

Usages de l'expertise médicale de l'invalidité et recours judiciaires : à propos de l'(in)équité procédurale entre les parties en litige

Autor(en): **Ferreira, Cristina**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Schweizerische Zeitschrift für Soziale Arbeit = Revue suisse de travail social**

Band (Jahr): - **(2016)**

Heft 19-20

PDF erstellt am: **17.07.2020**

Persistenter Link: <http://doi.org/10.5169/seals-832414>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Cristina Ferreira

Usages de l'expertise médicale de l'invalidité et recours judiciaires

À propos de l'(in)équité procédurale entre les parties en litige

Résumé

Sollicitée pour évaluer la capacité de travail, l'expertise médicale constitue une arme dont le maniement inégal par l'assurance-invalidité et les assurés fait l'objet de critiques qui signalent le non respect du principe de «la parité des armes». Pour y remédier, les institutions concernées tentent d'introduire des correctifs tout en renonçant à instituer des débats contradictoires entre les experts dont les avis divergent. C'est cette inertie à créer des dispositifs de confrontation, constitutifs de la justice procédurale, que cet article se propose de discuter.

A suivre les analyses de Didier Fassin (2013), les tensions qui marquent de nos jours l'action publique seraient dues aux évolutions contrastées des rationalités sociale et libérale de l'Etat. Tandis que les politiques sociales restreignent les voies d'accès à une protection inconditionnelle, celles qui relèvent des prérogatives libérales tendent à se soucier de la démocratisation des institutions publiques. Fragilisés dans leurs droits sociaux – de plus en plus alloués de manière flexible et à durée déterminée – les individus se voient donc simultanément renforcés dans leurs droits procéduraux. Il nous est permis de penser que ces évolutions sont également à l'œuvre dans les réformes récentes de l'assurance-invalidité en Suisse. Au moment où l'accès aux rentes d'invalidité est largement obstrué, les garants de l'équité procédurale font l'objet d'une vigilance critique¹. C'est cette problématique que cet article se propose d'analyser en portant l'attention sur les usages institutionnels de l'expertise médicale².

Au sein de l'assurance-invalidité, l'expertise constitue la principale épreuve dans la qualification des états des personnes, en l'occurrence leur capacité physique et mentale de travail. C'est à l'issue de cette épreuve que les pouvoirs administratif et judiciaire disposent d'éléments pour rendre une décision. Mais le format institué de cette épreuve contreviendrait à des principes élémentaires de la justice procédurale, en ce sens que «son agencement ne permet pas de contrôler l'ensemble des forces engagées dans l'épreuve, ce qui tend à favoriser injustement certains concurrents» (Boltanski, 2009 : 55). De fait, et nous y reviendrons, certains observateurs dénoncent le manque de transparence dans l'attribution des mandats d'expertise et soupçonnent des rencontres d'intérêts motivées par des enjeux financiers.

Ces critiques pointent un risque de l'arbitraire décisionnel en raison des objectifs gestionnaires draconiens d'une réduction massive des rentes. Pour contrôler cet arbitraire potentiel, le pouvoir judiciaire en est venu à intervenir davantage pour veiller à la légalité des décisions administratives et à la qualité des expertises médicales (Bolliger et al., 2007). Car, il est utile de le préciser, parmi toutes les assurances sociales, l'assurance-invalidité est celle qui présente le contentieux administratif le plus volumineux (Bolkensteyn et al., 2010). Cet état de fait, que d'aucuns attribuent au rôle plus incisif des avocats (Kocher, 2013), n'est pas étranger au durcissement des conditions pour bénéficier d'une rente et à l'intensification des procédures de révision des prestations perçues.

Comme nous verrons plus loin, les instances impliquées tentent de pacifier les échanges au moyen de correctifs procéduraux. Cependant, quand bien même ces correctifs visent à garantir la transparence des modes opératoires et à promouvoir la participation des assurés aux processus décisionnels, le problème semble demeurer entier. Car, veiller à la conformité légale des procédures ne présume en rien d'une levée des rapports de force autour de la *légitimité* des décisions et des règles qui leur président. Il y a lieu de rappeler que si les procédures se sont complexifiées c'est aussi en raison d'une redéfinition des critères de distribution des prestations de l'assurance. Le critère du besoin est censé concerner une minorité de cas, à savoir ceux qui sont jugés définitivement inaptes à exercer une activité. Pour la grande majorité, l'état de besoin est conçu sous un mode *temporaire* et les prestations versées à titre *provisoire*³. En bref, l'invalidité est désormais pensée comme une condition *réversible* (Probst et al., 2015). L'expression de cette conviction est du reste réitérée dans les rapports produits par l'expertise économique internationale. Dans ces docu-

ments, sont mises en valeur l'offre médico-pharmacologique prolifique et les vertus socio-thérapeutiques du travail surtout lorsqu'il s'agit de maladies mentales (OCDE, 2014). La réadaptation sur le marché économique est la principale priorité de l'action publique.

