

**Tribunal fédéral – 8C_130/2017 et
8C_841/2016**

Ire Cour de droit social
Arrêts du 30 novembre 2017

Résumé et analyse

Proposition de citation :

DUPONT ANNE-SYLVE, Caractère invalidant des troubles psychiques : changement de pratique. Analyse des arrêts du Tribunal fédéral 8C_130/2017 et 8C_841/2016, Newsletter rcassurances.ch février 2018

Newsletter février 2018

Assurance-invalidité ;
troubles dépressifs ;
caractère invalidant ;
application de la
jurisprudence sur les TSD
aux pathologies
psychiatriques

Art. 7 et 8 LPGA ; 4 LAI



CARACTERE INVALIDANT DES TROUBLES PSYCHIQUES : CHANGEMENT DE PRATIQUE

Analyse des arrêts du Tribunal fédéral 8C_130/2017 et 8C_841/2016

Anne-Sylvie Dupont

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt traite de la manière dont il convient de procéder pour établir le caractère invalidant des troubles psychiques. Dans le premier arrêt (TF 8C_841/2016), le Tribunal fédéral examine cette question dans le contexte spécifique des troubles dépressifs légers et moyens, et revient sur sa pratique antérieure. Dans le second arrêt (TF 8C_130/2017), il étend à l'ensemble des troubles psychiques l'application de la procédure probatoire structurée définie à l'ATF 141 V 281 pour les troubles somatoformes douloureux et pathologies associées.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Les deux arrêts ont pour origine la situation de personnes assurées atteintes dans leur santé psychique.

Dans le premier arrêt (TF 8C_841/2016), le tribunal cantonal des assurances avait reconnu le caractère invalidant de trois pathologies psychiatriques associées (Réaction dépressive prolongée [F43.21], anxiété généralisée [F41.1] et surmenage [Z73.0]), en présence notamment d'un traitement psychothérapeutique conduit *lege artis*, qui n'avait pas permis l'amélioration de la capacité de travail de la personne assurée. L'office AI avait recouru au Tribunal fédéral.

Dans le second arrêt (TF 8C_130/2017), une personne souffrant d'un syndrome douloureux somatoforme persistant (F45.40), associé à un syndrome douloureux chronique avec facteurs somatiques et psychologiques (F45.41) et à un trouble dépressif récurrent, épisode actuel léger (F33.0), bénéficiait d'une rente entière de l'AI depuis 2004. Le droit à la rente a été

supprimé en août 2016, à l'issue d'une procédure de révision. L'assuré a recouru contre cette décision jusqu'au Tribunal fédéral.

B. Le droit

1. Remarque préliminaire

Avant de rendre les deux arrêts commentés, les deux cours de droit social du tribunal cantonal ont siégé en commun à deux reprises (10 et 22 novembre 2017), afin de répondre, conformément à la procédure prévue par l'art. 23 al. 2 LTF, aux questions suivantes :

- Faut-il abandonner la jurisprudence selon laquelle les troubles dépressifs légers et moyens ne peuvent être considérés comme des maladies invalidantes que s'il est établi qu'elles résistent aux thérapies ?
- Faut-il soumettre toutes les atteintes psychiques à une procédure probatoire structurée ?
- Est-ce que les limitations fonctionnelles de tous les troubles psychiques doivent être établies de manière globale, au moyen de la procédure probatoire structurée ?

Les trois questions ont reçu une réponse positive.

2. TF 8C_841/2016 (caractère invalidant des troubles dépressifs)

Se référant à une précédente jurisprudence (ATF 127 V 294), le Tribunal fédéral rappelle que la curabilité d'un trouble psychique ne suffit pas, en soi, pour en exclure le caractère invalidant. Dans le cadre de la procédure probatoire structurée mise en place par l'ATF 141 V 281, la résistance thérapeutique n'est qu'un indicateur parmi d'autres, et représente donc tout au mieux un indice du caractère invalidant de la pathologie présentée par la personne assurée (c. 4.2).

