

L'expertise médicale en matière AI: un serpent de mer

A. Introduction

Dans une analyse du 5 avril 2012 présentant le nouveau concept des expertises pluridisciplinaires dans l'AI¹, l'OFAS relève que l'AI accorde aujourd'hui 47% de nouvelles rentes de moins qu'en 2003.

C'est peu dire que le sujet est particulièrement sensible.

Doit-on partir du principe que l'on a octroyé autrefois des rentes quelque peu à la légère ou a-t-on plutôt décidé de sabrer l'octroi de nouvelles rentes, pour satisfaire à des mesures d'économie ? Mon but n'est pas d'ouvrir un débat politique. La question mérite néanmoins d'être posée, car il me semblerait étonnant qu'une telle diminution ne se justifiât que par l'introduction de la révision 6A, qui, rappelons-le, sort du champ de l'AI les assurés victimes d'un syndrome sans pathogénèse ni étiologie claires et sans constat de déficit organique².

Quoi qu'il en soit, l'expertise médicale constitue le moment-clef de la procédure AI. C'est elle qui, en pratique, ouvrira ou n'ouvrira pas le droit à une rente. Si sa qualité est médiocre, la procédure sera irrémédiablement entachée.

En lisant le titre de mon exposé, vous avez certainement compris que nous allons entreprendre un voyage plutôt cahoteux. Cela relève en effet de la quadrature du cercle que de vouloir systématiser un domaine fort peu systématique. Pour amener tout le monde à bon port, je propose de passer par la méthode traditionnelle, qui consiste à partir des sources documentaires pour aboutir à une analyse des principes jurisprudentiels qui me semblent pertinents.

B. Les dispositions légales topiques et les lignes directrices (expertises psychiatriques)

1. Art. 44³ et 61 litt. c⁴ LPGA

L'art. 44 LPGA reconnaît l'expertise comme étant un moyen de preuve admissible dans les procédures concernant les assurances sociales. Il s'agit finalement d'une norme analogue à celles que l'on peut trouver dans d'autres procédures (pénale ou civile), qui admettent également le recours à un expert.

Quant à l'art. 61 litt. c LPGA, il instaure le principe de la libre appréciation des preuves en matières d'assurances sociales. A nouveau, il s'agit d'un principe général qui vaut également dans le procès pénal ou civil. Dans un système procédural moderne, il n'y a plus de place pour un système de preuve légale, comme cela était en particulier le cas avec les ordalies médiévales. Dans la pratique toutefois, nous verrons que, bien que notre loi prévoie une égalité entre les moyens de preuve, certains moyens sont plus égaux que d'autres.

2. Art. 59 al. 3 LAI⁵ et 72bis RAI⁶

L'art. 59 al. 3 LAI constitue la base légale qui permet aux Offices AI de faire appel à des experts pour élucider un cas.

Quant à l'art. 72 bis RAI, il règle la question des expertises pluridisciplinaires, comprenant trois ou plus de trois disciplines médicales. A noter qu'il ne concerne pas les expertises ne faisant appel qu'à un seul ou deux experts.

Il s'agit de la base légale qui a permis de concrétiser les lignes dégagées dans l'arrêt de principe du 28 juin 2011 publié aux ATF 137 V 210. Une des grandes avancées de cette disposition consiste à attribuer les expertises pluridisciplinaires sur le principe du hasard, par le biais de la plateforme SuisseMED@P⁷.

3. Lignes directrices de qualité des expertises psychiatriques dans le domaine de l'Assurance-invalidité (février 2012)⁸

Ces lignes directrices ont été émises par la Société suisse de psychiatrie et de psychothérapie. Elles ne constituent par définition pas un texte légal. Il n'en reste pas moins qu'elles fourmillent d'indications qui doivent permettre à un Office AI ou à une autorité judiciaire d'apprécier la valeur probante d'une expertise psychiatrique.

