

Arrêt 9C_492/2014 du 3 juin 2015

(Traduction de l'allemand)

Faits :

A.

Née en 1958, H.B., mère de six enfants adultes (nés entre 1979 et 1991), a travaillé à temps partiel en tant qu'aide de cuisine de 1995 à mi-mars 2012. En juin 2012, elle a présenté une demande de prestations à l'AI. Elle a alors déclaré qu'elle souffrait de divers types de problèmes de santé qui s'aggravaient rapidement (douleurs au dos et aux extrémités, troubles du sommeil, faiblesse et abattement, etc.). L'office AI a instruit l'état de fait et a notamment sollicité une expertise psychiatrique. Il a ensuite retenu qu'il n'y avait, dans ce cas, pas d'invalidité justifiant un droit à des prestations (décision du 26.6.2013).

(...)

Considérant en droit :

1.1 Le tribunal cantonal a reconnu la pertinence du dossier médical et a conclu que la recourante n'était pas invalide au point d'avoir droit à une rente. Il a retenu qu'aucun corrélatif organique n'a été trouvé pour les douleurs invoquées (consid. 5). Ce serait donc à juste titre que l'administration a soumis la recourante à une expertise (purement) psychiatrique (consid. 7). Les diagnostics principaux posés par l'expert psychiatre de l'administration (trouble somatoforme douloureux persistant, somatisation) seraient incontestables (consid. 9.2). Dans le cadre d'une vérification indépendante selon les critères établis dans l'ATF 130 V 352, l'instance précédente a examiné ensuite les conclusions de l'expertise concernant la capacité de travail (consid. 9.3). Les rapports médicaux déposés après coup dans la procédure cantonale de recours (à savoir celui de la clinique psychiatrique Z. des 27-28.8. 2013 sur un traitement hospitalier d'un mois et demi et celui de son psychiatre traitant du 6.12.2013) n'aboutissaient pas à des diagnostics notablement différents. Ils ne relevaient pas non plus une aggravation de l'état de santé. Sur la question de la capacité de travail, l'avis des médecins traitants n'était pas en mesure de contredire l'évaluation de l'expert (consid. 10.1).

1.2 Il s'agit de statuer sur le cas de figure fréquent de douleurs qui vont de pair avec certains symptômes de plus grande portée (ici : forte fatigabilité) et dont, en application de critères juridiques, l'office AI ne déduit pas une incapacité de travail entraînant un droit à des prestations, bien que l'assurée se plaigne d'une limitation importante de ses capacités et que divers médecins traitants en attestent également. Le présent litige offre l'occasion de reconsidérer la jurisprudence rendue depuis l'ATF 130 V 352. Il faut tenir compte des expériences qui ont pu être accumulées pendant les onze années écoulées depuis cet arrêt de principe ainsi que des critiques que la doctrine médicale et juridique a faites de cette jurisprudence et de sa mise en œuvre.

2.

2.1 L'examen visant à déterminer l'existence ou non d'un droit à des prestations en vertu de l'art. 4, al. 1, LAI et des art. 6 ss, en particulier 7, al. 2, LPGA, part de l'ensemble des éléments médicaux recueillis. Pour justifier ce droit, une limitation des capacités fonctionnelles doit toujours être la conséquence d'une atteinte à la santé qui ait été diagnostiquée de manière incontestable par un médecin spécialisé (ATF 130 V 396).

2.1.1 Les experts doivent motiver le diagnostic d'un trouble somatoforme douloureux persistant, ou syndrome douloureux somatoforme persistant (CIM-10, ch. F45.40), de telle manière que l'autorité d'application du droit puisse comprendre si les critères de la classification sont effectivement remplis. Jusqu'ici, l'instruction des cas de trouble somatoforme douloureux se focalisait essentiellement sur l'application de la liste des critères, c'est-à-dire sur l'évaluation des conséquences fonctionnelles de la douleur (à ce sujet, consid. 3.2 et 4 ci-dessous). La question de savoir si le trouble douloureux a été constaté de façon appropriée comme étant une atteinte à la santé n'est souvent guère prise en considération dans la pratique de l'assurance. Il faut davantage tenir compte du degré de gravité inhérent au diagnostic : pour qu'il y ait « souffrance prédominante », il faut que la douleur soit « persistante, sévère et pénible »¹. Contrairement à d'autres troubles psychosomatiques, par exemple les troubles dissociatifs, qui ne présentent pas en eux-mêmes de lien avec le degré de gravité, le diagnostic d'un trouble somatoforme douloureux suppose par définition des atteintes entravant la vie quotidienne² ; la CIM 10, ch. F45.4, décrit également, comme conséquence habituelle, « une aide et une sollicitude accrues de la part de l'entourage et des médecins ». La pratique suisse en matière d'assurances ne tient souvent pas compte de cette caractéristique fondamentale ; le diagnostic d'un trouble somatoforme douloureux persistant est la plupart du temps cité dans les rapports ou expertises médicales sans qu'il soit fait suffisamment référence aux éléments de nature fonctionnelle³. Il est permis de supposer qu'un trouble somatoforme douloureux persistant est nettement trop souvent diagnostiqué⁴.

2.1.2 Les explications de l'expert sur le diagnostic ne sont pas importantes seulement pour se prononcer de façon sûre sur la valeur de maladie. La limitation fonctionnelle, ou réduction concrète des capacités d'exercer les activités de la vie quotidienne, présumée dans la classification, est reprise en compte lors de l'évaluation de la capacité de travail. Le diagnostic posé est une « référence pour d'éventuelles limitations fonctionnelles » (Lignes directrices de qualité, ch. 6.3). Il ne faut inclure dans la « preuve cohérente d'une activité et d'une participation troublées »⁵ que les pertes fonctionnelles résultant des éléments qui ont été déterminants pour le diagnostic de l'atteinte à la santé. La limitation fonctionnelle affectant le quotidien, qui du point de vue conceptuel fait partie d'un diagnostic posé selon les règles de l'art, est comparée avec les exigences de la vie professionnelle et convertie en une limitation éventuelle de la capacité de travail à l'aide des critères du degré de gravité et

¹ ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, classification internationale des troubles psychiques, CIM-10 chap. V (F), Klinisch-diagnostische Leitlinien, Dilling/Mombour/Schmidt [éd.], 9^e éd. 2014, ch. F45.4 p. 233

² PETER HENNINGSSEN, Probleme und offene Fragen in der Beurteilung der Erwerbsfähigkeit bei Probanden mit funktionellen Körper-beschwerdesyndromen, in : SZS 2014 p. 535, 539 [expertise du Prof. Dr. Peter Henningsen, Klinik und Poliklinik für Psychosomatische Medizin und Psychotherapie, Technische Universität München, de mai 2014 sur des questions concernant la pratique suisse constatation de l'invalidité en cas de troubles somatoformes ou assimilables] ; HENNINGSSEN/SCHICKEL, in : Begutachtung bei psychischen und psychosomatischen Erkrankungen, Schneider et al. [éd.], 2012, p. 277

³ Sur l'exigence d'un diagnostic posé sur la base de critères, voir E. COLOMB ET AL., Qualitätsleitlinien für psychiatrische Gutachten in der Eidgenössischen Invalidenversicherung [voir ci-dessous, consid. 5.1.2], ch. 6.2

⁴ HANS GEORG KOPP, Die psychiatrische Begutachtung von Schmerzstörungen, in : Psychiatrie 4/2006 p. 11

⁵ JÖRG JEGGER, Die persönlichen Ressourcen und ihre Auswirkungen auf die Arbeits- und Wiedereingliederungsfähigkeit - Eine kritische Auseinandersetzung mit der Überwindbarkeitspraxis, in : Psyche und Sozialversicherung, Gabriela Riemer-Kafka [éd.], Zurich 2014, pp. 184, 186 et 191 s.

de la cohérence⁶. De cette manière, les limitations fonctionnelles invoquées peuvent être confirmées ou écartées après un examen attentif de leur plausibilité (ATF 140 V 290, consid. 3.3.1 et 3.3.2).

2.2 Le diagnostic du trouble somatoforme douloureux persistant dérivé de la terminologie du système médical de classification ne conduit en outre à la constatation d'une atteinte à la santé pertinente en droit de l'assurance-invalidité que si le diagnostic résiste aussi aux motifs d'exclusion cités dans l'ATF 131 V 49, dont la pratique ne tient pas assez compte.

2.2.1 En conséquence, il n'existe en général aucune atteinte à la santé assurée si la limitation des capacités repose sur une exagération ou une manifestation similaire. Des indices d'une telle limitation et d'autres manifestations d'un bénéfice secondaire de la maladie (à ce sujet, ATF 140 V 193, consid. 3.3) apparaissent notamment lorsque les douleurs exposées ne correspondent pas du tout au comportement révélé ou à l'anamnèse ; lorsque des douleurs intenses sont alléguées, mais que leur caractérisation demeure vague ; lorsque l'assuré ne suit aucun traitement médical ni aucune thérapie ; lorsque des plaintes formulées avec ostentation ne paraissent pas crédibles aux yeux de l'expert, ou encore lorsque de sérieuses limitations affectant le quotidien sont invoquées mais que l'environnement social demeure largement intact (ATF 131 V 49 consid. 1.2⁷).