Cette approche est conforme à l'état des connaissances médicales, selon lesquelles des troubles dépressifs, même traités *lege artis*, peuvent connaître une chronicisation sur une durée de plus de deux ans (c. 4.3). Elle justifie l'abandon de la pratique adoptée jusqu'ici (ATF 140 V 538), postulant de manière absolue l'absence de caractère invalidant d'un trouble dépressif de gravité légère à moyenne lorsque celui-ci était accessible à un traitement, cette accessibilité étant présumée (c. 4.4).

Se référant à l'autre arrêt commenté ici (TF 8C_130/2017), le Tribunal fédéral décide que le caractère invalidant des troubles dépressifs doit désormais être établi à l'aide de la procédure probatoire structurée adoptée pour les troubles somatoformes douloureux et pathologies associées (ATF 141 V 281). Il incombe à la personne assurée d'établir une incapacité de travail et une incapacité de gain pertinentes d'un point de vue juridique. De son côté, le médecin doit démontrer de manière convaincante, dans le cas particulier, les limitations fonctionnelles qui découlent d'un trouble dépressif pourtant curable (c. 4.5.2).

Dans le cas d'espèce, la documentation médicale était insuffisante pour se prononcer sur les indicateurs définis à l'ATF 141 V 281, de sorte que l'affaire a été renvoyée au tribunal cantonal pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

3. TF 8C_130/2017 (modification de la procédure probatoire en cas de troubles psychiques)

Le Tribunal fédéral retient, en substance, que s'agissant d'objectiver les limitations fonctionnelles et, partant, l'incapacité de travail, respectivement de gain, qui résulte de pathologies psychiques, il n'y a pas de réelle différence entre les troubles jusqu'ici qualifiés de psychogènes¹ et les autres (c. 7.1).

Les difficultés probatoires étant les mêmes pour tous les troubles psychiques, faute de pouvoir se fier à l'évaluation médicale (« *fehlende Reliabilität in der ärztlichen Folgenabschätzung* »), il est donc justifié d'utiliser pour toutes ces pathologies la procédure probatoire structurée mise en place à l'ATF 141 V 281 (c. 6).

Le Tribunal fédéral distingue cependant deux cas de figure dans lesquels, motif pris de la proportionnalité, il n'est pas nécessaire de recourir à cette procédure probatoire, ou lorsqu'elle s'avère inappropriée (« *nicht nötig oder auch gar nicht geeignet ist* »). Elle n'est pas nécessaire lorsque le cas d'espèce se caractérise par un état de fait clairement circonscrit (par exemple en présence d'un diagnostic de schizophrénie ou de trouble alimentaire) et par des évaluations médicales concordantes. Dans ce cas, l'analyse doit se concentrer sur la gravité de la pathologie (« *funktioneller Schweregrad* ») et sur sa consistance (« *Konsistenz* ») lorsqu'il existe des indices d'aggravation des plaintes ou de simulation. La procédure probatoire structurée de l'ATF 141 V 281 peut également être écartée lorsqu'un rapport médical ayant une pleine valeur probante conclut de manière convaincante à l'absence d'incapacité de travail sans qu'une autre évaluation médicale ne le contredise de manière probante, soit faute de qualification médicale, soit parce qu'elle ne revêt pas de valeur probante pour quelque autre motif (c. 7.1).

III. Analyse

Après quelques 18 mois² durant lesquels les personnes atteintes de troubles dépressifs légers ou moyens ont été mises au ban de l'assurance-invalidité par une pratique extrêmement sévère et rigide, le Tribunal fédéral propose aujourd'hui une nouvelle grille de lecture pour déterminer si, dans un cas précis, un trouble dépressif léger ou moyen doit se voir – ou non – reconnaître un caractère invalidant.

L'ancienne pratique était à ce point arbitraire, puisqu'elle excluait *de facto* toute une population de la protection sociale en cas d'invalidité³, que le changement proposé par le Tribunal fédéral ne peut qu'être bien accueilli, sur le principe en tout cas. Il est trop tôt, aujourd'hui, pour mesurer les bénéfices concrets de cette nouvelle jurisprudence. Néanmoins, on peut d'ores et déjà émettre quelques réserves compte tenu des résultats

¹ Sur l'abandon de cette terminologie, cf. TF 8C_130/2017, c. 4.1.2.