Sans vouloir entrer dans les détails, ces directives contiennent des indications sur le soin à apporter à l'entretien avec l'assuré (notamment durée et nombre de séances nécessaires). Sur la base de ces directives, j'ai pu faire écarter certaines expertises psychiatriques, car le psychiatre avait procédé à des entretiens lapidaires. En particulier, je me souviens d'une expertise qui remplissait tous les critères formels habituels, mais qui avait été établie sur la base d'un entretien de 45 minutes, montre en main. L'Office AI a accepté de baisser la garde lorsque j'ai mis le doigt sur cette façon peu académique de procéder de l'expert.

4. Excursus

Nous venons de nous référer aux différents textes concernant les expertises médicales ordonnées par l'administration ou le juge. Il ne faut toutefois pas confondre ces expertises avec d'autres moyens de preuve documentaires:

- Il est loisible à l'Office AI de requérir des rapports médicaux auprès des médecins traitants de l'assuré. Celui-ci peut en faire de même. Toutefois, ces rapports ne constituent nullement une expertise, puisqu'ils émanent d'un médecin directement impliqué.
- L'assuré peut mettre en place lui-même une expertise médicale. Il s'agit alors d'une expertise privée et non d'une expertise officielle.
- Enfin, l'Office AI peut demander également au Service médical régional (SMR) d'établir un rapport (art. 49 al. 2 RAI), qui ne suit pas les règles procédurales de l'expertise.

C. Les garanties procédurales octroyées par la jurisprudence

1. Le problème

L'Office AI est certes, à tout le moins sur le papier, une institution neutre, chargée d'instruire un dossier à charge et à décharge. Il devrait ainsi pouvoir ordonner des expertises ayant le même degré de preuve qu'une expertise judiciaire ordonnée dans un contexte de procédure civile ou pénale. Autrement dit, l'Office serait une sorte de tribunal.

Bien évidemment, de telles considérations vous feront sourire, car elles ne correspondent pas à votre vécu professionnel. On a plutôt l'impression de nos jours que les Offices entreprennent tout ce qui est en leur pouvoir pour ne pas délier les cordons de leurs bourses.

C'est ainsi qu'il a été nécessaire de créer des garde-fous. Le but est d'obtenir une expertise suffisamment crédible pour que l'on n'ait pas ensuite à la répéter systématiquement au stade du recours devant le Tribunal cantonal.

2. La solution du Tribunal fédéral

Dans l'arrêt de principe publié aux ATF 137 V 210, le Tribunal fédéral règle la procédure des expertises pluridisciplinaires comme suit:

- a. Les mandats d'expertise doivent être attribués de façon aléatoire, par le biais d'une plateforme informatique. Autrement dit, cela permet d'éviter le risque que l'on choisisse un expert à sa convenance.
- b. La différenciation entre les tarifs d'expertise doit être minimale. Il faut éviter un travail bâclé de l'expert à cause d'une problématique purement financière.
- c. Les exigences et le contrôle en matière de qualité doivent être améliorés.
- d. Les droits de participation des assurés doivent être renforcés:
 - En cas de désaccord, la décision d'ordonner une expertise doit être incidente et susceptible de recours.
 - Les droits préalables de participation des assurés doivent être respectés. Ainsi, l'assuré peut prendre position sur le type d'experts à engager et sur les questions qui devront être posées.

En résumé, on peut arriver à la conclusion que le Tribunal fédéral accorde à l'assuré les mêmes droits que ceux que l'on confère à un justiciable dans un procès civil ou pénal, tout en insistant sur la neutralité de l'expert, car l'on fait souvent appel aux mêmes experts. Cela est d'ailleurs compréhensible, puisque, dans un petit pays linguistiquement compartimenté, on ne peut trouver une kyrielle d'experts à disposition.

Cet arrêt a entraîné la modification de l'art. 72bis RAI, dont nous venons de parler.

Cette jurisprudence règle la question des expertises pluridisciplinaires. Qu'en est-il alors des expertises uni- ou bidisciplinaires ?

Le Tribunal fédéral a réglé cette question dans l'ATF 139 V 349:

- a. L'attribution des mandats d'expertise selon le principe aléatoire ne vaut que pour les expertises faisant appel à plus de deux experts.
- b. Par contre, tous les autres principes développés par l'ATF 137 V 210 restent valables.

