



Expertises de l'AI – Une prise de position commune

A. Introduction

Les offices AI sont tenus, conformément au devoir de leur charge, de prendre les mesures d'instruction nécessaires sans être liés par les demandes des parties¹. L'assurance-invalidité commande chaque année des milliers d'expertises médicales en vue de ces instructions. Une partie de ce marché permet à de nombreux instituts d'expertise privés de se financer grâce à un volume de mandats qui peut atteindre plusieurs millions de francs par année².

L'OFAS n'a pratiquement pas de contrôle de ce marché en expansion. Font notamment défaut, un règlement en matière de procédure d'attribution des mandats, un système de contrôle indépendant et une gestion de la qualité indépendante³.

Les tribunaux, quant à eux, ne contrôlent pas non plus de manière détaillée les expertises établies par des spécialistes externes, mais ils confèrent pleine valeur probante aux expertises tant qu'il n'y a „pas d'indices concrets qui plaident en défaveur de leur fiabilité“⁴. Cela explique l'importance souvent décisive accordée aux expertises médicales dans la procédure de l'AI.

Compte tenu de la dépendance économique unilatérale des instituts d'expertise médicale et de certains experts, d'une part, et du manque de contrôle, d'autre part, les règles existantes ne garantissent plus l'équité dans la procédure de l'AI. Il est donc nécessaire de doter ce domaine d'un règlement plus circonstancié.

Les services de consultation juridique des organisations du domaine du handicap citées dans l'entête se voient souvent confrontés à des questions ayant trait aux expertises. C'est pourquoi un groupe de juristes rattachés à ces organisations a décidé d'étudier ce thème de manière approfondie et d'élaborer des pistes de solutions, proposées ci-après⁵.

¹ Maxime concernant l'instruction, art. 43 LPGA

² Les mandats d'expertise que confère l'AI à des centres d'observation médicale (COMAI) sont indemnisés au prix forfaitaire de FrS 9'000.-. En 2006, un nombre total de 4475 expertises a été réalisé, ce qui correspond à un volume de près de FrS 40 millions. En 2007: 4204 expertises (FrS 37.8 mio.) et en 2008: 3939 expertises (FrS 35.4 mio.) [Source: OFAS].

³ 65% des expertises médicales sont d'une qualité insuffisante. (Dr Meine J.; „L'expertise médicale en Suisse: satisfait-elle aux exigences de qualité actuelles?“ RSA, 1999; p. 37 ss.)

⁴ Cf. p. ex.: ATF 125 V 351 consid. 3b/bb, p. 353 avec des indications complémentaires. Les expertises effectuées par les *services internes des assurances* sont évaluées différemment: [Trad.] „S'il existe le moindre doute quant à la fiabilité et la pertinence des constatations faites par les services médicaux internes des assurances, il convient de procéder à des clarifications complémentaires“ (ATF 122 V 157 consid. 1d).

⁵ Les membres de ce groupe de travail et auteurs de la prise de position sont: Georges Pestalozzi et Lotti Sigg (Intégration Handicap), Anna Arquint (Forum Handicap), Christoph Lüthy (Pro Mente Sana), Elisabeth Scherwey (Union suisse des paraplégiques), Daniel

B. Indépendance des experts

Le législateur ne règle l'indépendance des experts que de manière rudimentaire⁶; quant à la jurisprudence, elle a omis jusqu'ici de mettre en place, indépendamment des cas d'espèce, des critères ayant une validité générale. Dans de nombreux jugements, le Tribunal fédéral a très généreusement admis l'indépendance des expertises⁷, en estimant que seule est déterminante l'indépendance de l'expert par rapport au mandant, tant sur le plan matériel que sur le fond. Cette indépendance, a-t-il précisé, peut également exister dans le cadre d'un rapport de travail⁸ ou même lorsqu'un expert tire son revenu exclusivement de son activité d'expert.

Dans un sens strictement juridique, il est correct d'affirmer que les experts sont „indépendants“ vu que les assurances, dans leur rôle d'employeurs, ne peuvent que formuler les questions concernant l'expertise et qu'elles n'ont pas le droit de donner des directives à leurs mandataires quant à la manière dont ils doivent y répondre. Or, il est naïf de supposer que l'absence de pouvoir de prescrire permet à elle seule de garantir l'indépendance des experts. La question de la dépendance économique est tout aussi significative: lorsqu'un expert vit de son activité d'expert à plus de 50% et qu'il reçoit le 80% de ses mandats de la part des offices AI, il ne pourra pas se permettre de fournir de manière répétée des évaluations dont résulteront des prestations élevées à la charge de ses mandants. S'il le fait, il risque que les offices AI, soumis à une pression économique, ne lui confient plus de mandats, lui préférant d'autres experts davantage disposés à répondre à leurs attentes. L'existence d'un rapport de dépendance susceptible d'influer sur le résultat de l'expertise paraît donc évidente.