² La présomption de la curabilité des troubles dépressifs légers et moyens et l'affirmation, en conséquence, de leur absence de caractère invalidant, remonte aux alentours de mi-2016.

³ La démonstration de l'incurabilité d'un trouble dépressif léger ou moyen est *a priori* impossible à rapporter. C'est en tout cas ce que l'on peut déduire des débats, relayés par la presse, au sujet de la curabilité de criminels présentant des pathologies autrement plus significatives qu'un trouble dépressif, dont les experts psychiatres refusent d'affirmer le caractère incurable.

obtenus, jusqu'ici, dans les affaires dans lesquelles la procédure probatoire structurée de l'ATF 141 V 281 a été appliquée (A).

Cette analyse n'est pas le lieu d'étudier de manière détaillée les précisions apportées par le Tribunal fédéral, à l'occasion des jurisprudences commentées, pour l'analyse de plusieurs des indicateurs. A ce sujet, le lecteur se rapportera à l'analyse de Thomas Gächter et Michaël E. Meier, publiée dans la Jusletter du 15 janvier 2017⁴. En revanche, nous souhaitons évoquer ici la question – importante pour les praticiens – de savoir si cette nouvelle jurisprudence permet aux personnes qui ont vu leur demande de prestations rejetée sous l'empire de l'ancienne pratique de demander la révision de leur cas (B).

Le Tribunal fédéral, emporté par son élan réformateur, a, dans la foulée de son revirement jurisprudentiel, décidé d'appliquer la procédure probatoire de l'ATF 141 V 281 à l'ensemble des troubles psychiques, sauf exception. Cette décision suscite un certain nombre d'interrogations pour l'avenir, que nous souhaitons partager avec les lecteurs (C).

A. La procédure probatoire de l'ATF 141 V 281 : chance ou barrière ?

On peut noter un parallèle entre l'histoire judiciaire des troubles dépressifs légers et moyens et celle des syndromes et pathologies sans étiologie claire ni constat de déficit organique (« SPECDO »). En effet, pendant plus d'une décennie, ces derniers ont aussi fait l'objet d'une discrimination par rapport à d'autres pathologies, en ce sens qu'ils étaient présumés non invalidants, sauf pour la personne assurée de démontrer que les critères de *Foerster* étaient remplis⁵.

Avec l'ATF 141 V 281, le Tribunal fédéral a renoncé à cette présomption, faisant des SPECDO des pathologies a priori comme les autres. A cette occasion, il a indiqué qu'il fallait désormais considérer le cas de la personne assurée dans toute sa complexité, au moyen d'indicateurs regroupés en deux catégories (la gravité des troubles et leur consistance), censés permettre une compréhension globale des limitations fonctionnelles et, partant, du caractère invalidant – ou non – du diagnostic présenté.

De fait, les causes soumises au Tribunal fédéral depuis l'ATF 131 V 281 ont, dans leur immense majorité, conduit à un refus de prestations⁶. Une analyse détaillée des jugements qu'il a rendus révèle que, le plus souvent, le trouble présenté par l'assuré était jugé non invalidant soit parce que les juges remettaient en cause le diagnostic posé par les médecins, soit parce qu'ils en excluaient le caractère invalidant au motif que l'un des facteurs d'exclusion déterminé à l'ATF 131 V 49 était donné (en règle générale, une aggravation des plaintes), soit parce que l'un ou l'autre des indicateurs n'était pas réalisé⁷. De fait, la méthode proposée par

⁴ THOMAS GÄCHTER/MICHAËL E. MEIER, Praxisänderung zu Depressionen und anderen psychischen Leiden – Bedeutung, Einordnung, Folgen. Bemerkungen zu den Leitentscheiden 8C_841/2016 und 8C_130/2017 vom 30. November 2017 (beide zur Publikation vorgesehen), Jusletter du 15 janvier 2017, p. 9 ss.

⁵ Sur cette jurisprudence, cf. ANNE-SYLVE DUPONT, Un point d'actualité en droit des assurances sociales : le trouble somatoforme (moins) douloureux ?, in : Stephan Fuhrer (édit.), Annales SDRCA 2015, p. 79 ss, p. 80.

