UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre d'actes 2013

Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le droit de réplique en assurances sociales

Dupont, Anne-Sylvie

How to cite

DUPONT, Anne-Sylvie. Le droit de réplique en assurances sociales. In: Le droit de réplique. François Bohnet (Ed.). Neuchâtel. Neuchâtel : CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2013. p. 83–149.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:81352

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Le droit de réplique en assurances sociales

par

Anne-Sylvie Dupont

Avocate, chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

I. Introduction 86

II. Caractéristiques générales de la procédure en matière d'assurances sociales 89

A. Les intervenants 89

1. Les assureurs sociaux 89

2. Les assurés 91

3. Les tiers 92

B. Une procédure en deux temps 94

1. La phase interne 95

2. La phase judiciaire 96

a) La procédure cantonale 96

b) La procédure fédérale 97

C. Une procédure administrative 97

1. Caractéristiques générales 97

2. L'administration des preuves en particulier 98

D. Les devoirs de l'assuré 100

1. L'obligation de collaborer 101

2. L'obligation de diminuer le dommage 102

III. L'existence d'un droit de réplique 103

A. La notion de droit de réplique, ses sources et son champ d'application 104

B. Les titulaires d'un droit de réplique 106

C. Le moment et les modalités de la réplique 107

D. Le contenu du droit de réplique 110

1. Le droit de consulter le dossier 110

2. Un droit à l'information spontanée ? 112

E. La violation du droit de réplique 113

IV. L'effectivité du droit de réplique 114

A. Les obstacles à l'exercice du droit de réplique 115

1. L'instruction médicale 115

a) L'assurance-invalidité 116

b) L'assurance-accidents 120

c) L'assurance-maladie 121

d) L'assurance-chômage 122

2. La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'avis médicaux 123

3. Les conditions d'accès à l'assistance judiciaire 127

4. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral 129

B. L'expertise médicale en particulier 130

1. La notion d'expertise médicale 131

a) La personne de l'expert 132

b) Le point de vue de l'expert 132

c) La démarche de l'expert 133

2. L'accès à l'expertise 135

a) En procédure administrative 135

b) En procédure judiciaire 137

c) L'opposition à l'expertise en particulier 138

d) Appréciation 140

3. Les droits de participation des parties 141
a) Le choix de l'expert..... 141
b) Les questions à l'expert 143
c) Les déterminations sur le rapport d'expertise..... 143

4. L'évaluation de l'expertise par le juge 144

V. Conclusion 145

I. Introduction

1. Mettre à disposition de ses citoyens une protection contre les risques de l'existence fait partie des tâches de l'Etat. En Suisse, la Constitution fédérale[1] pose les bases du système d'assurances sociales, concrétisées par des lois fédérales spécifiques à chaque régime et leur législation d'application.

2. L'administration des assurances sociales relève de l'exercice de la puissance publique. Elle met en présence, au premier chef, les assurés, généralement en demande de prestations, et les assureurs, unités organisationnelles décentralisées pouvant prendre des formes diverses[2]. Cette relation, caractérisée par sa verticalité, relève du droit public et l'assuré jouit, dans ce cadre-là, des garanties reconnues par les textes internationaux et nationaux[3].

3. La gestion des assurances sociales présente, par rapport à d'autres secteurs de l'administration, plusieurs caractéristiques qui influencent les rapports de force au sein du processus décisionnel, et qui méritent que l'on y prête une attention particulière[4]. *Premièrement*, l'assureur social est maître de l'instruction du dossier et dispose à cette fin d'outils très performants[5]. Le contrôle judiciaire étant, pour des raisons sur lesquelles nous reviendrons, plutôt limité[6], le pouvoir

---

1 Art. 111 ss Cst. (RS 101).

2 Cf. N 9 ss.

3 Pour toutes les considérations d'ordre général sur les bases légales fondant le droit de réplique, renvoi est fait à la contribution de JEANNERAT ELOI/MAHON PASCAL, Le droit de répliquer en droit public et en procédure administrative en général, dans le présent ouvrage.

4 Le Tribunal fédéral reconnaît que « *im Verfahren um Sozialversicherungsleistungen besteht ein relativ hohes Mass an Ungleichheit der Beteiligten (zu Gunsten der Verwaltung), indem einer versicherten Person mit oftmals nur geringen finanziellen Mitteln eine spezialisierte Fachverwaltung mit erheblichen Ressourcen, besonders ausgebildeten Sachbearbeitern und juristischen und medizinischen Fachpersonen gegenübersteht* » (ATF 137 V 210, consid. 2.1.2.2 ; 135 V 465, consid. 4.3.6).

5 Cf. N 71 ss. Cf. également n. 4.

6 Cf. N 94 ss.

de l'administration est, dans ce domaine, particulièrement important. *Deuxièmement*, l'assuré qui sollicite des prestations se trouve dans une relation de dépendance très marquée, en particulier lorsqu'il se trouve en situation d'incapacité de gain. *Troisièmement*, un refus de prestations provoque souvent un effet « boule de neige » dont le coût social est élevé[7]. *Finalement*, le fait que l'assuré participe au financement des assurances sociales, au-delà d'un financement par l'impôt comme c'est le cas pour l'activité administrative en général, par le biais de cotisations sociales retenues en principe sur son salaire, soit sur ses moyens de subsistance, justifie que l'on soit doublement attentif à l'équilibre entre les intervenants.

4. Lorsque l'on questionne le bon fonctionnement de l'administration des assurances sociales, il est habituel de s'entendre répondre – y compris par notre Haute Cour[8] – que les assureurs sociaux sont tenus à l'objectivité et à la légalité[9], de sorte que leur analyse est forcément sinon absolument correcte, à tout le moins très proche de l'être, ce qui justifie de faire preuve de retenue lors du contrôle judiciaire de leur activité.

5. Un tel raisonnement n'est déjà pas tolérable dans un Etat de droit, puisqu'il met en cause le principe même d'une juridiction administrative indépendante de l'administration, et ouvre ainsi la porte à l'arbitraire de l'Etat[10]. Au-delà, l'hypothèse de la nécessaire objectivité de l'assureur social est douteuse, pour les raisons suivantes :

   - *premièrement*, la législation en matière d'assurances sociales fait le plus souvent dépendre le droit aux prestations d'éléments

---

7 On pense à une dépendance prolongée de l'aide sociale, qui s'étend en règle générale aux membres de la famille de l'assuré. Ces difficultés économiques génèrent bien souvent une péjoration de l'état de santé et un accroissement du recours aux soins, et des difficultés familiales, conduisant à des divorces eux-mêmes sources de paupérisation.

8 Cf. ATF 137 V 210 consid. 2.2.2 ; 136 V 376.

9 Cf. également N 46 et n. 135.

10 Cf. TANQUEREL THIERRY, Manuel de droit administratif, Genève/Zurich/Bâle 2011, N 12.47.

relevant de l'appréciation de l'assureur[11]. Lorsque ces éléments reposent sur des prémisses techniques – le plus souvent médicales, les assureurs disposent de structures internes pour conduire les investigations nécessaires[12]. Les tribunaux n'ont, de leur côté, que des moyens de contrôles limités, faute de structures propres. De fait, la marge de manœuvre de l'assureur sociale est très large ;

- *deuxièmement*, chaque régime d'assurance sociale a son organisation propre, qui n'est pas nécessairement coordonnée avec celle des autres régimes. Le risque qu'une assurance se décharge du cas sur une autre – notamment en présence d'un cas complexe – n'est pas exclu ;
- *troisièmement*, certaines assurances sociales sont gérées par des unités proches de l'économie privée[13] et sont, en conséquence, gouvernées selon des principes qui ne sont pourtant pas pertinents dans le cadre de prestations sociales ;
- *finalement*, dans un contexte généralisé de difficultés économiques, les unités de gestion des différentes assurances sociales se voient fixer des objectifs d'économies qui influencent nécessairement leur appréciation, notamment lorsqu'il s'agit des conditions d'octroi des prestations à long terme[14].

6. Il est donc légitime de s'interroger sur la position de l'assuré dans le processus conduisant à l'octroi ou au refus de prestations sociales et de dresser un bilan de ses possibilités de faire entendre ses arguments. Au-delà de l'existence d'un droit formel[15] (III), la

---

11 Notamment lorsqu'il s'agit de juger de la condition d'exigibilité (cf. N 39 et 75 ainsi que n. 352).

12 Cf. N 71 ss.

13 On pense particulièrement à l'assurance-maladie sociale, gérée par des caisses qui sont pratiquement toujours intégrées à un groupe pratiquant aussi l'assurance privée.

14 En matière d'assurance-invalidité, par exemple, le premier volet de la 6e révision de la loi avait pour objectif la suppression de 12'500 rentes.

15 Cette question est examinée en détails dans la contribution de JEANNERAT/MAHON (n. 3).

question examinée ici est celle de savoir si la procédure, en matière d'assurances sociales, est organisée de telle manière que l'assuré ait une chance, matériellement, de voir conférer à ses arguments le même poids (IV). Autrement dit, au-delà du droit d'être entendu, nous nous interrogeons sur la possibilité d'être écouté.

II. Caractéristiques générales de la procédure en matière d'assurances sociales

7. Répondre à la question posée en introduction de cette contribution suppose que l'on décrive brièvement les caractéristiques principales de la procédure en matière d'assurances sociales[16], pour en souligner certaines particularités.

A. Les intervenants

8. La relation « classique », en matière d'assurances sociales, met en présence un assureur social (1) et un assuré (2). Le plus souvent, viennent se greffer sur cette relation de base d'autres intervenants, aux fonctions et aux droits divers (3).

1. Les assureurs sociaux

9. Délégataires de la puissance publique, les assureurs sociaux sont des autorités administratives qui ont en commun d'être des unités décentralisées, et d'être dotées du pouvoir décisionnel[17].

L'*assurance-vieillesse et survivants* est gérée par les caisses de compensation. Il existe plusieurs types de caisses[18], qui sont soit des établissements de droit

---

16 Ou plutôt de ces procédures, le régime général prévu par la LPGA (art. 52 ss LPGA) connaissant deux exceptions, en matière d'assurance-invalidité (art. 57*a* et 69 LAI) et en matière de prévoyance professionnelle (l'exception découle de la non-intégration de la LPGA au régime de la LPP. La procédure est ainsi celle de l'action administrative, régie au niveau cantonal par les différentes lois de procédure).

17 Cf. RIEMER-KAFKA GABRIELA, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 3e éd., Berne 2012, N 6.01 s.

18 Les caisses de compensation professionnelles, les caisses de compensation

public[19], soit des unités administratives du DFF[20]. Les caisses de compensation peuvent également se voir confier par les cantons la gestion des prestations complémentaires[21] et sont en principe compétentes pour le versement des allocations familiales[22] et des allocations pour perte de gain en cas de service militaire ou de maternité[23].

L'*assurance-invalidité* est gérée par des offices cantonaux et par un office fédéral[24]. Si l'institution de ces offices relève de la compétence cantonale, le droit fédéral impose la forme juridique de l'établissement de droit public cantonal[25].

L'*assurance-maladie* est gérée soit par les caisses-maladie, soit par des établissements d'assurances soumis à la LSA. Les premières peuvent être des personnes morales de droit privé ou de droit public, mais doivent dans tous les cas être reconnues par le département fédéral de tutelle[26]. Les secondes doivent obtenir une autorisation délivrée par ce même département.

L'*assurance-accidents* est gérée principalement par la CNA, établissement de droit public fédéral ayant la personnalité morale[27]. Elle voit également intervenir d'autres catégories d'assureurs, notamment des assureurs privés, qui doivent obtenir leur inscription dans le registre tenu par l'OFSP[28].

L'*assurance-chômage* est gérée par plusieurs intervenants, ayant chacun leurs compétences propres[29], dont les plus visibles sont les caisses de chômage et les autorités cantonales. Il doit exister dans chaque canton une caisse

---

cantonales, les caisses de compensation de la Confédération, et une Centrale de compensation (cf. art. 49 LAVS).

19 Les caisses de compensation professionnelles et les caisses de compensation cantonales.

20 Les caisses de compensation de la Confédération et la Centrale de compensation.

21 Cf. art. 21 al. 2 LPC.

22 Cf. art. 17 al. 1 LAFam.

23 Cf. art. 21 al. 1 LAPG.

24 Cet office est compétent pour traiter les dossiers des assurés résidant à l'étranger (art. 56 al. 1 LAI).

25 Cf. art. 54 al. 2 LAI.

26 Cf. N 10.

27 Cf. art. 58 et 61 al. 1 LAA.

28 Cf. art. 58 et 68 LAA.

29 Cf. art. 76 LACI.

cantonale de chômage[30]. Pour le reste, la création de caisses privées est autorisée à certaines conditions[31].

Les *institutions de prévoyance*, en charge de la prévoyance professionnelle, revêtent une nature hybride puisqu'elles peuvent, d'une part, participer à la mise en œuvre de la prévoyance professionnelle obligatoire[32], sans toutefois y être contraintes[33]. Elles ne sont pas dotées du pouvoir décisionnel.[34]

10. Les assureurs sociaux sont soumis à la surveillance du Département fédéral de l'intérieur. L'assurance-vieillesse, survivants et invalidité et la prévoyance professionnelle dépendent de l'Office fédéral des assurances sociales (DFI), l'assurance-maladie et l'assurance-accidents de l'Office de la santé publique (OFSP). La surveillance de l'assurance-chômage est intégrée au SECO (DFF).

2. Les assurés

11. Chaque régime d'assurance définit son cercle d'assurés[35]. Les assurances dites du premier pilier sont universelles, ce qui signifie qu'elles couvrent l'intégralité de la population résidant en Suisse et/ou y travaillant. Le champ d'application personnel de la LAVS est décrit ainsi[36], et les autres régimes d'assurances du premier pilier y renvoient[37]. L'assurance-accidents et la prévoyance professionnelle obligatoire sont destinées aux personnes professionnellement actives, soit aux travailleurs pour la première, ayant atteint un âge et un revenu suffisants pour la seconde.

---

30 Cf. art. 77 al. 1 LACI.

31 Cf. art. 78 LACI.

32 Cf. art. 48 al. 1 LPP. Elles doivent alors se faire inscrire dans le registre tenu par l'autorité de surveillance de laquelle elles relèvent.

33 Leur activité peut en effet se limiter à la prévoyance étendue, soit à la prévoyance excédant les minima de la loi sur la prévoyance professionnelle. Pour plus de détails, cf. GÄCHTER THOMAS/HUNZIKER MARIA, *in* : Commentaire LPP, Schneider et al. (édits), N 5 ss ad art. 48 LPP.

34 Pour une vue d'ensemble, cf. RIEMER-KAFKA (n. 17), N 6.03 ss.

35 Pour une vue d'ensemble synthétique, cf. RIEMER-KAFKA (n. 17), N 3.01 ss.

36 Cf. art. 1*a* LAVS.

37 Cf. art. 1*b* LAI, 11 LAFam, 16*b* al. 1 let. a LAPG. Pour les prestations complémentaires, cf. art. 4 al. 1 LPC (condition du domicile en Suisse).

12. L'assurance-maladie obligatoire mérite une mention spéciale, car si elle est obligatoire pour toutes les personnes qui résident en Suisse, elle n'est pas automatique, de sorte qu'elle suppose une affiliation par l'assuré[38]. S'il se soustrait à cette obligation, il sera toutefois affilié d'office par l'Etat[39].

13. Quel que soit le régime d'assurance, l'assuré est toujours une *personne physique, identifiée individuellement* puisque l'affiliation aux différents régimes d'assurance est vérifiée pour chacun. L'affiliation « familiale », comme on peut la trouver dans certains des pays qui nous entourent, n'existe pas en droit suisse.

14. La qualité d'assuré ne se confond pas avec le droit aux prestations. Chaque régime d'assurance décrit également de manière indépendante les prestations qu'il sert, et à quelles conditions. Certaines prestations sont subordonnées à la *condition d'assurance*, soit au fait que la personne concernée était affiliée au régime d'assurance en question au moment où le risque est survenu[40]. D'autres prestations, à l'inverse, n'en dépendent pas[41].

3. Les tiers

15. Au-delà de la relation entre assureur et assuré, le système suisse des assurances sociales voit intervenir de nombreuses autres personnes, morales ou physiques, dont les rôles sont les plus divers. On pense en premier lieu aux *fournisseurs de prestations*, dont la relation aux assurances sociales est également régie dans la loi[42]. On pense ensuite *aux tiers bénéficiaires*, soit aux personnes qui, sans être parties au rapport d'assurance déterminant, n'en ont pas moins droit à des

---

38 Cf. art. 3 al. 1 LAMal.

39 Cf. art. 6 al. 2 LAMal.

40 C'est le cas, par exemple, des mesures de réadaptation de l'assurance-invalidité (cf. art. 9 LAI) .

41 Il s'agit notamment de l'allocation pour impotent de l'assurance-invalidité (art. 42 LAI), ou encore de la contribution d'assistance (art. 42quater LAI).

