

Atteintes à la santé non objectivables – Etes-vous au clair?

Ueli Kieser

Prof. iur., avocat, vice-directeur de l'Institut de sciences juridiques et de pratique juridique de l'Université de Saint-Gall (IRP-HSG)

Les atteintes à la santé non objectivables sont difficiles à classer, tant du point de vue médical que du point de vue du droit des assurances. Cette problématique a donné du fil à retordre aux offices AI comme aux tribunaux. Récemment, le Tribunal fédéral a rendu un nouvel arrêt de principe à ce sujet: le diagnostic n'a plus une importance prépondérante, et l'accent est davantage mis sur les répercussions de l'atteinte à la santé. Cet arrêt a aussi un impact sur la tâche du médecin.

En juin 2015, dans son arrêt 9C_492/2014 [1], le Tribunal fédéral a reconsidéré sa jurisprudence relative aux «atteintes à la santé non objectivables», une notion controversée. Etaient réputées «non objectivables» au sens de l'ancienne pratique les atteintes à la santé n'étant pas susceptibles de faire l'objet d'une étude objective et ne permettant pas de dresser un tableau clinique. En faisaient partie les troubles somatoformes douloureux et la fibromyalgie. Désormais, le Tribunal fédéral a fondamentalement modifié sa pratique. Il a abandonné la présomption selon laquelle les atteintes à la santé non objectivables peuvent être surmontées par un effort de volonté raisonnablement exigible de la part de la personne qui en souffre. Le Tribunal fédéral a remplacé l'ancienne règle construite sur le modèle «règle/exception» par une grille d'examen structurée et normative. Dans ce cadre, un catalogue d'indicateurs permet de procéder à une évaluation ouverte et symétrique des performances que la personne concernée peut effectivement fournir. Qu'implique ce jargon juridique pour la pratique médicale?

Contexte – augmentation du nombre de rentes d'invalidité pour troubles psychiques

La personne qui devient invalide en Suisse reçoit une rente de l'AI. Si l'intéressé est salarié, il perçoit également une rente d'invalidité de la caisse de pension; si l'invalidité est due à un accident, l'assurance-accident verse en outre une rente. Est invalide la personne qui ne peut plus prendre part à la vie active en raison d'une atteinte à sa santé. Il s'agit en réalité de principes

simples. Et à l'origine, il n'était pas trop difficile d'établir une invalidité. Cela a toutefois changé fondamentalement au fur et à mesure qu'un nombre croissant de troubles psychiques entraînant une incapacité de travail sont apparus.

Dans quelle mesure un employé administratif dépressif est-il invalide? La capacité de gain d'une sage-femme atteinte d'un trouble de stress post-traumatique est-elle restreinte? Dès les années 90, le nombre de rentes AI versées pour des troubles psychiques a sensible-

Le Tribunal fédéral a renoncé à l'ancienne présomption du caractère surmontable des troubles, une étape importante.

ment augmenté. C'est ainsi que le nombre des bénéficiaires de rente a augmenté de 27% entre le mois de décembre 2000 et le mois de décembre 2005 (voir à ce sujet Office fédéral des assurances sociales, Statistiques de l'AI 2013, Berne 2014, p. 21 s.).

Première réponse du Tribunal fédéral: présomption du caractère surmontable du trouble

Le Tribunal fédéral a observé d'un œil critique la forte augmentation du nombre de rentes AI pour causes psychiques et y a réagi en modifiant sa jurisprudence. Il a eu recours à la notion d'«atteintes à la santé non objectivables». Etaient réputés «non objectivables» les syndromes ne permettant pas d'établir un tableau clinique. En font partie les troubles suivants:

- les syndromes somatoformes douloureux persistants (ATF 130 V 352)

- la fibromyalgie (maladie chronique douloureuse) (ATF 132 V 65)
- les troubles dissociés de la sensibilité et de la réceptivité (SVR 2007 IV n 45, I 9/07)
- la distorsion de la colonne cervicale («coup du lapin») sans déficits fonctionnels d'origine organique démontrable (ATF 136 V 279)
- l'hypersomnie non organique (ATF 137 V 64)
- la neurasthénie (SVR 2001 IV n 17, arrêt TF 9C_98/2010; SVR 2011 IV n 26, arrêt TF 9C_662/2009)
- le syndrome de fatigue chronique, à l'exception de la fatigue due au cancer (à ce sujet, voir ATF 139 V 346).