⁶ Cf. MICHAËL E. MEIER, Auswirkungen der neuen Schmerzrechtsprechung, in : Stephan Weber (édit.), Personen-Schaden-Forum 2018, p. 63 ss, p. 71 ss.

⁷ Cf. MEIER (note 6), p. 71 ss. Cf. également ANNE-SYLVE DUPONT, Assurances sociales : regard sur quelques actualités, in : Stephan Fuhrer (édit.), Annales SDRCA 2016, p. 111 ss, p. 126 s.

le Tribunal fédéral s'est rapidement limitée à une « *check list* », l'absence de l'un des indicateurs permettant de sceller – facilement – le sort de l'affaire.

A première vue, soumettre l'analyse du caractère invalidant non seulement des troubles dépressifs légers et moyens, mais aussi de toutes les pathologies psychiatriques, est un cadeau empoisonné.

Le Tribunal fédéral a cependant révélé, dans les jurisprudences commentées, qu'il était conscient des dérives déjà amorcées et décrites ci-dessus. Ainsi, il a insisté à plusieurs endroits – sans toutefois la nommer – sur la nécessité d'une évaluation globale des limitations fonctionnelles de la personne assurée⁸. A l'avenir, la pratique consistant à nier le caractère invalidant d'une pathologie psychiatrique au motif que l'un ou l'autre des indicateurs n'est pas réalisé, sans tenir compte de la présence d'autres indicateurs, ne devrait donc plus être possible. Comme le relèvent Thomas Gächter et Michael E. Meier, cela renforce d'autant la responsabilité des tribunaux cantonaux des assurances, seules autorités judiciaires avec un plein pouvoir d'examen⁹. Cela exige également des médecins, respectivement des experts, qu'ils donnent cette image globale désormais indispensable.

Plus important encore, dans un arrêt ultérieur, qui se réfère à la jurisprudence commentée, le Tribunal fédéral affirme la primauté de l'analyse médicale, et affaiblit ainsi l'impact des facteurs juridiques qui, jusqu'ici, lui permettaient de contrer l'appréciation des médecins. Ainsi, désormais, si l'administration, respectivement le juge des assurances sociales, parviennent à la conclusion qu'une expertise revêt une pleine valeur probante et permet de se déterminer valablement sur les indicateurs de l'ATF 141 V 281, l'appréciation des experts au sujet de la capacité de travail de la personne assurée doit être reprise. Une appréciation juridique parallèle n'a pas lieu d'être (« *eine davon losgelöste juristische Parallelüberprüfung nach Massgabe des strukturierten Beweisverfahrens soll nicht stattfinden* »)¹⁰.

B. La possibilité d'une révision des dossiers jugés sous l'ancienne pratique

Le changement de pratique commenté ici intervient très peu de temps après que le Tribunal fédéral a adopté son ancienne jurisprudence au sujet des troubles dépressifs légers et moyens. Comme mentionné ci-dessus, l'ancienne pratique remontait approximativement à mi-2016, et a donc été appliquée entre ce moment-là et fin novembre 2017, date des arrêts commentés.

De fait, les personnes assurées qui ont vu leur demande de prestations évaluée durant cette période ont bénéficié d'un traitement largement plus dur que ceux dont le dossier a quelque peu attendu. Se pose en conséquence la question de savoir si ces personnes peuvent aujourd'hui se prévaloir de la nouvelle jurisprudence pour demander la révision de leur dossier.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un changement de pratique ne permet en principe pas de revenir sur l'évaluation du droit à des prestations de durée, *in casu* le droit à une rente

⁸ Cf. GÄCHTER/MEIER (note 4), p. 18 s.

⁹ Cf. GÄCHTER/MEIER (note 4), p. 20.

¹⁰ TF, arrêt 8C_260/2017 du 1^{er} décembre 2017, c. 4.2.5

de l'assurance-invalidité¹¹, en particulier lorsque l'évaluation selon la nouvelle jurisprudence s'avère défavorable pour la personne assurée. Dans une telle hypothèse, seules des circonstances exceptionnelles, justifiant une solution particulière, peuvent justifier une révision¹².

