

VEILLE

**Expertises médicales dans l'AI:
le Tribunal fédéral étend les droits des assuré-es**

Par Sandra Spagnol, juriste à l'ARTIAS

Novembre 2011

Le Tribunal fédéral vient d'amorcer un important virage dans le secteur de l'assurance-invalidité. Et, en particulier, en matière d'expertises médicales, qui servent à déterminer si une personne remplit les conditions légales du droit à une prestation de l'AI. Dans un arrêt rendu le 28 juin dernier¹, la Haute Cour reconnaît que la procédure, soit l'instruction médicale, comporte un certain nombre de risques en défaveur de l'assuré-e. Dès lors, elle invite d'une part les autorités concernées – l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) et les offices AI – à introduire différentes mesures sur le plan administratif, et d'autre part renforce les droits de participation des personnes assurées afin de mettre ces dernières sur un pied d'égalité avec les offices AI.

Dans le viseur du Tribunal fédéral, les expertises effectuées par les Centres d'observation médicale de l'AI (COMAI). Ces centres effectuent des expertises médicales sur mandat des Offices AI, à qui il revient de déterminer si les conditions pour l'obtention de prestations sont remplies. Or, selon un avis de droit² réalisé l'an passé, le principe de l'égalité des armes, consacré à l'art. 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), serait insuffisamment respecté.

Il faut savoir en effet que le Tribunal fédéral accorde aux expertises effectuées par les COMAI une force probante quasi absolue. Cela signifie que le ou la juge ne s'écarte pas sans motifs impératifs des conclusions d'une telle évaluation. Alors qu'une expertise privée fournie par l'assuré-e, quand bien même est-elle réalisée par un spécialiste, a une valeur probante réduite³.

Manque de transparence

Plus globalement, c'est l'ampleur de l'indépendance des COMAI vis-à-vis des offices AI qui est mise sur le tapis. Ces centres d'observation médicale, formés notamment d'instituts d'expertise privés poursuivant un but lucratif, sont financièrement tributaires de l'AI, laquelle les rétribue au prix forfaitaire de 9'000 francs par expertise. Les auteurs de l'avis de droit précité émettent des doutes quant à l'autonomie de ces centres. Et ils ne sont pas les seuls.

Le Tribunal fédéral lui-même s'interroge. Dans son rapport de gestion 2009⁴, il relève notamment: *«Les Ire et Ite Cours de droit social ont constaté que l'assurance-invalidité, en ce qui concerne les aspects liés à l'instruction médicale, présente plusieurs déficits d'ordre institutionnel et organisationnel auxquels la jurisprudence ne peut remédier. Il convient en particulier de relever l'absence d'un contrôle continu de la qualité des expertises, le manque de transparence quant au choix des experts et aux relations que ceux-ci entretiennent avec l'assurance-invalidité (de nombreux assurés soupçonnent les offices AI de confier systématiquement des mandats aux mêmes experts, de sorte que ceux-ci seraient soumis à l'administration par un lien de dépendance économique, sans qu'il ne soit possible de réfuter ces soupçons de manière globale et définitive (...))»*.

¹ ATF 137 V 210, <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>

² Avis de droit rédigé par le Pr. Jörg Paul Müller et le Dr Johannes Reich, février 2010.

³ Daniele Cattaneo, «Les expertises en droit des assurances sociales», CGSS 2010 n°44-105.

⁴ Rapport de gestion 2009, p. 16ss, http://www.bger.ch/fr/gb2009_bger_d.pdf

Pour autant, le Tribunal fédéral n'en estime pas moins que la dépendance financière des COMAI aux montants que l'AI leur verse n'est pas un motif suffisant pour conclure à leur manque d'objectivité et d'impartialité.

Les associations d'entraide et de soutien aux personnes souffrant de handicap supputent l'inverse. Et dénoncent depuis plusieurs années la dépendance économique des instituts d'expertise avec leur donneur d'ordre. Dans une prise de position commune à plusieurs d'entre elles⁵, elles remarquent que l'AI commande chaque année des milliers d'expertises médicales en vue de conduire les instructions. *«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 (...)*». A l'heure actuelle, les 18 COMAI existants établissent annuellement quelque 4'000 expertises⁶.