42 Cf. en particulier art. 35 ss LAMal, 53 ss LAA et 26 ss LAI.

prestations lorsque le risque assuré se réalise[43]. On mentionnera encore les p*ersonnes qui sont tenues au paiement de cotisations ou de primes*[44], ou les *autres assureurs sociaux*.

16. Dans le cadre de cette contribution, nous intéressent plus spécifiquement les tiers susceptibles de se voir reconnaître la *qualité de partie*[45]. A cet égard, l'art. 34 LPGA définit deux catégories de personnes :

- les personnes dont les droits ou obligations résultent des assurances sociales (« *die aus der Sozialversicherung Rechte oder Pflichten ableiten* ») ;

  Compte tenu de l'art. 6 PA, dont l'art. 34 LPGA s'inspire[46], il faut entendre par là toutes les personnes dont la situation juridique pourrait être modifiée par la décision à rendre. Outre le destinataire de la décision, sont précisément des parties au sens de cette description les autres assureurs sociaux auxquels la décision est opposable[47], ou encore les tiers qui demandent un versement direct des prestations d'assurance[48].

- les personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre la décision d'un assureur ou d'un organe d'exécution de même niveau.

  La qualité de partie dépend ainsi de l'existence de la qualité pour agir contre la décision rendue. Cela suppose que la personne concernée soit *touchée par cette décision*, et qu'elle ait *un intérêt digne de protection* à son annulation ou à sa modification[49]. Dans certains cas, la loi confère à une personne ou à une entité administrative un droit de recours contre certaines décisions[50].

---

43 Il s'agit par exemple des « survivants » au sens de la LAVS ou de la LPP, ou encore des enfants donnant droit à des rentes complémentaires dans le régime de l'AVS/AI, de l'assurance-accidents et de la LPP. A certaines conditions, ces rentes peuvent être versées à l'enfant directement ou à un tiers, par exemple à un curateur ou au parent non bénéficiaire de la rente principale qui en a la garde.

44 Principalement l'employeur de l'assuré concerné.

45 C'est en effet de cette qualité que dépendra l'existence d'un droit de réplique (cf. N 47).

46 Cf. KIESER UELI, ATSG-Kommentar, 2e éd., Zurich 2009, N 2 ad art. 34 LPGA.

47 Art. 49 al. 4 LPGA. Cf. par exemple art. 23 let. a LPP.

48 Cf. art. 20 et 22 al. 2 LPGA.

49 Cf. art. 59 LPGA et 89 al. 1 LTF. La condition de l'intérêt digne de protection est

Le Tribunal fédéral a admis la qualité des organes de l'aide sociale pour former recours pour déni de justice à l'encontre d'un assureur-maladie[51]. Il a nié cette qualité à l'employeur pour recourir contre une décision de refus de rente, tant en matière d'assurance-invalidité[52] que d'assurance-accidents[53]. Il a également nié la qualité pour recourir d'un assureur privé contre une décision rendue par un assureur-accidents[54].

17. Dans les deux cas, l'examen de la qualité de partie se fait *in concreto*, à la lumière des circonstances du cas d'espèce.

B. Une procédure en deux temps

18. Le contentieux en matière d'assurances sociales est initié par une décision[55], qui formalise la position de l'assureur[56]. L'assureur a l'obligation de rendre des décisions écrites lorsque celles-ci portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes, ou lorsque l'intéressé n'est pas d'accord[57]. Si elles ne font pas entièrement droit aux demandes des parties, les décisions doivent être motivées et indiquer les voies de droit[58].

19. Comme la plupart des procédures administratives, le contentieux en matière d'assurances sociales se déroule en deux phases : une phase interne, devant l'autorité administrative (1), et une phase judiciaire, devant les tribunaux (2).

---

la même pour la procédure cantonale que pour la procédure fédérale (ATF 136 V 7, consid. 2.1).

50 Cf. par exemple art. 102 LACI.

51 ATF 133 V 188.

52 ATF 130 V 560.

53 ATF 131 V 298.

54 ATF 125 V 344.

55 Au sens de l'art. 5 PA.

56 Dans l'hypothèse où l'assureur refuse de rendre une décision, il existe la possibilité du recours pour déni de justice (art. 56 al. 2 LPGA).

57 Pour les autres décisions, l'assureur est autorisé à procéder par le biais d'une procédure simplifiée (art. 51 al. 1 LPGA). L'assuré qui souhaite néanmoins qu'une décision soit rendue, dans un délai que la jurisprudence a fixé à une année (cf. ATF 134 V 153, consid. 5.3.2).

58 Art. 49 LPGA.

1. La phase interne

20. Conformément à l'art. 52 LPGA, les décisions des assureurs sociaux peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues[59]. L'opposition doit être motivée, même sommairement, et indiquer en quoi l'assuré veut voir cette décision modifiée (conclusions). L'opposition peut être écrite ou orale, auquel cas elle est consignée dans un procès-verbal[60]. En cas de vice de forme, un délai doit être imparti à l'opposant pour parfaire son écriture[61].

21. L'assureur statue sur l'opposition par une seconde décision[62], appelée décision sur opposition[63], qui doit être motivée et indiquer les voies de recours. Il dispose d'un libre pouvoir d'examen et n'est pas lié par les conclusions de l'assuré. Une *reformatio in pejus* est ainsi théoriquement possible, mais l'assureur doit alors en avertir l'assuré et lui donner l'occasion de retirer son opposition[64].

22. Par exception, les décisions rendues par les offices AI cantonaux et par l'office AI pour les assurés résidant à l'étranger doivent directement faire l'objet d'un recours devant le tribunal cantonal compétent, respectivement devant le Tribunal administratif fédéral[65]. Dans certains cas[66], ces décisions doivent au préalable faire l'objet d'un préavis à l'assuré et aux tiers touchés, leur donnant l'occasion de s'exprimer[67, 68].

---

59 A l'exception toutefois des décisions d'ordonnancement de la procédure (cf. art. 52 al. 1 LPGA).

60 Art. 10 OPGA.

61 TF 8C_28/2011 du 26 mai 2011.

62 Au sens de l'art. 5 PA également.

63 Cf. art. 52 al. 2 *in initio* LPGA.

64 Art. 12 OPGA. Si l'assuré retire son opposition, la décision entre en force, et l'assureur qui veut la modifier doit passer par une procédure de reconsidération ou de révision (art. 53 LPGA).

65 Cf. art. 69 al. 1 LAI.

66 Cf. N 52.

67 Art. 57*a* LAI.

68 Pour mémoire, la procédure en matière de prévoyance professionnelle fait

2. La phase judiciaire

a) La procédure cantonale

23. Les décisions sur opposition et, en matière d'assurance-invalidité, les décisions des offices AI peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal cantonal des assurances[69], qui statue en instance unique[70]. Selon les exigences du droit fédéral, *la procédure doit être « simple, rapide et gratuite »*[71]. Il est aujourd'hui notoire que ces épithètes relèvent – pour les deux premiers en tout cas[72] – du vœu pieux. La plupart des litiges ont pour objet des questions complexes qui supposent une instruction soigneuse. L'intérêt du recourant étant, à l'évidence, que son affaire se voie porter une attention suffisante, son intérêt à l'établissement correct des faits l'emporte sur celui d'une décision rapide rendue au terme d'une procédure simple[73]. L'art. 61 al. a LPGA reste malgré tout essentiel dans son esprit, et représente à la fois un objectif vers lequel la procédure doit tendre, et une barrière contre un retard objectivement inadmissible, voire une inactivité complète des tribunaux[74].

24. Les tribunaux cantonaux des assurances ont un *plein pouvoir d'examen*, ce qui signifie qu'ils revoient librement la cause en fait et en droit, y compris l'application par l'autorité administrative de son pouvoir d'appréciation[75]. Ils ne sont pas liés par les conclusions des parties et

---

également exception, puisque les institutions de prévoyance ne sont pas dotées du pouvoir décisionnel. La voie de droit est alors celle de l'action administrative, et la procédure relève du droit cantonal.

69 Art. 56 al. 1 LPGA.

70 Art. 57 LPGA.

71 Art. 61 let. a LPGA.

72 La gratuité de la procédure est à ce jour encore garantie, à l'exception des procédures en matière d'assurance-invalidité, qui donnent lieu à des frais de justice qui peuvent être compris entre Fr. 200.- et Fr. 1'000.- (art. 69 al. 1bis LAI).

73 Cf. EGLI PHILIPP, Was soll das Verwaltungsverfahren ?, *in* : Recht 2013, pp. 65-78, p. 65 s.

74 Cf. TF 4P.35/2003 du 28 avril 2003. Cf. également RIEMER-KAFKA (n. 17), N 7.04 ss.

75 Art. 61 let. c et d LPGA.

peuvent dès lors réformer la décision à l'origine de la procédure en défaveur de l'assuré. Comme en procédure d'opposition[76], le tribunal doit alors donner aux parties la possibilité de s'exprimer et, cas échéant, de retirer le recours[77].

b) La procédure fédérale

25. Les jugements des tribunaux cantonaux peuvent à leur tour être déférés devant le Tribunal fédéral par le biais d'un recours en matière de droit public[78]. Le pouvoir de cognition du Tribunal fédéral est *en principe limité à l'application du droit*, de sorte que son contrôle sur l'établissement des faits est réduit au grief d'arbitraire, sous réserve de maigres exceptions[79]. En principe, seul celui qui était partie à la procédure cantonale est légitimé pour recourir devant le Tribunal fédéral, à condition encore qu'il démontre un intérêt digne de protection qui doit être actuel[80]. Il existe toutefois des exceptions[81].

C. Une procédure administrative

1. Caractéristiques générales

26. Comme dans toute procédure administrative, l'administration est maître du dossier depuis le moment de son ouverture jusqu'à la décision mettant un terme à l'instruction. En principe, un dossier est ouvert sur requête de l'assuré[82], éventuellement d'un tiers[83], mais il

---

76 Cf. N 21.

77 Art. 61 let. d LPGA.

78 Art. 82 ss LTF. Pour les recours contre les décisions incidentes (art. 93 LTF), cf. 111 ss.

79 Cf. N 97. Cf. également RIEMER-KAFKA (n. 17), N 7.111.

80 Art. 89 al. 1 let. a LTF.

81 Cf. RIEMER-KAFKA (n. 17), N 7.108.

82 Cf. art. 29 al. 1 LPGA.

83 Cf. par exemple art. 3*b* LAI (communication d'un cas à l'assurance-invalidité en vue d'une détection précoce).

peut également l'être d'office, par l'assureur lui-même[84]. Lorsque l'assuré est à l'origine de l'ouverture du dossier, sa maîtrise lui en échappe dès lors que les droits de tiers sont concernés par l'issue de la demande[85]. L'assuré n'a alors plus la possibilité de retirer sa demande de prestations pour entraîner la clôture du dossier[86]. La procédure ne relève ainsi ni totalement de la maxime d'office, ni de la maxime de disposition, mais d'un dosage des deux.

27. Si l'assureur a l'obligation d'instruire le dossier de manière complète (maxime inquisitoire[87]), son devoir ne s'étend qu'aux *faits qui ont été suffisamment portés à sa connaissance*. Il n'a pas à envisager toutes les hypothèses possibles pour des faits sommairement documentés[88].

2. L'administration des preuves en particulier

28. Une fois le dossier ouvert, l'instruction relève de la compétence des organes de l'assurance sociale[89]. Ceux-ci, et les juges cantonaux après eux, établissent les faits pertinents « en collaboration avec les parties »[90] et administrent les preuves nécessaires à l'établissement d'un état de fait exact et complet[91]. Tous les moyens propres à établir les faits pertinents sont admissibles[92].

---

84 Par exemple dans un cas de révision d'office d'une prestation durable (art. 17 LPGA).

85 Par exemple lorsque les organes de l'aide sociale, ou un assureur privé, ont annoncé auprès de l'assurance-invalidité des créances récursoires dans l'hypothèse où le droit à des prestations AI serait ouvert.

86 Apparemment d'un avis contraire, RIEMER-KAFKA (n. 17), N 7.22.

87 Cf. art. 43 al. 1 LPGA.

88 Par exemple, le Tribunal fédéral a jugé que l'assureur n'avait pas à envisager l'hypothèse d'un droit à une allocation pour impotent AVS pour une assurée dont le médecin-traitant avait, dans un formulaire tendant à l'obtention de moyens auxiliaires pour compenser la perte auditive, simplement mentionné une baisse de l'acuité visuelle (TF, arrêt 9C_336/2012 du 6 mai 2013, consid. 3).

89 Cf. MOSER-SZELESS MARGIT, La surveillance comme moyen de preuve en assurances sociales, RSAS 2013, pp. 129-156, p. 132 s.

90 Cf. art. 28 et 61 let. c LPGA.

91 ATF 132 V 105. TANQUEREL (n. 10), N 1523 ss ; KIENER REGINA/RÜTSCHE BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, Zurich/St-Gall

29. L'assureur social, puis les juges cantonaux, ont la liberté d'admettre ou de rejeter l'administration d'une preuve requise par l'assuré[93]. Pour ce faire, ils estiment, sur la base d'une *appréciation anticipée des preuves déjà administrées*, s'ils ont pu établir les faits avec un degré de certitude suffisant[94] et s'ils ont acquis la certitude que les preuves encore offertes ne pourraient les amener à modifier leur opinion[95]. A l'exception de l'expertise médicale[96], l'assureur qui ordonne ou refuse l'administration d'une preuve n'a pas à justifier sa position, qui ne peut donc faire l'objet d'un recours immédiat. L'assuré est donc renvoyé à faire valoir d'éventuels griefs dans le cadre du recours contre la décision au fond[97]. Il en va de même pour les décisions judiciaires.

30. A noter encore qu'en matière d'assurances sociales, il est admis que la difficulté à établir les faits avec certitude justifie que l'on se contente de leur *vraisemblance prépondérante*[98]. On retiendra ainsi les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables. En d'autres termes, parmi tous les

---

2012, N 83 ss.

92 L'art. 12 PA, applicable par renvoi de l'art. 55 LPGA, contient une énumération des moyens de preuve admissibles en procédure administrative. D'après la doctrine majoritaire, cette liste n'est pas exhaustive (cf. MOOR PIERRE/POLTIER ETIENNE, Droit administratif Vol. II, Berne 2011, p. 296 s. et les références citées en note 560). Cf. également RIEMER-KAFKA (n. 17), N 7.29 ; MOSER-SZELESS (n. 89), p. 135.

93 RIEMER-KAFKA (n. 17), N 7.24.

94 Cf. N 30.

95 ATF 130 II 425, consid. 2.1.

96 Cf. N 98 ss.

97 Son grief est alors celui de la violation de son droit d'être entendu, qui se confond avec celui de l'arbitraire dans l'appréciation des preuves (TF 9C_159/2013 du 22 juillet 2013, consid. 3).

98 RIEMER-KAFKA (n. 17), N 7.32. Pour un exposé de la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral à ce sujet, cf. KIESER UELI, Der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Sozialversicherungsrecht, *in* : Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Gabriela Riemer-Kafka (édit.), Zurich/Bâle/Genève 2013, pp. 71-93.

éléments de fait allégués ou envisageables, l'autorité doit retenir ceux qui lui paraissent les plus probables[99].

31. L'administration est en principe tenue par les mêmes règles que quiconque s'agissant des *preuves recueillies illicitement*. Ainsi, l'assureur social n'est, pas plus que le simple citoyen, habilité à recueillir des preuves par des moyens prohibés, notamment par le Code pénal[100], ou en violation des droits constitutionnels de l'assuré. De telles preuves ne sont utilisables en procédure que si elles auraient pu être obtenues licitement, ou si un intérêt public important le justifie[101]. La pratique récente du Tribunal fédéral montre une tolérance grandissante à l'égard des preuves présentées par les assureurs sociaux, indépendamment de la manière dont elles ont été recueillies, notamment sous l'angle de l'intérêt public à lutter contre les abus[102].

D. Les devoirs de l'assuré

32. Nous aurons l'occasion, dans la partie suivante de cette contribution[103], de nous pencher sur les droits de l'assuré. Nous nous intéressons ici aux devoirs incombant à l'assuré, dont les plus importants sont l'obligation de collaborer (1) et l'obligation de diminuer le dommage (2).

---

99 TF K.15/2007 du 20 mars 2008, consid. 4.2. Cf. également MOSER-SZELESS (n. 89), p. 133.

100 On pense par exemple à la violation de la correspondance (art. 179 CP), aux écoutes téléphoniques (art. 179bis CP), aux prises de vues prohibées (art. 179quater) ou aux preuves recueillies en violation du domicile (art. 186 CP).

101 TF 1C_201/2012 du 12 décembre 2012.

102 Cf. N 117 ss. Pour un exposé complet à ce sujet, cf. MOSER-SZELESS (n. 89), p. 129 ss. Cf. également ATF 137 I 327, consid. 5.3 ; 135 I 169, consid. 5.5.

