

Expertise

relative aux questions de procédure pour la
détermination de l'aptitude au travail dans le
droit des assurances sociales et relative à
l'éventuelle contribution de la neuropsychologie

rédigée pour l'Association Suisse des
Neuropsychologues (ASNP)

par

Prof. Dr. iur. Ueli Kieser, avocat, Zurich/Saint-Gall

Table des matières

1.	Mission.....	3
2.	Problématique.....	3
3.	Avant-propos ¹	3
4.	Classification de la problématique et structure de l'expertise.....	4
5.	Notion de capacité de travail (art. 6 LPGA)	4
5.1.	L'article 6 de la LPGA comme base juridique.....	4
5.2.	Jurisprudence relative à la détermination de l'incapacité de travail	4
5.2.1.	Incapacité à accomplir un travail	4
5.2.2.	Caractère raisonnablement exigible de la prestation de travail	5
5.2.3.	Caractère conditionnel de l'incapacité	6
5.3.	Incapacité de travail en cas de tableaux cliniques indéterminés en particulier	6
6.	Devoir d'instruction dans le droit des assurances sociales (art. 43 LPGA)	7
7.	Distinction entre examen et application du droit	9
8.	De l'importance de l'examen d'une atteinte à la santé valable avec répercussions sur la capacité de travail.....	10
8.1.	Problématique	10
8.2.	Constat de départ: la détermination de la capacité de travail comme acte de l'application du droit basée sur une évaluation suffisante des faits	10
8.3.	Quels sont les éléments de fait déterminants dans l'optique de la détermination de la capacité de travail?.....	10
8.4.	Catégorisation des éléments de fait déterminants dans l'optique de la compétence pour la détermination des éléments.....	11
8.4.1.	Santé.....	11
8.4.2.	Atteinte à la santé.....	12
8.4.3.	Profession actuelle ou domaine d'activité actuel	13
8.4.4.	Détérioration de la prestation de travail	13
8.4.5.	Caractère conditionnel de la détérioration de la prestation de travail	13
8.5.	Récapitulation: classification de l'art. 6 LPGA	13
9.	Résultat intermédiaire	14
10.	Neuropsychologie – aperçu	14
10.1.	Classification	14
10.2.	Jurisprudence relative à l'importance de la neuropsychologie dans le domaine des assurances (ainsi que quelques remarques relatives à la jurisprudence).....	15
11.	Contribution de la neuropsychologie lors du processus de constatation de l'incapacité de travail.....	17

11.1.	Situation de départ.....	17
11.2.	Atteinte à la santé	17
11.3.	Profession ou domaine d'activité actuel	17
11.4.	Détérioration de la prestation de travail.....	17
11.5.	Caractère conditionnel de la détérioration de la prestation de travail	18
12.	Classification de la loi du canton de Vaud.....	19
12.1.	Point de départ	19
12.2.	Classification	20
13.	Résultat	22

1. Mission

Le 28 août 2015, il a été demandé au signataire s'il pouvait rédiger une expertise relative aux questions de neuropsychologie et de l'importance de ce domaine de spécialité dans la détermination de la capacité de travail. Ce dernier a signalé sa disposition de principe. En conséquence, la mission correspondante a été définitivement confiée le 7 novembre 2015. Le 18 décembre 2015 s'est tenue une discussion autour de l'expertise, et des indications professionnelles supplémentaires ont été fournies à l'expert.

2. Problématique

Du côté de l'Association Suisse des Neuropsychologues (ASNP), la question suivante a été posée:

Peut-on supposer que la neuropsychologie et les personnes exerçant dans ce domaine peuvent contribuer à la détermination de la capacité/incapacité de travail dans le domaine des assurances sociales?

3. Avant-propos¹

La présente expertise est rédigée dans l'indépendance la plus totale. Elle cite toutes les sources utilisées. La présente expertise indique expressément lorsqu'il existe des incertitudes dans l'évaluation de certains éléments de fait ou de certaines questions juridiques. Naturellement, la délivrance de la présente expertise ne peut pas être associée à la certitude que d'autres personnes ou services travaillant sur la même question arriveraient aux mêmes conclusions, considérées comme pertinentes dans la présente expertise.

¹ Je remercie la Dipl. Psych. Andrea Plohmann, le Dr. phil. Adrian Frei ainsi que le lic.phil Gregor Steiner-Bächler pour leurs indications professionnelles essentielles.

4. Classification de la problématique et structure de l'expertise

La présente expertise entend examiner si et dans quelle mesure la neuropsychologie et les personnes exerçant dans ce domaine peuvent apporter leur contribution lorsque l'aptitude/inaptitude au travail doit être déterminée dans le droit des assurances sociales.

Afin de pouvoir répondre de façon pertinente à cette question, il convient de montrer dans une première partie quelles sont les délimitations de la capacité de travail en droit des assurances sociales. Ensuite, il convient d'aborder les deux domaines – à classer séparément – que sont l'examen d'office et l'application du droit. Par rapport au processus de détermination de la capacité de travail, il convient par la suite d'aborder – ce qui constitue une question centrale dans le présent contexte – la valeur de l'examen. Une conclusion générale intermédiaire peut ensuite être tirée avant de se pencher sur la neuropsychologie et sur l'éventuelle contribution qu'elle peut fournir dans le processus de détermination de la capacité de travail. La conclusion de la présente expertise constitue un résumé des résultats.