A la subordination financière – chaque expertise, on l'a dit, est rémunérée forfaitairement à hauteur de 9'000 francs -, il y a lieu de craindre la subordination légale. *«Employé ou mandaté pour effectuer une expertise, l'expert est juridiquement soumis à un devoir de diligence et de fidélité envers celui qui lui confie la conduite de l'expertise. Il doit en sauvegarder les intérêts, lesquels ne concordent évidemment pas avec ceux des assurés à obtenir une prestation»*⁷. Rappelons que les 4^e, 5^e et, prochainement, 6^e révisions de l'AI ont fait de l'assainissement financier de l'assurance et, partant, de la diminution du nombre de rentes, un axe essentiel.

Initiative parlementaire rejetée

Les liens entre les centres d'observation médicale de l'AI et l'assurance-invalidité ont aussi fait l'objet d'interventions sous la coupole. Dans une interpellation parlementaire déposée en mars 2010⁸, la conseillère nationale Margret Kiener Nellen, se référant notamment à l'avis de droit précité, invitait le Parlement à créer les bases légales nécessaires pour permettre aux assuré-es de disposer de droits de participation équivalents à ceux des expert-es et que ceux-ci soient soumis à un contrôle quantitatif et qualitatif. Las! Lors de sa session d'automne, le Conseil national, suivant une majorité de sa commission consultative, a rejeté l'interpellation.

Tout récemment, la conseillère nationale Maria Roth-Bernasconi est revenue à la charge⁹. Réagissant à l'avis de droit d'une part, au revirement du Tribunal fédéral d'autre part, l'élue demande au Conseil fédéral quelles mesures législatives et administratives il compte prendre et dans quel délai.

⁵ Expertises de l'AI – Une prise de position commune <http://www.integrationhandicap.ch/index/menueid/7>

⁶ Chiffres Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national, IP 10.429 http://www.parlament.ch/afs/data/f/bericht/2010/f_bericht_n_k6_0_20100429_0_20110512.htm

⁷ *«La partialité des experts de l'AI»*, par Shirin Hatam, conseillère juridique à Pro Mente Sana, LeTemps, 17 février 2011

⁸ 10.429 Initiative parlementaire, Margret Kiener Nellen, Expertises et procès équitables http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20100429

⁹ 11.3869 – Interpellation, Maria Roth-Bernasconi, *«Equité des expertises médicales dans l'AI»*, http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20113869

Dans l'immédiat, il n'y aura pas de modifications législatives. Mais «des correctifs juridiques sont cependant nécessaires pour garantir l'indépendance des COMAI»¹⁰. Dans l'arrêt rendu en juin dernier, le Tribunal fédéral admet que le système actuel d'expertises dans l'AI met l'assuré-e en situation de net désavantage par rapport à son assureur. Et que, par conséquent, il est de nature à violer la CEDH¹¹.

Droits de participation des assuré-es élargis

Le Tribunal fédéral renverse du coup trois de ses jurisprudences, dont deux concernent la procédure administrative et la troisième, la procédure judiciaire. Et, ce faisant, confère à l'assuré-e des droits de participation accrus.

1. Désormais, lorsque l'assuré-e et l'AI n'arriveront pas à s'entendre sur le choix d'un-e expert-e, l'office devra rendre une décision, contre laquelle l'assuré-e pourra recourir. Au surplus, aux seuls motifs de récusation formels qu'il peut actuellement faire valoir à l'encontre de l'expert-e (lien de parenté,...), l'assuré-e pourra invoquer des motifs matériels (manque de compétence de l'expert-e,...).
2. Désormais, lorsque l'AI ordonnera une expertise, elle devra soumettre à l'assuré-e la liste des questions qu'elle adresse à l'expert-e, pour que l'assuré-e ait l'occasion de formuler ses propres questions.
3. Désormais, quand l'expertise menée par l'AI ne débouchera pas, sur des points importants, sur des résultats suffisamment clairs, l'assuré-e aura droit à la mise en œuvre d'une expertise judiciaire, à laquelle le tribunal devra procéder, et non plus l'AI¹².