De façon symptomatique, *l'effort de volonté* concentre toutes les attentes au moment d'instruire un dossier. Mais, plus qu'une attente, l'effort de volonté constitue une obligation légale dont le non-respect est assorti de sanctions dont la principale est le refus d'accorder une rente⁴. Volontarisme, persévérance, motivation et coopération optimale: telles sont les attitudes qui ont acquis une importance décisive en congruence avec une politique de l'activation des assurés. Certes, ils sont fragilisés dans leur santé mais on présume qu'ils conservent un «potentiel de réadaptation». Et, sur ce plan, l'expertise médicale joue un rôle majeur, sinon indispensable. Elle produit un savoir spécialisé sur les rapports subjectifs vis-à-vis de la maladie et du corps empêché par la douleur; elle entreprend un travail d'objectivation des «efforts raisonnablement exigibles».

A la lumière de ces critères normatifs – focalisés sur l'effort de volonté des personnes – nous sommes en mesure de mieux comprendre les enjeux actuels de l'équité procédurale et, en particulier, les critiques adressées aux usages institutionnels de l'expertise. Une fois décrits les principaux éléments de ce débat, nous ferons une incursion dans le champ judiciaire pour rendre compte de l'actualité de la conflictualité qui y est à l'œuvre. Cette conflictualité n'est pas le seul fait des assurés qui s'estiment lésés dans leurs droits. Elle apparaît aussi dans les dissensions fréquentes entre les acteurs médicaux amenés à se prononcer sur l'incapacité de travail. Bien que la sollicitation de l'expertise soit censée rationaliser les procédures, légitimer les prises de décisions et les rendre acceptables, la fréquence des désaccords conduit, au contraire, à fabriquer les litiges. Autour de notions incontournables, mais au contenu indéterminé, comme «l'exigibilité» et la «bonne volonté», le consensus peine à s'établir. Il s'agira alors d'interroger l'inertie institutionnelle à résoudre des problèmes de justice procédurale dont certains sont débattus de longue date, à commencer par les procédures qui tendent à s'éterniser faute de disposer de moyens pour arrêter rapidement une décision. Ce problème est communément regretté, il n'est pas moins reconduit. En cause, comme il sera discuté en conclusion, se trouve l'inexistence de dispositifs voués aux débats contradictoires entre les experts et au moyen desquels ils pourraient expliciter leurs désaccords et leurs incertitudes.

La «parité des armes» : un débat sensible au sein de l'assurance-invalidité

Dans un jugement rendu le 28 octobre 2009, le Tribunal fédéral a reconnu les entorses faites au principe de la parité des armes. La Haute Cour «a estimé que la personne assurée, dont la situation sociale est souvent difficile et les moyens financiers modestes, se retrouve face à une administration spécialisée dotée de ressources financières importantes, à des chargés de dossiers spécifiquement formés ainsi qu'à des professionnels du domaine juridique et médical spécialement expérimentés»⁵. En l'occurrence, le tribunal a pris en compte l'avis du médecin traitant qui avait formulé des doutes quant à la fiabilité du rapport des médecins de l'assurance. Le dossier a été renvoyé à l'assurance pour diligenter une nouvelle expertise. Si ces renvois à l'administration ne sont pas rares, en revanche ce jugement semble témoigner d'une volonté nouvelle d'admettre l'existence d'inégalités entre les parties.

Effectivement, pour qu'un procès soit jugé équitable, les parties doivent avoir la garantie d'une égalité des chances, ce qui suppose de pouvoir exposer son cas devant le tribunal et ne pas être désavantagé par rapport à la partie adverse⁶. Or, dans le cas de l'assurance-invalidité, l'équité serait imparfaitement réalisée en raison de la principale arme en jeu : l'expertise médicale. Bien que le fardeau de la preuve revienne à l'assuré pour attester son incapacité de travail, ce sont les offices de l'assurance-invalidité qui ont la possibilité matérielle de mandater des expertises dont le coût est relativement élevé et donc prohibitif pour des assurés dont la condition est souvent modeste⁷. Et si formellement l'assuré peut apporter une contre-expertise, encore faut-il qu'il justifie sa nécessité afin de ne pas ralentir inutilement les processus de décision.

Comme le souligne Béatrice Despland (2011), l'importance conférée aux expertises contribue indéniablement à fragiliser la position de l'assuré au cours de la procédure. Ce dernier prend généralement connaissance de l'expertise au moment où il conteste une décision négative. «Les seuls documents qu'il peut alors fournir, dans le bref délai qui lui est imparti, sont des rapports et documents émanant de son médecin traitant. Certes, l'avis de ce dernier ne peut être simplement écarté. Il n'en demeure pas moins que, compte tenu des règles qu'ils appliquent dans l'appréciation des documents soumis à leur examen, les juges admettent en principe que les rapports émanant des médecins traitants ne satisfont pas aux critères d'objectivité requis et ne remplissent donc pas les conditions posées pour la prise en considération d'une expertise» (p. 165). L'auteure conclut alors que, dans ces conditions, il est difficile de mettre en œuvre le principe de «l'égalité des armes».

Au regard de ce déséquilibre entre les parties, comment considérer l'opportunité pour un assuré de faire recours? Entreprendre une démarche en justice n'est pas une démarche vaine comme le montre l'analyse de 275 arrêts du Tribunal des assurances sociales de Genève (Ferreira, 2015). En dépit de leur position de départ défavorable, les assurés ont les moyens de contester une interprétation médicale inexacte, arbitraire voire même insoutenable. Ils peuvent aussi attirer l'attention sur des éléments ignorés, alors qu'ils sont pertinents pour pouvoir juger la situation. Enfin, ils peuvent faire valoir qu'en l'absence d'un traducteur, l'examen médical est sujet à caution. Le tribunal peut ainsi en venir à considérer que l'avis du médecin traitant fait vaciller la crédibilité d'une expertise.

