



Chapitre de livre

2016

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le projet de révision du droit aux mesures médicales dans l'assurance-
invalidité

Dupont, Anne-Sylvie

How to cite

DUPONT, Anne-Sylvie. Le projet de révision du droit aux mesures médicales dans l'assurance-
invalidité. In: Réflexions romandes en droit de la santé. Zurich/St-Gall : Dike Verlag AG, 2016. p.
111–135.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:94697>

Le projet de révision du droit aux mesures médicales dans l'assurance-invalidité

ANNE-SYLVE DUPONT*

Table des matières

I.	Introduction	111
II.	Les mesures médicales dans l'assurance-invalidité	112
	A. Les mesures médicales en cas d'infirmité congénitale	113
	B. Les mesures médicales à des fins de réadaptation	115
	C. Modalités d'octroi des mesures médicales	117
III.	Critiques du droit en vigueur	119
IV.	Révision proposée	121
	A. Les mesures médicales en cas d'infirmité congénitale	121
	B. Les mesures médicales à des fins de réadaptation	123
	C. Les modalités de l'octroi des mesures médicales	124
V.	Evaluation de la révision	126
	A. Les points forts	126
	1. Le maintien des mesures médicales dans le régime de l'assurance-invalidité	126
	2. Un système plus lisible	128
	B. Les points faibles	129
	1. Les mesures médicales en cas d'infirmité congénitale : durcissement des conditions ?	129
	2. Les soins dentaires : une lacune du catalogue LAI ?	130
	3. Les effets négatifs de la méthode du catalogue	130
	C. Questions irrésolues	132
	1. La transition entre l'assurance-invalidité et l'assurance obligatoire des soins	132
	2. Les maladies rares ou inconnues et les syndromes complexes	133
VI.	Conclusion	135

I. Introduction

Le financement des soins médicaux par le biais des assurances sociales relève principalement, en Suisse, de l'assurance obligatoire des soins (AOS) mise en place par la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie¹. Conséquence d'un temps où

* Professeure aux Facultés de droit de Neuchâtel et Genève.

L'auteure remercie Mme Marie Maillefer, MLaw, pour sa précieuse collaboration à l'élaboration de cet article.

¹ LAMal (RS 832.10).

cette assurance n'était pas obligatoire², la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité³ prévoit également, dans certains cas, le financement de soins de santé.

Au fil du temps, la justification de ce régime particulier pour certains groupes d'assurés a été plusieurs fois remise en question, sans que ce questionnement n'en fasse façon. La révision proposée aujourd'hui par le Conseil fédéral dans le cadre du développement continu de l'AI⁴ ne remet pas en question l'intervention de l'assurance-invalidité pour financer les soins de santé à des conditions bien précises. Les critiques émises par certains auteurs, qui proposaient par exemple de regrouper sous l'égide de l'assurance obligatoire des soins la prise en charge de toutes les mesures médicales⁵, n'ont pas été entendues à ce stade.

Cette contribution est l'occasion de rappeler le régime légal existant pour la prise en charge de mesures médicales par le biais de l'AI (II) et de rappeler les critiques qu'il a soulevées jusqu'ici (III) avant d'exposer, sur ce point, la révision entreprise (IV) et d'en évaluer les propositions (V).

II. Les mesures médicales dans l'assurance-invalidité

Les mesures médicales font partie des mesures de réadaptation prévues par la LAI⁶. A ce titre, elles participent au premier des objectifs de l'assurance-invalidité fédérale,

² La LAMal est entrée en vigueur au 1er janvier 1996.

³ LAI (RS 831.20).

⁴ L'objectif de cette révision est, selon le Rapport explicatif accompagnant le projet de loi fédérale sur l'assurance-invalidité (développement continu de l'AI) du 4 décembre 2015, « de soutenir de manière adéquate et coordonnée – en collaboration avec les acteurs impliqués – les enfants, les jeunes et les assurés atteints dans leur santé psychique afin de renforcer leur potentiel de réadaptation et d'améliorer leur aptitude au placement ». Le rapport explicatif est disponible sur le site Internet de la Confédération (<<http://www.admin.ch>>), rubrique Droit fédéral > Procédures de consultations > Procédures de consultation et d'audition terminées > DFI (consulté le 22 avril 2016).

⁵ BALTISSER ANNINA, Der Anspruch auf medizinische Massnahmen nach Artikel 12 IVG : Gedanken zu einer überholten Regelung, in : Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht, Zurich 2013, pp. 111–121 ; BRUSA GUIDO, L'art pour l'art oder die Kunst des Kaschierens künstlicher Klippen: die Sinnlosigkeit der Unterscheidung von medizinischer Massnahme als IV-rechtliche Eingliederung oder KVG-rechtliche Krankheitsbehandlung, in : RSAS, 2004, pp. 368–371 ; MURER ERWIN, Invalidenversicherungsgesetz (Art. 1–27^{bis} IVG) : Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, Berne 2014, N 13 ad art. 13 LAI. Cf. également infra III.

⁶ Art. 8 ss LAI.

à savoir la prévention, la réduction et l'élimination de l'invalidité⁷. Conformément à l'acception économique de cette notion qui prévaut en droit suisse, l'invalidité est toute diminution, totale ou partielle, présumée permanente ou de longue durée, des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré. Cette diminution doit résulter d'une atteinte à la santé physique, mentale ou psychique, et persister après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles⁸.

Dans ce contexte, l'objectif des mesures médicales à des fins de réadaptation au sens de l'art. 12 LAI (B) est aisément saisissable. Les mesures médicales en cas d'infirmité congénitale selon l'art. 13 LAI (A) ont la particularité, en amont de la réadaptation, de viser le traitement de la pathologie en tant que telle, indépendamment de toute possibilité de réadaptation. Dans les deux cas, les modalités d'octroi des mesures médicales (C) sont les mêmes.

A. Les mesures médicales en cas d'infirmité congénitale

L'art. 13 LAI octroie aux assurés⁹ atteints d'infirmités congénitales les mesures médicales nécessaires au traitement de ces affections.

Est une *infirmité congénitale* une maladie – au sens juridique¹⁰ – présente à la naissance accomplie de l'enfant¹¹. Toutes les infirmités congénitales au sens de cette définition n'ouvrent pas nécessairement un droit à la prise en charge des mesures médicales par l'assurance-invalidité. En effet, le Conseil fédéral a pour mission d'établir une liste des infirmités congénitales pour lesquelles des mesures sont accordées. Il est en outre habilité à exclure la prise en charge du traitement pour les infirmités de peu d'importance¹².

Le Conseil fédéral s'est acquitté de cette mission dans l'ordonnance du 9 décembre 1985 concernant les infirmités congénitales¹³. L'annexe de cette ordonnance contient la liste des infirmités congénitales reconnues comme telles par l'assurance-invalidité.

⁷ Art. 1a let. a LAI.

⁸ Art. 7 et 8 LPGA.

⁹ Art. 1a LAVS, par renvoi de l'art. 1b LAI. Les assurés de nationalité étrangère sont soumis à des conditions supplémentaires pour bénéficier des mesures de réadaptation (art. 9 al. 3 LAI).

¹⁰ Cf. art. 3 al. 1 LPGA: « Est réputée maladie toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail ».

¹¹ Art. 3 al. 2 LPGA. Cf. également art. 1 al. 1 OIC.

¹² Art. 13 al. 2 LAI.

¹³ OIC (RS 831.232.21).

Cette liste est exhaustive¹⁴. A noter qu'elle contient également des pathologies qui ne sont pas identifiables à la naissance de l'enfant, mais qui se manifestent plus tard et doivent être présumées congénitales en l'absence de facteur déclencheur¹⁵ intervenu depuis la naissance¹⁶. Parfois, l'Annexe I à l'OIC exige que les symptômes soient apparus dans un certain laps de temps pour distinguer entre infirmité congénitale et maladie acquise¹⁷. Peu importe alors que le diagnostic n'ait été formellement posé que plus tard¹⁸.

En principe, seules les pathologies accessibles à un traitement médical peuvent être inscrites sur la liste des infirmités congénitales reconnues. C'est pour cette raison que les pathologies qui ont pour origine une anomalie génétique ne sont en règle générale pas mentionnées dans l'Annexe I à l'OIC, cette anomalie n'étant, en tant que telle, pas susceptible de traitement. En revanche, une maladie génétique peut entraîner un cortège de pathologies qui, prises individuellement, figurent dans la liste de l'Annexe I à l'OIC et qui pourront donc bénéficier d'une prise en charge par le biais de l'AI¹⁹.