En l'espèce, si l'on ne peut prédire avec certitude le sort des dossiers concernés, on peut en revanche imaginer que le fait, pour une personne assurée, d'être admise à rapporter la preuve du caractère invalidant de l'atteinte à la santé qu'elle présente, est de toute manière plus avantageux que de se voir opposer une présomption, en pratique irréfragable. Dans ce sens, il convient de se montrer plus large quant à l'admission, sur le principe, de la révision de l'évaluation de l'invalidité.

Pour le Tribunal fédéral, une adaptation à la nouvelle jurisprudence n'entre en ligne de compte que si cette dernière est appelée à se généraliser. En l'espèce, cette condition est à l'évidence remplie dans la mesure où le Tribunal fédéral a précisément décidé de soumettre l'évaluation du caractère invalidant des troubles psychiques à une seule grille d'analyse. Sauf à envisager un autre changement de jurisprudence à brève échéance, les principes développés dans les arrêts commentés ont vocation à s'appliquer de manière générale, non seulement dans le domaine de l'assurance-invalidité, mais aussi dans le domaine des autres assurances couvrant le risque invalidité, en particulier l'assurance-accidents.

Finalement, il faut, selon le Tribunal fédéral, que des éléments qualifiés qui rendent choquant le fait de ne pas appliquer la nouvelle jurisprudence à une situation en cours. Il en va notamment ainsi lorsque l'ancienne pratique ne s'applique qu'à un très faible nombre de personnes, de telle sorte qu'elles semblent discriminées, ou encore lorsque la solution adoptée sous l'ancienne pratique n'est plus défendable¹³.

A notre sens, cette condition est également remplie, dès lors que l'ancienne pratique, très restrictive rappelons-le, ne se sera finalement appliquée que durant 18 mois, seules les personnes assurées dont le dossier a été jugé durant cette période ayant été dans l'impossibilité à tout le moins de tenter de rapporter la preuve du caractère invalidant des pathologies dont elles souffraient.

Dans l'arrêt 8C_841/2016, le Tribunal fédéral a par ailleurs lui-même remis en cause le caractère soutenable de sa pratique précédente. Il a admis qu'elle ne se justifiait ni d'un point de vue médical, ni d'un point de vue juridique. Dans ces circonstances, force est d'admettre, avec lui, que cette ancienne pratique n'était pas défendable.

Compte tenu de ces éléments, nous estimons que toutes les conditions sont remplies pour que la nouvelle jurisprudence s'applique aussi aux demandes de prestations qui ont fait l'objet d'une décision et/ou d'un jugement aujourd'hui définitifs et exécutoires¹⁴.

¹¹ Cf. ATF 141 V 585, c. 5.2.

¹² ATF 121 V 157, c. 4b ; ATF 115 V 308, c. 4b.

¹³ Cf. ATF 141 V 585, c. 5.2. A noter que cet arrêt envisage la question de la révision de prestations en cours dans l'autre sens, puisqu'il s'agissait ici de savoir si la nouvelle procédure probatoire de l'ATF 141 V 281 pouvait être appliquée à des prestations en cours.

¹⁴ Dans le même sens, GÄCHTER/MEIER (note 4), p. 12.

C. L'application de la procédure probatoire de l'ATF 141 V 281 à l'ensemble des troubles psychiques

Nous terminerons cette analyse par un commentaire sur la décision du Tribunal fédéral d'étendre à l'ensemble des troubles psychiques l'application de la procédure probatoire structurée de l'ATF 141 V 281.

Sur le principe, la démarche est un peu surprenante. Compte tenu de l'échec – avoué – de son précédent « décret » au sujet du caractère invalidant des troubles dépressifs légers et moyens, on aurait attendu davantage de retenue de la part du Tribunal fédéral. Or, il reproduit, à l'arrêt 8C_130/2017, le même mode de faire qu'il vient de condamner à l'arrêt 8C_841/2016 : définir de manière abstraite une marche à suivre dont on décrète qu'elle s'appliquera désormais à un nombre indéfini de situations, sans tenir compte, éventuellement, de leurs particularités sur les plans médical et individuel. Prenons-en acte, et espérons que ce décret s'avère plus viable que le précédent.