A titre d'exemple, dans l'affaire de Madame M., son médecin psychiatre traitant est reçu en audition au tribunal pour manifester son incompréhension⁸: l'expert psychiatre avait écarté toute affection psychiatrique grave alors que sa patiente souffre d'un trouble de la personnalité paranoïaque depuis son plus jeune âge. Le médecin a fait notamment état d'un délire érotomane à l'égard d'un voisin policier qui surveillerait sa ligne téléphonique. Or, l'expert n'avait pas trouvé des signes parlant en faveur d'un trouble délirant ou d'une quelconque pathologie psychiatrique. Le doute étant établi sur la fiabilité de l'expertise, le tribunal décide alors d'ordonner une expertise psychiatrique.

De façon similaire, dans un autre jugement, le refus d'une rente s'est appuyé sur une expertise des services médicaux de l'assurance dont les conclusions étaient manifestement contradictoires par rapport à toutes les autres pièces médicales⁹. Appelé à comparaître au tribunal, l'assuré a retracé son parcours, a fait état de son inquiétude puisqu'il prenait beaucoup de médicaments sans succès et qu'aucun employeur ne voulait l'engager lorsqu'il leur faisait part de son état de santé. A l'occasion de l'audition, il a également indiqué que l'examen médical subi «lui avait paru très superficiel». Le juge a écarté ladite expertise. Non seulement les médecins n'avaient pas réalisé de nouvelles radiographies, mais la durée de l'examen médical était trop brève (vingt minutes pour le rhumatologue, dix minutes pour le psychiatre). Dans ces conditions, où aucune donnée précise n'était avancée, le tribunal a déclaré ne pas comprendre comment les médecins de l'assurance étaient parvenus à la conclusion que l'état dépressif s'était amélioré au point que soudainement sa capacité de travail puisse s'élever à 70 %. Leurs conclusions contrastaient de manière frappante avec les rapports de cinq spécialistes en rhumatologie et psychiatrie qui avaient examiné plus longuement l'assuré.

Après ce qui vient d'être exposé, il ressort que les recours intentés contre l'office de l'assurance-invalidité offrent la possibilité de soumettre à la critique judiciaire les conditions de production des expertises et corriger les inégalités de départ entre les parties. Il est fort probable que ces possibilités sont d'autant plus saisies par des assurés qui détiennent un « capital procédural » (Spire et Weidenfeld, 2011), en ce sens qu'ils savent s'entourer de représentants légaux familiarisés avec les règles. Mais les juges peuvent aussi faire l'économie d'un examen minutieux des documents, *a fortiori* s'ils disposent de suffisamment d'arguments pour statuer. Estimant que les conclusions des expertises sont probantes, les juges rappellent alors que les avis des médecins traitants manquent d'objectivité en raison des liens de confiance avec le patient. En somme, si le tribunal doit veiller à la conformité des règles et à protéger les intérêts des assurés, quitte à prolonger parfois l'instruction des dossiers, il doit aussi renoncer à une prise en compte systématique de doléances pour respecter des délais raisonnables.

2 L'indépendance des experts soumise au soupçon

La problématique de la parité des armes entraîne systématiquement une autre largement débattue ces dernières années : l'indépendance des experts. Puisque l'assurance-invalidité est la principale mandataire des expertises, n'y a-t-il pas un risque de partialité des jugements favorisé par les enjeux économiques ? La jurisprudence fédérale répond par la négative. La rémunération n'impliquerait nullement une perte d'indépendance ; le mandat de l'expert est soumis à des contraintes juridiques et doit satisfaire à des exigences vérifiables pour lui reconnaître une valeur probante. Pour autant, cette « indépendance présumée » ne serait pas toujours dûment contrôlée¹⁰. C'est du moins ce que laissent entendre diverses interventions parlementaires qui ont demandé au Conseil fédéral d'apporter des éclaircissements en la matière¹¹. De même, au niveau des cantons, les doutes quant à l'indépendance des experts ont donné lieu à des polémiques médiatisées. A la suite du scandale provoqué par l'attribution d'un nombre élevé de mandats à certains psychiatres, l'office AI du canton de Vaud a décidé en 2009 d'établir à 50 le nombre maximal d'expertises confiés à un seul médecin¹².

En réponse aux critiques, l'OFAS a publié en 2012 une directive qui déclare contraignantes les lignes directrices édictées par la Société suisse de psychiatrie et psychothérapie (SSPP)¹³. Parallèlement, une plateforme électronique a été mise sur pied pour attribuer les mandats de façon aléatoire. Cependant, seuls les centres d'expertise qui signent des conventions avec l'administration sont concernés. Le problème resterait entier pour

ce qui est de l'attribution de mandats à des experts dont les orientations, connues des offices AI, seraient plus ajustées à une politique restrictive. C'est aussi dans ce contexte que le Tribunal fédéral (TF) a formulé dans un jugement de principe (137 V 210) une série de suggestions visant à garantir l'équité procédurale. Pour le TF, il serait souhaitable de renforcer le droit de participation des parties à la mise en œuvre d'une expertise, de faire en sorte que l'assuré et l'office AI choisissent d'un commun accord l'expert et discutent du questionnaire qui lui est soumis. Ce consentement mutuel est censé favoriser l'assentiment de la personne assurée et éviter de la sorte des rapports conflictuels. Or, non seulement cette idée entre en contradiction avec les pratiques désormais instituées d'une attribution aléatoire des mandats d'expertise mais le choix d'un commun accord ne figure pas dans les directives relatives à la procédure.