Contrairement à ce qui prévaut dans le cadre des mesures médicales à des fins de réadaptation au sens de l'art. 12 LAI²⁰, l'art. 13 LAI *ne subordonne pas l'octroi de mesures médicales à la possibilité d'une réadaptation de l'assuré dans le monde du travail ou dans l'exercice de ses activités habituelles*. Les mesures médicales prévues par l'art. 13 LAI ont ainsi pour seul objectif de soigner, éventuellement de guérir, l'infirmité congénitale présentée par l'assuré²¹. En d'autres termes, l'octroi de mesures médicales dans le cadre de l'art. 13 LAI n'exige pas que l'assuré soit menacé d'une invalidité au sens

¹⁴ Cf. BUCHER SILVIA, *Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung*, Berne 2011, N 189, et les références citées en note 578.

¹⁵ Par exemple un accident.

¹⁶ C'est notamment le cas pour l'épilepsie congénitale (ch. 387 OIC Annexe I), pour certaines pathologies dentaires (ch. 208 à 210 OIC Annexe I) ou oculaires (ch. 418 et 419 OIC Annexe I).

¹⁷ Cf. par exemple ch. 405 et 406 OIC Annexe I. Sur la problématique générale de la distinction entre infirmité congénitale et maladie acquise, cf. BUCHER (note 14), N 196 ss.

¹⁸ Pour une exception, cf. toutefois ch. 404 OIC Annexe I. Dans ce cas, le diagnostic doit avoir été posé avant la neuvième année de l'enfant. Sur toute cette question, cf. Circulaire sur les mesures médicales de réadaptation de l'AI (CMRM), N 4 s.

¹⁹ Par exemple, de nombreuses maladies génétiques se manifestent par des crises d'épilepsie (ch. 387 OIC Annexe I) ou par des troubles du spectre autistique (ch. 405 OIC Annexe I). Cf. CMRM (note 18), N 6 et 10.

²⁰ Cf. II/B.

²¹ Cf. BUCHER (note 14), N 200 ; RIEMER-KAFKA GABRIELA, *Soziale Sicherheit von Kindern und Jugendlichen*, Berne 2011, N 441.

des art. 7 et 8 LPGA²². L'art. 8 al. 2 LAI précise d'ailleurs expressément que « les assurés ont droit aux prestations prévues par [l'art. 13], quelles que soient les possibilités de réadaptation à la vie professionnelle ou à l'accomplissement de leurs travaux habituels ».

L'application de l'art. 13 LAI suppose en revanche que l'infirmité congénitale entraîne la nécessité d'un traitement médical²³. Les mesures médicales visant au traitement d'atteintes à la santé qui sont secondaires à l'infirmité congénitale présentée par l'assuré, sans toutefois faire partie des symptômes de cette dernière, sont également accordées, pour autant qu'entre l'infirmité congénitale et les atteintes secondaires existe une relation de causalité adéquate particulièrement étroite²⁴. Cette condition est remplie lorsque l'atteinte secondaire semble être la conséquence inévitable et pour ainsi dire nécessaire de l'infirmité congénitale²⁵.

B. Les mesures médicales à des fins de réadaptation

Indépendamment de la présence d'une infirmité congénitale au sens de ce qui a été décrit ci-dessus, le jeune assuré peut également prétendre à la prise en charge, par l'assurance-invalidité, des mesures médicales « qui n'ont pas pour objet le traitement de l'affection comme telle, mais qui sont nécessaires à sa réadaptation professionnelle ou à sa réadaptation en vue de l'accomplissement de ses travaux habituels, et sont de nature à améliorer de façon durable et importante sa capacité de gain ou l'accomplissement de ses travaux habituels, ou à les préserver d'une diminution notable »²⁶.

L'art. 12 LAI a pour vocation de délimiter les champs d'application respectifs de l'assurance-invalidité et de l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (LAMal), respectivement de l'assurance-accidents (LAA). C'est la menace d'une invalidité²⁷ qui

²² Cf. MURER (note 5), N 44 ad art. 13 LAI.

²³ Art. 2 al. 3 OIC. Cf. CMRM (note 18), N 14. Cf. également BUCHER (note 14), N 201 ; VALTERIO MICHEL, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité : commentaire thématique, Genève 2011, N 1537.

²⁴ Cf. CMRM (note 18), N 11 s. Cf. également ATF 129 V 207 c. 3.3 pour ce qui concerne le lien de causalité. BUCHER (note 14), N 204 à 208, cite les arrêts 9C_817/2009 du 14 avril 2010, c. 3.1, et I 576/05 du 25 novembre 2005, c. 3.1 ; MEYER ULRICH/REICHMUTH MARCO, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG), 3ème éd., Zurich 2014, N 21 et 22 ad art. 13 ; MURER (note 5), N 52 à 58 ad art. 13 LAI ; VALTERIO (note 23), N 1552 à 1554 ad art. 13 LAI.

²⁵ Cf. BUCHER (note 14), N 206.

²⁶ Art. 12 al. 1 LAI.

²⁷ Au sens des art. 7 et 8 LPGA (cf. II).

fait office de ligne de démarcation, soit une notion d'ordre juridique, et non médical²⁸. L'invalidité doit être établie, ou à tout le moins apparaître probable.

La mesure médicale doit être prévue dans un laps de temps sinon déterminé, à tout le moins déterminable²⁹. Un traitement médical de durée indéterminée ne fait ainsi normalement pas partie des mesures médicales prises en charge par l'AI dans le cadre de l'art. 12 LAI.

Le pronostic à l'égard du succès de la mesure médicale doit être favorable³⁰. Il doit paraître vraisemblable, d'une part, que sans cette mesure, l'atteinte persistera, et, d'autre part, que la mesure permettra d'améliorer l'état de santé de l'assuré de manière suffisamment stable pour que les perspectives de succès d'une formation professionnelle, puis d'une capacité de gain, s'en trouvent sensiblement et durablement améliorées³¹.

A lire la Circulaire sur les mesures médicales de réadaptation de l'AI, les mesures médicales prises en charge dans le cadre de l'art. 12 LAI ne peuvent tendre qu'à la correction de séquelles ou de troubles fonctionnels stabilisés³². Cette condition doit toutefois être relativisée pour les assurés qui ne sont pas encore professionnellement actifs, conformément à la jurisprudence différenciée développée par le Tribunal fédéral avant l'entrée en vigueur de la cinquième révision de l'AI³³. Sous l'empire de l'ancien droit, le droit aux mesures médicales de l'art. 12 LAI n'était en effet pas subordonné à une condition d'âge³⁴. Notre Haute Cour avait alors refusé d'appliquer avec la même rigueur la condition de la stabilisation de l'état de santé pour les assurés âgés de moins de 20 ans et non encore professionnellement actifs. Pour ces assurés, il était suffisant de pouvoir prévoir que sans la mesure médicale demandée, leur état de santé était susceptible, à terme, d'entraîner des séquelles ou des défauts fonctionnels qui entraveraient leur formation professionnelle ou l'exercice d'une activité lu-

²⁸ Cf. CMRM (note 18), N 31.

²⁹ Cf. BUCHER (note 14), N 243 (p. 153). Cf. également TF 64/07 du 27 juillet 2007, c. 3.3.1 ; TF I 372/05 du 12 janvier 2006, c. 2.8.

³⁰ Cf. CMRM (note 18), N 32.

³¹ Cf. BUCHER (note 14), N 245.

³² Cf. CMRM (note 18), N 38.

³³ La cinquième révision de l'AI est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2008.

³⁴ Aujourd'hui, les mesures médicales sont octroyées jusqu'au vingtième anniversaire de l'assuré (cf. art. 12 LAI. Cf. également II/C).

crative³⁵. A défaut d'évolution jurisprudentielle depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit, la Circulaire doit être comprise de cette manière³⁶.

C. Modalités d'octroi des mesures médicales

Qu'il s'agisse des mesures médicales octroyées dans le cadre de l'art. 12 ou de l'art. 13 LAI, leurs modalités d'octroi sont les mêmes. En premier lieu, elles sont limitées dans le temps et ne sont octroyées que jusqu'à la fin du mois durant lequel l'assuré a fêté son vingtième anniversaire³⁷.

Les mesures médicales sont des prestations en nature qui comprennent le traitement effectué dans un établissement hospitalier ou à domicile, par un médecin ou, sur ses prescriptions, par le personnel paramédical, ainsi que les médicaments prescrits par le médecin³⁸. La logopédie ainsi que la thérapie psychomotrice sont expressément exclues³⁹.