Il est surprenant que la jurisprudence ne soit jusqu'à ce jour pas intervenue pour corriger cette situation. Et ce d'autant plus qu'elle attribue le plus souvent une valeur moindre p. ex. aux évaluations des médecins traitants, eu égard à leur position de confiance découlant du droit du mandat (et par conséquent également à l'aspect de la dépendance financière).

La situation actuelle pose également problème sous l'angle de la légalité. Les expertises médicales fournissent une évaluation des questions élémentaires concernant le droit à des prestations d'assurance, en préjugant ainsi dans une large mesure des décisions des tribunaux. La problé-

Schilliger (Procap), Werner Kupferschmid (Kupferschmid Hafen Umhang, bureau d'avocats). Le document de prise de position a été adopté le 08.02.2010.

⁶ Cependant, en vertu de l'art. 44 LPGA, l'assureur doit préalablement donner connaissance du nom de l'expert aux parties. Celles-ci peuvent récuser l'expert pour des raisons pertinentes et présenter des contre-propositions. Comme mentionné sous la note de bas de page n° 7, les „raisons pertinentes (de récusation)“ ne sont que rarement acceptées (p. ex. en cas de liens de parenté entre la personne assurée et l'expert). Dans le domaine de l'assurance-invalidité, les contre-propositions ne sont pratiquement jamais prises en considération.

⁷ I 1051/06: La concertation téléphonique et la discussion matérielle du cas entre le médecin du SMR et l'expert justifient la méfiance à l'égard de l'indépendance de l'expert; 122 V 157: Il est en principe admis que l'administration et les juges des tribunaux des assurances sociales fondent leur décision exclusivement sur des documents internes à l'assurance; 125 V 351: Le seul fait que le médecin mandaté soit lié à l'assurance par un contrat de travail ne permet pas de conclure automatiquement à un manque d'objectivité et à une attitude partielle de sa part; I 745/03: Sont admissibles, les motifs de récusation légaux (art. 36, 44 LPGA); le fait qu'une personne ait déjà été évaluée par un expert dont elle estime ne pas avoir été prise au sérieux ne constitue pas un motif de récusation recevable. Un médecin ayant par le passé rédigé une expertise jugée insuffisamment concluante par le TFA ne peut pas, sur cette base, être récusé pour motif de partialité. Le fait qu'un expert effectue régulièrement des expertises pour le compte de l'AI, même s'il devait tirer son revenu exclusivement de ses mandats d'expertise, n'est pas considéré comme un motif de récusation valable (cf. 122 V 157, 123 V 175, 132 V 376).

⁸ Le fait de supposer, tant sur le plan matériel que sur le fond, l'existence d'une *indépendance* par rapport au mandant contredit l'art. 319 ss CO. La *dépendance* par rapport au mandant constitue justement une caractéristique principale de l'existence d'un rapport de travail.

matique est en outre accentuée par le fait que les tribunaux se fondent en général sur les expertises sans les vérifier plus en détails. En forçant quelque peu le trait, on peut affirmer que les expertises ont aujourd'hui quasiment un statut de jugements et les experts un statut de juges.

Un des principes les plus importants sur le plan de la légalité réside dans l'indépendance des tribunaux. Il serait inimaginable que les tribunaux et les juges soient unilatéralement choisis et financés par les parties à la procédure. Or, c'est précisément ce qui se passe pour les expertises et les experts: l'AI décide seule quels instituts resp. quels experts sont mandatés. Tant que les experts préjugent de fait des décisions qui sont prises, l'indépendance des expertises – un principe inscrit dans la loi depuis longtemps – doit être enfin systématiquement mise en œuvre et contrôlée.

Pistes de solutions:

limiter la part de l'activité des experts par rapport à leur activité globale

Une avancée importante vers davantage d'indépendance pourrait être réalisée si l'on déterminait que l'activité d'un expert doit être composée d'une certaine part de soins et que son activité d'expert ne peut être supérieure à un certain pourcentage (p. ex. 50%). Ce règlement ne devrait pas s'appliquer qu'aux experts à titre individuel, mais également à tous les médecins des COMAI qui pratiquent des expertises. Cela permettrait du moins de créer une situation où la dépendance économique des experts par rapport à leurs mandants n'est plus totale, mais seulement partielle. Parallèlement, le fait qu'un expert garde une activité de soins garantit que ses évaluations d'expertise ne soient pas exclusivement théoriques et déconnectées de la pratique; cela contribuerait à augmenter la qualité des expertises.