Toujours est-il que la volonté du Tribunal fédéral d'encourager la participation des assurés aux processus décisionnels commence à produire des effets, comme l'attestent des arrêts récents de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice du canton de Genève. Dans ces affaires, les questions litigieuses ne portent pas sur l'invalidité proprement dite, mais sur le droit d'être entendu. Voici une illustration¹⁴. Représenté par un avocat, Monsieur H. fait recours pour contester le choix de l'expert psychiatre au motif que ce dernier était fréquemment mandaté par des assureurs, ce qui éveillait une méfiance vis-à-vis de son impartialité. Il avait proposé un autre expert psychiatre mais l'office de l'assurance-invalidité n'a pas voulu entrer en matière estimant que les motifs de récusation n'étaient pas pertinents. Devant cette obstination de l'administration, Monsieur H. a estimé que son droit d'être entendu avait été violé et, au tribunal, il obtient gain de cause. Le juge a reconnu que l'indépendance de l'expert n'était pas garantie puisqu'il exerçait dans la clinique de réadaptation de l'assureur-accidents qui avait pris en charge les suites de son accident et qui lui versait une rente d'invalidité. Par ailleurs, l'office AI n'avait fait preuve d'aucune volonté pour parvenir à un accord consensuel quant à la mise en œuvre de l'expertise, n'avait pas expliqué pour quelles raisons il persistait à vouloir mandater l'expert contesté, ni pour quelles raisons l'expert proposé ne lui convenait pas. Enfin, il n'avait pas pris la peine de faire d'autres propositions d'experts mais s'est précipité pour rendre une décision d'expertise. De sorte que la cause a été renvoyée à l'office pour qu'il se détermine sur l'expert proposé par Monsieur H., et éventuellement propose d'autres noms d'experts.

Comme le montre l'exemple qui vient d'être cité, le pouvoir administratif semble afficher des résistances vis-à-vis de la philosophie participative promue par le pouvoir judiciaire. Il faut dire aussi que de façon quelque peu contradictoire, aux offices AI sont envoyés deux messages: d'une part, appliquer des critères restrictifs de façon à réduire le nombre de nouvelles rentes, d'autre part, faire preuve d'un esprit de concertation avec les assurés au moment de l'instruction de leur dossier. De façon tout aussi paradoxale, les propositions émises pour réduire les litiges judiciaires ne sont guère suivies. Lors d'une motion parlementaire, il a été suggéré d'instituer des dispositifs de médiation indépendants pour expliquer aux assurés les décisions négatives qu'ils reçoivent sans comprendre ni les motifs ni le langage juridique¹⁵. Le Conseil fédéral a jugé inutile de créer de tels espaces de médiation compte tenu de l'existence de permanences juridiques au sein des associations et des efforts entrepris par l'administration pour rendre plus compréhensibles les décisions.

3

L'évaluation morale et contradictoire des vies : l'enjeu substantiel de l'expertise

Le non respect du principe de la parité des armes est, on l'a vu, l'une des critiques formulées ces dernières années dans le champ de l'assurance-invalidité. Encore faut-il faire un pas en avant dans la compréhension de la place conférée à «l'arme» maniée par les parties: l'expertise. Si nous adoptons sa définition canonique, l'expertise est une *aide* à la décision; elle sert à éclairer les décideurs sur des cas complexes qui requièrent un savoir spécialisé, à leur fournir des preuves et des arguments en vue de se déterminer sur le droit à une prestation sociale. L'examen médical réalisé par l'expert est cadré par des règles juridiques et par des directives qui rendent possible la comparabilité des expertises. Malgré ces garde-fous juridiques, il subsiste des marges de liberté dans l'interprétation clinique des symptômes et des comportements de l'assuré. De surcroît, les résultats des évaluations peuvent varier considérablement selon l'état fluctuant de la personne, les orientations théorico-cliniques de l'expert, les échelles de mesure utilisées dans sa démarche diagnostique ou encore le recours aux services d'un traducteur. Ces contingences, discutées dans les milieux de l'expertise, contribuent à produire des observations divergentes, voire diamétralement opposées, entre les médecins qui interviennent à des moments distincts dans l'évaluation des situations.

Mais voici ce qu'il importe de souligner. L'évaluation de la capacité de travail n'est pas seulement un exercice qui consiste à examiner ce qu'une personne est encore en mesure de produire comme efforts compte tenu

de son état de santé. Examiner un « effort de volonté » suppose s'intéresser de près à la façon de gouverner son existence. C'est pourquoi l'expertise est un dispositif majeur dans l'évaluation morale des vies, à plus forte raison dans un contexte de raréfaction des biens sociaux (Fassin, 2010). Dans de nombreux jugements qui ont trait à la distribution des biens, les cadres de référence supposés objectifs n'évacuent pas pour autant la subjectivité dès le moment où il faut apprécier les vies et les actions des requérants de droits à la lumière de leur situation individuelle. Au demeurant, instituer « la bonne volonté » à se réadapter comme critère de jugement induit inévitablement un examen sur les mérites respectifs des personnes. Il n'est donc pas surprenant que le jugement moral soit constitutif de la pratique de l'expertise effectuée par les « techniciens de l'âme ». A eux, il revient la charge d'explorer la véridicité des témoignages et l'authenticité de leurs auteurs. Le jugement moral ne porte pas uniquement sur le bien et le mal, « il inclut un questionnement sur le vrai » (Fassin, 2010: 110). En ce sens, l'expertise fait partie de ce que Michel Foucault désigne par *techniques de véridiction* et qui permettent de produire des énoncés servant à mesurer l'écart entre la conduite de l'individu et la norme établie. Or, ces techniques sont généralement concurrentielles; elles mettent en scène des luttes pour énoncer le vrai. Les litiges arbitrés au sein des juridictions sont, peu ou prou, animés par ces luttes.