103 Cf. N 41 ss.

1. L'obligation de collaborer

33. La loi oblige l'assuré à *collaborer gratuitement* à l'exécution des différentes lois sur les assurances sociales[104]. Celui qui demande des prestations a l'obligation de fournir gratuitement tous les renseignements nécessaires pour établir son droit et fixer les prestations dues[105]. Il doit encore se soumettre aux examens médicaux ou techniques nécessaires et raisonnablement exigibles[106]. Il a en outre l'obligation d'autoriser toutes les personnes et institutions, notamment les employeurs, les médecins, les assurances et les organes officiels à fournir des renseignements, pour autant que ceux-ci soient nécessaires pour établir le droit aux prestations[107]. Ces obligations s'étendent également aux survivants qui requièrent des prestations d'assurances du fait du décès de l'assuré[108]. A leur tour, les personnes déliées du secret médical ou professionnel par l'assuré ont l'obligation de donner les renseignements requis[109].

34. En matière d'assurance-invalidité, *le dépôt d'une demande de prestations emporte automatiquement libération du secret médical et professionnel* à l'égard des personnes et instances mentionnées dans la demande[110]. Les employeurs, fournisseurs de prestations, autres assureurs ainsi que les instances officielles qui ne sont pas mentionnés expressément dans la demande sont, de par la loi, autorisés à fournir aux organes de l'AI, sur simple demande de leur part, tous les renseignements et

---

104 Art. 28 al. 1 LPGA. Cette obligation s'étend également à l'employeur. Pour un exposé détaillé au sujet de l'obligation de collaborer, cf. RIEMER-KAFKA GABRIELA, Verweigerte Mitwirkung bei Sachverhaltsabklärung, *in* : Schaffhauser/ Kieser (édits), Leistungsverweigerungen im Sosialversicherungs-recht. Ursachen – Bedeutung – Auswirkung, Saint-Gall 2011, pp. 35-109.

105 Art. 28 al. 2 LPGA.

106 Art. 43 al. 2 LPGA. Cf. N 117 ss sur la possibilité de contester la nécessité d'un examen médical.

107 Art. 28 al. 3 LPGA.

108 Cf. RIEMER-KAFKA (n. 17), N 7.25.

109 Art. 28 al. 3 *in fine* LPGA. L'art. 28 ne dérogeant pas expressément à l'art. 13 al. 1bis PA, les échanges entre l'assuré et son avocat sont soustraits à cette obligation et restent confidentiels.

110 Art. 6*a* al. 1 LAI.

les documents nécessaires pour établir le droit de l'assuré aux prestations et le bien-fondé de prétentions récursoires[111].

35. La *violation de l'obligation de collaborer* est sanctionnée par une non entrée en matière ou par une décision rendue en l'état du dossier. L'assureur doit en principe adresser à l'assuré au préalable une mise en demeure écrite, l'avertissant des conséquences juridiques de son défaut de collaboration et lui impartissant un délai de réflexion convenable[112].

36. En matière d'assurance-invalidité, l'assuré qui ne communique pas à un office AI les renseignements dont ce dernier a besoin pour remplir les tâches qui lui sont assignées par la loi peut voir ses prestations réduites[113] ou refusées sans mise en demeure préalable et sans délai de réflexion[114].

37. La loi confère ainsi aux assureurs sociaux une latitude presque totale. En matière d'assurance-invalidité en particulier, la récolte de données échappe totalement à l'assuré, et la menace d'une suppression immédiate des prestations, ou de n'en point allouer, vient facilement à bout d'éventuelles réticences chez un assuré en règle générale déjà acculé sur un plan économique.

2. L'obligation de diminuer le dommage

38. Principe général du droit des assurances, l'obligation de diminuer le dommage contraint l'assuré, dès la réalisation du risque, de faire *tout ce qui est raisonnablement exigible pour contenir les conséquences de l'événement*[115]. Cette obligation est – partiellement – formalisée à

---

111 Art. 6*a* al. 2 LAI.

112 Art. 43 al. 3 LPGA. Cf. RIEMER-KAFKA (n. 104), p. 60 ss.

113 En application de l'art. 21 al. 4 LPGA.

114 Art. 7*b* al. 2 LAI.

115 Pour une définition différenciée en droit privé et en droit des assurances sociales, cf. DUPONT ANNE-SYLVIE, Incapacité de travail et incapacité de gain : la fin du mélange des genres ? Commentaire des arrêts rendus par le Tribunal fédéral les 14 novembre 2012 (4A_304/2012) et 31 janvier 2013 (4A_529/2012), *in* : REAS 2013, pp. 124-129, p. 126.

l'art. 21 al. 4 LPGA, qui permet à l'assureur social de prendre des sanctions à l'encontre de l'assuré qui ne s'y soumettrait pas. Ces sanctions peuvent aller de la réduction temporaire à la suppression totale et définitive des prestations.

39. L'étendue de l'obligation de diminuer le dommage se juge à l'aune du *raisonnablement exigible*, soit de ce que l'on peut, de bonne foi, attendre de l'assuré compte tenu de sa situation. La loi présume que les traitements et les mesures de réadaptation qui présentent un danger pour la vie ou pour la santé ne peuvent être exigés[116].

40. En matière d'assurance-invalidité, l'obligation de diminuer le dommage est définie spécifiquement. Il incombe ainsi à l'assuré, sans attendre la survenance de l'invalidité, de tout faire pour réduire la durée et l'étendue de l'incapacité de travail[117], et empêcher ainsi la survenance d'une invalidité[118]. La loi pose ici la fiction que toute mesure servant à la réadaptation de l'assuré est raisonnablement exigible, à l'exception des mesures qui ne sont pas adaptées à son état de santé[119]. L'exigibilité fait ici l'objet d'une *évaluation purement médicale, théorique*[120], sans considération pour les circonstances de vie de l'assuré[121].

III. L'existence d'un droit de réplique

41. Dans le contexte des assurances sociales, l'existence d'un droit de réplique ne fait, en soi, pas de doute[122]. Ses contours et ses modalités méritent en revanche quelques éclaircissements.

---

116 Art. 21 al. 4 *in fine* LPGA.

117 Au sens de l'art. 6 LPGA.

118 Au sens de l'art. 8 LPGA. L'octroi d'une rente d'invalidité suppose notamment une incapacité de travail moyenne de 40 % pendant une année (cf. art. 28 al. 1 let. b LAI). Sur la distinction entre ces notions, cf. DUPONT (n. 115), p. 126 ss.

119 Art. 7*a* LAI.

120 On l'appelle l'évaluation médico-théorique de l'invalidité.

121 Pour plus de détails sur la notion d'exigibilité, cf. DUPONT (n. 115), p. 126 ss.

122 TF 8C_104/2012 du 26 juin 2012, consid. 2.

A. La notion de droit de réplique, ses sources et son champ d'application

42. Le droit de réplique est l'une des expressions du droit d'être entendu[123]. En matière d'assurances sociales, il est expressément rappelé à l'art. 42 LPGA[124]. D'autres dispositions participent également à sa concrétisation, comme l'art. 44 LPGA, qui prévoit le droit pour l'assuré de participer à la mise en œuvre de l'expertise[125], et l'art. 61 let. c LPGA, qui commande au juge d'établir les faits en collaboration avec les parties. En matière de prévoyance professionnelle, faute pour la LPGA de trouver une application directe, le droit de réplique se déduit directement de la norme constitutionnelle ou, pour autant qu'elles aient une portée propre, des dispositions de procédure cantonales[126].

43. Le droit de réplique peut, selon le Tribunal fédéral, être compris de deux manières : *au sens étroit*, il s'agit du droit de s'exprimer sur les déterminations et prises de position de l'autorité intimée ou de la partie adverse si elles amènent des éléments nouveaux admissibles en procédure et à même d'influencer le jugement à intervenir[127]. Ainsi défini, le droit de réplique se déduit de la garantie du droit d'être entendu consacré à l'art. 29 al. 2 Cst., et est donné aussi bien en procédure administrative qu'en procédure judiciaire.

44. *Au sens large*, le droit de réplique est défini comme la possibilité de prendre connaissance de tout élément apporté par l'autorité intimée ou par la partie adverse, et de se déterminer sur son contenu, indépendamment de savoir s'il apporte des éléments nouveaux et importants[128]. Cette conception du droit de réplique est déduite de

---

123 Art. 29 al. 2 Cst.

124 Il s'agit d'une intégration, dans la LPGA, de l'art. 29 PA (cf. KIESER [n. 46], N 1 ad art. 42 LPGA).

125 Cf. également N 129 ss.

126 Cf. JEANNERAT/MAHON (n. 3), N 5 et n. 2.

127 ATF 138 I 154, consid. 2.3.2, JdT 2013 I 121.

128 Le Tribunal fédéral emploie les termes de « droit de réplique inconditionnel » (ATF 138 I 154, consid. 2.3, JdT 2013 I 121 ; TF 5A_155/2013 du 17 avril 2013, consid. 1.4. Cf. également TF 9C_193/2013 du 22 juillet 2013, consid. 2.1.1, et

l'interprétation donnée par la Cour européenne des droits de l'homme au § 6 ch. 1 CEDH[129], et vaut pour toutes les procédures qui tombent dans le champ d'application de cette disposition, soit en principe des procédures se déroulant devant « un tribunal indépendant et impartial ».

45. Le Tribunal fédéral considère que les litiges relatifs à des prestations d'assurances sociales ou au paiement de cotisations aux assurances sociales en Suisse sont des litiges relatifs à des droits de caractère civil au sens du § 6 ch. 1 CEDH, indépendamment de savoir si les prestations sont financées par l'Etat exclusivement ou par le paiement de cotisations[130], et doivent donc respecter les garanties qui en sont déduites[131], *durant la phase judiciaire en tout cas*[132].

46. Se pose la question de savoir si les parties peuvent également se prévaloir d'un *droit de réplique élargi dans le cadre de la procédure administrative*. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'ATF 138 I 154, le Tribunal fédéral a estimé que les parties ne pouvaient invoquer les garanties du § 6 ch. 1 CEDH devant une commission de recours fédérale[133], au motif que sa fonction s'apparentait davantage à celle d'une autorité de surveillance qu'à celle d'un tribunal. Comme nous l'avons décrit ci-dessus[134], la phase administrative de la procédure en matière d'assurances sociales met généralement aux prises un assuré et un assureur, qui est chargé d'instruire le dossier et de statuer, librement en fait et en droit, sur l'existence d'un droit aux

---

JEANNERAT/MAHON (n. 3), N 35 ss).

129 ATF 137 I 195, consid. 2.3.1 et les références à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

130 TF 8C_522/2012 du 2 novembre 2012, consid. 2.3 et les références citées, en particulier aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Cet arrêt concerne le droit à des débats publics.

131 Le Tribunal fédéral a de toute manière étendu l'application du droit de réplique au sens large aux procédures judiciaires qui ne rentrent pas dans le champ d'application du § 6 ch. 1 CEDH (ATF 138 I 154, consid. 2.3.3, JdT 2013 I 121).

132 TF 8C_104/2012 du 26 juin 2012, consid. 3.1.

133 En l'espèce, l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision.

134 Cf. N 20 ss.

prestations. L'impact de sa décision n'est pas purement disciplinaire, ou sanctionnatoire ; au contraire, elle a un effet direct sur la situation de l'assuré, au même titre qu'une décision judiciaire. L'assureur occupe donc une fonction décisionnelle, marquée par un pouvoir (et un devoir) d'instruction d'office, et n'a pas à préjuger, au stade de l'instruction, du caractère décisif des éléments apportés par l'assuré ou par les autres intervenants[135]. En conséquence, les garanties déduites de l'art. 6 § 1 CEDH doivent également valoir pour la phase administrative de la procédure.

B. Les titulaires d'un droit de réplique

47. L'art. 29 al. 2 Cst. et, dans son sillage, les art. 29 PA et 42 LPGA, réservent le droit d'être entendu aux « *parties* ». En matière d'assurances sociales, cette notion est définie assez largement, comme nous l'avons vu ci-dessus[136], par référence à la possible titularité soit de prétentions – directes ou dérivées – à l'encontre d'un assureur social, soit d'un droit de recours. Ce dernier suppose, rappelons-le, que la personne ou l'entité concernée soit touchée par la décision prise ou à intervenir, et qu'elle ait un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification[137].

48. D'un point de vue systématique, l'art. 34 LPGA se trouve dans les dispositions générales de procédure, dans lesquelles se trouvent également les dispositions relatives à la procédure d'opposition, soit à la phase administrative de la procédure[138], et non dans la section réservée au contentieux judiciaire[139]. Il faut en déduire que la qualité de partie, et donc le droit de réplique qui en découle, sont donnés

---

135 C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'obligation d'objectivité qui incombe aux assureurs sociaux (cf. N 4).

136 Cf. N 8 ss.

137 Cf. N 16 et n. 49.

138 Art. 49 à 52 LPGA.

139 Art. 56 ss LPGA.

dès le début de la phase interne de la procédure[140], à toutes les personnes et entités remplissant les conditions de l'art. 34 LPGA.

49. L'art. 34 LPGA confère expressément la qualité de partie aux autorités, soit, notamment, aux assureurs sociaux qui, d'autorités administratives, deviennent parties à partir du moment où leur décision est attaquée en justice[141]. En tant que parties, ils peuvent se prévaloir d'une violation de leur droit d'être entendus, notamment lorsqu'ils recourent contre une décision rendue par un autre assureur social.

C. Le moment et les modalités de la réplique

50. La procédure administrative étant empreinte d'une absence de formalisme, il est en principe loisible à l'assuré de s'adresser *en tout temps* à l'assureur pour lui signaler des faits nouveaux ou pour lui communiquer son point de vue sur l'instruction de son dossier ou sur des pièces recueillies. Le Tribunal fédéral a en effet jugé que les principes développés pour la procédure judiciaire, selon lesquels la partie qui veut répliquer aux arguments de l'autre peut et doit le faire sans délai[142], valaient également durant la phase administrative[143].

51. *Lorsque la procédure doit se clore par une décision est sujette à opposition*, l'assureur n'a pas l'obligation d'entendre les parties avant qu'elle ne soit rendue[144]. Pour le législateur, la procédure d'opposition est en effet suffisante pour que les personnes touchées par la décision entreprise puissent faire valoir leurs arguments[145]. On peut adhérer à cette solution dans les affaires simples, ou ne posant que des questions de droit exemptes de difficultés particulières. Dans les autres cas, il est hautement improbable que le délai d'opposition de

---

140 Cf. N 20 ss.

141 Cf. ATF 137 V 210, consid. 2.2.2.

142 TF 9C_322/2012 du 29 novembre 2012, consid. 2.2 ; ATF 132 I 42.

143 TF 9C_834/2012 du 1er juillet 2013, consid. 4.2.

144 Art. 42 al. 2 LPGA.

145 Sur la réflexion ayant présidé à l'adoption de cette disposition, cf. KIESER (n. 46), N 21 ss ad art. 42 LPGA.

30 jours[146] suffise à l'assuré ou au tiers touché pour prendre connaissance du dossier et rassembler les éléments de preuve propres à appuyer sa position[147]. Dans l'hypothèse où, avant que la décision n'intervienne, l'assuré se détermine spontanément sur des éléments du dossier dont il a eu connaissance, l'assureur n'est à notre sens pas fondé à refuser de verser ses déterminations au dossier, compte tenu de son devoir d'instruction d'office.

52. *Lorsque la procédure n'est pas close par une décision sujette à opposition*, l'exercice du droit d'être entendu doit être aménagé d'une autre manière. En matière d'assurance-invalidité[148], il est prévu une procédure de préavis lorsque la décision à rendre porte sur une demande de prestations ou sur la suppression ou la réduction d'une prestation déjà allouée, garantissant à l'assuré le droit d'être entendu[149]. Le même droit est reconnu à l'assureur social possiblement touché dans ses obligations par la décision à intervenir[150]. Ne font toutefois l'objet d'un préavis que les décisions portant sur des questions précises, limitativement énumérées[151]. Dans les autres cas, le respect du droit d'être entendu commande de

---

146 Art. 52 al. 1 LPGA. Ce délai n'est pas prolongeable. En pratique, les assureurs admettent souvent, si l'opposition est formée à temps, d'accorder un délai supplémentaire pour compléter l'écriture. Il s'agit toutefois d'un octroi à bien plaire.

147 Egalement critiques, DESPLAND BÉATRICE, L'obligation de diminuer le dommage en cas d'atteinte à la santé : analyse sous l'angle du droit d'être entendu, Thèse Neuchâtel/Genève 2012, p. 156 s. ; KIESER (n. 46), N 3 ad art. 42 LPGA.

148 Les décisions des offices AI cantonaux et de l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger font, rappelons-le (cf. N 22), directement l'objet d'un recours devant l'autorité judiciaire (art. 69 al. 1 LAI).