Le Tribunal fédéral a même déjà défini les situations justifiant une exception et, partant, la non application de la procédure probatoire structurée de l'ATF 141 V 281 :

- Un premier groupe d'exceptions regroupe les « véritables » pathologies psychiatriques, autrement dit celles dont la gravité et les limitations fonctionnelles peuvent être objectivées. On voit donc que le Tribunal fédéral conserve le point de vue que les troubles psychiatriques se divisent en deux catégories : ceux que l'on peut prendre au sérieux et les autres. Jusqu'ici, on avait le sentiment que les « vrais » troubles psychiques représentaient la majorité des diagnostics relevant de la psychiatrie, seuls les troubles anciennement dits psychogènes et, depuis récemment, les troubles dépressifs légers et moyens, faisant figure d'exception. Sous l'empire de la nouvelle jurisprudence, la perception est inversée : la majorité des diagnostics psychiatriques sont potentiellement insignifiants et doivent être passés au travers d'une grille d'analyse extrêmement fine pour se voir reconnaître un caractère invalidant, alors que seules quelques pathologies bien spécifiques accèdent au rang de « vraie » atteinte à la santé. La discrimination entre les assurés atteints dans leur santé physique et ceux atteints dans leur santé psychique s'en trouve accrue.

Les personnes assurées atteintes de « vrais » troubles psychiques verront leur situation examinée à l'aune des conditions de la gravité de l'atteinte et de sa consistance. Nous attendons avec impatience les premiers jugements qui se prononceront sur ces questions.

- Un deuxième groupe d'exceptions concerne les personnes dont la capacité de travail est établie par un rapport médical revêtant une pleine valeur probante, sans que le contraire ne ressorte de manière convaincante d'autres rapports ayant une valeur probante suffisante.

Sans doute l'idée du Tribunal fédéral était-elle de créer, en droit des assurances sociales, l'équivalent du cas clair en procédure civile¹⁵. Il n'est pas certain qu'il ait entrevu le danger

¹⁵ Cf. art. 257 CPC.

auquel il a ouvert la porte. Pour mémoire, les preuves médicales font, en droit des assurances sociales, l'objet d'une hiérarchie très claire, les expertises externes au sens de l'art. 44 LGPA se trouvant au sommet¹⁶, l'avis du médecin-traitant à l'étage inférieur¹⁷. Seule l'expertise privée peut espérer ébranler une expertise externe au sens de l'art. 44 LGPA, dans ce sens qu'elle peut créer un doute dans l'esprit du juge, doute qui commande la mise en œuvre d'une expertise judiciaire. Très éventuellement, le cumul d'avis concordants émanant d'autres médecins peut atteindre le même but.

En d'autres termes, si une expertise psychiatrique externe au sens de l'art. 44 LGPA conclut à l'absence d'incapacité de travail, et que cette expertise n'est pas manifestement entachée d'un vice lui ôtant toute valeur probante, la personne assurée n'a pratiquement aucune chance de pouvoir fournir un rapport médical ayant une valeur équivalente, ni même suffisante compte tenu de la hiérarchie rappelée au paragraphe précédent.

Là encore, il convient d'attendre et de voir comment cette exception sera mise en œuvre en pratique. En état, le risque est grand que les offices AI s'engouffrent dans la brèche et, à coup d'expertises externes, contournent la procédure probatoire structurée voulue par le Tribunal fédéral. Cela contribuerait à accroître l'idée d'une justice à deux vitesses, les assurés bénéficiant d'une protection juridique ayant meilleur espoir de contrer la manœuvre. Il serait souhaitable que le Tribunal fédéral encadre rapidement cette pratique dont il a jeté les bases.

¹⁶ Juste en dessous de l'expertise judiciaire.

¹⁷ Sur cette question, cf. ANNE-SYLVIE DUPONT, Le droit de réplique en droit des assurances sociales, in : François Bohnet (édit.), Le droit de réplique, Neuchâtel 2014, p. 83 ss, N 85 ss.