Ce fut le cas dans une affaire où la discorde a porté sur la gravité de la dépression d'un assuré qui perçoit une rente d'invalidité depuis quinze ans¹⁶. Dans son recours, il conteste la décision de suppression de la rente et les conclusions de l'expertise psychiatrique qui l'ont motivé. L'expert psychiatre en question se saisit de l'occasion pour dénoncer des dysfonctionnements dans la procédure et dont il fera part lors de son audience au tribunal. Pour lui, dès le départ, toute l'instruction du dossier par l'office AI était à mettre en cause. L'erreur initiale avait été d'accorder une rente à un individu relativement jeune (33 ans) et qui ne souffrait pas de pathologies graves comme une schizophrénie. Il s'interroge également sur la compétence des psychiatres qui travaillent en milieu hospitalier, qui ont attesté au fil des ans une dépression grave alors que leur turn-over annuel ne leur permet pas de suivre le patient sur la longue durée. Enfin, faisant valoir « le pragmatisme et le bon sens », il conteste la plausibilité du diagnostic: une dépression grave. Il en donne pour indices le fait que cet assuré avait eu une vie sentimentale intense, avait dépensé son argent dans les casinos et avait aidé des amis dans leur travail. Sur ce point, l'expert recommande les services d'un détective pour surveiller de près une situation où il soupçon-

nait l'exercice d'un «travail au noir». Il conclut donc à une capacité totale de travail.

Peu convaincu par la valeur probante de cette expertise, dont les conclusions divergent de tous les autres rapports médicaux, le tribunal ordonne une expertise judiciaire qui fera un portrait clinique pour le moins sombre. Outre le trouble dépressif majeur, Monsieur A. souffrirait d'une schizophrénie paranoïde et d'un trouble panique avec agoraphobie. Ses limitations fonctionnelles étaient notamment dues à des hallucinations auditives et visuelles. Comme l'expert a pu observer au moment de l'examen, l'assuré dialogue avec des membres de sa parenté décédés. En raison de carences affectives majeures au cours de l'enfance et d'abus infligés par son père, l'assuré aurait progressivement épuisé ses ressources adaptatives. Bien qu'un suivi psychothérapeutique plus intense était recommandé tout comme un neuroleptique plus incisif, l'expert estimait que ce suivi n'aurait que peu d'impact sur sa capacité de travail. Monsieur A. souffrait d'une polypathologie psychiatrique grave avec décompensation de la personnalité; il se trouvait dans une incapacité totale de travail. Le tribunal donne gain de cause à l'assuré qui se voit ainsi reconnaître le droit à une rente. Au passage, sont incriminés les jugements moralisateurs sur la vie privée de l'assuré, tout comme les déductions hâtives sur le travail au noir faites par le premier expert.

Dans cette affaire, il est aisé de comprendre que le désaccord autour des diagnostics posés n'est pas seulement d'ordre médical. Comme l'explique le premier expert, l'allocation d'une rente d'invalidité devrait, selon lui, être réservée uniquement à des cas cliniques réputés graves, comme les psychoses. Toujours selon son opinion, l'assurance-invalidité devrait se montrer plus intransigeante en présence d'assurés relativement jeunes et dont la juste place est sur le marché du travail. Indépendamment du fait qu'il semble outrepasser sa mission et que cet agissement lui est reproché par le juge, il ne demeure pas moins que son jugement sur le dossier est structuré par des considérations plus générales sur le «qui a droit à quoi». Ce qui nous conduit à souligner, à l'instar de Nicolas Dodier (1993), une sorte d'évidence: produire une vérité sur ce qui rend incapable ou non, est un acte qui – par la force des choses – fait pénétrer la société dans le cabinet médical. Le médecin expert peut difficilement faire abstraction du contexte politique de sa pratique et de sa propre prise de position par rapport à la normativité dominante au sein de l'assurance-invalidité.