2.2.2 Si, dans le cas d'espèce, il apparaît clairement que de tels motifs d'exclusion s'opposent à l'admission d'une atteinte à la santé, il n'existe d'entrée de cause aucune base permettant de fonder une rente d'invalidité même si les caractéristiques d'un trouble somatoforme douloureux au sens de la classification devaient être réalisées (voir art. 7, al. 2, 1^{re} phrase, LPGa). Si les indices en question se manifestent en plus d'une atteinte à la santé indépendante avérée (ATF 127 V 294, consid. 5a), il faut en corriger les conséquences en tenant compte de l'étendue de l'exagération.

3

3.1 Le deuxième niveau de l'examen du droit à des prestations porte sur l'évaluation de la capacité (ou de l'incapacité) de travail, qui comprend l'inventaire qualitatif et l'estimation quantitative des conséquences fonctionnelles de l'atteinte à la santé. Dans ce contexte, la question se pose (consid. 3.4-3.5 ci-dessous) de savoir s'il faut s'en tenir à la présomption selon laquelle un trouble somatoforme douloureux persistant ou un syndrome sans étiologie claire comparable est surmontable par un effort de volonté raisonnablement exigible (parmi bien d'autres : ATF 137 V 64, consid. 1.2 ; en dernier lieu : ATF 140 V 8, consid. 2.2.1.3). Il faut en outre déterminer comment comprendre la notion juridique de « surmontabilité » en tant que telle ; aux termes de l'art. 7, al. 2, 2^e phrase, LPGa, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable (consid. 3.7).

⁶ RENATO MARELU, Nicht können oder nicht wollen? Beurteilung der Arbeitsfähigkeit bei somatoformen Störungen, typische Schwierigkeiten und ihre Überwindung, in : SZS 2007 pp. 329 et 339

⁷ KOPP/WILLI/KLIPSTEIN, Im Graubereich zwischen Körper, Psyche und sozialen Schwierigkeiten, in : Schweizerische Medizinische Wochenschrift 1997 p.1434, qui reprennent une enquête de WINCKLER et FOERSTER ; on trouve des énumérations comparables dans : HANS-JAKOB MOSIMANN/GERHARD EBNER, „Objektiv nicht überwindbare“ Erwerbsunfähigkeit: Überlegungen zu Art. 7 Abs. 2 ATSG aus juristischer und psychiatrischer Sicht, in : SZS 2008 p. 532 ; HENNINGSEN/SCHICKEL, loc. cit., pp. 278 ss ; PETER HENNINGSEN, Wie werden psychosomatische Störungen begutachtet? Leitlinien für Grenzbereiche, in : Grenzwertige psychische Störungen, Vollmoeller [éd.], 2004, pp. 105 s. ; THOMAS MERTEN, Lässt sich suboptimales Leistungsverhalten messen? Diagnostik bei Simulationsverdacht, in : Grenzwertige psychische Störungen, Vollmoeller [éd.], 2004, p. 94 ; voir aussi KOPP, loc. cit., pp. 10 s.). Un comportement visant à expliciter le trouble n'est pas en soi indice d'exagération (HENNINGSEN, loc. cit., p. 104).

3.2 Dans l'ATF 130 V 352, consid. 2.2.2, le TF a défini les conditions auxquelles des tableaux cliniques psychosomatiques (voir ATF 137 V 64, consid. 4.3) peuvent donner droit à une rente d'invalidité (sur l'historique de cette jurisprudence, ATF 135 V 201, consid. 7.1.2). Dans l'ATF 131 V 49, consid. 1.2, il a consolidé ses considérants-clés de la manière suivante :

« L'admission d'une atteinte à la santé psychique, donc aussi d'un trouble somatoforme douloureux persistant, suppose d'abord un diagnostic établi par un médecin spécialisé (psychiatre) selon un système de classification scientifiquement reconnu (ATF 130 V 396, consid. 5.3 et 6). Cependant, pas plus qu'aucune autre affection psychique, un trouble somatoforme douloureux persistant diagnostiqué n'est pas encore en soi constitutif d'une invalidité. Il existe au contraire une présomption que le trouble somatoforme douloureux ou ses conséquences sont surmontables par un effort de volonté raisonnablement exigible. Certaines circonstances qui empêchent de manière intense et constante la maîtrise des douleurs peuvent rendre inexigible le retour à la vie active parce que l'assuré ne disposera pas des ressources nécessaires pour faire face à ses douleurs. La question de savoir s'il s'agit d'une telle exception se tranche au cas par cas à l'aide de divers critères. Il faut en tout premier lieu pouvoir retenir l'existence d'une comorbidité psychique dont la gravité, l'expression et la durée sont considérables. D'autres facteurs peuvent aussi être déterminants, notamment : des maladies physiques concomitantes chroniques ; une longue évolution clinique devenue chronique avec une symptomatologie inchangée ou progressive sans rémission durable ; un retrait social dans tous les domaines de la vie ; un trouble dont l'évolution est figée, inaccessible à toute thérapie, et qui résulte du fait qu'un conflit n'est pas résolu, mais qui libère ainsi le psychisme (bénéfice primaire de la maladie, « fuite dans la maladie ») ; l'échec d'un traitement ambulatoire ou hospitalier appliqué de manière résolue (également suivant différentes approches thérapeutiques) malgré une attitude coopérante de l'assuré (ATF 130 V 352). Plus ces critères se vérifient et plus la situation correspondante est marquée, plus les conditions d'un effort de volonté exigible devront être considérées – exceptionnellement – comme non remplies (...). »

3.3

3.3.1 Depuis l'ATF 131 V 49, consid. 1.2, la jurisprudence part expressément de la présomption que l'on peut exiger de l'assuré un effort de volonté lui permettant de surmonter les conséquences d'un trouble somatoforme douloureux (ou d'un tableau clinique assimilable). Le considérant 7.3 de l'arrêt I 457/02 non publié dans l'ATF 130 V 396 dit à ce sujet :

« Le trouble somatoforme douloureux n'est pas lié par une loi naturelle à des limitations fonctionnelles objectivables (...). C'est pourquoi il est indiqué, dans l'examen de l'exigibilité, de partir d'abord de la présomption que le trouble somatoforme douloureux est en principe surmontable, c'est-à-dire que la capacité de gain n'est pas touchée dans une mesure invalidante (...). Dans le cas d'espèce, il faut ensuite examiner à quel point cette présomption est réfutée par des circonstances permettant d'admettre que l'exploitation des capacités [fonctionnelles] (qui existent d'un point de vue somatique) est impossible ou ne peut pas être raisonnablement exigée de l'assuré. »

L'introduction d'une présomption devait concrétiser l'idée de base contenue dans l'ATF 130 V 352 selon laquelle, pour ce type de diagnostic, il n'existe « en règle générale » pas de limitation invalidante durable de la capacité de travail et que ce n'est que « dans des cas exceptionnels » qu'il faut admettre une inexigibilité (ATF 130 V 352, consid. 2.2.3). La jurisprudence motive la présomption notamment en se référant à l'expérience médicale (en ce sens, par ex. ATF 132 V 393, consid. 3.2 avec renvois). Des auteurs du domaine médical

(et aussi du domaine juridique) contestent le fondement scientifique d'une telle règle⁸. Du point de vue juridique, il est en relevé particulier que c'est au législateur qu'il appartiendrait d'instaurer une présomption de ce genre⁹.

3.3.2 La doctrine juridique est d'abord partie de l'idée qu'il s'agissait d'une présomption de fait : l'exigibilité d'une activité lucrative est certes examinée au cas par cas, mais selon des règles généralisées ; la jurisprudence relative au trouble somatoforme douloureux aboutit à une limitation de l'examen de l'exigibilité dans la mesure où elle prédéfinit quelles données subjectives et objectives (critères) sont déterminantes¹⁰. S'y est ajoutée l'idée qu'il s'agissait d'une présomption naturelle qualifiée¹¹. Contrairement à la présomption naturelle simple, par laquelle le tribunal se réfère à l'expérience générale de la vie pour tirer de circonstances concrètes des conclusions sur un état de fait donné, une présomption naturelle qualifiée (appelée aussi hypothèse normative) prend la fonction d'une norme parce qu'une valeur empirique a des effets valables de manière générale pour les cas de même nature¹². Elle concerne dès lors une question de droit que le TF peut revoir librement¹³.

3.3.3 Le TF ne s'est jamais exprimé expressément sur la nature juridique de la présomption. La question ne doit pas non plus être approfondie ici, comme il résulte de ce qui suit.