Attribution des mandats d'expertise par une instance centrale

Une réelle indépendance ne peut être obtenue que si les mandats d'expertise médicale ne sont pas conférés aux experts directement par les assurances (p. ex. les offices AI), mais par une instance centrale qui bénéficie d'un large appui de la part de ses organes de gestion. Selon ce modèle, l'ensemble des experts et des instituts d'expertises font partie d'un pool. Les assurances annoncent leurs mandats à l'instance centrale. C'est une commission spécialisée indépendante, composée en premier lieu de médecins (et, le cas échéant, d'un représentant des assureurs et des assurés), qui est chargée de déterminer, selon des critères exclusivement matériels, l'expert ou l'institut d'expertise à mandater. Cette instance remplit en outre une fonction de contrôle de la qualité (cf. les propositions détaillées à cet égard sous la lettre D). Ce modèle permettrait d'éviter que des experts soient choisis pour la seule raison qu'ils sont connus pour satisfaire au plus près les attentes des assurances (en matière de conclusions de l'expertise). Le choix des experts ne serait ainsi guidé que par le critère de la compétence et, le cas échéant, de la disponibilité. Dans un deuxième temps, la personne assurée doit avoir le droit, comme auparavant, de formuler des motifs de récusation à l'égard de l'expert proposé (cf. p. 5).

C. Pratique en matière d'expertises

C.1. Aspects formels

L'expert à titre personnel

Conformément à l'art. 44 LPGA, il existe la possibilité de refuser un expert pour des motifs pertinents. Or, la pratique en fait une interprétation très restrictive en n'admettant pratiquement que les motifs de récusation énumérés dans la loi: intérêt personnel dans l'affaire ou partialité (art. 36 LPGA, cf. à ce propos les explications sous nbp 6). Elle ne respecte ainsi pas suffisamment le droit de l'assuré à une expertise équitable.

Pistes de solutions:

Les motifs de récusation légaux selon l'art. 36 al. 1 LPGA doivent être élargis dans la pratique en se basant sur l'art. 44 LPGA, de sorte à ce que la personne assurée se voie accorder la possibilité de faire valoir, outre les motifs de récusation actuels, d'autres motifs importants qui suscitent des doutes quant au caractère équitable d'une évaluation. Par exemple, la pratique doit également admettre des motifs de récusation liés à l'appartenance sexuelle de l'expert (une femme ayant subi des abus sexuels ne peut être évaluée par un homme) ou d'ordre ethnique (suivant les circonstances, une femme Serbe ne pourra être évaluée par un expert d'origine bosniaque).

Par ailleurs, l'expert doit obligatoirement pouvoir attester d'un titre FMH ainsi que d'un titre de spécialisation dans le domaine médical dont traite l'expertise à réaliser.

Ce procédé s'applique également aux expertises réalisées sur la seule base du dossier, celles-ci pouvant avoir – selon le Tribunal fédéral – entière valeur probante.

Participation au questionnaire

Les offices AI dictent en général les questions auxquelles les experts sont priés de répondre. La personne assurée et ses représentants légaux n'ont pas la possibilité – contrairement à ce qui se pratique dans l'assurance-accidents – de poser ou de proposer des questions complémentaires à l'expert.

Cette pratique enfreint le principe de la parité des armes, selon lequel les deux parties bénéficient des mêmes droits. En outre, le questionnaire de l'AI est incomplet (p. ex. en cas de révision de prestations en cours), et il contient en outre souvent des questions non pertinentes.

Pistes de solutions:

Les questions doivent être adaptées au cas d'espèce. Cela n'est possible que si les parties et leurs représentants ont la possibilité de participer à la formulation de ces questions, portant p. ex. sur le domaine de l'activité lucrative indépendante, lors de révisions et concernant la situation concrète de travail.

Délais d'attente de l'expertise trop longs

L'attente de la date d'expertise, pouvant durer des mois dans de nombreux cas, est humainement indigne vu qu'il ne se passe souvent absolument rien pendant cette période durant laquelle l'état de santé de la personne assurée risque de se chroniciser.

Pistes de solution:

Il est indispensable d'édicter des consignes temporelles au sujet des expertises à effectuer et, en cas de non respect répété de celles-ci, de mandater d'autres instituts. Le délai d'attente ne doit pas excéder trois mois.

Délai entre l'expertise et la rédaction du document d'expertise

Il est fréquent que plusieurs mois s'écoulent entre l'expertise et la rédaction de celle-ci. Dans ces conditions, il n'est plus guère possible de rendre avec fidélité les constatations faites au moment de l'expertise. Le risque d'erreurs lors de la prise en considération de notes manuscrites rudimentaires est en effet important.