D'une manière générale, les mesures médicales doivent être distinguées des mesures à double visée pédagogique et thérapeutique⁴⁰ qui relèvent désormais de la compétence des cantons⁴¹. Si la mesure présente à la fois une finalité médicale et une finalité pédagogique, il faut alors déterminer quel est l'élément prépondérant⁴².

Sous l'angle de la proportionnalité, *les mesures médicales doivent être efficaces, économiques et appropriées*⁴³. L'efficacité doit être scientifiquement démontrée, ce qui si-

³⁵ Cf. BUCHER (note 14), N 241 (p. 151). Cf. ATF 131 V 9 c. 4.2; ATF 105 V 19; ATF 100 V 41 c. 2a; la jurisprudence a confirmée sous le nouveau droit, voir par exemple 9C_1074/2009 du 30 septembre 2010, c. 2.2.

³⁶ La jurisprudence mentionnée à la note précédente a été confirmée sous le nouveau droit (TF 9C_1074/2009 du 30 septembre 2010, c. 2.2). Cf. également RIEMER-KAFKA GABRIELA, Vereinfachungen im System der schweizerischen Sozialversicherungen Problemfelder und Lösungsvorschläge, Berne 2014, p. 64 et 65; VALTERIO (note 23), N 1434 et 1435.

³⁷ Art. 13 al. 1 LAI et art. 3 OIC.

³⁸ Art. 14 al. 1 LAI. L'art. 2 al. 1 RAI mentionne, à titre d'exemple, les actes chirurgicaux, physiothérapeutiques et psychothérapeutiques.

³⁹ Art. 14 al. 1 let. a in fine LAI.

⁴⁰ Par exemple l'aide à la lecture ou la gymnastique spécialisée en cas de troubles de la motricité (cf. BUCHER [note 14], N 171).

⁴¹ Avant l'entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 2008, de la loi fédérale du 6 octobre 2006 sur la réforme de la péréquation financière (RPT), ces mesures étaient prises en charge par l'assurance-invalidité dans le cadre de l'art. 19 LAI, sous l'intitulé « mesures de formation scolaire spéciale ».

⁴² Pour des exemples, cf. BUCHER (note 14), N 173.

⁴³ Sur ces notions, cf. MURER (note 5), N 70 ss ad art. 13 LAI. L'art. 2 al. 1 in fine RAI est libellé en ces termes : « Les mesures doivent être considérées comme indiquées dans l'état actuel des

gnifie qu'une large partie de la communauté scientifique et des médecins praticiens doit s'accorder sur l'efficacité du traitement proposé, l'accent devant être mis sur le résultat des expériences et le succès de la thérapie en question⁴⁴. L'économicité des mesures médicales se juge à l'aune du rapport entre leur coût et leur efficacité. Seule une disproportion manifeste entre ces deux paramètres peut toutefois permettre d'exclure la prise en charge des mesures médicales par l'assurance-invalidité⁴⁵. L'adéquation des mesures médicales est exprimée, à l'art. 12 LAI à tout le moins, au travers de l'exigence d'une amélioration durable et importante de la capacité de gain de l'assuré⁴⁶. Dans le cadre de l'art. 13 LAI, elle doit être mise en lien avec la condition de nécessité⁴⁷.

Si les conditions de l'efficacité, du caractère économique et de l'adéquation sont inspirées du régime de l'assurance obligatoire des soins (LAMal) et interprétées de façon similaire⁴⁸, les mesures médicales ne font pas, dans l'assurance-invalidité, l'objet d'un catalogue exhaustif qui recenserait les prestations admises ou, au contraire, exclues⁴⁹. Les listes établies par l'Office fédéral de la santé publique dans le cadre de la mise en œuvre de la LAMal ne sont ainsi pas applicables pour déterminer les mesures médicales qui peuvent être accordées sous l'égide des art. 12 et 13 LAI⁵⁰. Toutefois, le Tribunal fédéral admet que l'assurance-invalidité s'inspire des listes établies dans le contexte de l'assurance obligatoire des soins lorsqu'il s'agit d'évaluer les conditions de l'efficacité, de l'économicité ou de l'adéquation des mesures médicales dont la prise en charge est demandée. Ainsi, notre Haute Cour a tiré argument de l'absence d'indication correspondante dans la Liste des spécialités (LS)⁵¹ pour nier le

connaissances médicales et permettre de réadapter l'assuré d'une manière simple et adéquate ». Cf. également art. 4^{bis} RAI et 2 al. 3 OIC.

⁴⁴ TF 8C_55/2015 du 15 février 2016, c. 6.2; TF 9C_648/2014 du 3 mars 2015, c. 2.1; TF 9C_648/2014 du 23 avril 2013, c. 2.1; TF 8C_590/2011 du 13 juin 2012, c. 2.4; ATF 123 V 53 c. 2b/aa; ATF 115 V 191 c. 4b. Cf. également BUCHER (note 14), N 258 ss; VALTERIO (note 23), N 1442.

⁴⁵ ATF 132 V 215 c. 4.3.4; ATF 122 V 377 c. 2b/cc; ATF 115 V 202 c. 4e/cc; TF 8C_664/2014 du 21 mai 2015, c. 2.2.

⁴⁶ Sur ces notions, cf. MURER (note 5), N 55 ss ad art. 12 LAI; BUCHER (note 14), N 266 ss.

⁴⁷ Cf. MURER (note 5), N 74 ad art. 13 LAI. Cf. également II/A et les références citées en note 23.

⁴⁸ MURER (note 5), N 70 et 71 ad art. 13 LAI.

⁴⁹ Pour la LAMal, cf. art. 33 LAMal et 33 OAMal.

⁵⁰ Cf. RIEMER-KAFKA (note 21), N 453. Le même raisonnement vaut pour les traitements médicaux pris en charge par l'assurance-accidents (cf. Chambre des assurances sociales de la Cour de justice [GE], ATAS/241/2009 du 27 février 2009) ou par l'assurance-militaire (ATF 123 V 53).

⁵¹ La Liste des spécialités est disponible en format électronique à l'adresse <<http://www.liste.desspecialites.ch>>.

caractère scientifiquement reconnu d'un traitement à la Rapamycine pour des angio-fibromes causés par une sclérose tubéreuse de Bourneville^{52, 53}.

III. Critiques du droit en vigueur

Le régime des mesures médicales dans l'assurance-invalidité fait depuis de nombreuses années l'objet de différentes critiques. Depuis l'entrée en vigueur de l'assurance obligatoire des soins pour l'ensemble de la population résidant en Suisse, au 1er janvier 1996, une première critique, d'ordre systémique, tend à remettre en cause l'utilité de laisser subsister l'obligation, pour l'assurance-invalidité, de prendre en charge les mesures médicales dans certains cas. Plusieurs auteurs ont ainsi proposé de « rapatrier » dans l'assurance obligatoire des soins les mesures médicales actuellement couvertes par l'assurance-invalidité dans le cadre des art. 12 et 13 LAI⁵⁴. Certains d'entre eux ne se prononcent que pour l'un ou l'autre type de mesures médicales⁵⁵. Ces auteurs soulignent qu'une telle solution n'aurait pas de très grand impact financier pour les assurés, les enfants étant, dans le régime LAMal, exemptés de franchise, et leur quote-part⁵⁶ étant plafonnée à Fr. 350.– par année civile. La simplification de la coordination entre l'assurance-invalidité et l'assurance-maladie, respectivement les autres régimes d'assurance sociale prévoyant la prise en charge de soins médicaux, est un argument souvent mis en avant⁵⁷.

Une autre critique, plus ciblée, relève l'obsolescence de l'annexe à l'ordonnance sur les infirmités congénitales, qui n'a pas été révisée depuis 1985 et ne tient pas compte de l'évolution des connaissances médicales depuis lors⁵⁸.

Dans le même ordre d'idée, il est également mis en avant que le fait de limiter les infirmités congénitales donnant droit aux mesures médicales au sens de l'art. 13 LAI

⁵² TF 9C_648/2014 du 3 mars 2015. Le remboursement du traitement était examiné sous l'angle de l'art. 13 LAI, la sclérose tubéreuse de Bourneville étant inscrite sous chiffre 487 de l'Annexe I à l'OIC.

⁵³ Pour des exemples similaires, cf. TF I 601/06 du 12 mars 2008 (refus de la prise en charge d'une orthèse du tronc pour un enfant atteint d'une scoliose thoracique) et TF I 19/03 du 29 janvier 2004 (refus d'une thérapie hormonale pour un enfant atteint d'un syndrome de Prader-Willi).