Le Tribunal fédéral est parti du principe que de tels troubles pouvaient être surmontés par un effort de volonté raisonnablement exigible de la part de la personne qui en souffrait. Il ne s'est écarté de cette présomption qu'à titre exceptionnel; à cet égard, les critères dits de Foerster (établis par le Prof. Klaus Foerster, de Tübingen) permettaient de déterminer si le caractère surmontable devait être réfuté dans des cas exceptionnels. Dans la pratique, une telle exception n'a presque jamais été admise.

Critique du point de vue médical et juridique

La jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux atteintes à la santé non objectivables a largement contribué à endiguer l'augmentation du nombre de rentes AI. Néanmoins, elle a rapidement fait l'objet de critiques. Du point de vue médical, il lui a été reproché, en particulier par le Dr Jörg Jeger, que la présomption du caractère surmontable du trouble était dénuée de tout fondement médical [2]. Durant l'été 2014, le Prof. Peter Henningsen (Munich) a présenté une expertise démontrant les lacunes médicales du raisonnement avancé par le Tribunal fédéral [3]. Du point de vue juridique, c'est l'absence de facteurs empiriques fondant une telle présomption qui a été critiquée.

Seconde réponse du Tribunal fédéral: nécessité d'un examen approfondi

Le Tribunal fédéral a pris au sérieux les critiques formulées à l'encontre sa jurisprudence de l'époque, ce qui est tout à son honneur. Dans un arrêt de principe, aux considérants détaillés et bien motivés, il a fondamentalement modifié sa pratique en juin 2015 et a renoncé à l'ancienne présomption du caractère surmontable des troubles, une étape importante. La délimitation entre droit à la rente et refus de verser

une rente se fonde désormais sur d'autres critères: les offices AI (et les assurances-accident) doivent procéder à un examen minutieux afin de déterminer s'il existe une atteinte à la santé suffisante. Cet examen tient compte des aspects médicaux, des ressources personnelles et des ressources relevant du contexte social. Si une atteinte à la santé suffisante est établie, il convient de procéder, dans un second temps, à un contrôle de plausibilité des conclusions. On examine alors les aspects liés au comportement général de l'assuré (notamment la manière dont sont organisés ses loisirs).

L'ancienne présomption du caractère surmontable des troubles est dès lors remplacée par une grille d'examen structurée et normative. Dans ce cadre, un catalogue d'indicateurs permet de procéder à une évaluation ouverte et symétrique des performances que la personne concernée peut effectivement fournir. Il s'agit là d'une tâche complexe et délicate.

En quoi cet arrêt concerne-t-il les médecins?

La question de savoir si une personne est invalide se pose lorsque celle-ci est atteinte dans sa santé. D'où l'importance de l'examen médical. Fréquemment, d'autres examens ne sont entrepris que si un diagnostic clair peut être posé d'un point de vue médical. Mais le diagnostic n'est pas déterminant à lui seul. Pour les assurances, il est plus important de déterminer si

1. le diagnostic implique une limitation notable de la capacité de travail;
2. la personne concernée dispose des ressources nécessaires pour réduire, voire surmonter, une telle limitation.

Dans son nouvel arrêt de principe, le Tribunal fédéral a jugé que ces autres facteurs devaient être analysés sur la base d'une «grille d'examen». A cet égard, il mentionne de nombreux points ne relevant pas typique-

Les offices AI devront tenir compte de l'extension de la tâche du médecin sous l'angle du droit tarifaire.

ment de l'activité médicale (à ce sujet, voir cons. 4.1.3. de l'arrêt; voir aussi les encadrés ci-dessous). Il s'agit des ressources personnelles de la personne concernée, ou des ressources relevant du contexte social dans lequel cette personne évolue. Cette personne n'est-elle limitée que dans les tâches «désagréables» ou dans des domaines de la vie «désagréables»? Comment organise-t-elle sa vie privée et ses loisirs?

Grille d'examen en cas d'atteintes à la santé non objectivables

Remarque: il existe désormais deux catégories d'examen distinctes (voir ci-après ch. 1 et ch. 2). Au sein de chacune de ces deux «catégories», on distingue différents «complexes».

1. Catégorie «Degré de gravité fonctionnelle»

1.1. Complexe «Atteinte à la santé»

1.1.1. Expression des éléments pertinents pour le diagnostic: il s'agit des constatations relatives aux manifestations concrètes de l'atteinte à la santé diagnostiquée.