Pistes de solutions:

Il convient de fixer un délai ayant caractère obligatoire d'un mois au maximum. Si ce délai n'est pas respecté de façon répétée, l'institut en question ne doit plus être mandaté.

C.2. Aspects liés au contenu

Documentation du nombre, de la durée et du genre des examens d'expertise

L'état de santé notamment des personnes ayant une maladie psychique et de celles souffrant de douleurs chroniques peut être soumis à d'importantes fluctuations. Un seul examen d'expertise ne suffit pas pour évaluer correctement l'état de santé de ces personnes. L'expert doit se pencher sur l'évolution à long terme de leur atteinte à la santé. Cela nécessite de la part de l'expert qu'il étudie en profondeur l'évaluation faite par le médecin traitant (cf. ci-après). Celle-ci doit, le cas échéant, être complétée par plusieurs examens d'expertise pratiqués à divers moments de la journée, ou remplacée si la personne assurée n'est pas suivie à long terme par un ou plusieurs médecins traitants.

La manière dont l'expert examine l'évolution à long terme doit être consignée et motivée dans l'expertise⁹.

Les différents examens pratiqués par l'expert sont souvent étonnamment brefs; il semblerait même qu'ils soient parfois plus courts qu'indiqué dans l'expertise. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral a

⁹ Dans son jugement 9C_24/2008 du 27 mai 2008, consid. 2.3.2, le Tribunal fédéral estime que l'on ne peut exclure que la réalisation d'un seul examen d'expertise laisse des aspects essentiels non identifiés.

refusé de fixer la durée minimale d'une expertise; or, les services de l'administration ou le tribunal doivent connaître la durée des examens lorsqu'ils jugent la valeur probante d'une expertise.¹⁰

Une tâche de l'expert consiste à établir l'anamnèse (genre, apparition et évolution des troubles de la santé, ce qui inclut également le fait de noter les troubles subjectifs signalés par le patient). Le document d'expertise fait souvent état d'une longue anamnèse, alors que la personne examinée déclare n'avoir pratiquement pas été interrogée au sujet de ses troubles. Manifestement, l'anamnèse est parfois établie sur la seule base de documents antérieurs, si bien que les troubles actuels du patient ne sont pas pris en considération.

Pistes de solutions:

Afin de pouvoir vérifier les aspects mentionnés ci-dessus, toute expertise doit indiquer le nombre de consultations effectuées, ainsi que leur durée. Si d'autres examens ont été pratiqués en plus de l'entretien (p. ex. des tests, etc.), l'indication de la durée doit être précisée selon qu'elle concerne l'entretien ou les tests¹¹. D'autre part, il convient de spécifier quelles questions relatives à l'anamnèse (notamment concernant la description des troubles) ont été posées au moment de l'examen d'expertise, resp. quelles réponses ont été données.

Prise en compte de l'évaluation du médecin traitant

Dans le cas d'une personne ayant une maladie psychique, un seul examen ne permet pas à l'expert de se rendre correctement compte de l'évolution de la pathologie. C'est le médecin traitant qui est l'expert en ce qui concerne l'évolution de la maladie à long terme. Par conséquent, il est indispensable que l'expert prenne en compte toute l'étendue de l'évaluation fournie par le médecin traitant. Les rapport établis par les médecins traitants s'avèrent malheureusement souvent rudimentaires, entre autres faute de rémunération adéquate¹².

Pistes de solutions:

L'expert doit prendre contact avec le médecin traitant. Dans le document d'expertise, il ne doit pas se contenter d'un résumé de l'évaluation faite par le médecin traitant, mais il doit en présenter une discussion. Si l'expert se fait une opinion qui diverge de celle du médecin traitant, il doit la motiver de façon détaillée.

¹⁰ Dans son jugement I 1094/06 du 14 novembre 2007, le Tribunal fédéral se penche sur la valeur probante d'une expertise psychiatrique réalisée à l'intention de l'AI qui, selon les déclarations de la personne assurée, aurait duré 20 minutes. Le tribunal précise que l'on ne peut définir de cadre temporel général étant donné que l'investissement nécessaire en temps dépend de la question posée. Or, le Tribunal fédéral se prononce néanmoins sur la durée minimale d'une expertise du point de vue de son contenu lorsqu'il précise ceci: [Trad.] „Dans une procédure pénale, le Tribunal fédéral a estimé, en se référant à une expertise judiciaire portant sur la question de la responsabilité, qu'un examen d'une ou de deux heures n'est guère suffisant pour évaluer correctement et soigneusement une personne que l'on ne connaissait pas préalablement ... Cette appréciation peut être appliquée en analogie au contexte assésurologique dont il s'agit dans le présent cas.“ (consid. 3.1.1.)