⁵⁴ BRUSA (note 5); MURER (note 5), N 13 ad art. 13 LAI.

⁵⁵ Cf. BALTISSE (note 5), p. 111 ss.

⁵⁶ Sur les notions de franchise et de quote-part dans l'assurance obligatoire des soins, cf. art. 64 al. 2 LAMal.

⁵⁷ Cf. par exemple BALTISSE (note 5); BRUSA (note 5).

⁵⁸ Rapport explicatif (note 4), p. 22.

aux seules pathologies recensées dans l'Annexe I à l'OIC exclut la possibilité de considérer, dans ce cadre-là, les maladies rares⁵⁹, la liste ne contenant que des pathologies pour lesquelles il existe un traitement médical dont l'effet favorable est reconnu⁶⁰. En même temps, il est reproché au Conseil fédéral de se laisser parfois influencer par des groupes d'opinion ou des associations de malades, et d'accepter « sous pression » et, selon ce que les critiques laissent entendre, injustement, l'élargissement de l'Annexe I à l'OIC⁶¹.

C'est précisément l'un des points que relève le Contrôle fédéral des finances dans un rapport de 2012, dans lequel il recense par ailleurs un certain nombre de facteurs responsables, selon lui, de l'augmentation des dépenses liées aux mesures médicales de l'assurance-invalidité au cours des dernières années. Parmi d'autres, il mentionne des lacunes de compétences au sein des offices AI, s'agissant d'une part notamment de la répartition des compétences entre l'AI et l'AOS, d'autre part de grandes inégalités cantonales en l'absence d'un pilotage central et, par conséquent, des approches différenciées des cas concrets selon les offices concernés. En l'absence de tarifs, les fournisseurs de prestations jouiraient par ailleurs d'une grande latitude en termes de facturation, les offices AI n'ayant pas les connaissances nécessaires pour analyser leurs revendications⁶².

⁵⁹ Selon la définition communément admise en Europe, une maladie est considérée comme rare lorsque sa prévalence est inférieure à un pour 2'000 individus (ou 5 sur 10'000 pour reprendre les termes de l'art. 3 ch. 1 let. a du Règlement (CE) n° 141/2000 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1999 concernant les médicaments orphelins, JO L 18 du 22 janvier 2000, p. 1).

⁶⁰ Rapport explicatif (note 4), p. 21.

⁶¹ Un récent exemple pourrait confirmer ce soupçon : depuis le 1er mars 2016, l'Annexe I à l'OIC mentionne, sous chiffre 489, la trisomie 21 (syndrome de Down), quand bien même il ne s'agit pas d'une maladie accessible à un traitement (cf. II/A), puisque c'est une anomalie génétique. Cette inscription est intervenue à la suite d'une motion parlementaire déposée par le CN Roberto Zanetti le 18 septembre 2013, adoptée successivement par le Conseil des Etats (12.12.2013) et par le Conseil national (03.06.2014). L'effet de cette inscription est de permettre la prise en charge de toutes les atteintes secondaires à la trisomie 21 sans que l'assuré ne doive apporter la preuve du lien de causalité entre les deux (sur la condition de la causalité, cf. II/A). M. Zanetti est membre du conseil d'une fondation qui s'occupe notamment de personnes atteintes de trisomie 21. Cette anomalie chromosomique figurant désormais dans la liste, on peine à comprendre les raisons qui en excluraient les autres pathologies répertoriées sous chiffres Q90 à Q99 de la CIM-10 (la trisomie 21 est répertoriée sous chiffre Q90).

⁶² Contrôle fédéral des finances, Mesures médicales de l'assurance-invalidité. Evaluation de la mise en œuvre et analyse de l'évolution des coûts, Berne, novembre 2012 (ce rapport est disponible sur le site Internet du Contrôle fédéral des finances [<http://www.efk.admin.ch>], rubrique Publications > Evaluations [consulté le 22 avril 2016]). Les critiques sont également résumées par MURER (note 5), N 13 ad art. 13 LAI.

IV. Révision proposée

Au mois de décembre 2015, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de révision de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (P-LAI⁶³), ceci dans le but de poursuivre les efforts entrepris lors des précédentes révisions pour renforcer la réadaptation et continuer de faire baisser le nombre de nouvelles rentes octroyées. Le Conseil fédéral entend également tenir compte de critiques émises par l'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE) qui, dans un rapport de janvier 2014, a critiqué la Suisse pour ne pas prêter suffisamment attention aux personnes atteintes de troubles mentaux, et en particulier aux jeunes⁶⁴. Dans ce sens, il a déterminé plusieurs groupes cibles d'assurés dont il convient de renforcer la protection. L'un de ces groupes étant constitué des « enfants (0–13) »⁶⁵, les modifications législatives proposées touchent aussi bien les conditions auxquelles les mesures médicales en cas d'infirmité congénitale (A) et les mesures médicales à des fins de réadaptation (B) sont accordées, ainsi que les modalités selon lesquelles elles sont octroyées (C).

La procédure de consultation s'est achevée le 18 mars 2016. Les prises de position des différents participants à la procédure de consultation sont disponibles sur le site Internet de l'OFAS.

A. Les mesures médicales en cas d'infirmité congénitale

Sur le principe, la nouvelle mouture de l'art. 13 LAI n'apporte aucun changement s'agissant du droit aux mesures médicales en cas d'infirmité congénitale. Le premier alinéa de cette disposition prévoit en effet, comme le droit actuel, que « les assurés ont droit jusqu'à l'âge de 20 ans à des mesures médicales pour le traitement des infirmités congénitales »⁶⁶.

Comme aujourd'hui, il est demandé au Conseil fédéral d'établir la liste des infirmités congénitales qui donnent droit aux mesures médicales⁶⁷. La loi introduit toutefois, et

⁶³ Le projet de loi est disponible sur le site Internet de la Confédération (<<http://www.admin.ch>>), rubrique Droit fédéral > Procédures de consultations > Procédures de consultation et d'audition terminées > DFI (consulté le 22 avril 2016).

⁶⁴ OCDE (2014), Santé mentale et emploi : Suisse, Santé mentale et emploi, Éditions OCDE, <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264205192-fr>>.

⁶⁵ Rapport explicatif (note 4), p. 20 à 27.

⁶⁶ Art. 13 al. 1 P-LAI.

⁶⁷ Art. 14^{ter} al. 2 let. c P-LAI.

c'est une nouveauté par rapport à la situation prévalant actuellement, cinq caractéristiques cumulatives que les pathologies⁶⁸ doivent présenter pour pouvoir être inscrites sur la liste du Conseil fédéral.

La pathologie présentée par l'enfant doit tout d'abord faire l'objet d'un *diagnostic posé par un médecin spécialiste*⁶⁹. Dans ce sens, la liste mentionnera des « affections précises ou de[s] groupes d'affections apparentées »⁷⁰. Pour ce faire, référence sera faite à la Classification internationale des maladies selon l'OMS (CIM-10)⁷¹.

L'infirmité congénitale doit ensuite *présenter un caractère invalidant*⁷² – le rapport explicatif ne précise pas davantage la portée de cette condition – et *un certain degré de sévérité*⁷³. Ce dernier critère donne au Conseil fédéral une marge d'appréciation, le rapport explicatif précisant uniquement qu'« une infirmité congénitale dont l'évolution ne sera pas ou guère favorable et qui nécessite une pression thérapeutique continue afin de la contrôler présente un certain degré de sévérité »⁷⁴. Il ne faut à notre sens pas déduire de cette indication qu'une maladie dont l'issue peut être positive (guérison), même à plutôt court terme, devrait d'emblée être exclue de la liste par le Conseil fédéral. Cas échéant, ce dernier pourra préciser, au moment d'admettre une infirmité congénitale sur la liste, des critères permettant de délimiter le degré de gravité à partir duquel l'intervention de l'assurance-invalidité est prévue⁷⁵. Ce point de vue est confirmé par le fait que l'infirmité congénitale, pour être inscrite, doit *pouvoir être traitée par des mesures médicales*. Cette condition est réalisée, selon le rapport explicatif, si ces dernières sont susceptibles d'influencer le cours de la maladie⁷⁶, sans que sa guérison totale soit nécessaire.

La maladie doit finalement *nécessiter une prise en charge de longue durée ou complexe*⁷⁷, ce qui signifie que son traitement doit impliquer l'intervention de plusieurs spécialistes ou l'administration de plusieurs traitements, ou alors s'inscrire dans la

⁶⁸ Le projet mentionne les malformations congénitales, les maladies génétiques, les affections prénatales et périnatales. Cette énumération n'étend pas le champ de la définition de l'infirmité congénitale au sens de l'art. 3 al. 2 LPGA.

