électrique. Ainsi, bien que A.____ soit restée inconsciente durant quelques secondes, puis aphasique et désorientée, le critère de circonstances concomitantes particulièrement dramatiques ou le caractère particulièrement impressionnant de l'accident doit être retenu.

La qualification de l'accident comme accident de gravité moyenne, à la limite de l'accident grave, ainsi que la reconnaissance de l'un des critères jurisprudentiels suffirait en principe à admettre le lien de causalité adéquate entre les troubles psychiques et l'accident. Cependant, le Tribunal cantonal ayant laissé ouvert la question de la causalité naturelle, l'affaire lui est renvoyée pour instruction.

2.4 Commentaire

La mise en place de ces critères jurisprudentiels « objectifs » permettrait de différencier les troubles psychiques effectivement dus à l'accident, des troubles psychiques liés à d'autres causes, telles qu'une fragilité de la personne concernée ou des facteurs socio-économiques.

Certes, il peut être défendable, sous l'angle de l'égalité de traitement, de ne pas se baser uniquement sur vécu le subjectif des victimes d'accident. Cependant, la mise en place de ce système quasi mathématique :

Gravité légère = pas de lien de causalité adéquate

Gravité moyenne + 3 critères = lien de causalité adéquate

Gravité moyenne + 1 critère particulièrement marquant = lien de causalité adéquate

Gravité moyenne, à la limite du grave + 1 critère = lien de causalité adéquate

Gravité grave = lien de causalité adéquate

s'il donne des apparences d'objectivité, a de la peine à convaincre.

De facto, les troubles psychiques consécutifs à des accidents ayant laissés des séquelles physiques légères ou moyennement graves, ne pourront être reconnus qu'en cas d'accidents graves et moyens à la limite de grave. En effet, sur les sept critères définis par la jurisprudence, seul le critère des « circonstances concomitantes particulièrement dramatiques ou le caractère particulièrement impressionnant de l'accident » est susceptible d'être retenu, tous les autres critères faisant référence aux séquelles physiques de l'accident et/ou à leur traitement. Or, le Tribunal fédéral a une jurisprudence pour le moins restrictive en la matière. Voici quelques exemples pour lesquels la gravité de l'accident a été jugée « moyenne *stricto sensu* » :

- accident de moto suite au non-respect d'un signal « Stop » par une voiture²³ ;
- accident au cours duquel l'assuré a reçu plusieurs coups de poing d'un inconnu alors qu'il dînait sur un banc public, entraînant des contusions et une hémorragie conjonctivale²⁴ ;
- accident professionnel au cours duquel l'assuré, en travaillant sur une scie pour couper des tubes, a vu sa main entraînée dans une ébavureuse, lui causant une mutilation de la face dorsale des doigts longs nécessitant plusieurs interventions chirurgicales²⁵ ;
- accident se produisant sur une autoroute, au cours duquel le conducteur, circulant sur la voie de dépassement, avait dû brusquement se rabattre pour éviter un autre véhicule roulant en sens inverse, de sorte que la voiture avait dérapé et percuté la glissière de sécurité²⁶ ;
- accident frontal, projetant le véhicule de l'assurée contre une autre voiture qui suivait, provoquant plusieurs fractures (côtes, vertèbres), contusion pulmonaire et plaies²⁷.

Dans toutes ces situations, le lien de causalité adéquate entre les troubles psychiques des assurés, le plus souvent sous forme d'état de stress post-traumatique (CIM-10 ; F43.1), et l'accident n'a pas été reconnu faute de réunir le nombre de critères suffisant.