3. Critique de la solution du Tribunal fédéral

Je suis d'avis que, dans ses grandes lignes, la solution du Tribunal fédéral est satisfaisante. J'émetts toutefois une critique par rapport au fait que l'on n'attribue pas les mandats d'expertise uni- ou bidisciplinaires selon le système aléatoire.

Mes objections sont les suivantes:

- a. L'Office AI qui ne voudrait pas respecter le principe d'attribution aléatoire, peut fort bien utiliser la tactique du salami. Ainsi, on peut ordonner des expertises l'une après l'autre, ce qui permet de faire appel aux experts susceptibles de bien arranger l'autorité concernée. Je ne dis pas que l'Office AI va agir de la sorte, mais le risque est présent.
- b. J'ai le souvenir de maints dossiers, où seule une expertise psychiatrique a été ordonnée. Or, à chaque fois, on fait appel, comme par un curieux hasard, au même psychiatre, qui a, pour ainsi dire, défrayé la chronique. Pour ce psychiatre, il n'y a jamais de trouble psychiatrique invalidant et j'ai même eu connaissance d'une affaire où ma cliente était considérée comme histrionique, alors qu'elle a fait un *tentamen* deux jours après son passage auprès de l'expert. Certes, les autres droits procéduraux de l'ATF 137 V 210 sont aussi valables dans ce genre d'affaire, mais il me semblerait difficile de trouver un motif de récusation d'un expert se fondant sur une autre affaire.

D. Problématique en relation avec le traitement jurisprudentiel des expertises médicales

1. Position du problème

Mis à part quelques critiques soulevées ci-avant en relation avec les expertises qui ne font pas appel à plus de deux experts, on pourrait aisément parvenir à la conclusion que tous les problèmes seraient désormais résolus.

Il n'en est malheureusement rien. Je me permets dès lors de vous décrire maintenant quelques problèmes que j'ai débusqués, références jurisprudentielles à l'appui. Ma liste n'est bien sûr pas exhaustive, mais exemplative.

2. L'expertise comme moyen de preuve quasi légal ou un nouvel Evangile

Cette thématique ressort notamment de l'ATF 125 V 351, qui n'est pas remis en cause par la nouvelle jurisprudence⁹. Ainsi, on continue d'admettre que l'expertise ordonnée par l'administration a une valeur probante accrue. En outre, les rapports des médecins traitants doivent être jugés avec prudence, car le rapport de confiance entre le patient et le médecin peut entraîner ce dernier à s'exprimer en faveur du premier, surtout si le cas est douteux.

Je n'hésite pas à affirmer que cette façon de voir les choses revient pratiquement à donner les pleins pouvoirs aux experts, si bien que l'expertise devient quasiment une ordalie moderne, l'expert se transformant en *deus ex machina*.

Bref, il suffit pratiquement que l'expertise soit bien rédigée et réponde aux questions posées pour qu'on l'assimile à une vérité que l'on ne saurait remettre en question.

Une telle façon de procéder n'est pas admissible:

- a. La médecine est un art et non une science exacte. Il n'est pas correct qu'un médecin ait une voix prépondérante sur ses pairs pour décider de l'incapacité professionnelle d'un assuré sans aucune justification.
- b. On ne voit pas pourquoi un médecin traitant serait par nature partial. Celui-ci dispose d'un diplôme semblable à celui de l'expert, à tout le moins s'il s'agit d'un spécialiste, si bien que l'on ne voit pas quelle raison il aurait de mettre en cause sa crédibilité professionnelle dans un cas donné.
- c. Une personne peut certes, dans l'absolu, avoir raison contre plusieurs autres. Il est toutefois peu probable qu'un expert seul puisse avoir raison contre plusieurs médecins traitants qui tirent tous la sonnette d'alarme. Dans ce cas de figure, il est choquant que l'on se cache derrière le paravent formel de l'expertise médicale. On ne saurait tout de même prétendre que tous les médecins auraient fomenté une conspiration contre l'Office AI. Un argument de pur fait permet d'écarter une telle volonté: les médecins étant surchargés, ils n'ont en tout cas pas d'intérêt à garder des patients captifs.
- d. Parfois, des assurés ont les moyens de diligenter une expertise privée. Or, face à des experts sérieux, on ne saurait écarter purement et simplement une expertise sur la base de simples critères formels. Tel est malheureusement bien trop souvent le cas.