149 Art. 57*a* al. 1 LPGA. Le délai pour déposer des observations est de 30 jours également (cf. art. 73ter al. 1 RAI), ce qui met l'assuré face aux mêmes difficultés qu'en procédure d'opposition. Le Tribunal fédéral n'a, à ce jour, pas tranché la question du caractère prolongeable de ce délai (TF 9C_480/2008 du 27 janvier 2009, consid. 3 et 9C_50/2008 du 8 septembre 2008, consid. 2).

150 Art. 57*a* al. 2 LPGA.

151 Cf. art. 73bis al. 1 RAI en lien avec 57 al. 1 let. c à f LAI.

donner aux personnes touchées par la décision à rendre l'occasion de s'exprimer[152].

53. En somme, les parties[153] doivent se voir donner *la possibilité de s'exprimer au moins une fois avant la fin de la phase interne de la procédure*. En procédure judiciaire, les règles générales sont applicables, ce qui signifie que les parties ont le droit de se déterminer sur toute nouvelle pièce ou prise de position[154]. Cela se justifie d'autant plus qu'en application de la maxime d'office, le juge a le devoir de prendre en considération tous les éléments décisifs pour le sort de la cause, même s'ils ont été allégués tardivement[155], notamment après l'échéance d'un délai imparti par le juge.

54. A ce sujet, le Tribunal fédéral a précisé que lorsque le juge communique aux parties une pièce ou une prise de position nouvelle, *il doit leur fixer un délai* pour déposer des observations, en particulier lorsque la partie en question n'est pas représentée par un avocat[156].

55. *Le droit de réplique s'exerce en principe par écrit*[157]. En procédure administrative, l'opposition peut, sous réserve de quelques exceptions[158], être faite par oral, à l'occasion d'un entretien personnel[159]. Dans le cadre de la procédure de préavis en matière d'assurance-invalidité, cette possibilité est toutefois réservée à l'assuré[160]. Lorsque l'opposition ou les déterminations sont faites par oral, elles doivent être consignées dans le dossier, en principe au moyen d'un procès-verbal d'audition. A notre sens, la possibilité de

---

152 TF 525/2007 du 15 janvier 2008, consid. 2.8.2 et P 38/02 du 4 mai 2004, consid. 4.2 (et les références citées).

153 Cf. N 16.

154 TF 9C_193/2013 du 22 juillet 2013. Cf. JEANNERAT/MAHON (n. 3), N 36 s.

155 Cf. JEANNERAT/MAHON (n. 3), N 61 et 67.

156 TF 8C_104/2012 du 26 juin 2012, consid. 3.2. Sur la durée de ce délai, cf. TF 9C_193/2013 du 22 juillet 2013, consid. 2.1.2.

157 Cf. art. 61 let. b LPGA. Cf. également JEANNERAT/MAHON (n. 3), N 58 s.

158 Cf. art. 10 al. 2 OPGA.

159 Art. 10 al. 3 OPGA.

160 Art. 73ter al. 2 et 3 RAI.

l'oralité doit, conformément aux exigences d'une procédure simple et rapide[161], également être donnée pour des déterminations hors procédure d'opposition ou de préavis.

D. Le contenu du droit de réplique

56. Au sens où nous l'avons défini ci-dessus[162], le droit de réplique contient d'abord le droit de se déterminer sur les éléments du dossier et, en procédure judiciaire, sur les arguments amenés par l'autorité intimée et/ou par des tiers participants[163]. Il faut pour cela que l'assuré ou le tiers concerné ait pu prendre connaissance du dossier[164] (1). Se pose également la question de savoir si l'assuré, respectivement le tiers concerné, dispose d'un droit à recevoir spontanément des informations lorsque des pièces ou des éléments nouveaux sont versés au dossier (2).

1. Le droit de consulter le dossier

57. Déduit également du droit d'être entendu[165], le droit de consulter est spécifiquement réglé dans la LPGA. Selon l'art. 47[166], ont le droit de consulter le dossier, dans la mesure où les intérêts privés prépondérants sont sauvegardés :

- *l'assuré*, pour les données qui le concernent ;
- *les parties*, s'agissant des données qui leur sont nécessaires pour exercer un droit ou remplir une obligation qui découle d'une loi sur les assurances sociales ou pour faire valoir un moyen de droit contre une décision fondée sur cette même loi ;

---

161 Art. 61 let. a LPGA.

162 Cf. N 42 ss.

163 Par exemple les autorités de surveillance amenées à donner leur position.

164 ATF 132 V 485, consid. 3.2.

165 TF 978/2012 du 20 juin 2013, consid. 3.2.

166 En dehors de toute procédure, le droit d'accéder aux données personnelles éventuellement détenues par un assureur social est régi par l'art. 8 LPD, cf. ATF 127 V 219, consid. 1.a/aa.

- *les autorités* habilitées à statuer sur les recours contre des décisions fondées sur une loi sur les assurances sociales, pour les données nécessaires à l'accomplissement de cette tâche ;
- *le tiers responsable et son assureur*, pour les données qui leur sont nécessaires pour se déterminer sur une prétention récursoire de l'assurance sociale concernée.

58. Sur demande[167], que l'assureur peut exiger écrite[168], et dans les limites indiquées ci-dessus[169], les documents demandés doivent être fournis *gratuitement*[170]. Refuser de délivrer des copies en proposant uniquement à l'assuré de consulter son dossier au siège de l'assureur n'est pas admissible[171].

59. Le droit de consulter le dossier s'étend aussi, pour l'assuré à tout le moins, *aux pièces internes de l'assureur*. Cela découle déjà de la formulation de l'art. 47 al. 1 let. a LPGA, qui étend le droit de l'assuré aux « données qui le concernent »[172].

60. A notre sens, la même solution vaut pour les *autres personnes et entités mentionnées à l'art. 47 LPGA* : les notes internes sont en effet le plus souvent indispensables pour exercer un moyen de droit contre une décision[173]. Par exemple, les feuilles utilisées par l'assurance-invalidité pour calculer le revenu d'invalide et, partant, le taux d'invalidité, fournissent des renseignements essentiels. De même, seules les notes des médecins-conseils permettent souvent de comprendre les raisons d'octroi ou de refus de prestations. La possibilité de consulter les notes internes ne signifie toutefois pas

---

167 TF 8C_978/2012 du 20 juin 2013, consid. 3.2 ; TF 1C_482/2010 du 14 avril 2011, consid. 3.1.

168 Art. 8 al. 1 OPGA.

169 Et à l'art. 27 PA (cf. KIESER [n. 46], N 12 ad art. 47 LPGA).

170 Cf. art. 32 LPGA.

171 ATF 127 V 219.

172 Cette notion doit être interprétée de la même manière que l'art. 8 al. 1 LPD (TF 8C_978/2012 du 20 juin 2013, consid. 3.2, faisant expressément référence à l'ATF 125 II 473, consid. 4a, qui traite de cette question).

173 Pour un exemple dans lequel le Tribunal fédéral l'a admis, cf. arrêt 9C_713/2012 du 28 janvier 2013.

que l'assureur social a l'obligation de documenter par écrit chaque élément justifiant ses décisions d'instruction, par exemple la mise en œuvre d'un examen médical[174].

61. S'agissant encore des *tiers*, le droit de consulter le dossier ne peut pas être dénié pour de seuls motifs de protection des données[175]. Il y a lieu de procéder à une pesée des intérêts entre, d'une part, l'intérêt du tiers à pouvoir disposer des informations nécessaires, notamment pour pouvoir exercer un moyen de droit, et, d'autre part, l'intérêt de la personne dont les données sont contenues dans le dossier. L'existence d'un intérêt privé prépondérant doit faire l'objet d'un examen objectif[176].

62. *La consultation du dossier peut être exigée en tout temps*, et non seulement en procédure d'opposition, l'art. 42 al. 2 LPGA ne s'appliquant pas dans ce contexte[177]. A noter encore que les pièces dont la consultation a été refusée à une partie ne peuvent être utilisées à son désavantage que si l'assureur lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves[178].

2. Un droit à l'information spontanée ?

63. *En procédure judiciaire*, l'obligation pour les autorités de communiquer spontanément aux parties les déterminations et pièces nouvelles est reconnue[179].

64. Le Tribunal fédéral admet que *les assureurs sociaux doivent aussi informer spontanément l'assuré* de la production de nouveaux éléments décisifs, que celui-ci en ait connaissance ou non[180]. Cette jurisprudence peut sembler difficilement conciliable avec la pratique, les dossiers des

---

174 TF I 988/06 du 28 mars 2007, consid. 3.4.

175 TF 8C_625/2012 du 1er juillet 2013, consid. 6.2.

176 KIESER (n. 46), N 15 ad art. 47 LPGA.

177 KIESER (n. 46), N 2 ad art. 47 LPGA.

178 Art. 48 LPGA.

179 Cf. JEANNERAT/MAHON (n. 3), N 47.

180 TF 8C_978/2012 du 20 juin 2013, consid. 6.2 et les références citées.

assureurs sociaux, en particulier de l'assurance-invalidité et de l'assurance-accidents, étant en effet souvent volumineux, avec, parfois, quotidiennement de nouvelles pièces dont toutes ne sont pas décisives pour l'issue de la cause. Compte tenu du temps extrêmement court à disposition de l'assuré pour contester la décision une fois celle-ci rendue, il ne semble pourtant pas excessif d'exiger de l'assureur qu'il transmette spontanément à l'assuré, respectivement à son conseil, copie des rapports médicaux, en particulier des rapports d'expertises, et de tout élément dont il apparaît d'emblée qu'il aura un impact sur l'issue de la procédure administrative[181].

E. La violation du droit de réplique

65. Les sanctions de la violation du droit d'être entendu ne présentent, dans le cadre spécifique des assurances sociales, pas de particularités, de sorte qu'il peut être renvoyé, sur ce point, à la contribution générale[182]. Le Tribunal fédéral admet facilement, au nom notamment des exigences d'une procédure simple et rapide posées par l'art. 61 let. a LPGA[183], qu'une violation par l'assureur du droit d'être entendu de l'assuré est réparée lorsque ce dernier a pu faire valoir son point de vue devant une autorité judiciaire ayant un plein pouvoir d'examen[184]. Le fait que l'affaire porte sur une pure question de droit peut être un élément déterminant[185], dès lors que l'intérêt concret de l'assuré à être entendu est peut-être alors moins aigu.

---

181 Par exemple le rapport de l'employeur à l'assurance-invalidité, pour que l'assuré puisse contrôler les salaires annoncés, ou encore le rapport d'enquête ménagère.

182 Cf. JEANNERAT/MAHON (n. 3), N 70 ss.

183 Cf. ATF 132 V 387, consid. 5.1 et les références citées.

184 Cf. TF 8C_762/2009, consid. 2.3 ; ATF 127 V 431, consid. 3d/aa. Cf. également TF I 435/05, consid. 2, qui a toutefois été rendu avant l'ATF 137 V 210, et dont la solution est aujourd'hui dépassée.

185 Cf. TA-ZH, IV.2006.01067, consid. 4.2.

IV. L'effectivité du droit de réplique

66. Le chapitre précédent montre qu'en matière d'assurances sociales, la procédure, assez souple, laisse aux parties une grande latitude dans leurs prises de position, tant sur le fond que sur le moment où elles entendent se manifester. Cela va de pair avec le devoir d'instruction d'office du juge et son libre pouvoir d'appréciation, ainsi qu'avec l'obligation de collaborer des parties.

67. La difficulté, en matière d'assurances sociales, ne consiste ainsi pas tant dans la reconnaissance formelle du droit de réplique, que dans la garantie de son effectivité. La relation entre administration et administré est, dans ce domaine, empreinte d'une inégalité caractérisée[186], compliquée le plus souvent par une relation de dépendance économique. La procédure en deux temps, d'abord administrative, puis judiciaire, a pour effet d'amener l'assuré à livrer à l'assureur, dans le cadre de la procédure d'opposition, l'essentiel de ses arguments, que celui-ci peut donc d'ores et déjà contrer dans la décision finale, puis en procédure judiciaire à laquelle il est partie[187]. C'est d'autant plus vrai que les aménagements légaux relatifs au secret médical et professionnel[188] rendent pour ainsi dire l'assuré transparent. L'assuré dispose certes de son côté d'un large accès à son dossier, mais vu la technicité de son contenu, il n'en retire en général aucun avantage particulier tant qu'il n'est pas aidé dans ses démarches.

68. Pourtant, le droit de réplique, qu'il soit déduit de l'art. 6 § 1 CEDH ou 29 al. 2 Cst. étant au service du procès équitable, il n'a de sens que si les possibilités procédurales d'être entendu par le juge ne sont pas court-circuitées par d'autres mécanismes, plus subtiles, qui, concrètement, disqualifient d'entrée de jeu l'avis de la partie faible, en l'espèce l'assuré.

---

186 Inégalité que le Tribunal fédéral reconnaît (cf. n. 4).

187 Cf. N 60.

188 Cf. N 33 s.

A. Les obstacles à l'exercice du droit de réplique

69. Au-delà des désavantages déjà évoqués[189], nous identifions, à ce stade, au moins quatre éléments qui font obstacle à la matérialisation du droit de réplique. Il s'agit avant tout des rapports de force lors de l'instruction de la situation médicale de l'assuré (1), validés par le Tribunal fédéral (2). A cela s'ajoutent la solitude de l'assuré, qui ne sera le plus souvent pourvu d'un défenseur d'office qu'au stade de la procédure judiciaire (3) et la limite du contrôle exercé par le Tribunal fédéral, sur le résultat de l'instruction (4).

70. La question de l'expertise médicale ayant une importance particulière, nous lui consacrerons un chapitre distinct[190].

1. L'instruction médicale

71. La plupart des éventualités[191] donnant droit à des prestations sociales supposent une atteinte à la santé. Ainsi, les prestations de l'assurance-invalidité[192] (a) sont liées à une incapacité de travail, puis de gain, qui toutes deux supposent une « atteinte à [la] santé physique, mentale ou psychique »[193]. L'assurance-accidents (b) subordonne l'octroi de prestations à la survenance d'une atteinte dommageable portée au corps humain qui compromet la santé physique, mentale ou psychique[194]. Le remboursement des soins par

---

189 N 67 (obligation de collaborer et dépendance économique).

190 Cf. N 98 ss.

191 On parle également de risque, ou de risque assuré.

192 Et, par effet réflexe, de la prévoyance professionnelle (cf. art. 23 LPP).

193 Art. 6 LPGA : « *Est réputée incapacité de travail toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique* (…) ». Art. 7 al. 1 LPGA: « *Est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré* (…) *si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles* ».

194 Art. 4 LPGA : « *Est réputé accident toute atteinte dommageable, soudaine et involontaire, portée au corps humain par une cause extérieure extraordinaire qui compromet la santé physique, mentale ou psychique ou qui entraîne la mort* ».

l'assurance-maladie obligatoire (c) fait également référence à la santé physique, psychique ou mentale de l'assuré[195]. L'octroi d'indemnités journalières par l'assurance-chômage suppose, notamment, que l'assuré soit apte au placement, soit en mesure d'accepter un emploi[196], ce qui suppose une capacité de travail au moins partielle[197] (d).

72. Chaque régime d'assurance, en fonction de sa finalité, dispose de sa propre structure pour l'instruction médicale des dossiers.

a) L'assurance-invalidité

i) Les services médicaux régionaux

73. La gestion de l'assurance-invalidité fédérale est déléguée aux offices AI. Il en existe un pour chaque canton, à quoi s'ajoute l'Office AI pour les assurés résidant à l'étranger, soit 27 offices en tout[198].

74. Depuis la 5e révision de l'assurance-invalidité[199], les offices AI ont mis en place des services médicaux interdisciplinaires[200] pour, précisément, évaluer les conditions médicales du droit aux prestations[201]. Ces services ont notamment pour mission d'établir les capacités fonctionnelles de l'assuré, pour déterminer l'exigibilité de l'exercice d'une activité professionnelle alternative, lorsque l'activité habituelle s'avère inadaptée compte tenu de l'atteinte à la santé[202]. Il existe actuellement neuf services médicaux régionaux, qui couvrent

---

195 Art. 3 al. 1 LPGA : « *Est réputée maladie toute atteinte à la santé physique, mentale ou psychique qui n'est pas due à un accident et qui exige un examen ou un traitement médical ou provoque une incapacité de travail* ».

196 Art. 8 al. 1 let. f et 15 al. 1 LACI.

197 Cf. N 83.

198 Cf. art. 54 et 56 LAI. Cette organisation remonte au 1er janvier 1992, date de l'entrée en vigueur de la 3e révision de l'AI (RO 1991 2377 ; FF 1988 II 1293).

199 Entrée en vigueur au 1er janvier 2008 (RO 2007 5129 ; FF 2005 4215).

200 SMR (RAD en allemand).

201 Art. 59 al. 2 LAI.

202 Art. 59 al. 2bis LAI.

les différentes régions de Suisse, et un service pour les assurés résidant à l'étranger.