Cependant, sur ce dernier point, le consensus est loin de régner au sein du corps médical. Dans les revues professionnelles, les inquié-

tudes sont manifestes pour ce qui est de l'adoption d'une politique plus intransigeante envers les assurés et qui risquent de voir leur fragilité sous-estimée (Guex et al., 2009). L'inconfort de certains experts à l'égard d'une rationalité gestionnaire qui se donne pour objectif prioritaire les retours au travail cohabite sans doute avec l'adhésion d'autres experts à une politique confiante dans le potentiel capacitaire des personnes. Il en résulte pour maintes évaluations des avis contrastés. C'est ainsi, pour prendre un exemple récurrent, qu'un expert peut estimer que des tentatives thérapeutiques peuvent encore et toujours être essayées malgré tout ce que l'assuré a entrepris jusqu'alors ; en ce sens, ses constatations entrent en résonance avec une politique qui s'est endurcie à l'égard des efforts que l'on peut attendre des assurés, ceci pour les diriger au plus vite sur le marché du travail. Mais il se peut aussi que sur le même dossier un autre expert émette des réserves. Il peut, pour sa part, poser une limite à cette exigence de poursuivre les essais thérapeutiques, faisant valoir leur caractère contre-productif. Ce faisant, il fait douter du bien-fondé de l'obligation légale à se réadapter par *tous les moyens*. La priorité peut dès lors être mise sur la rémission médicale plutôt que sur l'exercice immédiat d'une activité professionnelle dont il préjuge l'improbabilité. Or, dans une phase ultérieure de la procédure, son avis peut être contrarié par un confrère pour qui la reprise du travail est non seulement exigible mais souhaitable pour que la personne ne s'enlise pas dans une passivité délétère qui contribue à l'exclusion socialement. Tour à tour, et au fil du temps, sur un même dossier sont mises en perspective des visions du problème qui, chacune, engagent des conceptions sur la juste assignation d'un destin social. C'est cette variabilité des points de vue adoptés qui est pour ainsi dire « dramatisée » dans le champ judiciaire. Le pluralisme des interprétations psychiatriques dévoile, après tout, la complexité des cas sur lesquels il faut se déterminer et qui aboutissent à des conclusions franchement contradictoires.

4

Pour conclure

Incontestablement, l'équité procédurale au sein de l'assurance-invalidité fait l'objet d'une problématisation critique focalisée sur les expertises médico-légales. Ces débats, toujours actuels, sont à mettre en lien avec des tensions structurelles qui agissent d'une manière ou d'une autre sur les procédures d'évaluation. Pour le formuler autrement, ce qui semble être au fondement des conflits autour de la justesse des règles ne saurait pas se résorber dans des correctifs qui visent à rendre les pratiques moins opaques et plus participatives. Certes, les mandats d'expertise peuvent être attri-

buées de façon aléatoire, les offices administratifs peuvent être encouragés à dialoguer davantage avec les assurés et les experts peuvent présenter des certificats ad hoc. Nonobstant, l'univocité de la politique distributive mise en œuvre, plutôt que d'enrayer les litiges, participe à leur maintien.

Pour rappel, suivant la volonté du législateur, dans la politique dominante de l'assurance-invalidité, la seule forme de participation sociale légitime est l'activité productive sur le marché économique. De nos jours, les attributs des personnes sont mesurés avant tout à l'aune de leur bonne volonté à reprendre un travail rémunéré pour ne pas dépendre de l'assurance. Autrement dit, parmi toutes les sphères de justice existantes, seule la sphère du marché est considérée, au détriment des autres dont les critères de reconnaissance de l'identité des personnes ne se basent pas sur leur performance économique. Pourtant, comme le défend Michael Walzer (1997), il existe bien une pluralité de possibilités pour «faire société» et pour tenir compte de l'extrême diversité des qualités des personnes. Imposer une seule modalité de reconnaissance équivaut, selon lui, à une forme de tyrannie. Dans le même ordre d'idées, Alain Supiot (2010) observe que la pénétration de la logique du marché sur toute la vie sociale a pour principal effet d'administrer les vies comme «on gère des choses». Cette «gouvernance par les nombres», selon son expression, entre irrémédiablement en conflit avec un gouvernement par les lois. Tandis que la première procède par calcul et par étalonnage des performances sans tenir compte des réalités concrètes, le second agit par qualification des situations singulières ayant pour ligne de mire la valeur irréductible des vies. C'est cette collusion entre deux rationalités qui est au fondement de bien de tensions observables dans des pratiques quotidiennes d'allocation de ressources.

Il est raisonnable de penser que le pluralisme axiologique auquel fait référence Walzer, et qui est occulté par une action politico-administrative dirigée vers une seule et unique priorité, tend à se manifester dans le monde judiciaire. Les discordes entre les experts sont, au bout du compte, des disputes autour du sens du juste surtout lorsqu'il s'agit de formuler des exigences productives auprès de personnes atteintes dans leur santé. Cela étant acquis, la difficulté qui se présente ici est la suivante. Au lieu d'une réelle controverse entre les médecins, c'est davantage une «querelle» indirecte qui est livrée par rapport interposé. Les retards à rendre des décisions et la longue durée des procédures résultent de la succession temporelle d'avis médicaux divergents. Au fil du temps, les rapports s'accumulent sans que les médecins soient amenés à se confronter autour d'une table. Dans les règlements, aucune obligation n'est faite aux divers acteurs d'éta-

blir des échanges afin d'argumenter leurs points de vue divergents. Pourtant, une confrontation directe entre les médecins impliqués dans l'évaluation aurait sans doute l'avantage d'instituer un débat autour de leurs «boîtes à outils» respectives et de leurs difficultés à évaluer avec précision la capacité de travail. Ces difficultés sont bien réelles. Ainsi, une étude réalisée par les cliniques psychiatriques de Bâle montre que sur des aspects essentiels les expertises étaient lacunaires (Ebner et al., 2012). Sur les 15 000 expertises réalisées pour l'AI en 2008 et 2009, 775 ont été évaluées. En substance, cette étude conclut que les experts ne développent pas suffisamment des points pourtant essentiels comme la description de la personnalité de l'assuré, l'idée qu'il se fait de sa maladie et de son avenir, l'anamnèse sexuelle, les conditions socio-économiques de son existence (logement, revenus), les circonstances de son arrêt de travail, les aides nécessaires au quotidien ainsi que les traitements suivis au moment de l'expertise. Par ailleurs, seules cinq expertises explicitent sur quelle base ont été jugées la gravité du trouble et les conséquences sur la capacité de travail. C'est dire le paradoxe entre, d'un côté, l'importance majeure prise par l'expertise et, de l'autre, le constat de pratiques encore tâtonnantes.