Cette volonté du Tribunal fédéral d'objectiver la gravité des accidents donne lieu à la rédaction de considérants pour le moins surréalistes. En effet, différencier les accidents de gravité moyenne *stricto sensu* de ceux dont la gravité est moyenne, à la limite du grave n'est pas chose aisée. Dès lors, il s'agit de trancher à partir de combien de doigts arrachés dans une machine l'accident peut être considéré « à la limite du grave »²⁸ ou encore à quelle distance il est nécessaire d'être projeté dans les airs après s'être fait renverser par un véhicule (9 mètres semblent trop peu et 15 mètres suffisants)²⁹. Or, sans être spécialiste dans le domaine, il paraît évident que les troubles psychiques causés par l'accident, ne vont pas (uniquement) dépendre du nombre de doigts arrachés ou du nombre de mètres parcourus en l'air, mais plutôt du choc émotionnel que représente l'accident en lien avec le sentiment d'une menace pour sa vie et/ou son intégrité physique.

Le Tribunal fédéral, en se basant uniquement sur des critères « objectifs », dont la scientificité laisse pour le moins songeur, et sans se soucier de la manière dont la victime a ressenti et assumé le choc, arrive à des résultats qui peuvent heurter le sentiment de justice. Le système mis en place par la Haute Cour ne doit plus être appliqué de manière schématique, mais être, tout au plus, employé comme une « aide à la décision ». Il semble également impératif d'élaborer de nouveaux critères tenant compte des recherches scientifiques en matière de psychiatrie, critères grâce auxquels le vécu subjectif des victimes pourrait être pris en considération objectivement (par exemple : se sentir subjectivement en danger de mort est, objectivement, susceptible d'entraîner des troubles psychiques chez quiconque).

²³ Arrêt 8C_475/2018 du 5 septembre 2019.

²⁴ Arrêt 8C_146/2015 du 22 juillet 2015.

²⁵ Arrêt 8C_175/2010 du 14 février 2011.

²⁶ Arrêt 8C_182/2009 du 8 décembre 2009.

²⁷ Arrêt 8C_546/2013 du 18 juillet 2013.

²⁸ Arrêt 8C_175/2010 du 14 février 2011, consid. 4.3 (f).

²⁹ Arrêt de la Cour de Justice de Genève ATAS/126/2023 du 28 février 2022, consid. 9.4.1.

3. Quel allocation perte de gain en cas de service militaire ou de service civil pour les jeunes ayant terminé leur formation mais ne disposant pas de revenu ?

3.1 Quelques éléments théoriques

Les personnes qui servent, notamment dans l'armée suisse ou le service civile ont droit à des allocations pour perte de gain (APG). Les jeunes hommes ou femmes accomplissent souvent ce service durant ou juste après leur formation. Il se pose dès lors la question de savoir sur quelle base les allocations doivent être calculées. Dans deux arrêts récents³⁰, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence en la matière.

Selon la [loi](#)³¹, le [règlement](#)³² et les [directives](#)³³ sur les allocations pour perte de gain, pour déterminer le revenu journalier qui sera la base de calcul de l'allocation pour perte de gain, il faut, dans un premier temps, distinguer les personnes actives des personnes non actives.

Pour être considéré comme actif au sens de cette loi, il faut avoir exercé une activité lucrative durant au moins 4 semaines, soit 20 jours ou 160 heures, durant l'année qui précède l'entrée en service. Les personnes en formation qui remplissent ces conditions sont donc considérées comme exerçant une activité lucrative.

Pour les étudiants et les étudiantes qui terminent leur formation immédiatement avant d'entrer en service (en principe 4 semaines) ou qui l'auraient achevée pendant le service, les Caisses de compensation présument qu'ils ou elles auraient entrepris une activité lucrative et sont donc considérée comme actives, il n'y a pas d'obligation de preuve. Cette présomption peut, toutefois, être renversée par la preuve du contraire³⁴. En revanche, si la durée entre la fin de la formation et de l'entrée en service est plus longue, les personnes concernées, pour être assimilées à des personnes actives, doivent rendre vraisemblables qu'elles auraient pu entreprendre une activité lucrative de longue durée, soit d'une année au moins, si elles n'avaient pas dû entrer en service³⁵.