¹¹ Cela va vraisemblablement dans le sens du Tribunal fédéral. Celui-ci s'interroge comme suit au sujet du problème de la valeur probante concernant la durée de l'entretien d'exploration: [Trad.] „Dans ces circonstances,“ (il entend par là qu'un accompagnement de la personne examinée par un avocat est exclu) „il conviendrait en fait d'examiner la question de savoir s'il ne faudrait pas exiger des instituts d'expertise qu'ils fassent connaître la durée de l'examen resp. de l'entretien“.

¹² La rémunération par l'AI des rapports médicaux établis par les médecins traitants à l'intention de l'AI est très insuffisante. Il n'est pas acceptable que les faits concernant l'évolution à long terme ne soient documentés dans le dossier de manière complète que si le médecin traitant est disposé à effectuer ce travail sans rémunération. C'est pourquoi les tarifs AI pour les rapports médicaux devraient être sensiblement augmentés.

Documentation nuancée des facteurs psychosociaux

Dans l'ATF 127 V 294 ss consid. 5 datant de 2001, le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la manière dont les facteurs psychosociaux (p. ex. perte de l'emploi, d'une personne proche, divorce) et socioculturels (p. ex. immigration dans un milieu culturel inconnu) doivent être considérés sur le plan juridique.

Selon cette prise de position, une restriction de la capacité de gain ne peut donner droit à des prestations de l'AI que si elle résulte d'une atteinte à la santé pouvant être rattachée à un diagnostic faisant partie d'un système diagnostique reconnu tel que la CIM-10. En revanche, si la restriction est exclusivement imputable à des facteurs psychosociaux, en l'absence d'une atteinte à la santé reconnue, elle n'est pas assurée par l'AI. Si des facteurs psychosociaux contribuent au tableau clinique, cela nécessite l'existence d'une maladie psychique s'étant autonomisée par rapport à ces facteurs.

Il convient donc de distinguer entre les facteurs psychosociaux qui sont à l'origine d'une atteinte à la santé ou qui en résultent, et de tels facteurs qui - indépendamment d'une pathologie - influent sur la capacité de gain d'une personne. Pour ce qui concerne les facteurs psychosociaux (co-) responsables d'une maladie psychique, il s'agit de déterminer si la maladie s'est autonomisée par rapport à ces causes ou non. C'est de ces distinctions que dépend le droit à des prestations de l'AI.

Dans la pratique, la recherche de ces distinctions n'est souvent pas suffisamment détaillée. On trouve par exemple la question suivante dans de nombreux questionnaires standards des offices AI: *Veillez indiquer avec précision quelle est la part, le cas échéant, de l'incapacité de travail attestée qui est imputable aux troubles psychiques ayant valeur pathologique, et quelle est la part imputable aux facteurs psychosociaux.* Cette question suppose que les facteurs psychosociaux n'ont pas de rapport avec la maladie; elle néglige le fait que ceux-ci peuvent être la cause ou la conséquence de la maladie et, par conséquent, qu'ils ne peuvent en être abstraits. Sans examen approfondi, il arrive malheureusement souvent, lorsque l'expertise fait état d'un grand nombre de facteurs psychosociaux, que la présence d'une maladie psychique autonomisée soit exclue.

Pistes de solutions:

- Dans la mesure où l'AI pose des questions concernant les facteurs psychosociaux, celles-ci doivent être formulées de manière plus nuancée. Ainsi, il convient de poser la question de savoir si ces facteurs sont la cause ou la conséquence de la maladie et, d'autre part, si – en cas de facteurs psychosociaux (co-)responsables de la maladie psychique – la maladie s'est autonomisée par rapport à ces facteurs.
- L'expert doit développer avec précision pourquoi la personne assurée décompense dans des situations de contraintes psychosociales ou, à l'inverse, pourquoi elle n'est pas fragilisée au niveau de sa personnalité resp. de l'organisation de son moi et qu'elle devrait donc pouvoir surmonter ces contraintes.
- Lors de tout énoncé concernant les facteurs psychosociaux, l'expert doit veiller à accorder une place centrale à la constatation des symptômes et au diagnostic d'une maladie psychique.

Si l'expert tient compte de ces aspects, cela permet d'obtenir le matériel nécessaire pour permettre à l'administration, au tribunal et à la personne assurée d'évaluer et de classer les questions psychosociales posées dans le cas d'espèce de façon à être conformes à la méthodologie juridique.