75. La LAI affirme l'indépendance des SMR dans l'évaluation médicale des cas d'espèce[203]. Si, en 2008, soit au moment de l'entrée en vigueur de la 5e révision de l'AI, cette affirmation pouvait encore être sinon crédible, du moins porteuse d'espoirs, force est de constater qu'à peine cinq ans et une révision plus tard[204], elle n'est plus ni l'un, ni l'autre, pour les raisons suivantes :

- les médecins travaillant pour les SMR sont liés à eux soit par un contrat de travail, soit par un contrat de mandat. Ils sont donc nécessairement sensibles aux intérêts de leur employeur, respectivement de leurs mandants. Le Tribunal persiste à ne pas y voir un facteur susceptible de biaiser leur analyse ;
- il est notoire que, trains d'économies obligent, les conditions d'octroi de prestations de l'assurance-invalidité se sont fortement durcies au cours de ces dernières années[205], en particulier lorsqu'il s'agit de prestations pécuniaires à long terme (rentes et allocations pour impotents) ;
- dans ce contexte, la notion d'*exigibilité* joue un rôle central, puisque l'incapacité de gain ne sera reconnue que si elle n'est pas « objectivement surmontable », compte tenu des conséquences de l'atteinte à la santé uniquement[206]. Les autres facteurs (dits bio-psycho-sociaux) doivent être écartés de l'analyse. Les services médicaux régionaux peuvent donc s'en tenir à une analyse purement médico-théorique, difficilement vérifiable par l'assuré ;

---

203 Art. 59 al. 2bis *in fine* LAI. Cette disposition a été modifiée au 1er janvier 2008, à l'occasion de la 5e révision de l'AI.

204 La révision 6A de l'AI est entrée en vigueur au 1er janvier 2012 (RO 2011 5659 ; FF 2010 1647).

205 Cf. Messages du Conseil fédéral relatifs à la 5e (FF 2005 4215) et à la 6e (FF 2010 1647 ss) révision de la LAI.

206 Art. 7 al. 2 LPGA : « *Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable* ».

- cette problématique est particulièrement vive en cas de *troubles psychiques*, la psychiatrie étant par nature sujette à des différences d'interprétation qui, selon le Tribunal fédéral, sont tolérables[207]. Il est donc tout à fait possible d'orienter le résultat de l'examen sans que cela soit détectable par l'assuré ou par un tribunal. La même remarque vaut pour les *troubles somatoformes douloureux et les pathologies associées*, l'exigibilité de l'exploitation d'une capacité de travail résiduelle étant alors analysée sur la base d'un canevas précis, basé sur des critères sujets à appréciation[208] ;
- le Tribunal fédéral, en admettant qu'il se justifiait d'être plus exigeant s'agissant des avis médicaux internes lorsqu'ils étaient la seule base de décision[209], a ouvert une brèche dans la fiction d'indépendance des services médicaux régionaux.

ii) Les COMAI

76. Les COMAI (centres d'observation médicale et professionnelle de l'AI) sont des centres pluridisciplinaires à disposition de l'AI[210] « *lorsqu'un cas s'avère particulièrement difficile* »[211], soit en règle générale lorsque l'instruction du cas nécessite une appréciation pluridisciplinaire[212]. Pour acquérir le statut de COMAI, un centre d'expertise doit conclure avec l'OFAS une convention[213] prenant la forme d'un contrat de droit administratif, résiliable par les deux parties moyennant préavis de six mois[214]. Dans leur grande majorité, les COMAI sont des sociétés commerciales de droit privé[215].

---

207 Cf. TF 9C_139/2013 du 26 juin 2013, consid. 2.4.

208 Critères dits de Foerster (cf. RIEMER-KAFKA [n. 286], p. 118. TF 9C_901/2012 du 21 mai 2013).

209 ATF 135 V 465, consid. 4.4.

210 Art. 59 al. 3 LAI.

211 Cf. site Internet de l'OFAS (http://www.bsv.admin.ch/themen/iv/00021/03188/?lang=fr).

212 Cf. ATF 137 V 210, consid. 1.2.1.

213 Cf. art. 72bis al. 1 RAI.

214 Pour une description du contenu des conventions, cf. ATF 137 V 210, consid. 1.2.2. Les conditions ont toutefois été légèrement modifiées depuis

77. Malgré ce lien fonctionnel, les COMAI sont des « *experts indépendants* » au sens de l'art. 44 LPGA et leurs expertises se voient reconnaître une pleine valeur probante[216]. Cet état de fait est critiqué de longue date par la doctrine majoritaire, critiques dont la synthèse et l'analyse ont été faites par JÖRG-PAUL MÜLLER et JOHANNES REICH à l'occasion d'un avis de droit[217] à l'origine de l'ATF 137 V 210. Cet arrêt a, en juin 2011, mis à la délégation de l'instruction médicale aux COMAI un certain nombre de cautèles[218], à commencer par l'attribution aléatoire des mandats d'expertise[219] et

---

l'ATF 137, notamment en ce qui concerne la rémunération du mandat d'expertise.

215 Cf. ATF 137 V 210, consid. 1.2.2. Cf. également MÜLLER JÖRG-PAUL/REICH JOHANNES, Rechtsgutachten zur Vereinbarkeit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur medizinischen Begutachtung durch Medizinische Abklärungsstellen betreffend Ansprüche auf Leistungen der Invalidenversicherung mit Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 11 février 2010, N 19. Le texte de l'avis de droit est disponible (en allemand) sur le site Internet de la plate-forme Humanrights.ch (http://www.humanrights.ch/de/Schweiz/Inneres/Gruppen/Behinderte/idart_7791-content.html).

216 Cf. N 87.

217 MÜLLER/REICH (n. 215).

218 Cf. ATF 137 V 210. Pour un résumé et une analyse en français, cf. KAHIL-WOLFF BETTINA, L'expertise dans la procédure relative aux prestations de l'assurance-invalidité (note au sujet de l'ATF 137 V 210), JdT 2011 I 215-220. Cf. également AGIER JEAN-MARIE/GRAF PHILIPPE, Médecins de l'AI, médecins-traitants : un arrêt du Tribunal fédéral novateur, du 22 septembre 2011, disponible sur le site d'Entraide Suisse Handicap (http://agile.ch/archiv-invalidenversicherung-det&getDoc=1130).

219 L'attribution des mandats doit désormais avoir lieu par le biais de la plate-forme SwissMed@p, gérée par la Conférence des Office AI (http://www.swissmedap.ch). Dans la pratique, le sentiment est pourtant déjà bien présent que cette plate-forme n'est pas à même de remplir les objectifs posés par le Tribunal fédéral. Lors d'un tirage au sort, tous les centres ne sont pas pris en considération, mais uniquement ceux que l'on a mis dans le « pot ». Sont mis dans le « pot » les centres ayant les capacités, en termes de disciplines médicales couvertes, de se charger du mandat, et les disponibilités nécessaires. A ce sujet, les centres ont la possibilité d'indiquer quand ils ne souhaitent pas recevoir de mandats. Ils ne sont alors pas pris en considération pour la formation du « pot ». Le hasard est donc facilement influençable, en toute opacité puisque l'assuré n'a pas accès aux informations en amont du tirage au sort.

par l'abandon de la rémunération forfaitaire à l'unité[220]. Il n'a toutefois pas remis en cause la valeur des avis émanant de ces centres.

b) L'assurance-accidents

78. L'assurance-accidents sociale est gérée principalement par la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (CNA/SUVA[221])[222]. Ses missions sont, d'une part, d'octroyer les prestations prévues par la Loi fédérale sur l'assurance-accidents et, d'autre part, de mener une politique de prévention des accidents[223].

79. S'agissant de se prononcer sur les données médicales nécessaires à l'octroi de prestations sociales, la SUVA peut compter sur son propre service médical[224], subdivisé en six groupes médicaux régionaux regroupant les médecins d'arrondissement. Ces médecins « *prennent part à la gestion des cas en examinant les victimes d'accidents et leurs aptitudes fonctionnelles. Ils conseillent les case managers et les gestionnaires cas pour les questions médicales, contrôlent si nécessaire les investigations et les traitements des personnes accidentées et participent à la coordination des mesures de réadaptation et de réinsertion* »[225].

80. Le service médical des agences est dirigé par un médecin-chef et chapeauté par un centre de compétences, qui regroupe des spécialistes des différentes disciplines médicales. Ces spécialistes se prononcent sur les questions spécifiques ou particulièrement

---

220 Désormais, les expertises sont rémunérées de manière différenciée selon la difficulté du cas et le nombre d'experts dont l'intervention est requise.

221 Dans sa stratégie de communication, la SUVA a délaissé depuis quelques années l'acronyme francophone « CNA », qui est cependant encore mentionné dans la loi.

222 Art. 58 LAA. A côté d'elle, des assureurs privés sont également autorisés, à certaines conditions, à pratiquer l'assurance-accidents sociale (cf. art. 68 ss LAA).

223 Le site Internet de la SUVA (http://www.suva.ch) documente très clairement ses activités.

224 « Service médical des agences ».

225 Brochure « Le service médical des agences de la médecine des assurances », édité par la SUVA et disponible sur son site Internet.

complexes. Cas échéant, ils peuvent pratiquer des examens complémentaires et des expertises interdisciplinaires[226].

81. La SUVA gère en outre deux cliniques, à Sion et à Bellikon[227], dont le but premier est d'offrir une réadaptation globale aux victimes d'accidents. Il est fréquent que les assurés dont le droit aux prestations n'est pas clair y séjournent pour des évaluations. Les rapports établis à l'issue de ces séjours se voient en règle générale reconnaître par le Tribunal fédéral une valeur probante équivalente à celle d'une expertise judiciaire[228].

c) L'assurance-maladie

82. Les assureurs-maladie recourent aux services de médecins-conseils, qui ont pour mission de donner leur avis à l'assureur sur des questions médicales, ainsi que sur des questions relatives à la rémunération des prestataires de soins et à l'application des tarifs. Ils doivent ainsi examiner en particulier si les conditions de prise en charge d'une prestation sont remplies[229]. La loi commande aux médecins-conseils d'évaluer les cas « en toute indépendance », les instructions étant expressément interdites[230].

83. Les médecins-conseils sont liés aux caisses-maladie qui les sollicitent soit par un contrat de travail, soit par un contrat de mandat. Le Tribunal fédéral n'y voit pas un motif de partialité ou de subjectivité[231]. Leurs avis n'ont toutefois pas valeur d'expertise, et leur valeur probante dépend de leur contenu. Ils doivent être jugés

---

226 L'organigramme du service médical est publié sur le site Internet de la SUVA (http://www.suva.ch/fr/startseite-suva/unfall-suva/versicherungsmedizin-suva/ansprechpartner-vm-suva.htm).

227 Cf. art. 16 Règlement d'organisation CNA (RS 832.207). La Clinique romande de réadaptation, à Sion, a aussi un statut de COMAI.

228 ATF 125 V 351, consid. 3b/bb.

229 Art. 57 al. 4 LAMal.

230 Art. 57 al. 5 LAMal.

231 ATF 125 V 351, consid. 3b/ee.

pertinents, compréhensibles et cohérents, et il ne doit pas exister d'indice suffisant plaidant contre leur fiabilité[232].

d) L'assurance-chômage

84. En matière d'assurance-chômage, le recours au service d'un médecin est moins fréquent, car l'éventualité assurée (le chômage[233]) ne suppose pas en soi une atteinte à la santé. En revanche, l'octroi d'indemnités journalières suppose, dans l'analyse de la condition de l'aptitude au placement[234], une capacité de travail d'au moins 20 %[235]. Selon la loi, s'il existe des doutes sérieux quant à la capacité de travail d'un chômeur, l'autorité cantonale peut ordonner qu'il soit examiné par un médecin-conseil, aux frais de l'assurance[236]. La valeur de son avis est la même que celle d'un médecin-conseil dans l'assurance-maladie[237].

Dans le canton de Vaud, cette tâche est confiée, depuis le 1er janvier 2012, au SMR Suisse romande, sur la base d'un accord conclu entre cet organisme et le Service de l'emploi[238]. Cette collaboration doit faire l'objet d'une évaluation au cours du deuxième semestre de 2013. A priori, l'idée est intéressante car les problèmes de coordination entre l'assurance-chômage et l'assurance-invalidité surgissent bien souvent lorsqu'il s'agit d'évaluer la capacité de travail de l'assuré. Dans le cadre d'une demande de prestations AI, il est jugé apte au travail, alors qu'il ne l'est pas lorsqu'il s'agit de juger de son droit aux indemnités de chômage sous l'angle de l'aptitude au placement. Faute de droit, même une couverture provisoire au sens de l'art. 70 al. 2 let. b LPGA n'entre pas en ligne de compte[239], de sorte que l'assuré se retrouve dans un « trou » assécurologique. Placer l'évaluation

---

232 ATF 125 V 351, consid. 3b/ee.

233 La notion de chômage est définie à l'art. 10 LACI. Elle suppose, objectivement, d'être totalement ou partiellement sans emploi, et, subjectivement, que l'assuré ait la volonté d'en trouver un.

234 Art. 15 LACI.

235 TF 8C_245/2010 du 9 février 2011, consid. 4.2.

236 Art. 15 al. 3 LACI.

237 Cf. N 83.

238 Sur la base de l'art. 59 al. 4 LAI.

239 Cf. TF 8C_406/2010 du 18 mai 2011, consid. 5.1.

médicale entre les mains d'un seul organisme médical est a priori à même d'éviter les évaluations contradictoires.

2. La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'avis médicaux

85. Confronté de manière récurrente à la présence, dans les dossiers qui lui sont soumis, de multiples avis médicaux, le plus souvent divergents, au sujet d'une même situation, le Tribunal fédéral a dégagé des *directives* pour apprécier leur valeur probante et, cas échéant, leur hiérarchie[240].

86. En premier lieu, il s'agit *d'apprécier chaque avis médical pour lui-même* et de déterminer, indépendamment de son origine et de sa dénomination (rapport, expertise, avis, etc.), si son contenu est pertinent pour le cas d'espèce. Pour se voir admis au rang de preuve, l'avis médical doit reposer sur une analyse complète, s'appuyer sur les examens médicaux nécessaires, et tenir compte de l'histoire médicale ainsi que des plaintes de l'assuré. Les conclusions doivent être motivées et rendre compte du contexte médical[241]. L'auteur de l'analyse doit avoir les compétences nécessaires[242] et les examens médicaux doivent avoir été réalisés *lege artis*, compte tenu des connaissances scientifiques[243]. Finalement, les diagnostics doivent se référer à l'une des classifications reconnues[244]. Les examens

---

240 Sur la compatibilité des directives avec le principe de la libre appréciation de preuves, qui prévaut en droit administratif, cf. ATF 122 V 161. MEYER-BLASER ULRICH, Die Rechtspflege in der Sozialversicherung, BJM 1989, p. 30 ss.

241 TF 9C_139/2013 du 26 juin 2013, consid. 2.2 ; ATF 122 V 157, consid. 1c (arrêt de principe). Cf. également LEUZINGER-NÄF SUZANNE, Beweismittel und Beweiswürdigung, *in* : Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Gabriela Riemer-Kafka (édit.), Zurich/Bâle/Genève 2013, pp. 31-39, p. 63.

242 Ce qui signifie, en principe, un titre de spécialiste FMH dans la discipline médicale concernée.

243 Cf. ATF 134 V 231 (absence de reconnaissance scientifique pout une tomographie par résonnance magnétique fonctionnelle) ; TF 160/1998 du 2 juin 2000 (absence de reconnaissance scientifique d'un SPECT pour un examen cervical post-whiplash).

244 CIM-10 ou, pour les diagnostics psychiatriques, DSM IV.

psychiatriques font également l'objet de directives de la part du Tribunal fédéral[245].

87. Si plusieurs avis médicaux sont à disposition et se voient reconnaître, au terme de l'analyse décrite au paragraphe précédent, une pleine valeur probante, le Tribunal fédéral a consacré la hiérarchie suivante :

- *l'expertise judiciaire*. Sauf raison majeure, le juge ne s'écarte pas des conclusions d'une expertise dont la mise en œuvre a été ordonnée par un tribunal. Une raison majeure existe lorsque les conclusions de l'expertise sont contradictoires, ou lorsqu'elles sont infirmées par le résultat d'une surexpertise ordonnée par le tribunal, ou encore lorsqu'elles sont mises en doute par d'autres spécialistes[246] ;
- *l'expertise administrative*. Les expertises commandées à des spécialistes externes par les assureurs en application de l'art. 44 LPGA[247] se voient reconnaître une pleine valeur probante, à moins que des indices concrets ne mettent en doute sa fiabilité[248] ;
- *l'expertise privée*. Il s'agit d'une expertise réalisée sur mandat de l'assuré, et donc en principe financée par lui, par un médecin spécialiste de la discipline concernée, qui n'est pas son médecin traitant. Le seul fait qu'elle soit commandée par l'assuré ne suffit pas, en soi, pour lui dénier toute valeur probante. Il y a ainsi lieu de la soumettre au même examen que tous les autres avis médicaux. Néanmoins, le Tribunal fédéral lui reconnaît un rang inférieur aux expertises administratives car, d'une part, l'expert

---

245 TF I 391/2006 du 9 août 2006, consid. 3.2.2. Ces directives sont calquées sur celles de la SSPP (Société suisse de psychiatrie et de psychothérapie), disponibles sur leur site Internet (http://www.psychologie.ch). L'OFAS exige des offices AI qu'ils se réfèrent aux lignes directrices de la SSPP pour leurs propres examens et rapports, ainsi que pour contrôler la validité des rapports confiés à l'externe (Lettre-circulaire LAI n° 313 du 2 juin 2012). Cf. également N 103 ss.