Pour terminer, il nous reste à nous demander pour quels motifs l'institution de débats contradictoires au cours de la procédure ne fait pas partie du «format de l'épreuve». Il est possible que l'intention soit d'éviter l'explicitation de discordes idéologiques profondes qui feraient vaciller le principe de «l'impartialité» du jugement de l'expert et l'attente qui repose sur lui d'assumer une position de neutralité dans un contexte politiquement tendu. C'est sous cette forme très partielle que les institutions définissent la responsabilité de l'expert. Pour preuve, il n'est pas jugé nécessaire et utile que ce dernier prenne connaissance des usages ultérieurs de son rapport et des décisions finalement prises sur le dossier. En règle générale, les médecins experts ignorent le sort qui est finalement donné à l'assuré qu'ils ont eu à expertiser dans leur cabinet. Il a fallu attendre 2015 pour qu'une modification du règlement de l'AI soit introduite par le Conseil fédéral et selon laquelle les experts sont désormais informés de l'utilisation de leurs rapports lorsqu'ils servent de moyen de preuve dans le cadre des recours judiciaires¹⁷. Toujours est-il que pour tous les autres dossiers qui ne donnent pas lieu à des contestations en justice, l'expert n'est donc pas tenu informé des suites données au dossier. Dans ces conditions, il peut difficilement situer sa propre pratique dans un contexte plus ample et intégrer une dimension essentielle: l'acte de juger produit des conséquences sociales et symboliques sur une vie. Priver l'expert de la connaissance de ces consé-

quences revient à bien des égards à le délester d'une réflexivité autour de sa propre responsabilité.

Mais, et pour reprendre les analyses de Supiot (2010), une deuxième piste explicative peut être formulée. Dans la « gouvernance par les nombres », pour juger de la réalité et donner une direction aux politiques publiques, sont mobilisés des savoirs d'expertise. L'« objectivité » technique et scientifique tient lieu de vérité et sert de principale caution aux prises de décision. Au passage, les dispositifs démocratiques de délibération et de confrontation deviennent superflus. A contrario, instituer ces dispositifs représenterait le risque d'un ralentissement à la concrétisation d'objectifs quantifiés. C'est probablement pourquoi l'attention nouvellement prêtée aux problèmes de justice procédurale au sein de l'assurance-invalidité n'inclut pas – tout le moins pour le moment – l'idée d'une confrontation directe entre les médecins experts. Car, à bien des égards, la complexité sociale des dossiers concrets auxquels ils ont affaire et des existences tangibles qu'ils ont à évaluer ne correspond pas aux images quantifiées de la réalité produites et diffusées par les politiques gestionnaires. Tant que cette non correspondance perdure et demeure publiquement indiscutée, les litiges judiciaires demeureront l'un des seuls moments de dévoilement des tensions actuelles qui traversent l'action publique dans le domaine de l'invalidité.

Références bibliographiques

- Bolkensteyn Arun, Tanquerel Thierry, Varone Frédéric, Byland Karin (2010). « Contentieux des assurances sociales en Suisse: analyse empirique », *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale*, n°45, pp. 287–313.
- Bolliger Christian, Willisegger Jonas, Rüfli Christian, (2007). *Die Rechtsprechung und Gerichtspraxis in der Invalidenversicherung und ihre Wirkungen*, Berne: OFAS.
- Boltanski Luc, (2009). *De la critique. Précis de sociologie de l'émancipation*, Paris: Gallimard.
- Despland Béatrice (2012). *L'obligation de diminuer le dommage en cas d'atteinte à la santé. Son application aux prestations en espèces dans l'assurance-maladie et l'assurance-invalidité. Analyse sous l'angle du droit d'être entendu*. Jean-Philippe Dunand et Pascal Mahon (dir.), Genève: Schultess éditions romandes.
- Dodier Nicolas (1993), *L'expertise médicale. Essai de sociologie sur l'exercice du jugement*, Paris: Métailié.
- Ebner G., Dittmann V., Mager R., Stieglitz R.-D., Träbert S., Bühlren B., Herdt J. (2012). *Erhebung der formalen qualität psychiatrischer gutachten*, Berne: OFAS, 2012.
- Fassin Didier (dir.) (2013). *Juger, réprimer, accompagner. Essai sur la morale de l'Etat*, Paris: Seuil.
- Fassin Didier (2010). « Evaluer les vies. Essai d'anthropologie biopolitique », *Cahiers internationaux de sociologie*, n°128–129, pp. 105–115.
- Ferreira Cristina (2015). *Invalides psychiques, experts et litiges*, Lausanne: Antipodes.