3. Mise de côté systématique des évaluations extra-médicales

L'arrêt 9C_512/2013 confirme la jurisprudence antérieure¹⁰ selon laquelle *il appartient avant tout aux médecins, et non aux spécialistes de l'orientation professionnelle, de se prononcer sur la capacité de travail d'un assuré souffrant d'une atteinte à la santé et sur les éventuelles limitations résultant de celle-ci. Au regard de la collaboration, étroite, réciproque et complémentaire selon la jurisprudence, entre les médecins et les organes d'observation professionnelle, on ne saurait toutefois dénier toute valeur aux renseignements d'ordre professionnel recueillis à l'occasion d'un stage pratique pour apprécier la capacité résiduelle de travail de l'assuré en cause. Au contraire, dans les cas où l'appréciation d'observation professionnelle diverge sensiblement de l'appréciation médicale, il incombe à l'administration, respectivement au juge - conformément au principe de la libre appréciation des preuves - de confronter les deux évaluations et, au besoin de requérir un complément d'instruction (c 5.2.1).*

Il ressort de ce qui précède que l'on va confronter les opinions divergentes entre les médecins et les spécialistes de l'orientation. Néanmoins, dans la pratique, on finit presque toujours par se ranger à la notion d'invalidité médico-théorique retenue par le médecin en prétendant que d'autres facteurs ont été pris en compte par les spécialistes de l'orientation. Par exemple, on prétend couramment que c'est un manque de volonté de l'assuré qui l'empêche d'atteindre le taux de capacité médico-théorique établi par l'expertise médicale.

Or, si un médecin peut évaluer les limitations fonctionnelles d'un assuré, seule une évaluation *in situ* peut déterminer la capacité de travail résiduelle réelle. Dans la pratique, les conséquences dans le monde du travail sont bien plus importantes que celles constatées dans le cabinet médical et cela est logique: chez le médecin, on exécute le même geste une seule fois, alors que dans le COPAI, on le répète à répétitions, comme dans une situation professionnelle usuelle.

Cela étant, si je puis encore comprendre que l'on considère le médecin traitant comme moins neutre que l'expert désigné par l'administration, je ne vois pas comment on peut donner une moins grande valeur probante à un rapport d'orientation professionnelle, qui émane d'une instance administrative officielle.

A mon sens, une telle façon de procéder permet insidieusement de limiter le nombre des nouvelles rentes octroyées aux assurés AI. Une telle façon de procéder contredit la philosophie même de l'AI. Nous arrivons à un système qui n'a tout simplement plus aucune prise avec la réalité.

4. Le juge s'érige en médecin

Dans l'arrêt 9C_463/2013, le Tribunal fédéral estime que la question de savoir s'il existe un trouble somatoforme douloureux accompagné d'une comorbidité psychiatrique est une question de fait, pour laquelle le TF jouit d'une cognition limitée. Par contre, la question de savoir si la comorbidité psychiatrique (cf. ég. les autres critères de Foerster) est suffisamment intense pour parvenir à la conclusion qu'elle présente un caractère insurmontable est une question de droit soumise à sa libre cognition. C'est le juge qui doit trancher les questions juridiques et non le médecin. Ainsi, il peut arriver que l'appréciation de l'incapacité de travail par le médecin diverge de celle du juge, sans que l'expertise médicale ne perde de sa valeur probante (c. 2.2 et 4.2).

En clair, on arrive à la conclusion que l'on peut corriger l'invalidité médico-théorique retenue par l'expert, à la baisse bien évidemment, en considérant des questions sommes toutes médicales comme des questions juridiques. Ainsi, dans le cas de troubles physiques également, rien n'empêcherait dès lors un Tribunal d'estimer que, certes, un assuré subit une invalidité clairement établie par l'expert médical, mais que, "avec un peu de bonne volonté", il serait susceptible de travailler à un taux supérieur.