3.4 Compte tenu des connaissances médicales actuelles sur les affections psychosomatiques, il faut examiner si la présomption que les souffrances et leurs conséquences sont surmontables reste l'instrument adéquat pour apprécier à leur juste valeur les particularités de telles atteintes à la santé en tant qu'éléments de preuve.

3.4.1

3.4.1.1 Avant l'ATF 130 V 352, les autorités d'application du droit reprenaient souvent à leur compte tel quel l'avis de médecins traitants qui très souvent, en cas de syndrome douloureux ou de trouble psychosomatique comparable, concluaient directement de leur diagnostic à une incapacité de travail¹⁴. Il en est résulté une vaste diffusion de tels tableaux cliniques et une forte augmentation du nombre de bénéficiaires de rente, de 27 % pour la seule période allant de décembre 2000 à décembre 2005¹⁵. Dès lors, le respect des conditions légales du droit aux prestations n'était manifestement plus garanti. La norme règle/exception motivée par l'ATF 130 V 352 devait rendre la pratique à nouveau conforme à la loi. La signification de la présomption de surmontabilité se bornait à cet objectif.

⁸ HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, pp. 522 ss., 526 ; JÖRG JEGGER, Tatfrage oder Rechtsfrage? Abgrenzungsprobleme zwischen Medizin und Recht bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit in der Invalidenversicherung, in : SZS 2011 pp. 601 s. ; voir aussi VIVIAN WINZEN-RIED, Die Überwindbarkeitspraxis, in : Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2012, Kieser/Lendfers [éd.], 2012, p. 231 ss ; UELI KIESER, Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht, in : Personen-Schaden-Forum 2011, Weber [éd.], 2011, pp. 268 s. ; THOMAS GÄCHTER/DANIA TREMP, Schmerzrechtsprechung am Wendepunkt? in : Jusletter 16.5.2011 ch. 13

⁹ JÖRG PAUL MÜLLER, Verfahrensgerechtigkeit in der Sozialversicherung, in : Jusletter 27.1.2014 ch. 17 ; BETTINA KAHIL WOLFF, Atteintes non objectivables à la santé : l'ATF 136 V 279 et d'autres développements dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, in : JdT 2011 I p. 24

¹⁰ THOMAS GÄCHTER, Die Zumutbarkeit und der sozialversicherungsrechtliche Beweis, in : Freiburger Sozialrechtstage 2008, Murer [éd.], Bern 2008, p. 259 ; ANDREAS BRUNNER/NOAH BIRKHÄUSER, Somatoforme Schmerzstörung - Gedanken zur Rechtsprechung und deren Folgen für die Praxis, insbesondere mit Blick auf die Rentenrevision, in : BJM 2007 p. 185

¹¹ URS MÜLLER, Die natürliche Vermutung in der Invalidenversicherung, in : Soziale Sicherheit - Soziale Unsicherheit, Festschrift für Erwin Murer zum 65. Geburtstag, Riemer-Kafka/Rumo-Jungo [éd.], Berne 2010, p. 559 ; PHILIPP EGLI, Was soll das Verwaltungsverfahren? Gedanken zu einem rechtsstaatlichen IV-Abklärungsverfahren, dargestellt an der Gutachtens- und der Überwindbarkeitspraxis des Bundesgerichts, in : recht 2013, p. 73 ; GÄCHTER/TREMP, loc. cit., ch. 6

¹² U. MÜLLER, loc. cit., pp. 551 s.

¹³ U. MÜLLER, loc. cit., p. 554 avec d'autres références; art. 95 LTF

¹⁴ Voir ERWIN MURER, Invalidenversicherungsgesetz [Art. 1-27 IVG], Handkommentar, 2014, N. 22 ad art. 8a LAI ; ID., Die verfehlte rechtliche Behandlung der „Versicherungsfälle unklarer Kausalität“ und ihre Auswirkungen auf die Rentenexplosion in der IV, in : Freiburger Sozialrechtstage 2004, pp. 3 ss

¹⁵ OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, Statistique de l'AI 2013, Berne 2014, pp. 21 s.

3.4.1.2 Par la suite, le TF a repris des avis de doctrine qui considéraient la présomption de surmontabilité avant tout comme une question ayant trait à la qualité de preuve¹⁶. Il a souligné que ce concept ne signifiait pas seulement un durcissement des exigences en matière de preuve, mais qu'il avait aussi une fonction de garantie pour les assurés, qui doivent assumer les conséquences de l'absence de preuve lorsque les faits censés établir les conditions de leur droit à des prestations demeurent non prouvés (ATF 139 V 547, consid. 9.1.3 ; 140 V 290, consid. 4.2). La preuve des conséquences fonctionnelles de tableaux cliniques peu clairs ne peut être administrée que de manière indirecte, sur la base d'indices (« Hilfstatsachen »¹⁷, ou faits confortant un moyen de preuve) constituant une sorte de preuve de substitution¹⁸. Cette manière de voir le droit de la preuve n'a encore rien changé à la pondération règle/exception qui se trouve à la base du cas de figure juridique de la présomption de surmontabilité (voir ATF 139 V 547, consid. 9.1, p. 565).

3.4.2 Cependant, la présomption de surmontabilité fait doublement obstacle à une instruction complète des faits déterminants en matière d'incapacité de travail.

3.4.2.1 D'abord, le fait de se concentrer sur des indices pouvant éventuellement infirmer la présomption a pour effet que l'on recherche surtout des éléments de preuve – établissant le cas d'exception (incapacité de travail) – et que l'on a par contre tendance à négliger l'évaluation des ressources. Le critère de l'exigibilité imposé par la loi prescrit cependant que tous les facteurs ayant pour effet de réduire le dommage soient mis en balance avec les atteintes à la santé¹⁹. Dans le cadre de l'appréciation des limitations fonctionnelles, il faut aussi examiner le profil d'aptitude positif et ne pas mettre en évidence que les déficits existants, mais aussi décrire le profil d'aptitude complet, avec ses éléments tant négatifs que positifs²⁰. L'incapacité de travail résulte pour ainsi dire du solde de toutes les charges et ressources essentielles²¹.

Il est souvent reproché à la jurisprudence de se baser sur une conception trop étroite et inappropriée de la maladie (biopsychique uniquement)²². La notion étroite de maladie appliquée en relation avec les prestations sous forme de rente de l'assurance-invalidité ne laisse toutefois de côté les facteurs sociaux que dans la mesure où il s'agit de circonscrire les facteurs assurés ayant un lien de causalité avec l'évaluation de l'incapacité de travail²³. Les conséquences fonctionnelles d'atteintes à la santé sont cependant aussi évaluées en fonction des facteurs de handicap de nature psychosociale et socioculturelle qui influent sur l'ampleur des conséquences d'une atteinte à la santé²⁴. Par conséquent, le programme

¹⁶ Notamment JÖRG JEGER, Die Beurteilung der medizinischen Zumutbarkeit, in : Freiburger Sozialrechtstage 2008, Murer [éd.], pp. 118 ss

¹⁷ [HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, pp. 533 et 538].

¹⁸ Voir à ce sujet HANS-JAKOB MOSIMANN, Perspektiven der Überwindbarkeit, in : SZS 2014 pp. 212 s. ; point de vue critique : EVA-LOTTA SAMUELSSON, Wieviel Evidenz für welche Objektivität?, in : Jusletter 27.1.2014, passim

¹⁹ Voir MOSIMANN/EBNER, loc. cit., pp. 535 s.

²⁰ RENATO MARELLI, Das psychiatrische Gutachten, Einflüsse und Grenzen, in : Psyche und Sozialversicherung, Riemer-Kafka [éd.], 2014, p. 85

²¹ Concernant les ressources : JÖRG JEGER, Die persönlichen Ressourcen, pp. 131 ss, 147 s. ; GABRIELA RIEMER-KAFKA [éd.], Versicherungsmedizinische Gutachten, 2^e éd., 2012, p. 121

²² Sont de cet avis DAVID HUSMANN/SILVIO RIESEN, Unklare Beschwerdebilder aus der Geschädigtenperspektive, in : Personen-Schaden-Forum 2015, Weber [éd.], Zurich 2015, p. 47 ; PHILIP STOLKIN, Von der Europäischen Menschenrechtskonvention, den adäquaten Kausalzusammenhängen, den Normhypothesen und dem Gleichheitssatz oder: Warum die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Gesundheitsbegriff das Diskriminierungsverbot verletzt - ein Erklärungsversuch, in : HAVE 2011 pp. 386 s.

²³ Voir arrêt 9C_776/2010 du 20.12.2011 consid. 2.3.3, SVR 2012 IV n° 32 p. 127 ; JÖRG PAUL MÜLLER, Rechtsgutachten [mit MATTHIAS KRADOLFER], Stellungnahme aus der Sicht allgemein rechtsstaatlicher Grundsätze der Bundesverfassung und der EMRK, 2012, pp. 32 s. ; BRUNNER/BIRKHÄUSER, loc. cit., p. 185

²⁴ Voir THOMAS LOCHER, Die invaliditätsfremden Faktoren in der rechtlichen Anerkennung von Arbeitsunfähigkeit und Invalidität, in : Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, Schaffhauser/Schlauri [éd.], 2003, p. 253 ; JEGER, Die persönlichen

d'examen doit être conçu de telle manière que les ressources qui favorisent les capacités fonctionnelles soient aussi prises en compte.