- Fracheboud Valérie (2015). *L'introduction de l'assurance-invalidité en Suisse*, Lausanne: Antipodes.
- Guex P., Panteleimon G., Bovet P., Ansermet F. (2009). «6^{ième} révision LAI: des conséquences délétères pour les patients psychiatriques?», *Bulletin des médecins suisses*, 90, pp. 51–52.
- Kocher Rolf (2013). «Les expertises médicales dans l'assurance invalidité à l'épreuve des évolutions de la jurisprudence et de la politique», *Douleur analg.*, 26, S58–S65.
- OCDE (2014). *Santé mentale et emploi. Suisse*, Paris: OCDE.
- Probst Isabelle, Tabin Jean-Pierre, Courvoisier Nelly (2015). «De la réparation à la réversibilité. Un nouveau paradigme dans l'assurance invalidité?», *Revue suisse de sociologie*, n°41 (1), pp. 101–117.
- Spire Alexis et Weidenfeld Katia (2009). «Le tribunal administratif: une affaire d'initiés? Inégalités d'accès à la justice et la distribution du capital procédural», *Droit et société*, n°79, pp. 689–713.
- Supiot Alain (2010). *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris: Seuil.
- Walzer Michael (1997). *Sphères de justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris: Seuil.

Notes

- 1 L'un des objectifs de la 6^e révision de la Loi sur l'assurance-invalidité, dont le premier volet est entré en vigueur en 2012, est la suppression de 12 500 rentes d'ici 2019. *Communiqué de presse de l'OFAS du 18 août 2014*.
- 2 Les réflexions proposées dans ce texte prolongent les analyses d'une recherche sociologique sur la constitution d'un problème public autour de l'invalidité psychique. Ladite recherche a, entre autres, exploré un corpus d'arrêts judiciaires relatifs à des recours contre des décisions négatives prises par l'office AI du canton de Genève. Pour une présentation détaillée, voir Ferreira (2015).
- 3 Au surplus, les rentes partielles sont destinées à devenir la norme «car elles répondent mieux à la dynamique spécifique des affections psychiques». Message relatif à la modification de la loi sur l'assurance-invalidité (6^{ième} révision, deuxième volet), du 11 mai 2011, p. 5345.
- 4 Depuis 2008, avec l'entrée en vigueur de la 5^{ième} révision de la loi sur l'assurance-invalidité, il est du devoir des assurés d'entreprendre *tout* ce qui est à leur portée pour réduire leur incapacité de gain et se réadapter y compris par leurs propres moyens.
- 5 Pour plus de détails sur ce jugement (8C_216/2009), voir la discussion de Georges Pestalozzi-Seger (2010) dans *Droit et handicap*, 2/10, p. 3.
- 6 Ce principe de la parité des armes est inscrit dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) qui oblige les Etats à garantir à toute personne le droit à un procès équitable (art. 6 al.1). On le retrouve également dans l'art. 29 al. 1 de la Constitution suisse.
- 7 Les seuls coûts connus des expertises (environ 9000 francs) sont ceux établis dans des conventions tarifaires entre l'Office fédéral des assurances sociales et les centres d'évaluation médicale de l'assurance-invalidité (COMAI).
- 8 Arrêt du Tribunal cantonal des assurances sociales du 16 mai 2007 en la cause de Madame M. contre l'Office cantonal de l'Assurance-invalidité (ATAS/523/2007).
- 9 Arrêt du Tribunal cantonal des assurances sociales du 30 novembre 2004 en la cause de Monsieur D. contre l'Of-

- 10 Dans le canton de Genève, la proposition d'instituer un bureau cantonal d'expertises qui ne dépendrait pas financièrement des offices AI n'a pas été couronnée de succès. <https://www.ge.ch/grand-conseil/data/texte/M02014B.pdf>
- 11 «Qualité des expertises médicales dans l'assurance-invalidité», Interpellation (06.3518) de Pascale Bruderer Wyss du 5 octobre 2006; «Expertises et procès équitable», Initiative parlementaire (10.429) de Margret Kiener Nellen du 19 mars 2010; «Qualité des expertises médicales dans l'AI», Interpellation (12.4235) de Bea Heim du 14 décembre 2012; «Collaboration de l'AI avec des médecins ayant des antécédents judiciaires», Interpellation (13.3733) de Margrit Kessler du 18 septembre 2013.
- 12 Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur le postulat de Jean-Michel Dolivo et consorts visant à mettre fin au dysfonctionnement de l'Office AI du canton de Vaud en matière d'expertises psychiatriques, avril 2009. http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/gc/fichiers_pdf/182_Texte_CE.pdf
- 13 Sont également concernés les examens psychiatriques réalisés par les Services médicaux régionaux de l'AI (SMR). *Lettre circulaire AI n°313*.
- 14 Arrêt de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice du canton de Genève, du 22 mai 2013, en la cause de Monsieur H. contre l'Office cantonal de l'Assurance-invalidité (ATAS/540/2013).
- 15 «Médiateur ou ombudsman en matière d'assurance-invalidité», Motion (13.3516) de Stéphane Rossini du 20 juin 2013.
- 16 Arrêt de la Chambre des assurances sociales de la Cour de Justice du canton de Genève, du 12 octobre 2015, en la cause de Monsieur A. contre l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ATAS/727/2015).
- 17 Règlement sur l'assurance invalidité, Chapitre 2, section 1, Art. 9a. Modification entrée en vigueur le 1er janvier 2015.