246 ATF 125 V 351, consid. 3b/aa.

247 Notamment aux COMAI (cf. N 76 s.).

248 ATF 137 V 210, consid. 2.1-2.3 ; 135 V 465, consid. 4.4.

privé n'est pas, de par la loi, contraint à l'objectivité et à la neutralité[249], et car, d'autre part, il n'est pas certain qu'il ait accès à l'intégralité du dossier, l'assuré étant maître de ce qu'il lui transmet et des questions qu'il lui pose[250]. Cela ne dispense pas l'autorité de l'examiner avec toute la diligence requise pour établir si, précisément, elle suscite des doutes propres à ébranler les conclusions des autres médecins, en particulier d'un expert au sens de l'art. 44 LPGA[251] ;

- *les avis internes des assureurs*. De l'avis du Tribunal fédéral, les avis recueillis par les médecins des assureurs[252] ont une pleine valeur probante dès lors que les assureurs sociaux sont, de par la loi, tenus à l'objectivité et à la neutralité[253]. Le seul fait qu'il existe, entre le médecin et l'assureur, une relation de travail ou de mandat ne suffit pas à invalider le résultat de ses constatations. Le Tribunal fédéral admet tout de même que sous l'angle de l'égalité des armes, la situation de l'assuré examiné par un médecin d'assurances n'est pas conforme aux réquisits du § 6 ch. 1 CEDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme[254], raison pour laquelle les avis internes ont une force probante moindre par rapport aux expertises externes[255].

---

249 Au sujet de la neutralité de l'expert, cf. N 104 s.

250 LEUZINGER-NÄF (n. 241), p. 65. A ce sujet, cf. N 108.

251 Pour un exemple dans lequel le doute a été admis, cf. TF 8C_231/2013 du 18 juillet 2013.

252 Cf. N 71 ss.

253 ATF 137 V 210, consid. 2.2.2.

254 ATF 135 V 465, consid. 4 ; 122 V 157, consid. 2. Cf. également LEUZINGER-NÄF (n. 241), p. 66.

255 Il faut encore ajouter, selon nous, que dans le cadre de l'assurance-invalidité en particulier, les médecins employés par les SMR ne sont pas nécessairement titulaires d'une spécialisation. Selon leurs parcours, ils n'ont en outre pas d'expérience clinique récente. Ces parcours, précisément, sont difficilement identifiables par les assurés, les offices AI n'ayant pas de politique claire de transparence à ce sujet.

Le droit à un procès équitable n'implique toutefois pas de droit, pour l'assuré, à bénéficier d'une expertise externe à l'assurance[256]. Un assureur social est donc habilité à statuer sur la base de seuls avis médicaux internes. Dans ce cas, il suffit cependant que l'avis d'un médecin-traitant ou d'un expert privé, auquel on peut également attribuer un caractère probant[257], laisse subsister *des doutes même faibles* quant à la fiabilité et la pertinence de cette appréciation. Dans un tel cas, l'expertise s'impose[258].

- *les avis des médecins traitants de l'assuré*. Pour le Tribunal fédéral, les avis des médecins traitants n'ont qu'une valeur moindre, premièrement parce que ceux-ci ont avant tout pour objectif de soigner leurs patients, de sorte que leurs rapports remplissent rarement les exigences pour se voir reconnaître une pleine valeur probante[259]. En outre, en raison de la relation de confiance nouée avec leurs patients, les médecins traitants auront tendance, en cas de doute, à toujours trancher en leur faveur. Leur objectivité n'est ainsi pas garantie[260]. Les avis des médecins traitants ne servent donc, au mieux, qu'à susciter les doutes mentionnés au paragraphe précédent, le Tribunal fédéral précisant quand même que l'on ne saurait alors poser des conditions irréalistes pour admettre le doute[261].

  A notre sens, la jurisprudence du Tribunal fédéral n'est, sur ce point, pas suffisamment différenciée selon les qualités du médecin traitant de l'assuré. Il arrive en effet fréquemment, surtout en présence de cas complexes, que le médecin traitant exerce au sein d'un service spécialisé d'un hôpital universitaire, voire même qu'il ait un statut de médecin-chef ou de professeur, et soit ainsi largement plus qualifié que les médecins des

---

256 TF 8C_429/2011 du 5 juin 2011, consid. 5.2.2. Cf. N 111.

257 Cf. N 86.

258 TF 9C_1021/2012 du 3 juillet 2013, consid. 2.2 ; 8C_456/2010 du 19 avril 2011, consid. 3 ; ATF 135 V 465, consid. 4.6.

259 ATF 125 V 351, consid. 3a. Cf. N 86.

260 ATF 135 V 465, consid. 4.5.

261 ATF 135 V 465, consid. 4.5-4.6. Cf. également LEUZINGER-NÄF (n. 241), p. 66 s.

assureurs[262]. Les médecins exerçant en milieu hospitalier, en particulier lorsqu'il s'agit d'un hôpital universitaire, sont en règle générale rompus à la pratique de l'expertise, de sorte que leurs rapports contiennent le plus souvent toutes les informations exigées par le Tribunal fédéral. Leur objectivité peut difficilement être mise en doute, dès lors qu'il est peu vraisemblable que des médecins occupant une telle position mettent en péril leur crédibilité scientifique pour la reconnaissance de leur patient. La hiérarchie opérée par le Tribunal fédéral se comprend éventuellement à compétences égales. *Lorsque le médecin traitant de l'assuré est à l'évidence bien plus qualifié que le médecin de l'assurance*, il se justifie en revanche d'inverser cette hiérarchie, l'assureur ayant alors la charge de créer le doute.

3. Les conditions d'accès à l'assistance judiciaire

88. L'art. 29 al. 3 Cst. reconnaît à toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes le droit à l'assistance judiciaire gratuite, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès. Dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert, elle a en outre droit à l'assistance gratuite d'un défenseur.

89. En matière d'assurances sociales, la LPGA règle expressément l'octroi de l'assistance judiciaire. *En procédure judiciaire*, celle-ci est accordée « *lorsque les circonstances le justifient* » [263]. Il est admis que la justification de l'octroi de l'assistance judiciaire est subordonné, d'une part, à l'absence de moyens financiers suffisants pour couvrir les frais entraînés par le procès sans entamer son minimum vital, et, d'autre part, à ce que la procédure judiciaire ne paraisse pas manifestement vouée à l'échec[264]. Ces conditions sont les mêmes que celles de la norme constitutionnelle. La procédure étant gratuite

---

262 En matière d'assurance-invalidité dans tous les cas (cf. n. 255).

263 Art. 61 let. f LPGA.

264 KIESER (n. 46), N 102 ss ad art. 61 LPGA.

au niveau du tribunal cantonal des assurances[265], à l'exception de la procédure en matière d'assurance-invalidité[266], *la représentation par un mandataire professionnel représente ainsi l'enjeu principal de l'octroi de l'assistance judiciaire*.

90. Dans le cadre de la *procédure administrative*, l'art. 37 al. 4 LPGA prévoit que l'assistance gratuite d'un conseil juridique est accordée à l'assuré *lorsque les circonstances l'exigent*. D'un point de vue sémantique déjà, les conditions d'accès à l'assistance judiciaire sont ainsi plus restrictives en procédure administrative (« exigence ») qu'en procédure judiciaire (« justification »). Il s'agit d'une démarche consciente et volontaire de la part du législateur[267].

91. Dans cette logique, le Tribunal fédéral a concrétisé l'art. 37 al. 4 LPGA de telle sorte que l'octroi d'un conseil n'intervient que lorsqu'il est *objectivement nécessaire*, condition qui doit être interprétée restrictivement. Une représentation professionnelle n'est nécessaire que dans des cas exceptionnels, soulevant des questions de fait et de droit difficiles, pour lesquels une représentation par une association, un curateur ou un autre spécialiste n'entre pas en ligne de compte. Les capacités (notamment linguistiques) de l'assuré à comprendre la procédure doivent également être considérées[268].

92. Le Tribunal fédéral a jugé que le fait que le dossier comporte plusieurs avis médicaux dont la comparaison était nécessaire pour établir le droit aux prestations ne suffisait pas, en soi, à rendre la cause à ce point difficile qu'une représentation professionnelle était nécessaire[269]. De fait, il est extrêmement rare que l'assistance judiciaire soit accordée en procédure administrative.

---

265 Art. 61 let. a LPGA.

266 Art. 69 al. 1bis LAI (cf. n. 72).

267 Cf. KIESER (n. 46), N 22 ad art. 37 LPGA.

268 TF 8C_29/2013 du 11 juin 2013, consid. 5.2.1, et les références citées. Ces principes ont été établis par le Tribunal fédéral avant l'entrée en vigueur de la LPGA, dans le contexte de l'application de l'art. 4*a* Cst. (ATF 125 V 32, consid. 2).

269 TF 9C_993/2012 du 16 avril 2013.

93. A noter encore que l'autorité compétente, en procédure administrative, pour octroyer l'assistance judiciaire, est l'assureur social lui-même. En cas de refus, sa décision peut faire l'objet des voies de recours usuelles, au tribunal cantonal des assurances d'abord[270], puis au Tribunal fédéral.

4. Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral

94. Les jugements rendus par le tribunal de l'art. 57 LPGA peuvent être déférés au Tribunal fédéral par le biais d'un recours en matière de droit public[271]. Contrairement aux juges de première instance, qui ont un plein pouvoir d'examen, la cognition du Tribunal fédéral est en principe limitée à la correcte application du droit[272].

95. *S'agissant de l'état de fait* retenu par les juges de première instance, il ne peut être critiqué que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause[273].

96. Le caractère manifestement inexact des faits retenus doit sauter aux yeux de manière évidente (« *eindeutig und augenfällig unzutreffend* »). De simples doutes ne suffisent pas, pas plus que l'existence d'une autre hypothèse, même si celle-ci paraît plus plausible[274]. Un fait est ainsi manifestement inexact lorsque les premiers juges ont à l'évidence mal interprété la portée d'un moyen de preuve, ou ignoré sans raison valable une preuve importante et décisive pour l'issue de la cause, ou encore lorsqu'ils ont tiré des preuves administrées des conclusions insoutenables[275]. Cette définition correspond à celle de l'arbitraire[276], et le Tribunal fédéral n'examine ce grief que s'il répond

---

270 Art. 57 LPGA.

271 Art. 82 let. a LTF.

272 Art. 95 LTF.

273 Art. 97 al. 1 LTF.

274 TF 9C_570/2008 du 5 mars 2008, consid. 4.2.

275 TF 9C_139/2013 du 26 juin 2013, consid. 2.3.2 ; ATF 129 I 8, consid. 2.1.

276 Cf. ATF 139 V 134, consid. 4.3 ; TF 9C_139/2013 du 26 juin 2013, consid. 2.3.2.

aux exigences de motivation qualifiées prévues à l'art. 106 al. 2 LTF, c'est-à-dire s'il a été invoqué et motivé de manière précise[277]. Démontrer le caractère insoutenable de l'appréciation faite par les premiers juges est naturellement une tâche très ardue dans le contexte d'un domaine aussi technique.

97. *Par exception* à ce qui précède, lorsque les jugements cantonaux ont pour objet l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire[278], le recours peut porter sur toute constatation incomplète ou erronée des faits[279]. Cette exception, concédée à l'occasion des débats parlementaires pour éviter la reconnaissance générale d'un plein pouvoir d'examen en matière d'assurances sociales[280], permet au Tribunal fédéral, dans les causes concernées, de revoir les faits librement. Elle ne permet en revanche pas aux parties de présenter des faits nouveaux, hors du cadre de l'art. 99 al. 1 LTF[281].

B. L'expertise médicale en particulier

98. Comme nous l'avons vu plus haut[282], lorsqu'il s'agit d'évaluer la situation médicale d'un assuré pour déterminer son droit aux prestations d'assurances sociales, l'expertise, qu'elle soit administrative ou judiciaire, se voit accorder une valeur prépondérante. De fait, de l'issue de l'expertise dépend souvent celle de la procédure. Compte tenu de la hiérarchie opérée par le Tribunal fédéral entre les avis médicaux[283], une fois le rapport d'expertise

---

Cf. également SEILER HANS-JÖRG, *in* : Bundesgerichtsgesetz (BGG), Seiler/von Werdt/Güngerich (édits), Berne 1997, N 14 ad art. 97 LTF.

277 ATF 138 V 67, consid. 2.2 ; 136 I 65, consid. 1.3.1.

278 Sont des prestations en espèces les indemnités journalières, les rentes, les allocations pour impotents et les indemnités pour atteinte à l'intégrité.

279 Art. 97 al. 2 LTF.

280 SEILER (n. 276), N 4. A l'origine, cette exception valait aussi en matière d'assurance-invalidité, régime qui a toutefois été modifié par une révision subséquente de la LAI, au 1er janvier 2007 (RO 2006 2003 ; FF 2005 2899).

281 Cf. SEILER (n. 276), N 30.

282 Cf. N 85 ss.

283 Cf. N 87.

établi, il est pratiquement impossible pour l'assuré, à moins d'en démontrer le caractère contradictoire ou contraire aux règles de l'art, de renverser les conclusions de l'expertise, par hypothèse défavorable pour lui.

99. L'expertise est ainsi une sorte d'« avant-procès », et on ne peut tenir la garantie d'un droit de réplique pour acquise que si les droits de participation de l'assuré sont respectés au stade de l'expertise déjà. Pour en juger, nous étudierons successivement, après avoir tracé les contours de la notion d'expertise médicale, les possibilités pour l'assuré d'accéder à l'expertise, respectivement de s'y opposer (2) et de participer à sa mise en œuvre (3). Nous nous pencherons également sur l'évaluation de l'expertise par le juge (4).

1. La notion d'expertise médicale

100. Dans le langage commun, l'expertise est un « *examen de quelque chose en vue de son estimation, de son évaluation* »[284]. De manière plus complète, on peut dire que l'expertise est un dispositif d'aide à la décision, par la recherche des faits techniques ou scientifiques, dans des affaires où le décideur (en l'espèce l'assureur social ou le tribunal) est confronté à des questions qui sont hors de sa portée directe.

101. Dans le contexte qui nous occupe, les faits techniques à établir sont *les bases médicales permettant de juger du droit de l'assuré aux prestations prévues par la loi*. On parle d'expertise simple lorsqu'une seule discipline médicale est concernée, d'expertise bidisciplinaire lorsque deux disciplines médicales se rencontrent, et d'expertise pluridisciplinaire lorsque trois disciplines au moins interviennent[285].

102. Les expertises se distinguent de simples avis médicaux à trois égards : la personne de l'expert (a), son point de vue (b) et la démarche qu'il doit adopter (c).

---

284 Cf. Le Petit Larousse Illustré, *verbis* « expertise ».

285 TF 9C_207/2012 du 3 juillet 2013, consid. 2.2 et 3.2.

a) La personne de l'expert

103. Placé dans la situation de devoir offrir, au terme de son analyse, des bases solides pour permettre une décision valable, l'expert doit en premier lieu disposer des qualifications professionnelles et scientifiques nécessaires. On admet généralement qu'un titre de spécialiste de la discipline médicale concernée est un réquisit minimal[286]. Il doit en outre avoir une « vaste expérience clinique et des bonnes connaissances du système suisse d'assurances sociales »[287]. Cette dernière condition peut découler de la seule pratique, sans qu'une formation particulière, notamment sur le plan juridique, soit obligatoire.

b) Le point de vue de l'expert

104. Pour la doctrine, tant médicale que juridique, l'expert doit porter *un regard neutre* sur la cause qui lui est soumise[288]. La fonction d'expert impliquerait ainsi par essence l'absence de parti-pris. Si cette prémisse est exacte, il ne serait pas admissible de conférer aux expertises privées, sous l'angle de la neutralité précisément, une valeur probante moindre[289]. La neutralité étant ou n'étant pas, il ne peut exister, ontologiquement, d'experts « moins neutres ». Les considérations de notre Haute Cour au sujet de la hiérarchie des expertises sont la démonstration que la neutralité de l'expert n'est pas une condition automatique de sa fonction. En conséquence, il peut exister des experts orientés, tant du côté de l'assuré que du côté des assureurs.

---

286 RIEMER-KAFKA GABRIELA (édit.), Expertises en médecine des assurances. Guide médico-juridique interdisciplinaire, 2e éd., Berne 2012, p. 32.