Déclarations sur la capacité de travail basées sur les évaluations professionnelles et les profils d'exigences des postes de travail

L'expert doit se prononcer sur la capacité de travail de la personne assurée. Dans cette perspective, l'évaluation devrait tenir compte de l'environnement de travail; or, tel n'est pas le cas. Les personnes assurées se présentent au rendez-vous d'expertise en étant détendues, libres de contraintes supplémentaires et souvent après avoir pris une médication d'appoint. Ce genre d'expertises purement médico-théoriques réalisées dans un cadre sans contraintes donnent une image faussée de la capacité de travail des assurés; les exigences liées à un poste de travail ne peuvent en effet pas être correctement évaluées dans ces conditions.

Dans certains jugements, le Tribunal fédéral a du moins exigé que les experts étudient les résultats des évaluations professionnelles¹³. Or, de nombreuses expertises continuent d'être établies sans que ces éléments ne soient pris en compte.

Il n'existe en outre pas de pratique qui exige une évaluation professionnelle dans le but de déterminer la capacité de travail, bien qu'une telle évaluation professionnelle, basée sur une observation de plusieurs semaines dans des situations contraignantes très diverses, soit plus éloquente qu'une expertise d'une heure dans un cadre non contraignant.

Les profils d'exigences proposés par les experts sont en partie irréalistes et guère praticables, comme p. ex. celui-ci: "*Activité légère dans un poste de travail non stressant, permettant d'alterner les charges et d'organiser librement le temps de travail entrecoupé de pauses toutes les heures*".

Pistes de solutions:

Les conditions suivantes doivent être remplies afin qu'une expertise fournisse une évaluation objectivement justifiée et praticable de la capacité de travail:

- Si le dossier à disposition de l'expert contient un rapport sur une évaluation professionnelle actuelle (le cas échéant sous forme de résultats satisfaisants d'un essai de travail ou d'indications suffisantes d'un employeur), l'expert doit l'étudier de manière approfondie dans sa prise de position sur la capacité de travail.
- Si le dossier ne contient pas de telles indications et que l'expert estime que l'assuré présente une capacité de travail résiduelle importante, l'office AI doit demander une évaluation professionnelle à un mandataire; l'expert peut se prononcer sur les résultats de cette évaluation.
- Lorsque l'expert prend position sur l'activité jusqu'ici exercée par l'assuré, il doit en avoir une connaissance précise. Il doit interroger l'assuré de manière détaillée sur les exigences de son poste de travail habituel ainsi que les problèmes qu'il y a rencontrés.
- Si l'expert estime que des possibilités de travail alternatives sont envisageables, il doit faire savoir ce qu'il entend concrètement par là. Il doit clairement décrire les capacités dont l'assuré

¹³ Dans le jugement 9C_833/2007 du 4 juillet 2008, reproduit en partie dans Plaidoyer 1/09 p. 71 et suiv. (all.), le Tribunal fédéral critique une pratique des tribunaux qui omet de prendre en compte les rapports d'évaluation professionnelle disponibles, en se basant sur la seule expertise. Il estime certes que l'évaluation définitive des capacités fonctionnelles incombe au médecin et non aux spécialistes d'orientation professionnelle ou de réadaptation professionnelle. Or, [Trad.] „Eu égard à la collaboration entre les médecins et les spécialistes d'orientation professionnelle qui, selon la jurisprudence, doit être étroite et complémentaire, ... l'on ne peut toutefois dénier toute pertinence en matière d'appréciation de la capacité résiduelle de travail à une évaluation axée concrètement sur le rendement“.

dispose selon lui, ainsi que les contraintes temporelles, physiques et mentales que celui-ci peut assumer de façon durable. Les capacités de travail fluctuantes notamment des personnes ayant une maladie psychique doivent être décrites en détails et prises en considération.

- Si l'expert se prononce sur des activités alternatives concrètement envisageables, il doit obligatoirement être en possession du profil d'exigence de la profession en question et en fournir une description dans le document d'expertise.

Discussion nuancée du fait d'exiger de l'assuré de surmonter les conséquences d'une maladie

Selon l'art. 7 al. 2, 2^o phrase, LPGA, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable. L'expert doit donc examiner si l'on peut raisonnablement exiger de l'assuré qu'il exerce une activité lucrative malgré sa maladie. En cas de maladie somatoforme, il existe des critères – même critiquables – quant à l'exigence de la surmontabilité. S'agissant d'autres pathologies, on tend - pratiquement sans justification et de manière arbitraire - à considérer l'exigence comme avérée ou non avérée.