⁶⁹ Art. 13 al. 2 let. a P-LAI.

⁷⁰ Rapport explicatif (note 4), p. 23.

⁷¹ Rapport explicatif (note 4), p. 23.

⁷² Art. 13 al. 2 let. b P-LAI.

⁷³ Art. 13 al. 2 let. c P-LAI.

⁷⁴ Rapport explicatif (note 4), p. 89.

⁷⁵ Rapport explicatif (note 4), p. 23.

⁷⁶ Rapport explicatif (note 4), p. 90.

⁷⁷ Art. 13 al. 2 let. d P-LAI.

durée⁷⁸. Le rapport explicatif ne donne pas d'indication plus précise sur cette notion de durée.

B. Les mesures médicales à des fins de réadaptation

Si la rédaction de l'art. 12 LAI est modifiée dans une mesure assez importante, les changements ne sont, sur le fond, pas très nombreux. La principale innovation est le fruit de l'introduction d'un nouvel alinéa 2, qui prévoit que « l'assuré qui accomplit une mesure d'ordre professionnel au sens des art. 15 à 18c au moment d'atteindre l'âge de 20 ans a droit à des mesures médicales de réadaptation visant directement la réadaptation à la vie professionnelle, jusqu'à la fin de la mesure d'ordre professionnel, mais au plus tard jusqu'à l'âge de 25 ans »⁷⁹.

Les mesures d'ordre professionnel visées par cette disposition sont l'orientation professionnelle, le reclassement professionnel, le placement et le placement à l'essai ou encore l'allocation d'initiation au travail tels qu'ils sont prévus par la législation actuelle⁸⁰, ainsi que la formation professionnelle initiale, dont les conditions sont redéfinies dans le projet soumis à consultation⁸¹.

Le but de cette modification est d'éviter la fragilisation de l'assuré à un moment charnière de sa réadaptation professionnelle, soit au moment de quitter le domaine de la formation pour entrer sur le marché du travail. S'agissant d'une période délicate, il s'agit de permettre à l'assuré de continuer à bénéficier des thérapies en cours et de conserver les thérapeutes auxquels il est habitué, un transfert vers l'assurance-maladie pouvant impliquer à cet égard une limitation, les mesures médicales de réadaptation ne figurant pas, ou en tout cas pas toutes, dans le catalogue des prestations de l'assurance obligatoire des soins⁸². Dans cette mesure, le droit des assurés aux mesures médicales de réadaptation sous l'égide de l'assurance-invalidité est prolongé jusqu'à la fin des mesures de réadaptation professionnelle, sous réserve d'une limite d'âge absolue, fixée au vingt-cinquième anniversaire.

⁷⁸ Rapport explicatif (note 4), p. 89.

⁷⁹ Art. 12 al. 2 P-LAI.

⁸⁰ Art. 15 et 17 à 18c LAI.

⁸¹ Art. 16 P-LAI. Cf. à ce sujet Rapport explicatif (note 4), p. 93 s.

⁸² Cf. Rapport explicatif (note 4), p. 88. Les thérapeutes reconnus pour l'administration de mesures médicales dans le cadre de l'assurance-invalidité ne répondent pas nécessairement tous aux conditions posées par la LAMal pour être admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins.

Pour le surplus, les conditions d'octroi des mesures médicales de réadaptation ne sont pas modifiées. Elles doivent donc permettre d'améliorer notablement et durablement les capacités de l'assuré, et l'évolution de la maladie doit faire l'objet d'un pronostic favorable⁸³.

C. Les modalités de l'octroi des mesures médicales

C'est sans doute au niveau de l'étendue des mesures et des conditions de la prise en charge des mesures médicales par l'assurance-invalidité que le projet de révision s'écarte le plus du système actuellement en vigueur. Partant du triple constat de l'augmentation, au fil des ans, du volume des prestations, d'une absence de pilotage et de cadre légal conduisant à des pratiques différentes des offices AI, et du rôle de l'assurance-invalidité, qui fait office d'assurance-maladie en cas d'infirmité congénitale⁸⁴, le Conseil fédéral propose, dans le projet mis en consultation, d'aligner les prestations prises en charge dans le cadre de l'assurance-invalidité sur celles de l'assurance obligatoire des soins (AOS).

Dans cette optique, l'art. 14 al. 1 P-LAI reprend, sous l'intitulé « étendue des mesures et conditions de prise en charge », le catalogue de l'art. 25 LAMal⁸⁵, sous réserve toutefois de certaines prestations, comme les soins dispensés en EMS ou les frais de cure, jugées hors contexte⁸⁶. Dans le même ordre d'idée, la prise en charge de la logopédie par l'assurance-invalidité est expressément exclue⁸⁷, ce qui correspond au régime actuel, pour les raisons déjà mentionnées plus haut⁸⁸. Si la démarche est compréhensible pour les prestations manifestement hors de propos⁸⁹ ou prises en charge par d'autres intervenants, l'absence des soins dentaires pose problème dans la mesure où, précisément, de nombreuses infirmités congénitales rendent ce type de soins nécessaires⁹⁰. Le rapport explicatif ne fait pas mention de cette question.

⁸³ Cf. II/B. Cf. Rapport explicatif (note 4), p. 88 s.

⁸⁴ Cf. Rapport explicatif (note 4), p. 24.

⁸⁵ Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10).

⁸⁶ Cf. Rapport explicatif (note 4), p. 90. Il en va de même pour les art. 26 à 31 LAMal. Il faut relever que les frais de cure sont actuellement pris en considération par la LAI, l'art. 14 al. 2 LAI mentionnant que « lorsque le traitement a lieu dans un établissement hospitalier ou de cure ... ». La solution proposée revient donc, sur ce point, à une réduction des prestations à disposition de l'assuré.

⁸⁷ Art. 14 al. 1^{er} P-LAI.

⁸⁸ Cf. II/C.

⁸⁹ Par exemple les prestations en cas de maternité (art. 26 LAMal).

⁹⁰ Cf. par exemple ch. 205 ss OIC Annexe I.

Dans le but de calquer les conditions de l'intervention de l'assurance-invalidité sur celles de l'assurance obligatoire des soins⁹¹, le projet mis en consultation prévoit d'ancrer dans la loi l'exigence jurisprudentielle⁹² du caractère efficace, adéquat et économique des prestations, l'efficacité devant être démontrée selon des méthodes scientifiques⁹³. Comme dans l'AOS, ces conditions seront présumées remplies⁹⁴ à moins que la prestation concernée ne fasse l'objet d'une exclusion ou d'une restriction dans le cadre d'une liste que l'OFAS aura pour compétence d'établir⁹⁵, selon le modèle de l'Annexe I à l'OPAS⁹⁶ (liste négative). Les prestations de soins sont exclues de cette présomption, et doivent, elles, être définies par voie d'ordonnance (liste positive).

Les conditions auxquelles doivent satisfaire les mesures médicales de réadaptation au sens de l'art. 12 P-LAI seront précisées par voie d'ordonnance⁹⁷. Le Conseil fédéral peut, dans ce cadre, prévoir la prise en charge du coût de mesures qui ne remplissent pas les conditions de l'efficacité, de l'adéquation et de l'économicité, pour autant qu'elles soient nécessaires à la réadaptation⁹⁸ (listes positives). Selon le rapport explicatif, sont visées les mesures « dont l'efficacité n'est pas encore scientifiquement prouvée en raison du nombre insuffisant d'études cliniques à long terme, mais qui sont néanmoins largement reconnues par les experts médicaux et les scientifiques. Cet alinéa vise aussi les mesures médicales de réadaptation qui ne remplissent pas le critère d'économicité parce que l'AI les prend en charge plus généreusement ou à d'autres conditions que l'AOS »⁹⁹. L'ordonnance devra préciser la nature et l'étendue de ces mesures¹⁰⁰.

Pour les mesures médicales en cas d'infirmité congénitale (art. 13 LAI), le Conseil fédéral devra déterminer les médicaments qui ne figureraient pas déjà sur la Liste des spécialités établie dans le cadre de l'AOS et qui seront pris en charge par l'assu-

⁹¹ Cf. Rapport explicatif (note 4), p. 24.

⁹² Cf. II/C.

⁹³ Art. 14 al. 1^{bis} P-LAI.

⁹⁴ Cf. Rapport explicatif (note 4), p. 25.