3.4.2.2 Le principe inquisitoire (art. 43, al. 1, et 61, let. c, LPGA) contraint l'administration et les tribunaux à tenir compte d'office des motifs parlant pour et contre l'existence ou l'absence d'une circonstance de fait. Dans la doctrine, il est affirmé à juste titre que ce principe n'est qu'insuffisamment observé dans la pratique²⁵. De fait, la présomption de surmontabilité incite parfois l'autorité à choisir les éléments de fait déterminants en fonction des critères établis, de telle manière que le cas normal soit réalisé ; cela probablement aussi en compensation du fait que les ressources ne se voient pas (jusqu'ici) attribuer la place correspondant à leur importance effective dans la grille d'évaluation. Une telle tendance favorise en outre des schématisations qui vont à l'encontre de la libre appréciation des preuves et de l'application du droit d'office²⁶. L'appréciation s'appuyant sur de telles bases – à vrai dire dans un sens opposé aux motifs mentionnés au considérant 3.4.2.1 – n'est plus orientée vers un constat global des capacités fonctionnelles effectives. En outre, la présomption conforte l'idée que la surmontabilité serait indivisible, de sorte que, en fin de compte, seule une incapacité de travail totale entrerait en ligne de compte dans le cas d'exception (9C_468/2013, consid. 4.2 ; 9C_710/2011, consid. 4.4²⁷).

3.5 Les réflexions qui précèdent concernent des motifs objectifs sérieux qui priment un intérêt éventuel au maintien d'une pratique même de longue durée. Les conditions d'un changement de jurisprudence sont donc remplies (voir ATF 138 III 359, consid. 6.1 ; 137 V 282, consid. 4.2 ; 134 V 72, consid. 3.3). La présomption de surmontabilité doit être abandonnée.

3.6 Sur le plan méthodologique, il en résulte ce qui suit : la question de savoir si le trouble douloureux diagnostiqué entraîne une incapacité de travail totale ou partielle ne se pose plus sous l'angle de la réfutation d'une présomption initiale. L'ancien modèle règle/exception est remplacé par une grille d'évaluation structurée et normative (consid. 5.1 ci-dessous). A l'aide d'une liste d'indicateurs (voir consid. 4), il est procédé à une estimation symétrique et sans préjugé des capacités fonctionnelles pouvant effectivement être mobilisées – compte tenu des facteurs externes susceptibles d'entraver ces capacités, d'une part, et des potentiels de compensation (ressources), d'autre part²⁸.

3.7

3.7.1 Il faut souligner que l'abandon de la présomption de surmontabilité ne change rien aux règles concernant l'exigibilité et notamment à l'exigence d'une base d'appréciation objectivée. Aux termes de l'art. 7, al. 2, 2^e phrase, LPGA, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable. Ainsi, une jurisprudence établie de longue date est devenue loi. En vertu de cette disposition, la question de savoir s'il peut être raisonnablement exigé de l'assuré qu'il fournisse une prestation de travail nécessite une

Ressourcen, p. 177 ; ID. Wer bemisst invaliditätsfremde [soziokulturelle und psychosoziale] Ursachen der Arbeitsunfähigkeit - der Arzt oder der Jurist?, in : Sozialversicherungsrechtstagung 2008, Schaffhauser/Schlauri [éd.], 2009, pp. 166 ss

²⁵ U. MÜLLER, loc. cit., p. 560 ; JEGGER, Die persönlichen Ressourcen, p. 178

²⁶ EGLI, loc. cit., pp. 71 ss ; KAHIL WOLFF, loc. cit., p. 24 ; GÄCHTER/TREMP, loc. cit., ch. 16 ; BRUNNER/BIRKHÄUSER, loc. cit., pp. 188 s.

²⁷ Voir à ce sujet MOSIMANN, Perspektiven, p. 199 ; HUSMANN/RIESEN, loc. cit., p. 52 ; JEGGER, Tatfrage oder Rechtsfrage, p. 599 ; THOMAS GÄCHTER, Grundsätzliche Einordnung von BGE 136 V 279, in : HAVE 2011 p. 57

²⁸ Voir PIERRE-ANDRÉ FAUCHÈRE, Somatoformer Schmerz, 2008, p. 279

approche objectivée, car elle ne peut dépendre du ressenti subjectif de celui-ci²⁹. Les avis personnels et les limitations subjectives de l'assuré qui ne peuvent pas être fondés d'un point de vue psychiatrique, mais dont les tribunaux savent bien que les médecins les appuient très souvent, bien que fréquemment sans les traiter de façon conséquente, ne doivent pas à l'avenir non plus être reconnus comme fondant des atteintes à la santé invalidantes.

3.7.2 Ce changement de jurisprudence n'entraîne pas non plus l'abandon de la jurisprudence (relative à la let. a, al. 1, des dispositions finales de la révision 6a de l'AI) développée dans l'ATF 139 V 547. Au contraire, il faut maintenir de manière conséquente cette conclusion juridique, tirée d'un examen approfondi de l'évolution législative et jurisprudentielle (ATF 139 V 547, consid. 5, 6) : l'évaluation des conséquences de troubles psychosomatiques sur la capacité de travail doit être définie plus clairement que ne l'a exprimé jusqu'ici la jurisprudence reprise dans cet arrêt, en tant que tâche relevant de l'administration – indirecte – des preuves (ATF 139 V 547, consid. 7, en particulier 7.2), en tenant compte des connaissances en psychiatrie disponibles (les ATF 140 V 193 et 290 allaient déjà dans ce sens ; consid. 3.4.1.2 ci-dessus). Il n'y a pas non plus de changement en ce qui concerne le respect de la volonté claire du législateur au sujet de l'art. 7, al. 2, LPGA, selon laquelle, dans l'approche objectivée (consid. 3.7.1), il faut partir de la « non-invalidité » de principe (ATF 139 V 547, consid. 8.1) de l'assuré supportant le fardeau de la preuve matérielle.

3.7.3 Dans tous les cas, l'incapacité de travail ou de gain est le résultat d'une appréciation – objective – portant sur la question de savoir si, en dépit du handicap diagnostiqué médicalement, on peut raisonnablement attendre de l'assuré qu'il accomplisse à plein temps ou à temps partiel une activité adaptée. Il n'y a par conséquent pas matière à un examen séparé et plus approfondi de la surmontabilité (voir par ex. ATF 136 V 279, consid. 3.3 ; 132 V 65, consid. 5.1). Dans ces conditions, il ne peut pas non plus y avoir une incapacité de travail insurmontable (ATF 136 V 279, consid. 4.1). Dans cette forme excessive, cette notion est un vestige de l'ancienne jurisprudence sur les diverses variétés de névroses d'assurance, qui partait du principe que la fixation névrotique pouvait parfois disparaître lorsque les prestations d'assurance étaient refusées ou que – dans les cas prévus par la loi – une indemnité était versée³⁰.

4.

Reste à déterminer les effets du changement de jurisprudence sur la liste des critères établie dans l'ATF 130 V 352, consid. 2.2.3. Cette liste comprend des facteurs standards à l'aide desquels la portée fonctionnelle des résultats déterminants pour le diagnostic (consid. 2.2 ci-dessus) peut être juridiquement confirmée dans le cadre de l'administration indirecte des preuves (consid. 3.4.1.2 et 3.7.2) (consid. 5.2 ci-dessous).