Risques identifiés

Les modifications demandées par le Tribunal fédéral font suite à l'enquête qu'il a menée en fin d'année dernière auprès des COMAI et aux risques identifiés à cette occasion, parmi lesquels:

- risque que les offices AI ne confient leur expertise à ceux de leurs COMAI qui sont connus pour minimiser les incapacités de travail dans telle ou telle activité;
- risque que l'indemnisation forfaitaire de l'expertise ne dissuade les COMAI de mettre en œuvre, dans les cas les plus complexes, les examens nécessaires;
- risque que les COMAI, qui revêtent souvent la forme de sociétés de capitaux, ne soient davantage sensibles aux gains qu'ils peuvent réaliser grâce aux expertises de l'AI qu'à la réalisation de la tâche qui leur est confiée de par la loi;
- risque que les médecins œuvrant au sein des COMAI ne soient pas seulement guidés par leurs compétences et leur expérience, mais aussi par les soucis d'économies inscrits dans les révisions en cours et dont ne sauraient faire abstraction les offices AI¹³.

¹⁰ Communiqué du Tribunal fédéral du 6 juillet 2011, relatif à l'arrêt du 28 juin 2011, http://www.bger.ch/fr/mm_9c_243_2010_d.pdf

¹¹ «Offices AI et assurés sont enfin à armes égales», Jean-Marie Agier et Philippe Graf, Le Temps, 27 septembre 2011

¹² Les points 1 à 3 constituent un résumé de l'article cité sous chiffre 11.

¹³ Ibidem s'agissant des «Risques identifiés».

Correctifs demandés par le Tribunal fédéral

Pour pallier ces risques, le Tribunal fédéral préconise également que différentes mesures soient prises sur le plan administratif: attribution des mandats d'expertise au COMAI selon le principe du hasard; différenciations minimales des tarifs; amélioration, unification et transparence des exigences de qualité¹⁴.

Recommandation de la COAI

Renforcer les droits de participation de la personne assurée et introduire des mesures sur le plan administratif: autant de requêtes que les offices AI disent avoir entendues. Voire même, pour certaines d'entre elles, anticipé, selon la Conférence suisse des offices AI (COAI).

S'agissant des droits de participation des assurés-es, la COAI dit avoir fait une recommandation à ses membres début juillet déjà, dans laquelle elle leur demande de transmettre désormais les questions en vue d'une expertise à l'assuré-e concerné-e. Et, lorsqu'office AI et assuré-e n'arrivent pas à s'entendre sur le choix d'un expert, de rendre une décision contre laquelle l'assuré-e peut recourir.

Cette recommandation concerne toutes les expertises demandées par l'AI, soit celles effectuées par les COMAI, mais aussi celles effectuées par les services médicaux régionaux de l'AI (SMR).

Mandats attribués selon le principe aléatoire

Pour ce qui est de l'adoption de mesures administratives visant à garantir l'indépendance des COMAI, la conférence faïtière des offices AI dit ne pas avoir attendu l'arrêt du Tribunal fédéral. Elle a d'ores et déjà mis sur pied le projet MED@P, soit une plate-forme informatique sur laquelle les offices AI pourraient déposer leurs mandats, qui seraient ensuite attribués aléatoirement aux COMAI. L'objectif avoué est d'introduire ce nouvel outil au début de l'an prochain.

Mais avant de faire le pas, les offices AI attendent de l'OFAS (Office fédéral des assurances sociales) qu'il conclue de nouvelles conventions tarifaires avec les COMAI afin d'introduire des tarifications différenciées, lesquelles tiendraient compte de l'expertise effectuée dans le cas concret. Ainsi que l'a demandé le Tribunal fédéral.

La COAI rappelle que les expertises confiées au COMAI ne sont qu'une voie d'instruction - très minoritaire - à laquelle recourt l'assurance. Celle-ci dispose en effet de sa propre voie d'instruction, les Services médicaux régionaux. Pratiquement, les COMAI ne sont sollicités que pour des expertises pluridisciplinaires et complexes.

Sur le fond, toutefois, la Conférence suisse des offices AI conteste toute accointance entre l'assurance et les COMAI et nie donc privilégier certains d'entre eux. Mais, avec les mesures préconisées, elle estime renforcer la transparence et diminuer les soupçons.

¹⁴ Communiqué du TF du 6 juillet 2011, relatif à l'arrêt du 28 juin 2011, http://www.bger.ch/fr/mm_9c_243_2010_d.pdf