⁹⁵ Art. 14^{er} al. 1 P-LAI. Pour l'AOS, cf. art. 33 al. 1 LAMal.

⁹⁶ Ordonnance du 29 septembre 1995 sur les prestations de l'assurance des soins (RS 832.112.31). Cf. Rapport explicatif (note 4), p. 25.

⁹⁷ Art. 14^{er} al. 2 let. a P-LAI.

⁹⁸ Art. 14^{er} al. 3 P-LAI.

⁹⁹ Rapport explicatif (note 4), p. 91.

¹⁰⁰ Art. 14^{er} al. 2 let. b P-LAI.

rance-invalidité ; cas échéant, le montant maximal de la prise en charge doit être indiqué, ceci pour des impératifs de pilotage¹⁰¹.

En résumé, le projet de révision veut rapprocher le mode et l'étendue de la prise en charge des mesures médicales de celui des soins remboursés dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins. Pour ce faire, il est également prévu d'introduire une structure tarifaire qu'il incombera au Conseil fédéral de prévoir en l'absence de solution négociée¹⁰², une protection tarifaire¹⁰³ ainsi que le contrôle d'une éventuelle polypragmasie¹⁰⁴. Les fournisseurs de prestations doivent, selon le projet, établir des factures détaillées contenant toutes les informations utiles au contrôle des prestations dispensées. Une copie devra être adressée à l'assuré pour vérification¹⁰⁵.

V. Evaluation de la révision

La révision présentée ci-dessus présente un certain nombre d'avantages (A), contrebalancés cependant par plusieurs points négatifs (B) et par des interrogations qui subsistent (C).

A. Les points forts

1. Le maintien des mesures médicales dans le régime de l'assurance-invalidité

D'une manière toute générale, il faut relever que le maintien, dans l'assurance-invalidité, de la prise en charge des mesures médicales fait sens. D'un point de vue économique tout d'abord, l'impact d'un éventuel transfert des mesures médicales vers l'assurance obligatoire des soins ne se limite pas, comme certains auteurs ont pu l'écrire¹⁰⁶, à la question de la quote-part et de la franchise à charge de l'assuré, les enfants étant en principe dispensés de la première, et la seconde étant limitée à Fr. 350.– par année civile¹⁰⁷. En 2014, les coûts globaux supportés par l'assurance-invalidité pour les mesures médicales se sont élevés à 776 millions de francs, dont

¹⁰¹ Cf. Rapport explicatif (note 4), p. 91.

¹⁰² Art. 27 al. 4 P-LAI.

¹⁰³ Art. 27^{quater} P-LAI.

¹⁰⁴ Art. 27^{bis} al. 1 P-LAI.

¹⁰⁵ Art. 27^{ter} P-LAI. Cf. également Rapport explicatif (note 4), p. 25.

¹⁰⁶ Cf. notamment BALTISSEY (note 5), p. 119 ss.

¹⁰⁷ Art. 64 al. 4 LAMal et 103 al. 2 OAMal.

23 millions pour les mesures de réadaptation au sens de l'art. 12 LAI¹⁰⁸. Le transfert de ces coûts vers l'assurance obligatoire des soins impliquerait donc une hausse conséquente des primes LAMal. Rappelons en effet que dans l'assurance obligatoire des soins, les primes sont calculées par tête¹⁰⁹, en fonction du coût global des soins de santé. Les prestations ambulatoires sont financées par l'assurance-maladie¹¹⁰, l'Etat n'intervenant que pour une partie du coût des séjours stationnaires¹¹¹. Ce financement est alors assuré par l'impôt. Sur le principe, un tel transfert demeurerait un non-sens tant que le problème de l'augmentation des coûts de la santé et, en corollaire, des primes LAMal ne sera pas réglé, alors que, par ailleurs, les dépenses de l'assurance-invalidité sont actuellement couvertes par les recettes¹¹².

L'impact financier pour les assurés LAMal serait assurément moins lourd si, comme cela a été proposé par certains¹¹³, seules les mesures médicales de réadaptation étaient transférées dans l'assurance obligatoire des soins. Cette proposition a toutefois l'inconvénient de l'incohérence systémique : de par leur nature, les mesures médicales de réadaptation poursuivent prioritairement les objectifs de l'assurance-invalidité, à savoir la prévention de la survenance d'une incapacité de gain¹¹⁴. Pour maximiser les chances des jeunes atteints dans leur santé de mener à bien leur scolarité et leur formation professionnelle, et d'accéder ensuite au marché du travail, il est essentiel que mesures médicales et mesures professionnelles de réadaptation soient coordonnées. Seuls les organes de l'assurance-invalidité disposent des structures nécessaires à cette fin. De plus, l'assurance obligatoire des soins et l'assurance-invalidité étant administrées indépendamment l'une de l'autre, le transfert vers la première des mesures médicales de réadaptation aurait pour effet de retarder la prise de connaissance, par la seconde, de la situation de l'assuré, ce qui est aussi de nature à rendre ensuite l'insertion professionnelle plus délicate¹¹⁵.

D'une manière toute générale, il faut admettre que les enfants atteints d'infirmités congénitales ou d'autres maladies susceptibles de limiter par la suite leur capacité d'acquérir une formation et d'accéder au marché de l'emploi représenteront un poids

¹⁰⁸ Rapport explicatif (note 4), p. 21.

¹⁰⁹ Pour mémoire, toute la population résidant en Suisse doit être affiliée à l'assurance obligatoire des soins (art. 3 LAMal) et chaque assuré doit s'acquitter d'une prime (art. 61 LAMal). La Suisse compte, en 2016, un peu plus de huit millions d'habitants.

¹¹⁰ Art. 41 al. 1 LAMal.

¹¹¹ Art. 41 al. 1^{bis} LAMal.

¹¹² Rapport explicatif (note 4), p. 17.

¹¹³ Cf. BALTISSE (note 5), p. 119 ss.

¹¹⁴ Cf. art. 1a let. a LAI.

¹¹⁵ Dans le même sens, Rapport explicatif (note 4), p. 21.

important pour les assurances sociales et pour les contribuables. Leur situation représente ainsi une question de société qui ne peut trouver de solution que par l'intervention de multiples acteurs, notamment de la santé publique, de l'éducation et de la formation, mais aussi des entreprises (employeurs)¹¹⁶. Dans ce sens, il est juste, d'un point de vue sociétal, de laisser les mesures médicales en cas de maladies congénitales et les mesures médicales de réadaptation dans un régime d'assurance sociale financé de manière tripartite – assuré, employeur et Etat – et proportionnellement aux revenus, plutôt que de les transférer sur un régime dans lequel la notion de solidarité tend davantage à concrétiser l'idée de contrat social chère à Rousseau¹¹⁷.

2. Un système plus lisible

L'autre point fort de la révision est indéniablement la création de critères de référence pour permettre l'harmonisation des pratiques des offices AI dans l'octroi et la gestion des mesures médicales. Actuellement, c'est le Tribunal fédéral qui fait office de régulateur à cet égard¹¹⁸, ce qui pose problème en termes de sécurité et de prévisibilité du droit. La mise en place d'un catalogue de prestations permet, sous cet angle, d'améliorer la lisibilité du système par les assurés et par les fournisseurs de prestations. Elle permet également d'assurer une égalité de traitement entre les personnes concernées, en minimisant le risque de pratiques cantonales divergentes.

L'idée d'une structure tarifaire et la possibilité d'interpeller le fournisseur de prestations qui facturerait des prestations dont l'utilité, sous l'angle de l'économicité en particulier, serait douteuse, est également une bonne chose et permet un meilleur pilotage, essentiel à la viabilité du système à long terme.

¹¹⁶ Cf. également Rapport explicatif (note 4), p. 18 s.

¹¹⁷ Dans l'assurance obligatoire des soins, les primes étant payées par tête, en fonction du coût total des soins dans la région géographique concernée (en l'occurrence le canton), on peut partir du principe que l'assuré soucieux du bien-être du plus grand nombre renoncera aux soins superflus afin de ne pas participer à l'augmentation du volume des soins et de ne pas influencer sur le montant de la prime payée par ses co-assurés.

¹¹⁸ Cf. par exemple TF 9C_648/2014 du 3 mars 2015.

B. Les points faibles

1. Les mesures médicales en cas d'infirmité congénitale : durcissement des conditions ?

Comme on l'a exposé ci-dessus¹¹⁹, le Conseil fédéral conserve la tâche, en matière d'infirmités congénitales, d'établir la liste de celles d'entre elles qui ouvrent un droit aux mesures médicales sous l'angle de l'art. 13 LAI. Le projet soumis à consultation prévoit toutefois que, ce faisant, il ne pourra inclure sur la liste que les pathologies qui remplissent plusieurs critères, dont le fait de présenter un caractère invalidant. Selon le rapport explicatif, ce critère serait issu de la jurisprudence actuelle¹²⁰.