²⁹ Message du 22.6.2005 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité [5^e révision de l'AI, FF 2005 4285 s.] ; ATF 140 V 290 consid. 3.3 p. 296 ; 139 V 547 consid. 5.7 p. 557 ; 135 V 215 consid. 7.2 p. 229 ; 130 V 352 consid. 2.2.4 p. 355 ; 127 V 294 consid. 4c p. 298 ; 109 V 25 consid. 3c p. 28 ; 102 V 165 ; MOSIMANN/EBNER, loc. cit., pp. 524 s. ; BRUNNER/BIRKHÄUSER, loc. cit., pp. 184 ss

³⁰ « Refus de la prestation à titre probatoire » ; voir ATF 107 V 239 et 102 V 165 ; arrêt I 504/82 du 31.10.1983, RCC 1984 p. 355 ; ULRICH MEYER, Das Schleudertrauma, anders betrachtet, in : Ausgewählte Schriften, Gächter [éd.], 2013, pp. 302 s. ; ID., Krankheit als leistungsauslösender Begriff im Sozialversicherungsrecht, in : Rechtsfragen zum Krankheitsbegriff, Gächter/Schwendener [éd.], 2009, pp. 17 et 21

4.1

4.1.1 Après l'abandon du concept de présomption, l'appréciation de la capacité fonctionnelle ne se concentre plus, comme on l'a dit, sur la réfutation d'une supposition de départ stipulant que le trouble douloureux n'est pas invalidant. Par conséquent, l'accent est de plus en plus mis aussi sur des ressources qui peuvent compenser le stress conditionné par la douleur et qui favorisent ainsi la capacité physique (consid. 3.4.2.1 ci-dessus). Cette nouvelle approche conduit à des adaptations dans la formulation des indicateurs. Même avec l'abandon de la présomption de la possibilité de surmonter les douleurs, une certaine extension objective des points de vue retenus pour l'examen des cas est indiquée. En ce sens, on peut partir de l'ancienne liste de critères³¹. Le principe selon lequel l'application de la liste doit toujours tenir compte des circonstances du cas particulier reste valable. Il ne s'agit pas d'une checklist où il suffit de cocher des rubriques³². Du reste, la liste en tant que telle n'est pas non plus inamovible, mais en principe ouverte à de nouvelles connaissances médicales établies ; celles-ci influencent le contenu de la liste en tant que faits juridiques (voir consid. 5.1 ci-dessous). Il s'impose ainsi maintenant d'abandonner l'importance prioritaire de la comorbidité psychique et de ne plus tenir compte du bénéfice primaire de la maladie (consid. 4.3.1.1 et 4.3.1.3).

4.1.2 Le terme de « critères » en cours jusqu'ici donne à penser qu'il s'agirait là de caractéristiques importantes pour une décision au sens où, parmi plusieurs scénarios prédéfinis, l'un d'eux serait le bon. Après l'abandon de la présomption au profit d'une appréciation sans préjugés de la capacité fonctionnelle en tant que principal fait à prouver, la notion de critère semble ne plus être appropriée. Le TF parle désormais d'indicateurs, terme qui désigne les éléments déterminants à prouver, à l'aide desquels un certain état de fait est établi³³.

4.1.3 Les indicateurs standards importants dans le cas normal peuvent être systématisés selon leurs propriétés communes :

Catégorie « degré de gravité fonctionnel » (consid. 4.3)

Complexé « atteinte à la santé » (consid. 4.3.1)

Expression des éléments pertinents pour le diagnostic (consid. 4.3.1.1)

Succès du traitement et de la réadaptation ou résistance à cet égard (consid. 4.3.1.2)

Comorbidités (consid. 4.3.1.3)

Complexé « personnalité » (diagnostic de la personnalité, ressources personnelles ; consid. 4.3.2)

Complexé « contexte social » (consid. 4.3.3)

Catégorie « cohérence » (points de vue du comportement ; consid. 4.4)

Limitation uniforme du niveau des activités dans tous les domaines comparables de la vie (consid. 4.4.1)

Poids des souffrances révélé par l'anamnèse établie en vue du traitement et de la réadaptation (consid. 4.4.2).

³¹ Voir aussi la liste figurant dans les lignes directrices (allemandes) de l'AWMF "Umgang mit Patienten mit nicht-spezifischen, funktionellen und somatoformen Körperbeschwerden" ["Empfehlung 143"] ; HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, p. 534 ; ci-dessous, consid. 5.1.2

³² Arrêt 8C_420/2011 du 26.9.2011, consid. 2.4.2, avec renvoi à VENZLAFF/FOERSTER, Psychiatrische Begutachtung, 4^e éd., Munich 2004, p. 650

³³ Voir aussi HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, pp. 533 et 541

Les réponses que les experts médicaux donnent à l'aide des indicateurs (pertinents dans le cas d'espèce) donnent aux autorités d'application du droit des indices essentiels pour apprécier l'incapacité de travail en cas de troubles psychosomatiques (voir consid. 3.4.1.2 et 3.7.2).

4.2 Ce qui a été dit et qui doit encore être développé s'applique aux troubles somatoformes douloureux persistants et aux troubles psychosomatiques analogues (voir ATF 140 V 8, consid. 2.2.1.3).

4.3 Les indicateurs axés sur le degré de gravité fonctionnel forment le cadre de base de l'évaluation des conséquences³⁴. Les conclusions qui en sont tirées doivent résister à une vérification de la cohérence (à ce sujet, consid. 4.4 ci-dessous).

4.3.1 Le complexe « Atteinte à la santé » suscite les remarques suivantes.

4.3.1.1 Le premier indicateur à signaler est l'expression des éléments et des symptômes pertinents pour le diagnostic. Les constatations relatives aux manifestations concrètes de l'atteinte à la santé diagnostiquée aident cependant à ne pas séparer les limitations fonctionnelles dues à cette atteinte des conséquences (directes) de facteurs non assurés (consid. 3.4.2.1, 2^e par., ci-dessus). Le point de départ est le degré de gravité minimal inhérent au diagnostic (consid. 2.1.1 ci-dessus). Si, par ailleurs, des critères d'exclusion (ATF 131 V 49, consid. 1.2) jouent un certain rôle sans qu'une atteinte pertinente à la santé ne doive être exclue a priori pour ce motif (voir consid. 2.2.2 ci-dessus), il faut évaluer les circonstances révélant une exagération, etc. La gravité de l'évolution de la maladie doit aussi être rendue plausible à l'aide de tous les éléments disponibles provenant de l'étiologie et pathogenèse déterminantes pour le diagnostic. En particulier, la description du trouble somatoforme douloureux faite dans la CIM 10, ch. F45.4, met en évidence les facteurs étiologiques : la caractéristique du trouble est qu'il survient « dans un contexte de conflits émotionnels et de problèmes psychosociaux » qui jouent le rôle principal pour le début, le degré de gravité, l'exacerbation ou le maintien des douleurs³⁵. Par contre, les conclusions sur le degré de gravité ne devraient plus être tirées de la notion de bénéfice primaire de la maladie. Il s'agit là d'un concept psychanalytique que bien des représentants d'autres écoles psychiatriques considèrent avec scepticisme, voire rejettent. Selon HENNINGSEN, le bénéfice primaire de la maladie, en tant que « construction étroitement liée à une certaine école de psychothérapie et variant en fonction de la personne chargée des examens médicaux », n'est guère une référence fiable³⁶.

4.3.1.2 Le succès du traitement ou la résistance au traitement, c'est-à-dire le déroulement et l'issue des thérapies, sont d'importants indicateurs du degré de gravité. L'échec définitif d'une thérapie médicalement indiquée et réalisée selon les règles de l'art, avec une coopération optimale de l'assuré, indique un pronostic négatif³⁷. Si par contre le traitement demeuré sans résultat ne correspond pas (ou plus) à l'état actuel de la médecine ou apparaît inapproprié dans le cas d'espèce, il n'y a rien à en tirer en ce qui concerne le degré de gravité du trouble (9C_662/2009, consid 3.2 ; SVR 2011 IV, n° 26, p. 73). Selon la

³⁴ HANS GEORG KOPP/RENATO MARELLI, "Somatoforme Störungen, wie weiter?", in : SZS 2012 p. 255

³⁵ Voir à ce propos U.T. EGGLE/R. NICKEL, Die somatoforme Schmerzstörung, in : Der medizinische Sachverständige 2007 p. 129

³⁶ Probleme und offene Fragen, p. 540 ; voir aussi JEGGER, Die persönlichen Ressourcen, pp. 169 s.

³⁷ Sur les objectifs de traitement des troubles somatoformes douloureux, voir FAUCHÈRE, Somatoformer Schmerz, 2008, pp. 219 s. ; HANS MORSCHITZKY, Somatoforme Störungen, 2007, pp. 271 ss

jurisprudence, des troubles psychiques du type qui nous intéresse ici ne sont considérés comme invalidants que s'ils sont graves et qu'ils ne peuvent pas (ou plus) être traités médicalement, ce qui ressort a contrario de la jurisprudence constante (parmi beaucoup d'autres, arrêt 9C_736/2011, consid. 4.2.2.1 avec références). Il faut s'en tenir à cette règle. En cas de maladie de relativement courte durée – donc pas encore devenue vraiment chronique –, il devrait en général exister encore des options thérapeutiques et une résistance au traitement devrait donc être exclue. Cela montre que la question de l'évolution d'un trouble somatoforme douloureux (« durable ») vers un état chronique n'est la plupart du temps pas très utile pour juger du degré de gravité : sans une accentuation de la douleur à long terme, une incapacité de travail invalidante n'est guère imaginable ; il en va déjà de même pour le diagnostic³⁸. Au reste, pour autant qu'il faille admettre que le recours à des thérapies et le fait de se montrer coopérant sont dus à la présence ou à l'étendue des souffrances perçues, il en va de la cohérence des effets d'une atteinte à la santé (consid. 4.4.2 ci-dessous).