287 RIEMER-KAFKA (n. 286), p. 23. Cf. également SIEGEL ADRIAN M., Anforderungen an medizinische Gutachten aus ärztlicher Sicht, *in* : Schaffhauser/Kieser, Leistungsverweigerungen im Sozialversicherungsrecht. Ursachen – Bedeutung – Auswirkungen, Saint-Gall 2011, pp. 111-150, p. 113 s.

288 RIEMER-KAFKA (n. 286), p. 19 et 23 s.

289 Cf. N 87.

105. Le fait que le Tribunal fédéral accorde davantage de poids à l'avis de l'expert mandaté par l'assureur qu'à celui de l'expert mandaté par l'assuré est révélateur de l'inégalité de traitement qui n'est pas justifiée, dès lors que l'obligation de neutralité et d'objectivité avancée par notre Haute Cour n'est pas déductible en justice.

106. En réalité, la conception de la neutralité selon le Tribunal fédéral est assez large. Le lien économique n'est pas un motif pour douter de la neutralité d'un expert[290] ; un médecin qui a vu l'assuré une première fois peut valablement réaliser par la suite une seconde expertise, voire un complément d'expertise[291] ; il est également admis que l'expert qui a fonctionné pour le compte d'un assureur privé fonctionne ensuite comme expert de l'assureur social, au sujet du même assuré et du même complexe de faits, du moment que ses réponses ne donnent pas l'impression qu'il est prévenu[292].

c) La démarche de l'expert

107. La démarche de médecin expert se distingue de celle du médecin soignant dans ce sens qu'elle est focalisée sur le diagnostic et ses conséquences, et non sur un objectif thérapeutique[293]. Il ne s'agit donc pas, pour l'expert, de trouver nécessairement une issue thérapeutique aux maux de l'assuré, mais, en quelque sorte, de prendre une photographie de sa situation, d'en expliquer les raisons et d'en tirer les conséquences au vu des questions assécurologiques qui se posent.

108. Méthodologiquement, l'expert procède en trois temps : il recueille d'abord les informations à disposition ; sur la base de ces données, il formule ensuite des hypothèses qui l'amèneront à une conclusion (diagnostic), qui lui permet dans un troisième temps de répondre aux questions posées[294].

---

290 ATF 137 V 210, consid. 3.4.2.7. Cf. également N 130 ss.

291 ATF 132 V 9.

292 TF 9C_689/2012 du 6 juin 2012, consid. 4.2.

293 RIEMER-KAFKA (n. 286), p. 22 s.

294 Pour des explications plus détaillées, cf. RIEMER-KAFKA (n. 286), p. 52 ss.

Cette démarche se traduit dans la structure généralement adoptée par les experts pour leur rapports[295] :

- *données de base*. Il s'agit de renseignements généraux sur le cadre de l'expertise. En principe, l'expert est censé indiquer à cet endroit les pièces auxquelles il a eu accès, soit qu'elles lui ont été remises par les parties, soit qu'il se les soit procurées par la suite. Contrairement à ce que semble dire le Tribunal fédéral[296], il est donc possible, en présence d'une expertise rédigée *lege artis*, de savoir à quelles informations l'expert, y compris privé, a eu accès pour accomplir sa mission ;
- *antécédents selon les pièces du dossier* ;
- *anamnèse*. Cette rubrique est elle-même subdivisée en plusieurs catégories[297]. Les plaintes subjectives de l'expertisé doivent notamment être recensées, de même que les mesures thérapeutiques déjà tentées et leur résultat. Le contexte social doit être décrit, tant sous l'angle personnel, familial que professionnel. D'une manière générale, tous les éléments susceptibles de jouer un rôle décisif dans la vie de l'expertisé doivent être notés ;
- *examen clinique*. Cette rubrique est souvent intitulée « constats objectifs » ou « status ». Elle doit contenir le descriptif du déroulement de l'examen, des tests effectués, du comportement de l'expertisé et, cas échéant, le résultat d'examens complémentaires diligentés par l'expert (imagerie, analyses, etc.) ;
- *diagnostic*. Les diagnostics retenus doivent être énoncés en se référant à un système reconnu de classification (CIM-10 ou DSM-IV). Cas échéant, les explications nécessaires au diagnostic différentiel (c'est-à-dire à la distinction du diagnostic retenu par rapport à d'autres diagnostics proches écartés) doivent être données ;
- *appréciation du cas*. Dans cette dernière partie, l'expert discute ses conclusions, en vue de répondre aux questions posées. C'est là qu'il s'agira, par exemple, d'énumérer les limitations fonctionnelles de l'assuré, ou encore de justifier sa position en cas d'opinions

---

295 Il ne s'agit pas d'une structure obligatoire, mais l'adoption d'un plan « standard » facilite la compréhension du raisonnement et la vérification de son exactitude matérielle (cf. RIEMER-KAFKA [n. 286], p. 52). Cf. également SIEGEL (n. 287), p. 114 et 116 ss.

296 Cf. N 87.

297 Pour le détail, cf. RIEMER-KAFKA (n. 286), p. 53.

divergentes émises par d'autres praticiens ayant examiné le cas de l'assuré[298].

S'il s'agit d'une expertise bi- ou pluridisciplinaire, il s'agit encore de procéder au *consilium*, c'est-à-dire à la synthèse des expertises spécifiques à chaque discipline. Sur cette base, les experts sont à même de *répondre aux questions* posées par les parties[299].

2. L'accès à l'expertise

109. Comme indiqué ci-dessus[300], les dossiers d'assurances sociales sont d'abord instruits par les assureurs, qui disposent de ressources internes pour ce faire. Toutes les situations ne donnent donc pas lieu à des expertises, mais uniquement les dossiers impliquant des questions complexes ou faisant l'objet de positions opposées de la part des différents intervenants.

110. Vu l'application des maximes d'office et inquisitoire[301], l'assureur, puis le juge, sont maîtres de l'instruction et décident seuls de la mise en œuvre d'une expertise. Les moyens à disposition de l'assuré pour obtenir une expertise ne sont pas les mêmes au stade de la procédure administrative ou de la procédure judiciaire. Dans les deux cas toutefois, il s'agit matériellement de jeter le doute sur les preuves recueillies par l'administration.

a) En procédure administrative

111. Dans le cadre de la procédure administrative, l'art. 44 LPGA habilite l'assureur à recourir aux services d'un expert externe à l'assurance pour élucider certains faits. L'assuré peut requérir la mise en œuvre d'une telle expertise, mais ne dispose pas de droit à l'obtenir[302]. Jusqu'en juin 2011[303], l'assureur social n'avait pas à statuer

---

298 Cf. RIEMER-KAFKA (n. 286), p. 54 s.

299 Cf. RIEMER-KAFKA (n. 286), p. 55 s.

300 Cf. N 71 ss.

301 Cf. N 28 s.

302 Cf. TF 8C_245/2011 du 25 août 2011, consid. 5.3.

303 Pour un rappel de la jurisprudence avant l'ATF 137 V 10, cf. WIEDERKEHR

formellement sur la mise en œuvre ou, à l'inverse, sur le refus d'une expertise, de sorte que l'assuré n'avait aucun moyen de faire contrôler, avant un éventuel recours contre la décision finale, les mesures d'instruction ordonnées ou refusées par l'assureur. A l'ATF 137 V 210, le Tribunal fédéral a jugé qu'au vu de l'inégalité entre les parties en matière d'assurances sociales[304], l'assuré devait pouvoir contester la position de l'assureur s'agissant de la mise en œuvre d'une expertise. Ce dernier a donc désormais *l'obligation de statuer par voie de décision formelle*[305] lorsqu'il entend ordonner une expertise, ou au contraire, lorsqu'il refuse la mise en œuvre d'une expertise requise par l'assuré[306].

112. L'ATF 137 V 210 avait pour objet la mise en œuvre d'une expertise pluridisciplinaire dans le cadre d'une situation relevant de l'assurance-invalidité. Le Tribunal fédéral a, depuis, confirmé l'application des principes qui y sont développés à l'assurance-accidents[307]. Il en a aussi étendu l'application aux expertises mono- et bidisciplinaires[308].

113. La décision de l'assureur social ordonnant ou refusant la mise en œuvre d'une expertise est une *décision incidente* au sens de l'art. 5 al. 2 PA, qui peut faire l'objet d'un recours immédiat aux conditions de l'art. 46 PA[309]. Le jugement du tribunal cantonal saisi de ce recours ne peut toutefois faire l'objet d'un recours immédiat au Tribunal fédéral, faute – en principe – de préjudice irréparable[310]. L'assuré en est donc réduit à recourir contre la décision finale.

RENÉ, Beweiserhebung und Anspruch auf ein faires Verfahren, *in* : Beweisfragen im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren, Gabriela Riemer-Kafka (édit.), Zurich/Bâle/Genève 2013, pp. 1-30, p. 6 ss.

304 Cf. n. 4.

305 Au sens de l'art. 5 PA.

306 ATF 137 V 210, consid. 3.4.2.6.

307 ATF 138 V 318.

308 TF 9C_207/2012 du 3 juillet 2013, consid. 3.

309 Cf. art. 55 LPGA.

310 Cf. art. 93 al. 1 let. a LTF.

b) En procédure judiciaire

114. En procédure judiciaire, l'expertise est un mode de preuve parmi d'autres[311], et si l'assuré est libre d'en requérir une, il n'a pas de droit à sa mise en œuvre[312]. Il doit ainsi convaincre le tribunal que l'instruction faite par l'administration ne permet pas de statuer valablement sur son droit aux prestations. Tel est le cas si l'instruction est incomplète, ou si la décision repose sur des avis médicaux qui ne remplissent pas les conditions pour se voir reconnaître une pleine valeur probante[313], ou encore si, d'une manière plus générale, il subsiste un doute sur la situation de fait[314].

115. En pratique, c'est au terme d'une *appréciation anticipée des preuves* que le tribunal statuera sur la requête d'expertise. L'autorité judiciaire peut en effet mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves déjà administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion[315].

116. La question de savoir si le tribunal cantonal qui décide d'ordonner ou de refuser la mise en œuvre d'une expertise doit également statuer par voie de décision formelle n'a pas été tranchée. Dès lors que cette décision ne pourrait, vraisemblablement, pas faire l'objet d'un recours immédiat au Tribunal fédéral[316], la question peut rester ouverte.

---

311 Cf. art. 12 let. e PA, sur lequel les différentes législations cantonales sont souvent calquées.

312 ATF 137 V 210, consid. 3.4.2.7.

313 Cf. N 86.

314 Cf. N 87.

315 TF 1C_657/2012, consid. 2.2 ; TAF, C-4575/2011, consid. 9.5.

316 Cf. art. 93 al. 1 let. a LTF. Cf. également ATF 139 V 99, dans lequel le Tribunal fédéral a jugé qu'un arrêt cantonal incident renvoyant la cause à l'office AI pour complément d'instruction ne pouvait pas faire l'objet d'un recours immédiat au motif que le tribunal aurait dû mettre en œuvre l'expertise lui-même, faute de préjudice irréparable.

c) L'opposition à l'expertise en particulier

117. Deux arrêts rendus récemment par le Tribunal fédéral à l'occasion de litiges dans lesquels l'assuré s'opposait à la mise en œuvre d'une expertise posent la question de savoir si, dans cette situation, l'assuré bénéficie de la même protection que celui qui demande une expertise que l'assuré refuse.

118. Dans le premier arrêt[317], le Tribunal fédéral était saisi d'un recours contre un jugement incident du Tribunal administratif fédéral, qui avait refusé d'entrer en matière sur le recours contre la décision de l'assureur ordonnant la mise en œuvre. Assez succinctement, notre Haute Cour renvoie à la pratique établie depuis l'ATF 137 V 210 et à l'absence de préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF, qui aurait ouvert la voie d'un recours fédéral contre un jugement cantonal incident.

119. Cette analyse est difficile à suivre. Il est acquis en effet que des examens médicaux représentent une atteinte illicite à la santé physique et/ou psychique de l'assuré s'ils ne sont pas couverts par son consentement. En matière d'assurances sociales, l'assuré est, *ex lege*, obligé de « se soumettre à des examens médicaux ou techniques si ceux-ci sont nécessaires à l'appréciation du cas et qu'ils peuvent être raisonnablement exigés »[318]. Si ces conditions ne sont pas remplies, les examens médicaux non couverts par le consentement de l'assuré sont illicites.

120. Sous l'angle de l'art. 93 al. 1 let. a LTF, le préjudice subi par l'assuré qui s'est vu imposer une atteinte à l'intégrité physique et/ou psychique qui n'était pas nécessaire est de toute évidence irréparable. L'assuré a été atteint dans ses intérêts juridiquement protégés, sans possibilité d'être replacé dans la situation qui serait la sienne si l'atteinte ne s'était pas produite.

---

317 TF 8C_69/2013 du 5 juin 2013.

318 Art. 43 al. 2 LPGA. La loi présume toutefois que les traitements « qui présentent un danger pour la vie ou pour la santé ne peuvent être exigés » (art. 21 al. 4 *in fine* LPGA).

121. Dans la seconde affaire[319], concernant une situation similaire, l'office AI avait, de plus, retiré l'effet suspensif à tout recours dirigé contre sa décision de mettre en œuvre une expertise à laquelle l'assuré s'opposait[320]. L'assuré, dans son recours contre la décision, avait requis la restitution de l'effet suspensif, qui lui a été refusée par le tribunal cantonal. Le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours formé contre le jugement incident cantonal portant sur la question de l'effet suspensif, toujours au motif de l'absence de préjudice irréparable. *Il est donc possible, pour notre Haute Cour, d'imposer une expertise à un assuré avant même qu'une autorité judiciaire se soit prononcée sur le bien-fondé des exigences de l'assureur.*

122. Cette jurisprudence est contestable, premièrement parce qu'elle ouvre la porte à des atteintes importantes à des biens protégés par des garanties constitutionnelles. Ces atteintes ne sont justifiées, s'agissant de la mise en œuvre d'une expertise, ni sous l'angle de l'intérêt public, ni sous l'angle de la proportionnalité[321]. Ensuite, elle est génératrice d'inégalité entre les assurés, selon que l'assureur dont ils dépendent pratique ou non le retrait de l'effet suspensif[322].

123. Se pose finalement la question de l'utilisation de l'expertise qui, au terme de l'affaire, s'avèrerait finalement illicite. Nous avons vu en effet que la hiérarchie en matière d'avis médicaux favorise les expertises administratives[323]. Nous avons vu ensuite que lorsqu'il s'agit de juger de l'admissibilité de preuves recueillies illicitement, le Tribunal fédéral se montre peu restrictif, au nom d'un « intérêt général de la communauté des assurés » à ne pas voir de prestations versées à tort. On peut donc gager que l'expertise réalisée – à tort – contre la volonté de l'assuré ne sera pas écartée pour le seul motif de son illégalité.

---

319 TF 9C_471/2013 du 17 juillet 2013.

320 Il y est habilité en application des art. 97 LAVS et 66 LAI. Cf. également art. 55 al. 2 PA.

321 Cf. TANQUEREL (n. 10), N 1395.

322 L'art. 97 LAVS postule une possibilité.

323 Cf. N 87.

d) Appréciation

124. Malgré l'ATF 137 V 210, force est de constater que la possibilité, pour l'assuré, d'accéder à une évaluation médicale extérieure à l'assurance et, partant, plus proche d'une véritable neutralité, demeure théorique. Tant en procédure administrative qu'en procédure judiciaire, l'assuré doit démontrer l'insuffisance de l'instruction, respectivement susciter le doute dans l'esprit du juge, ce qui suppose déjà la faculté de comprendre les rapports médicaux établis à son sujet, et des connaissances médicales suffisantes pour pointer les éléments problématiques[324]. Il en va de même lorsqu'il s'agit de démontrer l'arbitraire dans l'appréciation des preuves[325].

125. La tâche est d'autant plus ardue que, comme on l'a vu, il est pratiquement impossible pour l'assuré d'obtenir l'assistance d'un conseil professionnel en procédure administrative. Même s'il en obtient un dès le dépôt d'un recours devant l'autorité judiciaire, ce dernier aura, au mieux, le temps du délai de recours, soit trente jours, pour rassembler les renseignements nécessaires, comprendre la situation médicale et souligner les éléments qui sont faux ou demeurent incertains.

126. Les outils accessibles à l'assuré, respectivement à son conseil, sont le plus souvent les avis des médecins traitants, avis dont nous avons vu qu'ils se voient en principe conférer une valeur probante moindre[326]. L'assuré doté de moyens suffisants pour financer une expertise privée augmente ses chances de « créer le doute ».

127. Un premier effet pervers de ce système est ainsi de favoriser une justice à deux vitesses, selon les moyens financiers des assurés[327]. Un autre effet indésirable est l'encouragement du tourisme médical, l'assuré pouvant être poussé à consulter des médecins spécialistes

---

324 Pour un aperçu du « mode d'emploi », cf. TF 9C_188/2013 du 24 juillet 2013, consid. 4.

325 Cf. N 95 ss.

326 Cf. N 87.

327 Ou de l'existence d'une assurance de protection juridique.

renommés pour des « seconds avis » à but assécurologique, ce qui se répercute naturellement sur les coûts du système de santé.