Ni le projet de révision ni le rapport explicatif ne précisent ce qu'il faut entendre par « caractère invalidant ». Il n'est pas indiqué s'il faut comprendre par là que l'infirmité congénitale doit avoir un effet incapacitant au sens médical du terme, soit des répercussions fonctionnelles sur l'état de l'assuré, ou si elle doit avoir un effet invalidant au sens des art. 7 et 8 LPG, soit des répercussions sur la capacité de gain de la personne concernée. Si c'est cette deuxième signification que les auteurs du projet avaient en tête, l'art. 13 P-LAI entraîne un durcissement des conditions auxquelles une pathologie peut être inscrite sur la liste des infirmités congénitales et, par conséquent, ouvrir un droit aux mesures médicales. En effet, il n'est à l'heure actuelle pas nécessaire que l'infirmité congénitale entraîne – ou même risque d'entraîner – une incapacité de gain pour que le droit aux mesures médicales soit ouvert¹²¹. Si l'on parcourt l'Annexe I à l'OIC, on s'aperçoit qu'elle contient aussi des pathologies qui ne présentent aucun risque d'entrave par rapport à l'exercice d'une activité professionnelle et, par conséquent, à l'acquisition d'un revenu¹²².

Les jurisprudences mentionnées par le Conseil fédéral dans le rapport explicatif pour justifier sa position ne font aucune mention du critère du caractère invalidant comme condition du droit aux mesures médicales dans le cadre de l'art. 13 LAI¹²³. Le rapport explicatif ne dit pas non plus comment cette condition doit s'accorder avec l'art. 8 al. 2 LAI¹²⁴, dont l'abrogation n'est du reste pas proposée.

¹¹⁹ Cf. II/A.

¹²⁰ Rapport explicatif (note 4), p. 22 s.

¹²¹ Cf. II/A.

¹²² Mentionnons par exemple le ch. 494 (« Nouveau-nés ayant à la naissance un poids inférieur à 2000 grammes, jusqu'à la reprise d'un poids de 3000 grammes »), ou encore plusieurs pathologies dentaires.

¹²³ Cf. Rapport explicatif (note 4), p. 23, note 26 (ATF 120 V 89 c. 2a ; TF 9C_866/2008 du 8 juillet 2009, c. 2.3 ; TF 8C_988/2010 du 31 mars 2011, c. 4.3).

¹²⁴ Cf. II/A.

En conséquence, ce critère doit selon nous être supprimé.

2. Les soins dentaires : une lacune du catalogue LAI ?

Le projet mis en consultation prévoit un catalogue de prestations largement inspiré de celui de l'assurance obligatoire des soins, à tout le moins pour les prestations générales en cas de maladie¹²⁵. Certaines prestations LAMal n'ont logiquement pas été intégrées dans le projet de catalogue LAI, en l'absence de tout lien avec une infirmité congénitale ou avec un besoin de réadaptation¹²⁶.

Le catalogue prévu dans le cadre du projet soumis à consultation ne fait aucune mention des soins dentaires. Le rapport explicatif ne s'exprime pas non plus à ce sujet. Pourtant, l'actuelle annexe à l'OIC contient des infirmités congénitales qui touchent la mâchoire. La prise en charge de soins dentaires par l'assurance-invalidité est donc aujourd'hui chose possible.

Il est difficile d'envisager que la liste établie par le Conseil fédéral après l'entrée en vigueur du projet soumis à consultation fasse abstraction de toute infirmité congénitale touchant l'appareil masticatoire. En bonne logique, il est donc évident que la question de la prise en charge de soins dentaires par l'assurance-invalidité doit être posée.

D'un point de vue générique, les soins dentaires sont des traitements dispensés par des médecins au sens de l'art. 14 al. 1 let. a ch. 1 P-LAI, de sorte que leur prise en charge pourrait être envisagée sous cet angle-là. Compte tenu du parallèle opéré entre le catalogue voulu pour l'assurance-invalidité et celui de l'AOS, il serait judicieux d'y mentionner expressément les soins dentaires, pour éviter toute méprise au moment où surviendront les premiers cas d'application, méprise qui ne sera écartée qu'au terme d'une procédure judiciaire dont l'assuré fera nécessairement les frais.

3. Les effets négatifs de la méthode du catalogue

Par rapport à la réglementation actuellement en vigueur, l'introduction d'un catalogue de prestations sur le modèle de celui de l'assurance obligatoire des soins représente possiblement une restriction des prestations octroyées aux assurés, puisqu'elle prive les offices AI d'une marge de manœuvre qui, aujourd'hui, leur permet de s'adapter aux circonstances du cas d'espèce.

¹²⁵ Art. 25 LAMal.

¹²⁶ Par exemple les prestations en cas de maternité.

Dans la mesure où cette marge de manœuvre peut induire des inégalités de traitement entre les assurés, il est à notre sens préférable de s'en tenir à une grille d'analyse commune pour tous les organes de l'assurance-invalidité¹²⁷. Nous nous montrons plus réservée dans la mesure où l'on ignore à l'heure actuelle si le catalogue sera identique à celui de l'assurance obligatoire des soins, ou si l'appréciation des conditions de l'économicité, de l'adéquation et du caractère scientifiquement reconnu fera l'objet d'une analyse indépendante.

D'un côté, la jurisprudence récente semble aller dans le sens d'une analyse identique, notamment lorsque le Tribunal fédéral se réfère à la Liste des spécialités établie dans le cadre de l'AOS pour exclure le caractère scientifiquement reconnu de l'administration d'un médicament pour le traitement d'une infirmité congénitale¹²⁸.

D'un autre côté, le projet mis en consultation prévoit expressément, comme nous l'avons dit plus haut¹²⁹, la possibilité, pour les mesures médicales à des fins de réadaptation, de prévoir la prise en charge de mesures qui ne répondent pas aux conditions de l'efficacité, de l'adéquation et de l'économicité, mais qui sont nécessaires à la réadaptation¹³⁰.

Ces explications semblent à même d'apaiser l'appréhension exprimée plus haut, à tout le moins partiellement. On peut se demander si les mesures médicales en cas d'infirmité congénitale ne mériteraient pas, elles aussi, une disposition dérogatoire permettant de s'adapter aux circonstances du cas d'espèce. On pense notamment à la délicate question des soins dispensés à domicile, dont l'économicité est, dans le cadre de l'AOS, déterminée par comparaison à ce que coûterait une prise en charge en milieu stationnaire¹³¹. Dans le cas d'un enfant atteint d'une infirmité congénitale, une telle réflexion est naturellement problématique, car elle est à notre sens incompatible avec le clair intérêt de ce dernier à demeurer auprès de ses parents, qui doit prévaloir sur toute notion d'économicité¹³².

En d'autres termes, si la désignation des prestations accordées dans le cadre de l'assurance-invalidité selon des mécanismes similaires à ceux de l'AOS est à notre sens une démarche positive, il faut se garder de tout schématisme, pour tenir compte des particularités présentées par les assurés qui recourent aux mesures médicales de

¹²⁷ Cf. V/A/2.

¹²⁸ TF 9C_648/2014 du 3 mars 2015. Cf. également II/C.

¹²⁹ Cf. IV/C et les références citées en note 95.

¹³⁰ Art. 14^{er} al. 3 P-LAI.

¹³¹ ATF 139 V 135 c. 5.

¹³² Sur cette problématique, cf. également V/C/1 et la jurisprudence mentionnée en note 135.

l'assurance-invalidité. L'élaboration du catalogue devrait en tout cas tenir compte de l'avis des personnes concernées.

C. Questions irrésolues

1. La transition entre l'assurance-invalidité et l'assurance obligatoire des soins

Même si le projet mis en consultation étend, ce qui est une bonne chose, le droit aux mesures médicales de réadaptation pour les assurés qui, jusqu'à leur 25^e anniversaire, bénéficient également de mesures professionnelles de réadaptation, demeure la délicate question du moment où l'assuré ne remplira plus les conditions posées par les art. 12 et 13 LAI, mais devra toujours recourir à des prestations médicales. A ce moment-là, c'est l'assurance obligatoire des soins qui prendra le relai, à ses propres conditions¹³³.