Les personnes considérées comme actives touchent une allocation correspondant à 80% du salaire effectivement versé ou, pour les étudiant-e-s ayant achevé leur formation juste avant l'entrée en service, à 80% du salaire initial versé selon l'usage local dans la profession concernée. Toutefois, dans les deux cas l'allocation ne pourra en aucun cas être inférieure à CHF 69.00 par jour. Tandis que les personnes non actives se voient verser l'allocation de base, soit CHF 69.00 par jour.

3.2 Résumé de l'ATF 148 V 373 (d)

Le 31 juillet 2016, l'intimé, né en 1983, a obtenu un bachelor universitaire en sciences économiques. Parallèlement à ses études, il a travaillé d'octobre 2015 à mai 2016 en tant qu'auxiliaire dans la vente, le contrat-cadre de travail à la base de cette relation de travail ayant été résilié le 30 avril 2017. Du 22 août 2016 au 26 mai 2017, l'intimé a effectué un service civil.

³⁰ ATF 148 V 373 et arrêt 9C_37/2022 (destiné à publication)

³¹ Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain (LAPG) : https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1952/1021_1046_1050/fr

³² Règlement sur les allocations pour perte de gain (RAPG) : <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2005/187/fr>

³³ Directives concernant le régime des allocations pour perte de gain (DAPG) : <https://sozialversicherungen.admin.ch/fr/d/6932/download>

³⁴ Ch. 5006 DAPG

³⁵ Ch. 5005 DAPG

Cette affaire a fait l'objet de nombreuses procédures et recours, y compris jusqu'au Tribunal fédéral. Cependant dans un souci de simplification, nous retiendrons les éléments de procédure suivants : la Caisse de compensation a calculé une allocation pour perte de gain sur la base du salaire d'un stagiaire de CHF 2'600.00, puis se conformant aux directives du Tribunal cantonal, elle a ensuite fixé l'allocation sur la base du salaire initial versé selon l'usage local pour un titulaire de bachelor en sciences économiques, soit CHF 72'000.00 par année ou CHF 160.00 par jour. Contre cette décision, l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) forme, en dernier lieu, un recours en matière de droit public et demande que la décision attaquée soit annulée et qu'il soit ordonné à la caisse de compensation de fixer l'allocation du recourant à CHF 69.90 par jour pour le service civil accompli après la formation de base.

Aucune partie ne conteste le fait que le recourant se trouve dans la situation de la personne qui termine sa formation et entre immédiatement en service. La prise hypothétique d'une activité lucrative est donc présumée. Cette présomption peut être renversée par la preuve du contraire, il s'agit de mettre en avant des circonstances qui permettent de conclure que le recourant n'aurait pas exercé d'activité lucrative même s'il n'avait pas accompli son service.

Les divergences se concentrent sur le salaire devant servir de base au calcul de l'allocation. Le Tribunal cantonal, tout comme l'intimé, estiment que la présomption légale de la prise hypothétique d'une activité lucrative s'applique indépendamment des efforts et du succès de l'intimé à trouver un emploi. L'allocation pour perte de gain doit donc être calculé sur la base du salaire initial conforme à l'usage local. En revanche, l'OFAS fait valoir qu'après son service, l'intimé avait l'intention d'effectuer un stage, et que, par conséquent, l'allocation doit être déterminée sur la base du salaire du stage commencé après le service.

Après une longue interprétation de la norme le Tribunal fédéral arrive à la conclusion que le but de la norme vise à éviter que les assurés qui n'exerçaient pas d'activité lucrative avant leur entrée en service ne soient désavantagés par rapport aux personnes exerçant une activité lucrative. Il s'agit de compenser un salaire perdu. Pour cette raison, selon la Haute Cour, il est justifié de prendre en compte, pour le calcul de l'allocation, la profession que la personne aurait exercée si elle n'avait pas fait de service. A ce titre, une activité lucrative commencée après le service peut donner des indications sur la profession exercée sans service et sur le salaire usuel dans cette profession. Il convient donc, notamment, de se référer à une profession exercée de manière réaliste sur la base de la formation de l'assuré et de ses perspectives d'avenir.