Des déductions sur le degré de gravité d'une atteinte à la santé peuvent être tirées non seulement du traitement médical, mais aussi de la réadaptation au sens juridique. En effet, comme le traitement médical raisonnablement exigible (qui, sous réserve de l'art. 12 LAI, n'est pas à la charge de l'assurance-invalidité) engage l'assuré à pourvoir en quelque sorte à sa propre réadaptation, celui-ci doit, sur le plan professionnel, se réadapter en principe lui-même avant de participer, si cela est indiqué, à des mesures de réadaptation et de réinsertion (art. 8 s. et art. 14 ss LAI). Lorsque de telles mesures entrent en considération après une évaluation médicale mais que la personne demandant une rente n'y participe pas, cela est considéré comme un indice sérieux d'une atteinte non invalidante. A l'inverse, une réadaptation ratée malgré une coopération optimale peut être significative dans le cadre d'un examen global prenant en compte les circonstances individuelles du cas d'espèce.

4.3.1.3 Jusqu'ici, la jurisprudence a attribué une importance capitale à la comorbidité psychiatrique (de la sorte encore ATF 139 V 547, consid. 9.1.1). Cette prépondérance du critère de référence ne saurait être maintenue car elle ne se vérifie pas de manière empirique³⁹. La comorbidité psychique n'est plus prioritaire de manière générale, mais ne doit être prise en considération qu'en fonction de son importance concrète dans le cas d'espèce, notamment en tant que baromètre pour savoir si elle prive l'assuré de certaines ressources⁴⁰. La qualification de « suffisamment sévère, marquée et durable » appliquée jusqu'ici était l'expression de la fonction de critère d'exception attribuée à la comorbidité et de son importance prioritaire. Suite au changement de jurisprudence sur chacun des deux points, les attributs mentionnés perdent leur fonction.

Les anciens critères de « comorbidité psychiatrique » et de « maladies physiques concomitantes » doivent être réunis en un indicateur uniforme. Il faut une approche globale des interactions et autres liens du trouble douloureux avec toutes les pathologies concomitantes. Un trouble qui, selon la jurisprudence, ne peut pas être invalidant en tant que tel⁴¹, ne relève pas de la comorbidité (voir arrêt 9C_1040/2010, consid. 3.4.2.1, SVR 2012 IV, n° 1, p. 1), mais doit à la rigueur être pris en considération dans le cadre du diagnostic de

³⁸ HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, p. 536

³⁹ HENNINGSEN, Probleme und offene Fragen, pp. 539 s. ; JEGER, Die persönlichen Ressourcen, pp. 166 s. ; ID., Die Entwicklung der Foerster-Kriterien und ihre Übernahme in die bundesgerichtliche Rechtsprechung: Geschichte einer Evidenz, in : Jusletter vom 16. Mai 2011, ch. 137

⁴⁰ JEGER, Die persönlichen Ressourcen, pp. 167 s. ; KOPP, Die psychiatrische Begutachtung von Schmerzstörungen, in : Psychiatrie 4/2006 p. 12

⁴¹ Voir consid. 4.3.1.2 ; arrêt 9C_98/2010 du 28.4.2010, consid. 2.2.2, SVR 2011 IV n° 17 p. 44 ; et WOLFGANG VOLLMOELLER [éd.], Grenzwertige psychische Störungen, 2004, passim

la personnalité (consid. 4.3.2 ci-dessous). L'exigence d'une approche globale est en principe applicable indépendamment de la question de savoir comment se présente la relation entre le syndrome douloureux et la comorbidité. C'est pourquoi, par exemple, une dépression ne perd plus toute signification en tant que facteur d'affaiblissement potentiel des ressources seulement à cause de sa connexité médicale (éventuelle) avec la douleur⁴². Toutefois, les tableaux cliniques qui apparaissent comme de simples variantes de la même entité dans des qualifications différentes au niveau du diagnostic sur la base de symptômes identiques ne constituent d'emblée pas une comorbidité (I 767/03, consid. 3.3.2). Sinon, l'atteinte à la santé pouvant être qualifiée et décrite de plusieurs manières serait évaluée à double (9C_709/2009, consid. 4.1.4 in fine).

Reste à savoir si, entre le nombre de douleurs physiques qui ne s'expliquent pas suffisamment d'un point de vue organique (ou le nombre de syndromes somatoformes dans leurs diverses manifestations) et le degré de gravité de l'atteinte fonctionnelle, il existe une relation linéaire⁴³. En tout état de cause, une telle relation ne devrait pas être transformée en une exigence rigide. En effet, une application basée sur l'idée que « plus le nombre des divers maux invoqués est élevé, plus la limitation fonctionnelle est grande » irait dans le sens du type de critère – schématique – dont on a précisément dit qu'il fallait l'éviter (consid. 4.1.1 ci-dessus). Dans la pratique, les divers symptômes et résultats risqueraient d'être simplement juxtaposés et évalués de manière purement mécanique et quantitative, ce qui fausserait le regard sur l'effet global du tableau clinique pour établir le statut fonctionnel.

4.3.2 Avec la prise en compte plus marquée des ressources, déjà relevée plusieurs fois, le complexe de la personnalité (développement et structure de la personnalité, fonctions psychiques de base) gagne en importance⁴⁴. Dans un arrêt antérieur, le TF s'est déjà référé à « une structure préexistante frappante de la personnalité » (consid. 7.4 de l'arrêt I 457/02, non publié aux ATF 130 V 396, SVR 2005 IV n° 6, p. 21). A côté des formes classiques du diagnostic de la personnalité, qui vise à saisir la structure et les troubles de la personnalité⁴⁵, le concept de ce qu'on appelle les « fonctions complexes du moi » entre aussi en considération. Ces fonctions désignent des capacités inhérentes à la personnalité, qui permettent des déductions sur la capacité physique⁴⁶. Il n'est point besoin cependant d'examiner de plus près la controverse sur les fonctions complexes du moi dans la doctrine psychiatrique⁴⁷. Ce qui est décisif, ce n'est pas l'origine du concept, mais la question de savoir si ces catégories peuvent contribuer à déterminer les conséquences de l'atteinte à la santé. Dans les cas où les circonstances du cas d'espèce permettent de répondre par l'affirmative, il faut recourir à cette approche. Comme le diagnostic de la personnalité dépend dans une plus forte mesure du médecin qui procède aux examens que d'autres indicateurs (liés par exemple aux symptômes ou au comportement)⁴⁸, les exigences en matière de motivation sont ici particulièrement élevées. Ces exigences seront précisées dans des lignes directrices médicales encore à élaborer (voir consid. 5.1.2 ci-dessous).

⁴² Encore ainsi, par ex., dans les arrêts 9C_210/2012 du 9.7.2012, consid. 3.1 ; I 176/06 du 26.2.2007, consid. 5.2, SVR 2008 IV n° 1 p. 1 ; sur le rapport complexe entre douleur et dépression, voir FAUCHÈRE, op. cit., pp. 74 ss

⁴³ Voir HENNINGSSEN, Probleme und offene Fragen, pp. 523 et 536

⁴⁴ Voir KOPP/MARELLI, op. cit., pp. 257 s. ; MARELLI, Nicht können oder nicht wollen?, pp. 332 ss

⁴⁵ Voir FAUCHÈRE, op. cit., pp. 101 ss

⁴⁶ Notamment perception de soi et des autres, sens des réalités et capacité d'émettre un jugement, contrôle des affects et des impulsions et intentionnalité [capacité de se référer à un objet] et intention ; KOPP/MARELLI, op. cit., p. 258 ; MARELLI, Nicht können oder nicht wollen?, pp. 335 ss

⁴⁷ Voir les articles de FELIX SCHWARZENBACH et RENATO MARELLI, in : SZS 2008 pp. 555 ss ; MARELLI, Nicht können oder nicht wollen?, pp. 339 s.

⁴⁸ Voir HENNINGSSEN, Probleme und offene Fragen, p. 537

4.3.3 En plus des complexes « Atteinte à la santé » et « Personnalité », le contexte social influence aussi la manière dont se manifestent concrètement les effets (déterminants de manière seulement causale) de l'atteinte à la santé. A ce sujet, il y a deux choses à retenir : d'une part, si des contraintes sociales ont directement des conséquences fonctionnelles négatives, elles continuent à ne pas être prises en considération (voir ATF 127 V 294, consid. 5a et, ci-dessus, consid 2.1.2 et 4.4.2.1, 2^e par.). D'autre part, des ressources (mobilisables) peuvent aussi être tirées du contexte de vie de l'assuré, notamment le soutien dont il bénéficie dans son réseau social⁴⁹. Il faut toujours s'assurer que l'incapacité de gain pour des raisons de santé (art. 4, al. 1, LAI), d'une part, et le chômage non assuré ou d'autres situations éprouvantes, d'autre part, ne se recouvrent pas ; sinon, cela serait contraire à la volonté claire du législateur.

4.4 Dans le droit de la preuve, l'aspect de la cohérence a un caractère décisif⁵⁰. Cet aspect comprend des catégories liées au comportement.