Pistes de solutions:

Il est central pour l'évaluation juridique que l'expertise se prononce sur l'exigibilité de façon détaillée et nuancée¹⁴. Il convient notamment de présenter logiquement quelles sont les capacités concernées par un trouble psychopathologique et quelles sont les restrictions qui en résultent du point de vue de la capacité de travail. Sur cette base, il convient de motiver, compte tenu des ressources personnelles de la personne assurée, dans quelle mesure on peut raisonnablement attendre d'elle qu'elle surmonte les restrictions subies en raison de sa maladie. Pour ce faire, il convient de se baser sur des expériences concluantes faites par l'assuré dans des activités exercées. Les pistes de solutions proposées dans le chapitre précédent „Déclarations sur la capacité de travail...“ sont, là aussi, à prendre en considération.

Les critères mis en œuvre à des fins de plausibilisation doivent être mentionnés en citant la source.

Approche divergente du contenu et de la forme de traitement

Malgré des déclarations contraires de l'OFAS¹⁵, il arrive régulièrement que des offices AI, se référant à des indications qui se trouvent dans l'expertise et à l'obligation de limiter le préjudice, donnent des instructions à l'assuré quant au type de traitement et/ou à la qualification du thérapeute (p. ex. un médecin au lieu d'une psychologue).

¹⁴ Les exigences suivantes ont pour partie d'ores et déjà été posées par Mosimann/Ebner dans RSAS 52/2008 p. 538 s.

¹⁵ La responsable du secteur médecine dans le domaine de la surveillance AI de l'OFAS, Madame Dr Inès Rajower, a déjà constaté dans une lettre à Pro Mente Sana du 20 octobre 2006, que l'OFAS est en principe d'avis [Trad.] „que le choix concret de la méthode thérapeutique incombe aux médecins traitants“ et que l'OFAS informe les SMR partout en Suisse „qu'ils sont priés, en cas de limitation du préjudice, de renoncer à recommander ou à prescrire une méthode thérapeutique spécifique“. Elle a confirmé cette position oralement lors du „Sounding Board IV“ de l'OFAS du 30 octobre 2008.

De telles directives constituent une ingérence exagérée dans la relation médecin-patient; le contenu et la forme du traitement ne regardent en effet que le patient et son médecin traitant. Il n'est pas possible, lors d'une brève expertise, de déterminer le contenu et la forme d'un traitement selon les règles de l'art médical. En outre, les propositions thérapeutiques doivent pouvoir être vérifiées en permanence et, le cas échéant, adaptées aux circonstances changeantes, ce que seul le médecin traitant est en mesure de faire. Enfin, un traitement ne peut réussir que s'il est assumé par le médecin traitant. Dans le cas contraire, le médecin traitant risque même, s'il suit ces directives, une procédure pour manquement à l'obligation de vigilance. En Suisse, il n'existe pas de lignes directrices en matière de traitements ayant une validité générale; de telles directives ne sont d'ailleurs pas applicables telles quelles au cas d'espèce.

Pistes de solutions:

- Si l'approche de l'expert concernant le traitement diverge de celle du médecin traitant, elle doit en tous les cas n'avoir qu'un caractère de proposition.
- Des approches divergentes de l'expert en matière de traitement ne doivent pas être mentionnées dans l'expertise sans que l'expert n'en ait préalablement parlé avec le médecin traitant.
- Si les approches restent divergentes et que celle de l'expert est mentionnée dans l'expertise, le médecin traitant doit pouvoir prendre position au sujet de celle-ci.

D. Contrôle et évaluation

Si l'on veut que les expertises médicales atteignent un haut niveau qualitatif et que les personnes assurées soient évaluées de manière équitable, il est non seulement nécessaire d'adopter des standards en matière de choix des experts et de déroulement des expertises, mais aussi d'en assurer la qualité par un contrôle et une évaluation systématique.

Aujourd'hui, les contrôles dans l'AI ont lieu occasionnellement et non systématiquement. Ils sont effectués en premier lieu par les SMR (demandes et évaluations des expertises, rapport au service de l'AI). Pour les SMR, qui font partie de l'administration de l'AI, il est toutefois difficile de garder la distance critique nécessaire par rapport à une expertise qu'ils ont eux-mêmes demandée. Un certain contrôle s'opère par les juges dans le cadre des procédures de recours. Cependant, les juges, n'étant pas experts en médecine, tendent à appuyer les expertises dès que celles-ci satisfont aux critères formels d'usage dans la pratique. Il est par ailleurs problématique de vouloir faire endosser la charge de contrôle aux seuls tribunaux: cela revient en effet à promouvoir la tendance, souvent déplorée, à contester toute décision défavorable des offices AI. D'autre part, l'inégalité de traitement entre les assurés qui se font assister juridiquement et ceux qui ne le font pas par maladresse ou faute de moyens financiers s'en retrouve renforcée.