1.1.2. Succès des traitements et de la réadaptation ou résistance à ces derniers (exemple: l'échec définitif d'une thérapie médicalement indiquée et réalisée selon les règles de l'art, avec une coopération optimale de l'assuré, implique un pronostic négatif).

1.1.3. Comorbidités: les comorbidités constituent des indicateurs pour déterminer si l'atteinte à la santé prive l'assuré de ses ressources.

1.2. Complexe «Personnalité» (diagnostic de la personnalité, ressources personnelles): ce «complexe» permet de déterminer si et dans quelle mesure la personne concernée dispose des ressources nécessaires pour exercer une activité professionnelle malgré l'atteinte à sa santé; il s'agit d'émettre des conclusions sur la capacité de travail de la personne concernée. Le diagnostic de la personnalité dépendant dans une plus forte mesure du médecin qui procède à l'examen que d'autres indicateurs (relevant par ex. des symptômes et du comportement), les exigences de motivation devront être particulièrement élevées. Il conviendra d'édicter des directives médicales afin de définir ces exigences.

1.3. Complexe «Contexte social»: celui-ci peut révéler des ressources qui déterminent la productivité de la personne concernée ou y contribuent.

2. Catégorie «Cohérence» (indicateurs liés au comportement de l'assuré)

2.1. La limitation du niveau d'activité doit être uniforme dans tous les domaines comparables de la vie: il s'agit d'examiner si l'atteinte en question se manifeste de la même manière dans la profession ou l'activité rémunérée (ou, pour les personnes sans activité lucrative, dans les activités habituelles de la vie) d'une part, et dans les autres domaines de la vie (par ex. l'organisation des loisirs) d'autre part.

2.2. L'intensité des douleurs révélée par l'anamnèse établie en vue des traitements médicaux et de la réadaptation: un comportement incohérent constitue un indice indiquant que la limitation invoquée repose sur un autre motif que l'atteinte à la santé assurée.

Il sera dès lors considérablement plus délicat et plus complexe de déterminer s'il y a invalidité. Il n'a pas encore été spécifié qui évaluera les éléments factuels déterminants. S'agit-il d'une tâche incombant au médecin? Des organismes spécialisés seront-ils créés? Qui se chargera de cette tâche en cas d'expertise? Et comment sera rémunéré ce travail qui nécessite beaucoup de temps? L'arrêt ne répond pas à ces questions.

A l'avenir, il sera important pour les médecins de communiquer aux assurances, et avant tout aux offices AI, toutes les observations devant être prises en compte dans le cadre de la «grille d'examen», sans quoi il est hautement vraisemblable que ces éléments ne seront pas pris en considération, les assurances n'en ayant pas connaissance. Les offices AI devront tenir compte de l'extension de la tâche du médecin sous l'angle du droit tarifaire. Les rapports médicaux renseignant sur de tels éléments complémentaires devront être mieux rémunérés.

Conclusion

La nouvelle jurisprudence exige des investigations sensiblement plus approfondies, en particulier en ce qui concerne les éléments de nature non médicale. Or, les médecins sont souvent les spécialistes les mieux informés des éléments en question. Cela implique dès lors pour eux une nouvelle tâche qui ne correspondra pas forcément à leur formation, leurs intérêts, leurs aptitudes ou leurs inclinations.

Références

- 1 Le texte intégral de l'arrêt peut être consulté sur le site www.bger.ch. L'Office fédéral des assurances sociales a rapidement réagi à ce nouvel arrêt; la lettre circulaire AI n° 334 du 7 juillet 2015 indique comment procéder en cas d'expertise à la lumière du nouvel arrêt.
- 2 Voir notamment Jeger J. Somatoforme Schmerzstörung und Arbeitsunfähigkeit: Differenzen oder Konsens zwischen Medizin und Rechtsprechung? In: Schaffhauser R, Schlauri F (éd.). Medizin und Sozialversicherung im Gespräch, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, t. 35. St. Gallen; 2006. pp. 155 ss.
- 3 L'expertise peut être consultée dans la *Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle* (RSAS); 2014. pp. 535 ss.

Correspondance:
Prof. iur. Ueli Kieser
Université de St. Gall
Bodanstrasse 4
CH-9000 St. Gall
Tél. 044 388 57 57
[ueli.kieser\[at\]unisg.ch](mailto:ueli.kieser[at]unisg.ch)