Naturellement, les difficultés seront aplanies si l'octroi de mesures médicales dans le régime de l'assurance-invalidité devait à l'avenir se calquer sur celui de l'AOS, solution contre laquelle nous plaidons dans cette contribution¹³⁴. Partant du postulat que non, compte tenu de ce qui a été dit plus haut, notamment au sujet de la possibilité, ancrée dans la loi, de prévoir des exceptions à la condition de l'efficacité, il subsistera à notre avis de nombreuses situations dans lesquelles des assurés auront bénéficié de thérapies sous le régime de l'assurance-invalidité, qui prendront fin une fois atteinte la limite d'âge, faute d'être inscrites dans le catalogue de l'AOS ou d'être remboursées dans la même mesure.

A titre d'exemple, mentionnons une affaire récente dont le Tribunal fédéral a eu à connaître¹³⁵, qui concernait une assurée atteinte d'une infirmité congénitale répertoriée dans l'Annexe I à l'OIC, qui rendait nécessaires une assistance respiratoire et une surveillance constante durant la nuit. Jusqu'à son 20^e anniversaire, les 58 heures hebdomadaires de présence et de soins ont été prises en charge par l'assurance-invalidité, dans le cadre de l'art. 13 LAI. L'assureur-maladie qui a pris le relai a refusé d'intervenir dans la même mesure, estimant que la condition de l'économicité n'était pas remplie, par comparaison avec ce qu'aurait coûté une prise en charge stationnaire. Le Tribunal fédéral lui a donné tort, estimant qu'en présence d'une assurée ayant une activité lucrative et capable de vivre de manière relativement autonome,

¹³³ Cf. Rapport explicatif (note 4), p. 39 s.

¹³⁴ Cf. V/B/3.

¹³⁵ TF 9C_489/2015 du 11 février 2016 (arrêt destiné à publication).

le coût des mesures de surveillance (près de Fr. 205'000. – par année) n'était pas disproportionné.

Du point de vue des fournisseurs de prestations, la transition peut s'avérer risquée également. Dans l'affaire que l'on vient de mentionner, l'assureur-maladie avait refusé de couvrir l'intégralité des soins depuis 2010 ; l'arrêt du Tribunal fédéral étant intervenu au début de l'année 2016, les factures seront restées en suspens durant six ans. Il est peu vraisemblable, vu les montants en jeu, que l'assuré ait pu en faire l'avance.

Ce sont ces considérations, d'ordre pratique, qui commandent selon nous que la transition entre les deux régimes d'assurance fasse l'objet d'une réglementation claire, pour éviter de renvoyer l'assuré et le prestataire de soins à l'issue imprévisible d'une procédure judiciaire longue et coûteuse. La loi fédérale sur l'assurance-maladie contient déjà une disposition qui assure la cohésion du catalogue LAMal avec le « catalogue »¹³⁶ LAI en matière d'analyse, médicaments, moyen et appareils¹³⁷. Cette disposition part du présupposé que l'assurance-invalidité serait, à cet égard, plus généreuse que l'assurance obligatoire des soins, puisqu'il est ordonné, en cas d'infirmité congénitale, de reprendre dans celle-ci les prestations remboursées par celle-là. A l'heure actuelle et en l'absence de catalogue LAI, c'est plutôt l'inverse qui se produit, comme on l'a montré plus haut lorsqu'il s'agit, pour le Tribunal fédéral, de déterminer le caractère scientifiquement reconnu d'un traitement¹³⁸.

2. Les maladies rares ou inconnues et les syndromes complexes

Le principal point faible du projet soumis à consultation est de ne pas proposer de solution pour les maladies dites rares, ou pour les maladies inconnues. Dans le cadre des infirmités congénitales, la prise en charge des mesures médicales par l'assurance-invalidité implique de figurer sur une liste, liste qui ne peut comprendre que des diagnostics répertoriés dans la Classification internationale des maladies selon l'OMS (CIM-10). Or, cette classification n'attribue actuellement de code qu'à 500 maladies rares¹³⁹, contre 6'000 à 7'000 maladies décrites à ce jour¹⁴⁰.

¹³⁶ L'expression est entre guillemets car ce catalogue n'existe pas encore.

¹³⁷ Art. 52 al. 2 LAMal.

¹³⁸ Cf. II/C.

¹³⁹ Source : site Internet d'Eurordis (<<http://www.eurordis.org>>), consulté le 18 avril 2016.

¹⁴⁰ Source : site Internet d'Orphanet (<<http://www.orpha.net>>), consulté le 18 avril 2016.

De plus, la pathologie doit, selon les nouveaux critères proposés pour une inscription dans la liste, être accessible à un traitement¹⁴¹. Cela pose problème dans la mesure où les connaissances sont souvent, en matière de maladies rares, insuffisantes pour dire quelles sont les probabilités de succès de tel ou tel traitement. Ce critère exclut par principe également toutes les maladies génétiques, puisque les anomalies génétiques sont, par nature, incurables.

L'absence de prise en compte de ces pathologies particulières est particulièrement regrettable. En effet, les enfants atteints de maladies rares – et leurs familles – font le plus souvent partie des assurés les plus démunis face aux démarches administratives à accomplir pour obtenir une prise en charge des soins dont ils ont besoin. Les renvoyer à une partie de ping-pong entre l'assurance-invalidité et l'AOS n'est une solution ni pour eux, ni pour les prestataires de soins, ni pour les institutions. Clairement, les caisses-maladie, qui sont en réalité de purs organismes de paiement, ne sont pas outillées pour offrir aux assurés concernés la prise en charge et les conseils dont ils ont besoin. Les offices AI ont la possibilité d'une intervention multidisciplinaire, en vue d'une prise en charge précoce et coordonnée de l'assuré. Le fait que le Conseil fédéral ne se soit pas saisi de cette question dans le cadre de la présente réflexion amoindrit la valeur de cette dernière.

Dans ce cadre également, on peut aussi regretter que le projet soumis à consultation ne se prononce pas sur la possibilité de recourir aux traitements existants à l'étranger lorsque les possibilités thérapeutiques sont inexistantes ou insuffisantes en Suisse.

Il faut en outre se rappeler que depuis le 1er mars 2016 et l'inscription de la trisomie 21 dans l'Annexe à l'OIC¹⁴², une brèche a été ouverte dans la catégorie de ce que l'on peut appeler les syndromes complexes, qui ont pour origine une anomalie génétique. Sous l'angle de l'égalité de traitement, rien ne justifie plus que d'autres syndromes du même type restent exclus de la liste des infirmités congénitales ouvrant le droit aux mesures médicales pour les atteintes secondaires. On ignore, à ce jour, si le syndrome de Down trouvera sa place dans la nouvelle liste que le Conseil fédéral devra établir, compte tenu de l'exigence de l'accessibilité au traitement, désormais ancrée dans la loi. Si oui, il faudra sérieusement justifier l'exclusion des syndromes comparables à cette maladie, quant à leurs causes et quant à leurs conséquences.

¹⁴¹ Art. 13 al. 2 let. e P-LAI. Cf. IV/A.

¹⁴² Cf. III et la note 61 en particulier.

VI. Conclusion

En guise de bilan, nous aimerions souligner une fois encore la principale qualité de ce projet de révision, qui est de maintenir dans le régime de l'AI les mesures médicales en cas d'infirmité congénitale et les mesures médicales de réadaptation. Ce choix est non seulement financièrement raisonnable, mais surtout dogmatiquement correct compte tenu des buts de l'assurance-invalidité, et socialement responsable.

Les jalons que la nouvelle réglementation prévoit amélioreront assurément la sécurité et la prévisibilité du droit, ce qui est un point positif pour tous les intervenants – assurés, fournisseurs de prestations et assureurs sociaux. Certains points doivent toutefois à notre avis impérativement être précisés dans la loi déjà, comme la mention des soins dentaires dans le catalogue légal, ceci dans le but bien compréhensible d'éviter de devoir recourir à la procédure judiciaire pour clarifier les droits de l'assuré.

Le projet de révision manque à notre avis l'occasion de proposer un concept global, permettant aussi de donner une réponse à des situations plus complexes, dont la difficulté est relevée par de nombreux milieux, et dont certaines – les maladies rares – font aujourd'hui l'objet d'un concept national¹⁴³, dont la révision de la loi sur l'assurance-invalidité aurait pu être l'un des piliers.

¹⁴³ Office fédéral de la santé publique, *Concept national maladies rares*, Berne 2014. Ce texte est disponible sur le site Internet de l'OFSP (<<http://www.bag.admin.ch>>), Thème « Maladies et médecine » > Maladies rares (consulté le 22 avril 2016).