Certes l'intimé a effectué (sans succès) de nombreuses candidatures en tant qu'économiste, mais le Tribunal fédéral estime que cela n'est pas suffisant pour établir une indemnité sur la base d'un salaire d'économiste. Pour la Haute Cour, la question centrale est plutôt de savoir quelle possibilité professionnelle (économiste ou stagiaire) aurait saisie l'intimé après ses études. Or, l'entrée directe dans la vie professionnelle pour les titulaires d'un bachelor en sciences économiques est difficile, mais pas impossible. De fait, les personnes ayant suivi cette formation débutent souvent leur carrière par un stage. L'intimé a non seulement cherché des postes fixes en tant qu'économiste, mais aussi des places de stage. D'ailleurs, il a commencé un stage directement après la fin de son service civil et a par la suite été au chômage durant 5 mois. C'est donc bien, selon le Tribunal fédéral, sur la base d'une place de stagiaire que les allocations pour perte de gain doivent être calculées et non sur le salaire d'un économiste.

Par conséquent, l'OFAS obtient gain de cause.

3.3 Résumé de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_37/2022 du 11 août 2022 (d/destiné à la publication)

Le recourant, né en 1996, a obtenu un CFC d'employé de commerce avec maturité professionnelle en juin 2017 (la dernière année de sa formation étant constitué d'un stage à l'hôpital cantonal). Dans l'attente du début de son service long, il s'est rendu 6 mois à l'étranger pour effectuer un stage non rémunéré. Ensuite, il a débuté son école de recrues (du 15 janvier au 18 mai 2018), puis a poursuivi avec l'école de sous-officiers et celle d'officiers (du 19 mai 2018 au 10 novembre 2019). Durant cette période, il a perçu une allocation pour perte de gain de CHF 62.00 (école de recrues) et CHF 91.00 (service d'avancement), ce qui correspondait aux montants minimaux prévus par la LAPG³⁶.

Après avoir accompli son service long, le recourant a immédiatement été engagé auprès d'une entreprise à 80% dans le service des ressources humaines, son salaire (extrapolé à 100%) se montait à CHF 58'968.75 par année.

En juin 2020, il demande à la caisse de compensation du canton de Saint-Gall que son allocation pour perte de gain versée durant le service d'avancement, soit du 19 mai 2018 au 10 novembre 2019, soit calculé sur la base du salaire initial versé selon l'usage local dans sa profession, soit CHF 60'091.00 par année.

La Caisse de compensation, puis le Tribunal des assurances du canton de Saint-Gall ont rejeté sa demande. La dernière instance saint-galloise précise que le stage effectué à l'hôpital cantonal permet de considérer le recourant comme une personne active, cependant le 80% du salaire perçu durant le stage étant inférieur aux montants minimaux prévus par la LAPG, ce sont ces derniers qui doivent être versés. Comme, le recourant n'a pas terminé sa formation immédiatement avant l'entrée en service, mais 7 mois plus tôt, un calcul de l'allocation sur la base du salaire initial usuel de sa profession est exclu. Enfin, le recourant n'a pas su rendre vraisemblable qu'il aurait, s'il n'avait pas dû effectuer son service militaire, pris une activité lucrative de longue durée, des possibilités théoriques d'exercer une telle activité n'étant pas suffisantes.

Le Tribunal fédéral confirme que le recourant ne peut pas bénéficier de la présomption légale selon laquelle il aurait commencé à travailler s'il n'était pas entré en service puisque 7 mois se sont écoulés entre la fin de sa formation et son entrée en service. Il revient donc au recourant de prouver qu'il aurait entrepris une activité lucrative de longue durée, s'il n'avait pas dû effectuer son service militaire. Comme un fait hypothétique est difficile à prouver, la vraisemblance prépondérante n'est pas requise, l'activité hypothétique doit simplement être rendue vraisemblable. Certains indices suffisent.