4.4.1 L'indicateur d'une limitation uniforme du niveau d'activité dans tous les domaines comparables de la vie revient à se demander si la limitation en question se manifeste de la même manière dans la profession et l'activité rémunérée (ou, pour les personnes sans activité lucrative, dans les actes habituels de la vie), d'une part, et dans les autres domaines de la vie (par ex. l'organisation des loisirs), d'autre part.⁵¹ Pour les raisons déjà mentionnées, l'ancien critère du retrait social doit à son tour être interprété de telle sorte qu'il ne se réfère pas qu'à des limitations, mais qu'il concerne aussi les ressources ; à l'inverse, un retrait conditionné par une maladie peut cependant aussi diminuer encore les ressources⁵². Dans la mesure du possible, il est recommandé de faire une comparaison avec le niveau d'activité sociale avant la survenance de l'atteinte à la santé. Le niveau d'activité de l'assuré doit toujours être considéré en relation avec l'incapacité de travail invoquée (9C_148/2012, consid. 2.2.4, SVR 2013 IV, n° 6, p. 13 ; 9C_785/2013, consid. 3.2).

4.4.2 La mise à contribution d'options thérapeutiques, autrement dit la mesure dans laquelle les traitements sont mis à profit ou alors négligés, permet (en complément au point de vue du succès du traitement et de la réadaptation ou de la résistance à ceux-ci ; consid. 4.3.1.2 ci-dessus) d'évaluer le poids effectif des souffrances. Tel n'est toutefois le cas que si le comportement en question n'est pas influencé par la procédure en cours en matière d'assurance⁵³. Il ne faut pas conclure à l'absence de lourdes souffrances lorsqu'il est clair que le refus ou la mauvaise acceptation d'une thérapie recommandée et accessible doit être attribuée à une incapacité (inévitabile) de l'assuré de comprendre sa maladie⁵⁴. De manière similaire, il faut tenir compte du comportement de l'assuré dans le cadre de sa réadaptation professionnelle (et de ses propres efforts de réadaptation). Un comportement manquant de cohérence est, là aussi, un indice que la limitation invoquée serait due à d'autres raisons qu'à une atteinte à la santé assurée.

⁴⁹ Voir RIEMER-KAFKA [éd.], *Versicherungsmedizinische Gutachten*, p. 121

⁵⁰ KOPP/MARELLI, op. cit., p. 256

⁵¹ Voir. RIEMER-KAFKA [éd.], op. cit., p. 121 ; MOSIMANN, *Perspektiven*, p. 214 ; SUSANNE BOLLINGER, *Invalidisierende Krankheitsbilder nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, in : *Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht* 2015, Kieser/Lendfers [éd.], p. 114 ; sur l'intégration pratique des circonstances pertinentes dans l'expertise : KOPP, op. cit., p. 10

⁵² Voir JEGGER, *Die persönlichen Ressourcen*, pp. 168 s.

⁵³ HENNINGSEN, *Probleme und offene Fragen*, p. 537

⁵⁴ Voir JEGGER, *Die persönlichen Ressourcen*, p. 171

5.

La grille d'évaluation présentée est de nature juridique. La question se pose cependant des domaines de compétence respectifs du droit et de la médecine, c'est-à-dire de la répartition des différentes tâches entre les deux disciplines (consid. 5.1) et de leur coopération pour la détermination de l'incapacité de travail dans le cas d'espèce (consid. 5.2).

5.1

5.1.1 La jurisprudence du TF a détaché et, partant, retiré du débat médical des critères de pronostic qui relevaient initialement de la psychiatrie (voir ATF 135 V 201, consid. 7.1.2⁵⁵) pour les attribuer au profil juridique requis (9C_776/2010, consid. 2.4 ; voir aussi 8C_420/2011, consid. 2.4)⁵⁶. Même les indicateurs introduits dans ce cadre ne dépendent pas directement de l'état des connaissances médicales empiriques (dominantes). A la différence de la médecine, le droit doit garantir une évaluation uniforme et égalitaire de la capacité de travail (ATF 135 V 201, consid. 7.1.3⁵⁷). Cela exige une appréciation objectivée de l'exigibilité, qui doit être harmonisée par des critères standard, fixés juridiquement, mais en tenant compte des constats empiriques de la médecine. Comme l'application du droit peut s'adapter (plus rapidement) à des changements dans les réalités juridiques (voir consid. 4.1.1 ci-dessus), il n'y a pas de raison d'admettre une compétence fonctionnelle du législateur à cet égard.

5.1.2 Le catalogue juridique des exigences se limite à un inventaire de base de points de vue déterminants sur un plan normatif. Dans ce cadre, la pratique de l'expertise doit être guidée par des lignes directrices des sociétés de discipline médicale⁵⁸. Ces dernières devraient définir le consensus médical actuel de base. A cet égard, il est urgent de compléter les lignes directrices relatives aux expertises (psychiatriques). Dans leur version actuelle⁵⁹, elles se bornent à uniformiser les exigences de base ayant trait à la méthode, à la forme et au contenu des expertises⁶⁰. Cependant, elles ne contiennent pas de directives spécifiques pour les expertises médico-assurantielles portant sur les troubles somatoformes – au sens d'un « cadre matériel d'appréciation »⁶¹. En Allemagne, il existe depuis longtemps des lignes directrices en la matière ; elles émanent de la communauté de travail des sociétés scientifiques médicales spécialisées⁶². Les cliniques psychiatriques universitaires de Bâle⁶³ ont élaboré (en 2009) à l'intention de l'OFAS une « Etude de la littérature en tant que base pour le développement de critères de qualité documentés pour l'évaluation de handicaps

⁵⁵ KLAUS FOERSTER, Begutachtung der Erwerbsfähigkeit bei Patienten mit psychogenen Störungen, SZS 1996 pp. 486 ss, 498

⁵⁶ Avis critiques à ce sujet : JÖRG JEGER, Die persönlichen Ressourcen, pp. 163 ss ; ID., Entwicklung, ch. 133 ss et 159 ; MATTHIAS KRADOLFER, Rechtsgutachten [avec JÖRG PAUL MÜLLER], Pathogenetisch-ätiologisch syndromal unklare Beschwerdebilder ohne nachweisbare organische Grundlage: Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit mit der EMRK, 2012, ch. 164 ss ; LILIANA SCASASCIA KLEISER/EVALOTTA SAMUELSSON, Wieviel Leid ist zumutbar? Über die höchststrichterliche Vermutung der Überwindbarkeit von Schmerzkrankungen, in : Jusletter 17.12. 2012, ch. 37

⁵⁷ MOSIMANN, Perspektiven, p. 212 ; BOLLINGER, loc. cit., p. 111 ; ULRICH MEYER, Somatoforme Schmerzstörung - ein Blick zurück auf eine Dekade der Entwicklung, in: Sozialversicherungsrechtstagung 2010, Schaffhauser/Kieser [éd.], Saint-Gall 2011, pp. 19 et 31 s.

⁵⁸ Voir JEGER, Tatfrage oder Rechtsfrage, pp. 602 s.

⁵⁹ E. COLOMB ET AL., Qualitätsleitlinien für psychiatrische Gutachten in der Eidgenössischen Invalidenversicherung, Februar 2012 [Schweizerische Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie, SGPP, und Schweizerische Gesellschaft für Versicherungspsychiatrie, SGVP] ; Leitlinien der SGVP für die Begutachtung psychosomatischer Störungen, in : SAeZ 2004 pp. 1048 ss

⁶⁰ MARELLI, Das psychiatrische Gutachten, pp. 76 s. et 83 ss

⁶¹ MEYER, Dekade, p. 29

⁶² AWMF ; voir arrêt 9C_776/2010 consid. 2.4 in fine ; SCHNEIDER ET AL., Manual zum Leitfaden, in : Begutachtung bei psychischen und psychosomatischen Erkrankungen, Schneider et al. [éd.], 2012, pp. 425 ss ; JEGER, Die persönlichen Ressourcen, p. 192 ; ID., Tatfrage oder Rechtsfrage, pp. 596, 602 s.

⁶³ VOLKER DITTMANN ET AL., Literaturstudie als Grundlage zur Entwicklung von evidenzbasierten Gütekriterien zur Beurteilung von psychischen Behinderungen, Bâle 2009

psychiques ». Les auteurs constatent un « immense besoin de recherches en ce qui concerne le développement et la validation de critères, indicateurs et caractéristiques pour la description d'atteintes à la santé dans la médecine d'assurance » et recommandent de développer des lignes directrices notamment pour les troubles somatoformes à l'aide d'une base de données à élargir notablement. Pour connaître leur degré de mise en application et pour déterminer les effets de l'application des lignes directrices, il faudrait impérativement une évaluation concomitante (p. 37 ss). Il faudra aussi inclure dans les futures lignes directrices les conclusions qui seront tirées de l'étude « Expertise psychiatrique fiable dans la procédure d'octroi de rente » (RELY-Studie) de l'Hôpital universitaire de Bâle actuellement en cours et financée par le Fonds national, qui examine la fiabilité d'une expertise psychiatrique axée sur les capacités fonctionnelles.