A mon sens, un tel empiètement de la part du juge sur la science médicale n'est pas acceptable: chacun son métier et les vaches seront bien gardées.

E. Conclusions et pistes

Le titre de mon exposé correspond à la réalité: l'expertise médicale en matière AI est un véritable serpent de mer. Je dirais même qu'il s'agit d'un serpent qui se mord la queue. En effet, bien que le Tribunal fédéral ait établi des lignes directrices, on constate que l'on est loin d'être sorti de l'impasse.

Toutefois, mon tempérament conquérant m'empêche d'accepter d'être face à un mur et je me permets de dégager quelques pistes permettant de surmonter cet obstacle:

1. Une bonne nouvelle: un simple rapport du SMR n'est pas suffisant pour supprimer une rente. Dans ce cas de figure, l'assuré peut réclamer en principe une expertise pluridisciplinaire¹¹. Il s'agit d'un cas où la limitation du principe de la libre appréciation des preuves bénéficie à l'assuré.
2. Dans les cas d'expertises psychiatriques, il n'est pas rare que l'on puisse se prévaloir d'un travail bâclé en se référant aux directives SSPP citées ci-avant. En particulier, si un assuré est reçu de manière lapidaire par l'expert, cela doit permettre, à mon avis, d'écarter l'expertise en d'en solliciter une nouvelle.

Ce type de grief permet de faire écarter un nombre considérable d'expertises, étant relevé que c'est souvent dans le domaine psychiatrique que les expertises sont problématiques.

3. Lorsqu'une évaluation professionnelle diverge profondément d'une expertise, il y a lieu d'exiger un échange de vues. Même si l'évaluation médico-théorique prend le pas sur l'orientation professionnelle, il n'en reste pas moins qu'il n'est pas admissible que deux rapports aux conclusions diamétralement opposées figurent dans le dossier, sans aucune confrontation. Si cette confrontation est exigée, on peut espérer que l'expert, à l'aide d'arguments plus pratiques, modifie ses conclusions. Du côté de l'assuré, on peut aussi alléguer que l'évaluation médico-théorique n'a aucun substrat, notamment en relation avec la notion de marché équilibré du travail.

Les voies restent malheureusement étroites. En-dehors de toute considération politique, il est loisible au législateur de limiter le catalogue des prestations sociales. Théoriquement, on pourrait même abroger la LAI. Encore faut-il être transparent. Or, à l'heure actuelle, sans qu'on le dise vraiment, on réduit peu à peu le catalogue des invalidités prises en charge par

l'AI. Plutôt qu'une action par la petite porte, je trouverais préférable que l'on agisse en plein jour.

¹ Consultable sur www.bsv.admin.ch

² Let. a ch. 1 des dispositions finales de la modification du 18 mars 2011 (6e révision de l'AI, premier volet)

³ *Si l'assureur doit recourir aux services d'un expert indépendant pour élucider les faits, il donne connaissance du nom de celui-ci aux parties. Celles-ci peuvent récuser l'expert pour des raisons pertinentes et présenter des contre-propositions.*

⁴ *Le tribunal établit avec la collaboration des parties les faits déterminants pour la solution du litige; il administre les preuves nécessaires et les apprécie librement.*

⁵ *Les offices AI peuvent faire appel à des spécialistes de l'aide privée aux invalides, à des experts, aux centres d'observation médicale et professionnelle ainsi qu'aux organes d'autres assurances sociales.*

⁶ ¹ *Les expertises comprenant trois ou plus de trois disciplines médicales doivent se dérouler auprès d'un centre d'expertises médicales lié à l'office fédéral par une convention.*

² *L'attribution du mandat d'expertise doit se faire de manière aléatoire.*

⁷ www.suissemedap.ch

⁸ <http://www.ivsk.ch/mm/Lignes-directrices-expertises-psychiatriques-SSPP.pdf>

⁹ ATF 137 V 310, c. 1.1

¹⁰ ATF 117 V 17, c. 2b

¹¹ ATF 139 V 547, c. 10.2