En revanche, la Haute Cour fait une lecture différente des faits. Le recourant a certes effectué un stage non rémunéré au lieu d'une activité lucrative durant les 7 mois écoulés entre l'obtention de son diplôme et son entrée en service. Mais, selon le Tribunal fédéral, le fait de ne pas avoir effectué un travail temporaire rémunéré durant ces 7 mois ne constitue pas un indice que le recourant n'aurait pas cherché et accepté un emploi à la fin de sa formation. En effet, ce dernier n'avait pas la possibilité, après sa formation, de conclure un contrat de travail de longue durée puisque seuls quelques mois le séparaient de son service militaire de 2 ans.

³⁶ Aujourd'hui, les montants minimaux se montent à CHF 69.00, respectivement CHF 124.00 (service d'avancement) par jour.

Selon la Haute Cour, les indices d'une activité professionnelle hypothétique sont à chercher dans les données relatives à la formation et à la biographie professionnelle du recourant. Il s'avère que ce dernier a cherché, avec succès, un emploi pendant son service et a commencé de travailler directement après la fin de son service. De plus, il n'existe aucun autre indice qui plaiderait en faveur d'un autre parcours (congé sabbatique ou poursuite d'une formation à plein temps). Le Tribunal fédéral considère donc comme vraisemblable que le recourant aurait commencé à exercer une activité lucrative de durée indéterminée sans son entrée en service.

En exigeant un trop haut niveau de preuve, le Cour cantonal a violé le droit fédéral. L'affaire est renvoyée à l'administration pour qu'elle détermine le montant de l'indemnité et prenne une nouvelle décision.

3.4 Commentaires

Les deux litiges portent sur le salaire sur lequel doit être calculée l'allocation pour perte de gain des militaires ou civilistes après la fin de leur formation.

En établissant le calcul des allocations pour perte de gain sur la base du salaire initial versé selon l'usage local dans la profession concernée ou sur la base d'une activité lucrative hypothétique, le législateur a souhaité compenser le désavantage financier qu'entraîne une entrée en service. En effet, l'allocation de base se monte à environ CHF 2'070.00 par mois (CHF 3'720.00 pour le service d'avancement), soit nettement moins que ce que l'on pourrait attendre d'un revenu d'une activité lucrative après une formation achevée.

A la lecture de ces deux arrêts, le Tribunal fédéral semble traiter de manière différentes les bénéficiaires d'un CFC des titulaires d'une formation universitaire. En effet, les premiers pouvant accéder directement au marché du travail voient leurs allocations calculées sur la base du salaire initial versé selon l'usage local dans la profession ou sur la base d'une activité lucrative hypothétique, tandis que les seconds, sous prétexte qu'une entrée directe dans la vie active est difficile, sur la base d'un salaire de stagiaire. De fait, les universitaires, où du moins ceux pour lesquels une entrée dans la vie active se fait le plus souvent par le biais d'un stage, ne peuvent pas bénéficier de la compensation financière prévue par le législateur. Ils sont ainsi pénalisés car d'une part, durant tout leur service militaire ou civil, ils ne recevront qu'un montant proche de l'allocation de base et d'autre part, leur service ne les dispensera pas, par la suite, d'effectuer un stage avec le salaire correspondant. Le manque à gagner par rapport à une personne n'effectuant pas de service militaire ou civil, est donc considérable, notamment en cas de service long.

* * *

IMPRESSUM ARTIAS

Publication

Uniquement en ligne
Accès libre
Reproduction autorisée en citant la source

Mise en page et gestion web

Sonia Frison

Rédaction

Christine Cattin

Lectorat

Paola Stanić et Sonia Frison

Éditrice

ARTIAS
Association romande et tessinoise
des institutions d'action sociale
Rue des Pêcheurs 8
1400 Yverdon-les-Bains

Tél. 024 557 20 66

info@artias.ch

www.artias.ch

www.guidesocial.ch

CCP 10-2156-5