128. La situation inverse, soit celle dans laquelle l'assuré s'oppose à l'expertise envisagée par l'assureur, achève de démontrer que l'assureur dispose de l'instruction du dossier qu'il peut construire à sa guise, en s'associant le concours de médecins experts dont la neutralité ne peut être garantie.

3. Les droits de participation des parties

129. Une fois acquis le principe de la mise en œuvre d'une expertise, il s'agit d'examiner dans quelle mesure l'assuré peut participer à sa mise en œuvre, c'est-à-dire, pour l'essentiel, au choix de l'expert (a) et à la délimitation de son mandat (b). Nous verrons finalement dans quelle mesure il lui est loisible de se déterminer sur le rapport d'expertise et quelle peut être l'influence de ses déterminations (c).

a) Le choix de l'expert

130. Le droit de l'assuré de prendre connaissance du nom de l'expert externe auquel l'assureur envisage de confier une expertise découle de l'art. 44 LPGA. En application de cette disposition, l'assureur a l'obligation de communiquer à l'assuré le nom de l'expert, et l'assuré a le droit d'en contester le choix, en faisant valoir des « raisons pertinentes », et de faire des contre-propositions[328]. En procédure de recours, lorsque le tribunal décide de mettre en œuvre une expertise judiciaire neutre, le droit de l'assuré de se prononcer sur le choix de l'expert découle de l'art. 57, applicable par renvoi des art. 55 al. 1 LPGA et 19 PA.

---

328 Avant l'ATF 137 V 210, le Tribunal fédéral admettait déjà – logiquement compte tenu de la qualité d'expertise externe reconnue aux expertises réalisées par les COMAI (cf. N 87) – que les droits de participation de l'art. 44 LPGA devaient également être respectés lorsqu'une évaluation externe était confiée à un COMAI (cf. ATF 132 V 376, consid. 6).

131. La notion de « raison pertinente » est plus large que les motifs de récusation formels prévus par l'art. 36 LPGA, ou encore par l'art. 34 LTF[329]. L'assuré peut ainsi faire valoir, outre les habituels motifs formels[330], des motifs d'ordre matériel, liés à la personne de l'expert, comme des qualifications insuffisantes[331].

132. L'*apparence de prévention* est souvent mise en avant lorsque sont désignés comme experts des entités ou des médecins individuels ayant un lien économique étroit avec les assureurs sociaux, comme les COMAI. Depuis l'ATF 137 V 210, il est établi que le critère du lien économique n'est pas un motif valable pour récuser les COMAI dans les causes relevant de l'assurance-invalidité[332]. Il en va de même pour les cliniques appartenant à la SUVA[333]. Du reste, un motif de récusation doit, pour le Tribunal fédéral, exister à l'égard du ou des médecins individuels qui participent à l'expertise, et non à l'encontre de la structure dont il fait partie[334]. De fait, il est pratiquement illusoire pour l'assuré d'espérer obtenir la récusation de l'expert choisi par l'assureur au motif de la prévention, sauf s'il établit l'existence d'une relation personnelle particulière.

133. Les jugements cantonaux incidents portant sur la récusation d'un expert peuvent faire l'objet d'un recours immédiat au Tribunal fédéral si les motifs invoqués sont d'ordre formel[335]. En revanche, les critiques matérielles sur les compétences de l'expert ou la qualité de son travail doivent être soulevées dans le cadre du recours au fond[336].

---

329 KIESER (n. 46), N 17 s. ad art. 44 LPGA.

330 Comme les liens de parenté ou une intervention dans la cause à un autre titre.

331 Cf. ATF 137 V 210, consid. 3.4.2.7. KIESER (n. 46), N 17. Cf. également N 104 ss.

332 ATF 137 V 210, consid. 3.4.2.7.

333 TF 8C_978/2012 du 20 juin 2013, consid. 5.2.3.

334 TF 8C_978/2012 du 20 juin 2013, consid. 5.2.2 ; ATF 137 V 210, consid. 1.3.3.

335 Art. 92 LTF. Il s'agit de critères liés à la personne de l'expert propres à susciter la méfiance des parties s'agissant de sa neutralité (art 36 LPGA et 10 PA).

336 TF 9C_207/2012 du 3 juillet 2013, consid. 1.2.1.

b) Les questions à l'expert

134. En application des mêmes dispositions légales que pour le choix de l'expert[337], l'assureur qui met en œuvre une expertise en application de l'art. 44 LPGA doit soumettre à l'assuré les questions qu'il entend poser, et lui donner la possibilité de poser des questions complémentaires[338]. Il en va de même lorsque le juge entend mettre en œuvre une expertise judiciaire[339].

135. La teneur du questionnaire dépend naturellement du type de litige. L'expertise peut porter sur une seule question (par exemple le caractère efficace d'un médicament au vu de la pathologie présentée par l'assuré), ou viser l'appréciation d'une situation complexe (le plus fréquemment, l'impact d'une atteinte à la santé sur la capacité de travail de l'assuré).

136. Dans tous les cas, la rédaction du questionnaire suppose une bonne connaissance de la problématique assécurologique, tant sous l'angle médical que sous l'angle juridique, ce qui est rarement le cas de l'assuré moyen, surtout lorsqu'il est dépourvu de conseil professionnel faute de pouvoir le rémunérer ou obtenir l'assistance judiciaire[340].

c) Les déterminations sur le rapport d'expertise

137. Que l'expertise ait été ordonnée en procédure administrative ou judiciaire, l'assuré a le droit de se déterminer sur le rapport d'expertise[341]. Lorsque le rapport est transmis à l'assuré sans qu'un délai particulier lui soit imparti pour ce faire, il lui appartient de se déterminer spontanément, sans devoir pour ce faire requérir qu'un

---

337 Cf. N 130.

338 Cf. TF I 435/05 du 12 septembre 2005, consid. 2.

339 Art. 55 al. 1 LPGA, 19 PA et 57 PCF.

340 Cf. N 88 ss.

341 Cf. N 41 ss.

délai lui soit fixé[342]. Formellement, son droit de réplique est ainsi garanti.

138. Matériellement, se déterminer sur un rapport d'expertise suppose que l'on soit en mesure d'en comprendre la teneur, d'en identifier les éléments essentiels au regard de la situation concrète, et cas échéant de mettre en lumière les éventuelles lacunes ou contradictions du rapport. L'assuré, le plus souvent dépourvu de connaissances médicales particulières, est donc rarement à même d'émettre des remarques valables pour sa cause. L'assureur en revanche dispose, à l'interne, de médecins spécialisés[343] qui sont en mesure de tirer de l'expertise tous les arguments nécessaires pour valider sa position. Si l'assuré recherche l'appui de son médecin traitant pour disséquer le rapport d'expertise, les remarques de ce dernier seront, sauf exception, disqualifiées d'emblée[344].

4. L'évaluation de l'expertise par le juge

139. Comme indiqué plus haut[345], le juge ne s'écarte pas, sauf raison majeure, des conclusions d'un rapport d'expertise judiciaire[346]. Une raison de s'en écarter est cependant donnée lorsque d'autres spécialistes mettent en doute les conclusions de l'expertise, notamment dans le cadre d'une surexpertise.

140. L'expertise ordonnée en application de l'art. 44 LPGA est une preuve qualifiée, dont le juge ne peut pas non plus s'écarter, à moins d'indices concrets mettant en doute sa fiabilité[347]. Révéler ces indices est le plus souvent la tâche des parties, le juge n'ayant, sauf exception, pas de connaissances médicales lui permettant de déceler les erreurs méthodologiques ou les contradictions que pourrait

---

342 TF 9C_834/2012 du 1er juillet 2013, consid. 4.2.

343 C'est particulièrement le cas pour la SUVA, qui dispose d'un service médical complet avec des divisions spécifiques selon les spécialités médicales.

344 Cf. N 87.

345 Cf. N 87.

346 ATF 125 V 351, consid. 3b/aa.

347 Cf. N 87.

contenir l'expertise. Seuls d'autres éléments médicaux figurant au dossier peuvent lui permettre, au terme d'une appréciation globale, de juger s'il doute de la valeur de l'expertise.

141. Dans les deux cas, il se peut néanmoins que le juge soit lui-même en possession de certaines connaissances ou informations qui peuvent le conduire à écarter le rapport d'expertise, ou à s'en distancier sur certains points[348]. Cela est admissible, pour autant qu'il informe les parties de son intention au préalable et leur donne la possibilité de s'exprimer à ce sujet.

V. Conclusion

142. Au terme de cette analyse, c'est un bilan en demi-teinte qui s'impose. *D'un point de vue purement formel*, les garanties offertes tant par la Constitution fédérale que la Cour européenne des droits de l'homme permettent à l'assuré de s'exprimer, sans pratiquement de limite de temps ou de contenu[349]. Même lorsque l'assureur n'a pas l'obligation de l'entendre, l'assuré a la possibilité de s'adresser à lui spontanément, son dossier lui étant en principe accessible en tout temps[350]. Les aménagements procéduraux résultant de l'ATF 137 V 210 ont renforcé la position de l'assuré lorsque son cas est destiné à être réglé par une expertise commandée par l'assureur, ce qui était essentiel compte tenu de l'importance qui lui sera conférée par la suite[351].

143. *Sur un plan matériel*, les possibilités pour l'assuré de voir ses arguments emporter la conviction, soit de l'administration, soit du juge, restent limitées :

---

348 Le juge peut lui-même être au bénéfice d'une formation médicale. Dans certains cantons, les tribunaux de l'art. 57 LPGA sont parfois composés d'un magistrat de carrière et d'assesseurs, choisis précisément pour leurs compétences techniques (dans le canton de Vaud, cf. art. 37 ROTC-VD ; RSV 173.31.1).

349 Cf. N 42 ss.

350 Cf. N 50 ss.

351 Cf. N 87.

- *vis-à-vis de l'assureur*, le rapport de force n'a vraisemblablement jamais été aussi tendu qu'aujourd'hui. En raison de la situation financière des différents systèmes d'assurances, le mot d'ordre est à l'économie. L'octroi de prestations est souvent subordonné à des notions mouvantes[352] qui laissent à l'assureur la marge de manœuvre nécessaire pour refuser les prestations demandées, d'autant plus qu'il peut compter sur ses ressources internes pour fournir une base *a priori* scientifiquement fondée à ses décisions.

  L'assuré est généralement déjà en situation de fragilité – morale et économique – lorsqu'il s'adresse à un assureur social, se trouve le plus souvent seul face à un système qu'il ne connaît pas[353], dont il ne comprend pas les règles et qui le rend totalement transparent[354]. Il trouve son principal appui auprès de son médecin traitant, dont l'assureur peut écarter l'avis sans autre justification que la hiérarchie établie par le Tribunal fédéral[355].

- *vis-à-vis du juge*, l'assuré doit renverser la présomption selon laquelle l'assureur a forcément raison. Il doit donc démontrer que l'assureur a mal appliqué le droit, en particulier les règles en matière d'appréciation des preuves. En d'autres termes, même si le juge, en première instance en tout cas, a un plein pouvoir d'examen, on exige le plus souvent de l'assuré qu'il démontre, pour créer le doute, le caractère arbitraire des conclusions de l'assureur.

  Malgré leur plein pouvoir d'examen, les juges de première instance se limitent souvent aux griefs soulevés par le recourant, l'assuré supportant l'échec de la preuve de ce qu'il avance[356].

---

352 On pense à la notion d'exigibilité, dont il a été question plus haut (cf. N 40 et 75), mais aussi aux critères du caractère adéquat, nécessaire et économique d'un traitement médical, ou encore la notion d'aptitude au placement dans l'assurance-chômage.

353 Cf. N 88 ss.

354 Cf. N 33 ss.

355 Cf. N 85 ss

356 Cf. TF 1C_582/2012 du 9 juillet 2013, consid. 3.1

Faute de compétences médicales particulières[357] et de structures *ad hoc* pour les épauler dans la délicate mission de l'appréciation des avis médicaux, les tribunaux sont facilement convaincus par deux avis médicaux convergents, même s'ils émanent respectivement d'un médecin interne de l'assureur et d'une expertise commandée par lui[358].

S'il est parfaitement compréhensible que les tribunaux aient besoin de lignes directrices pour apprécier des éléments techniques dont la portée exacte leur échappe, la hiérarchie opérée par le Tribunal fédéral sur les avis médicaux est en passe de devenir un dogme intangible et, par là, un oreiller de paresse pour les organes d'application du droit des assurances sociales.

144. A l'ATF 137 V 210, notre Haute Cour rappelait que le principe de l'égalité des armes supposait qu'une partie – en l'espèce l'assuré – ne soit pas placée dans une situation processuelle qui ne lui laisse aucune chance raisonnable de plaider sa cause devant un juge sans être clairement désavantagée par rapport à la partie adverse, en l'espèce l'assureur[359]. Au-delà d'une égalité dans la procédure, il s'agit de tendre à une équivalence matérielle des parties[360].

145. Au terme de notre analyse, force est de constater qu'au-delà de la question des expertises administratives, la procédure, en matière d'assurances sociales, est structurellement conçue de telle manière que, considérée dans son ensemble, elle ne peut offrir à l'assuré un procès équitable au sens de l'art.6 § 1 CEDH.

146. La réflexion conduite par le Tribunal fédéral à l'ATF 137 V 210 est importante et traduit, à notre sens, un réel souci de concrétiser les principes de l'Etat de droit en matière d'assurances sociales[361]. La jurisprudence rendue depuis donne malheureusement l'impression que le fait de consentir ce pas dédouane désormais nos instances

---

357 Sauf dans les hypothèses évoquées en note 348, qui ne sont toutefois pas la règle.

358 Parvient au même constat, EGLI (n. 73), p. 68.

359 ATF 137 V 210, consid. 2.1.2.1.

360 ATF 137 V 210, consid. 2.1.2.2.

361 Trop négatif à notre sens, WIEDERKEHR (n. 303), p. 24 ss.

judiciaires de toute réflexion supplémentaire, malgré les inégalités qui subsistent.

147. Les très nombreux recours introduits chaque année devant le Tribunal fédéral[362] sont la preuve sinon du mécontentement, en tout cas de l'incompréhension des assurés et de leur perte de confiance, qui justifie aujourd'hui une réflexion politique globale, au-delà de la surveillance sur le déroulement des expertises que le Tribunal fédéral a réaffirmé dernièrement vouloir poursuivre de manière intensive[363]. Il s'agit d'un projet d'envergure qui dépasse le cadre de cette contribution[364].

148. Dans l'immédiat, quelques mesures essentielles, pourraient contribuer à rééquilibrer un peu le rapport de force, sans que des modifications législatives ne soient nécessaires :

- accorder à l'assuré qui en fait la demande *le bénéfice de l'assistance judiciaire au stade de la procédure administrative déjà*, en tout cas dès le moment où une expertise externe au sens de l'art. 44 LPGA est mise en œuvre. Compte tenu de ce qui a été dit ci-dessus[365], cette mesure est compatible avec une redéfinition jurisprudentielle de l'« exigence » de l'art. 37 al. 4 LPGA[366] ;
- exiger des tribunaux spéciaux de l'art. 57 LPGA qu'ils établissent des *listes d'experts paritairement acceptés* par les représentants des assureurs et par les représentants des assurés[367]. Les expertises judiciaires ne pourraient alors être confiées qu'aux experts figurant sur cette liste. On peut aussi imaginer que lorsqu'un dossier met en comparaison une expertise administrative et les avis du médecin traitant de l'assuré, un avis sur dossier soit demandé à l'un des experts figurant sur la liste du tribunal ;

---

362 Plus de 2000 si l'on additionne les deux Cours de droit social.

363 TF 9C_207/2012 du 3 juillet 2013, consid. 5.5.

364 Cf. EGLI (n. 73), p. 69 s.

365 N 98 ss.

366 Cf. N 90 ss.

367 Le Tribunal fédéral suggère lui-même une piste de ce genre (arrêt 9C_207/2012 du 3 juillet 2013, consid. 5.5).

- lorsqu'il s'agit de comparer les avis de médecins internes à l'assurance et ceux des médecins traitants de l'assuré, il y a lieu d'*inverser le fardeau de la preuve* lorsque ces derniers sont, de toute évidence, plus qualifiés que les premiers[368], l'assureur ayant alors la charge de démontrer le doute ;
- admettre une *présomption de prévention* lorsque le médecin mandaté par l'assurance réalise un certain pourcentage[369] de son revenu avec des mandats d'expertise confiés par les assureurs sociaux. S'il s'agit d'un centre d'expertise, il peut s'agir d'un pourcentage du chiffre d'affaires, ou du nombre de mandats réalisés.

---

368 Cf. N 87.

369 A notre sens, lorsque cette manne atteint un quart du revenu, l'indépendance économique ne peut plus être considérée comme garantie.