Si l'on envisage de conférer, à l'avenir, un rôle important au contrôle du cas d'espèce, il est essentiel pour la garantie et l'amélioration de la qualité de prévoir des **instruments destinés à systématiser l'évaluation périodique des expertises**.

Pistes de solutions:

Sondage auprès des personnes évaluées à l'aide d'un questionnaire

Après l'examen d'expertise, les assurés reçoivent un questionnaire qu'ils sont invités à remplir, avant de connaître le document d'expertise, et à remettre à l'office AI dans un délai de 15 jours. Ce questionnaire ne doit porter que sur la manière dont l'expertise a été réalisée (durée de l'examen, prise au sérieux, attitude correcte). Le questionnaire a, d'une part, un effet préventif (les experts savent que l'office AI aura des retours) et, d'autre part, les mandants (offices AI et SMR, éventuellement l'instance chargée de mandater les experts) reçoivent des retours évaluables. En cas de griefs identiques répétés, l'office AI peut resp. doit en tirer les conséquences. Les résultats des sondages doivent être périodiquement publiés.

Retours d'information aux médecins traitants et prises de position de ceux-ci

Une fois le document d'expertise établi, il est transmis en copie aux médecins traitants. Ceux-ci peuvent, dans un délai déterminé (p. ex. 15 jours) et à titre facultatif, faire connaître leur réaction à l'office AI ou au SMR. En cas d'évaluation divergente, ils peuvent, d'une part, signaler si l'expert a préalablement pris contact avec eux pour évoquer le cas et s'il a sérieusement étudié les conclusions des médecins traitants. D'autre part, ces derniers ont la possibilité d'exposer, le cas échéant,

les raisons pour lesquelles ils maintiennent leur évaluation divergente par rapport à celle de l'expert. Une indemnisation adéquate doit leur être proposée pour ces prises de position.

L'effet d'une telle prise de position est, d'une part, préventif sur le plan de la qualité (l'expertise doit être motivée de façon convaincante); d'autre part, les évaluations divergentes des médecins traitants sont rapidement soumises au SMR, afin que celui-ci puisse se forger une opinion circonstanciée. À l'inverse, ce procédé permet aux médecins traitants, s'ils rejoignent les avis des experts, d'en informer leurs patients et d'éviter que l'AI et les médecins traitants ne travaillent sur des plans différents.

Contrôles inopinés d'expertises par une commission spécialisée indépendante

Une commission indépendante composée de médecins et de juristes spécialisés évalue des expertises choisies au hasard et transmet ses résultats à l'office AI resp. au SMR, d'une part, et à l'expert resp. à l'institut d'expertise, d'autre part. La commission peut être nommée par l'OFAS, en accord avec les organisations médicales spécialisées ou, le cas échéant, par l'instance centrale chargée de mandater les experts (cf. lettre B). Dans le cas d'espèce, l'évaluation s'effectue selon la liste de critères prescrite par un comité tripartite composé de deux médecins spécialisés (dans le domaine concerné par le cas) et un juriste. Le comité publie régulièrement ses résultats et formule des recommandations à l'intention des offices AI et des SMR. Une partie significative (au moins 5%) des expertises réalisées par l'AI doit être soumise à ce contrôle.

Enfin, lors du contrôle, il s'agit également de comparer les expertises entre elles en observant par exemple si certains experts utilisent de façon répétée les mêmes éléments de texte précomposés, et s'ils concluent aux mêmes diagnostics et affirmations standards concernant la capacité de travail.

Contrôle périodique de la qualité des expertises dans le cadre de projets de recherche

L'OFAS confère à intervalles réguliers (p. ex. tous les 3 ans) un mandat de recherche dans le cadre de ses programmes dédiés à la recherche. Il s'agit de vérifier, dans le cadre de cette recherche, si les exigences qualitatives à l'égard de la mise en œuvre des expertises sont garanties. Les résultats sont publiés et les recommandations de l'OFAS soumises aux milieux concernés, le cas échéant sous forme de directives administratives¹⁶.

¹⁶ Dans le domaine des assurances sociales en cas d'accidents, la Suva a procédé à un état des lieux interne de la qualité des expertises établies par des médecins spécialisés; celui-ci a révélé que les expertises comportaient relativement souvent de considérables lacunes. On ne connaît jusqu'à ce jour pas de telles études effectuées pour le domaine de l'AI, ou du moins n'ont-elles pas été publiées.