5.2

5.2.1 Le TF s'est exprimé à diverses reprises et encore récemment sur l'interaction entre droit et médecine dans l'application concrète du droit. Cette interaction implique qu'aussi bien les experts médicaux que les organes d'application du droit sont chargés d'évaluer la capacité de travail dans le cas d'espèce en se référant aux critères préétablis de nature normative. Les professionnels de la santé et les organes d'application du droit examinent la question de la capacité de travail selon leur point de vue respectif (ATF 137 V 64, consid. 5.1). Pour l'estimation des conséquences des atteintes à la santé diagnostiquées, c'est d'abord le médecin qui donne son avis au sujet de la capacité de travail⁶⁴. Cet avis est un élément de base important pour l'appréciation juridique ultérieure portant sur la question de savoir quelles prestations de travail peuvent encore être raisonnablement exigées de l'assuré (ATF 140 V 193, consid. 3.2⁶⁵).

5.2.2 C'est en ce sens qu'est formulée la question normativement définie de savoir comment l'expert évalue les capacités fonctionnelles de l'assuré en suivant les indicateurs pertinents. Les organes d'application du droit vérifient librement les indications en question, en particulier pour savoir si les médecins ont respecté les conditions-cadre normatives déterminantes, c'est-à-dire s'ils ont tenu compte exclusivement des défaillances fonctionnelles découlant de l'atteinte à la santé (art. 7, al. 2, 1^e phrase, LPGA) et si l'appréciation de l'exigibilité relevant de la médecine d'assurance est intervenue sur une base objectivée (art. 7, al. 2, 2^e phrase, LPGA ; voir ATF 137 V 64, consid. 1.2 in fine). Cette manière de faire garantit une évaluation uniforme et égalitaire de la capacité de travail (ATF 140 V 290, consid. 3.3.1, p. 296 ; 135 V 201, consid. 7.1.3, p. 213).

5.2.3 Dans l'assurance-invalidité en tout cas, le droit et la médecine contribuent tous deux, dans le cadre de leur spécificité et de leur fonction respectives, à la détermination de la même et unique incapacité de travail. Cela signifie que les experts médicaux ne doivent pas, comme il arrive souvent, donner une appréciation presque sans appui et, de surcroît, fournir encore des bases à l'aide desquelles les organes d'application du droit procèdent à un examen parallèle détaché de l'estimation médicale subjective. Il n'y a pas une capacité de travail médicale et une capacité de travail juridique à examiner séparément selon des règles différentes. Par conséquent, contrairement à l'opinion de la recourante, il n'y a pas non plus de « prise en compte sociopolitique au sens d'une causalité adéquate spéciale » qui devrait

⁶⁴ MOSIMANN, Perspektiven, S. 206 und 210

⁶⁵ ULRICH MEYER, Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung, namentlich für den Einkommensvergleich in der Invaliditätsbemessung, in: Schmerz und Arbeitsunfähigkeit, Schaffhauser/Schlauri [Hrsg.], 2003, S. 49

être prise en considération séparément de l'incapacité de travail – cette dernière devant être comprise comme la « question de fait médicale de l'absence de possibilité d'exercer une certaine activité ».

6.

En résumé, il s'avère qu'en cas de troubles psychosomatiques, l'évaluation de l'invalidité doit prendre davantage que précédemment en considération l'aspect des conséquences fonctionnelles de l'atteinte à la santé, ce qui doit déjà s'exprimer dans les exigences en matière de diagnostic (consid. 2). Sur le plan de l'incapacité de travail (consid. 3), la jurisprudence fondée sur l'ATF 130 V 352 avait pour but de garantir une pratique de l'assurance conforme à la loi (consid. 3.4.1.1) grâce à la norme règle/exception et (depuis le consid. 7.3 de l'ATF 130 V 396 et l'ATF 131 V 49) à la présomption de la surmontabilité (consid. 3.1 et 3.2). La question de la nature juridique de cette présomption peut demeurer ouverte (consid. 3.3), puisqu'il ne faut pas maintenir cette jurisprudence (consid. 3.4 et 3.5). L'ancien modèle règle/exception est remplacé par une procédure structurée d'administration des preuves (consid. 3.6). Cela ne change rien à la jurisprudence relative à l'art. 7, al. 2, LPGA : prise en compte exclusive des conséquences de l'atteinte à la santé et examen objectivé de l'exigibilité alors que la personne sollicitant une rente supporte le fardeau de la preuve matérielle (art. 7, al. 2, LPGA) (consid. 3.7). A la place de l'ancienne liste de critères (en cas de trouble somatoforme douloureux persistant et d'autres affections psychosomatiques comparables), on se réfère désormais en règle générale à des indicateurs standard significatifs (consid. 4). Ceux-ci se répartissent dans les catégories degré de gravité (consid. 4.3) et cohérence des conséquences fonctionnelles (consid. 4.4). Il faut renoncer à la notion de bénéfice primaire de la maladie (consid. 4.3.1.1) et à la prépondérance de la comorbidité psychiatrique (consid. 4.3.1.3). La grille d'évaluation est de nature juridique (consid. 5 in initio). Le droit et la médecine interagissent aussi bien dans la formulation des indicateurs standard (consid. 5.1) que dans l'application – juridiquement exigée – de ces indicateurs dans le cas d'espèce (consid. 5.2). Fondamentalement, les questions de preuve et les manières de procéder développées dans les consid. 4 et 5 pour l'évaluation de l'invalidité en cas de troubles psychosomatiques concrétisent les injonctions du législateur découlant de l'art. 7, al. 2, LPGA. La reconnaissance d'un taux d'invalidité fondant le droit à la rente n'est admissible que si, dans le cas particulier, les conséquences fonctionnelles de l'atteinte à la santé médicalement constatée qui fondent le droit à une rente sont établies de manière concluante et exempte de contradictions, avec (à tout le moins) une vraisemblance prépondérante, à l'aide des indicateurs standard. Si tel n'est pas le cas, la personne ayant la charge de la preuve matérielle doit continuer de supporter les conséquences de l'absence de preuve.

7.

Après les adaptations apportées au programme d'examen, la question du pouvoir de cognition du TF (art. 95, let. a, 97, al. 1, et 105, al. 1 et 2, LTF) se présente de la manière suivante (voir ATF 137 V 64, consid. 1.2) : en ce qui concerne l'appréciation de l'effet invalidant ou non d'un trouble somatoforme douloureux persistant – ou d'une affection psychosomatique comparable –, toutes les constatations de l'instance précédente qui se basent sur la reconnaissance des indications et conclusions médicales concernant le diagnostic et l'estimation de ses conséquences sont des constatations de fait que le TF ne peut contrôler que de manière limitée. La question de savoir dans quelle mesure les constatations médicales permettent de conclure à une incapacité de travail (art. 6 LPGA) à

l'aide des indicateurs pertinents est en revanche une question de droit qui peut être revue librement.

8.

Sur le plan du droit intertemporel, il y a lieu de procéder par analogie avec l'ATF 137 V 210 (concernant les exigences juridiques en matière d'expertise médicale). Selon cet arrêt, les expertises sollicitées conformément à l'ancienne norme de procédure ne perdent pas en soi leur valeur probante. Il faut au contraire se demander dans le cadre d'un examen global du cas d'espèce, avec ses données spécifiques et les griefs soulevés, si le fait de se fonder définitivement sur les éléments de preuve existants est conforme au droit fédéral (ATF 137 V 210, consid. 6 in initio). Dans une application par analogie en ce qui concerne les exigences désormais modifiées sur le plan du droit de la preuve, il faut examiner dans chaque cas particulier si les expertises administratives et/ou judiciaires sollicitées – le cas échéant, dans le contexte d'autres rapports médicaux spécialisés – permettent une appréciation concluante à la lumière des indicateurs déterminants ou non. En outre, si l'instruction est suffisamment approfondie et consistante, un complément ponctuel peut parfois suffire.

9.

La recourante demande de solliciter auprès de la Société suisse de psychiatrie d'assurance une expertise sur les principes selon lesquels les tableaux cliniques peu clairs devraient être évalués et de suspendre la procédure dans ce but. Cela n'est pas nécessaire, pour la simple raison que l'objet de l'expertise défini par la médecine d'assurance dans le cas d'espèce (détermination de l'incapacité de travail) est déterminé par des exigences juridiques. Un éventuel changement du consensus médical sur la mise en œuvre de ces principes peut à son tour influencer sur la pratique juridique (consid. 5.1.1 ci-dessus). Les sociétés de discipline médicale compétentes vont dresser l'état actuel des connaissances à l'intention des experts-praticiens dans des lignes directrices (voir ATF 140 V 260, consid. 3.2.2 ; consid. 5.1.2).