5. Notion de capacité de travail (art. 6 LPGA)

5.1. L'article 6 de la LPGA comme base juridique

L'article 6 de la LPGA porte le titre marginal d'«incapacité de travail». La disposition fournit la définition suivante:

«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. En cas d'incapacité de travail de longue durée, l'activité qui peut être exigée de lui peut aussi relever d'une autre profession ou d'un autre domaine d'activité.»

5.2. Jurisprudence relative à la détermination de l'incapacité de travail

5.2.1. Incapacité à accomplir un travail

L'article 6 de la LPGA fait référence à l'incapacité à accomplir un travail qui peut raisonnablement être exigé. Comme on peut le déduire de la notion de «raisonnablement exigible» (définie plus en détails par la suite), il s'agit globalement d'une classification au cas par cas des répercussions de l'atteinte à la santé. Le fait qu'il s'agisse en premier lieu d'une détermination individuelle est en outre reconnaissable au fait qu'il convient de se baser sur la profession «actuelle».

Différentes questions se posent: Il convient de clarifier à quel «travail» il est fait référence, de préciser ce que l'on entend par «incapacité», de déterminer l'ampleur quantitative de l'«incapacité», et enfin de clarifier les connaissances professionnelles particulières nécessaires pour répondre aux questions correspondantes.

Lorsque l'article 6 de la LPGA évoque une «incapacité» à réaliser un travail, il s'agit d'une perte de capacité fonctionnelle.² Cette notion est comprise par la jurisprudence de telle manière qu'une évaluation médico-théorique de l'incapacité de travail ne fait pas foi.³

² Cf. ATF 114 V 286.

³ Cf. ATF 111 V 239.

L'évaluation de l'incapacité de travail est effectuée par des personnes actives en réalisant une comparaison de la fonctionnalité et des revenus en rapport avec la profession actuelle.⁴

Cette perte de capacité fonctionnelle est déterminée en fonction de l'activité «*actuelle*». Il est donc nécessaire de déterminer dans quelle mesure la personne assurée n'est plus en mesure, pour des raisons de santé, d'effectuer son travail de façon profitable dans sa profession ou son domaine d'activité actuel.⁵ L'angle de vue pour la détermination de la capacité de travail est donc rétrospectif (travail effectué «jusqu'à présent»). Il convient dès lors de déterminer dans une approche individuelle les répercussions concrètes de l'atteinte en question sur l'activité. La détermination correspondante implique une connaissance précise de l'activité exercée jusqu'à présent et exige en outre la connaissance des répercussions d'une atteinte à la santé sur une activité précise.

Le Tribunal fédéral souligne le fait que la détermination de l'incapacité de travail constitue un élément de l'application du droit et n'est pas en premier lieu une tâche médicale.⁶ Cette classification ne doit toutefois pas être suivie sans réserve. L'évaluation des répercussions d'une atteinte à la santé sur l'activité exercée jusqu'à présent implique une grande connaissance des préjudices en matière de santé. Cette compréhension est mieux ancrée dans une profession médicale que dans une activité exercée dans le cadre de l'application de la loi. S'y ajoute que la détermination de l'incapacité de travail implique également une connaissance souvent détaillée de l'activité exercée jusqu'à présent; en outre, il est en tous les cas nécessaire de réaliser la détermination de l'incapacité de travail au cas par cas. Cette connaissance ne peut régulièrement être acquise que par une évaluation de la situation du cas individuel; ce processus d'évaluation fait partie intégrante de l'examen médical.

5.2.2. Caractère raisonnablement exigible de la prestation de travail

Le critère pour la mesure de la capacité de travail est, selon l'article 6 de la LPG, le caractère raisonnablement exigible du travail restant à accomplir. Cette notion n'est pas globalement délimitée dans la LPG, mais est pertinente pour une multitude de problématiques. Dans la situation de départ, le caractère raisonnablement exigible déterminant lors de la mesure de la capacité de travail correspond à celui qui vaut lors du calcul des revenus de comparaison destiné à déterminer le degré d'invalidité. Le caractère raisonnablement exigible s'entend aussi bien objectivement que subjectivement.⁷

Etant donné qu'il s'agit de la détermination de l'incapacité de travail et donc d'une étude rétrospective, il convient de tenir compte de *particularités*. Tout d'abord, il convient de se baser régulièrement sur l'activité exercée jusqu'à présent (profession ou domaine d'activité) et de vérifier ainsi si une poursuite ou une reprise de l'activité peuvent raisonnablement être exigées. Au demeurant, le caractère raisonnablement exigible n'a pas d'effet de contrôle dans cette problématique, à la différence des faits se trouvant dans la phrase 2 de l'article 6 de la LPG. Au contraire, dans le cadre du possible médico-théorique, une reprise ou une poursuite de l'activité exercée jusqu'à présent sont en principe raisonnablement exigibles d'emblée, et la détermination de la capacité de travail est ensuite évaluée principalement selon la rentabilité économique.⁸

⁴ Cf. ATF 114 V 286: «Perte de gain».

⁵ Cf. ATF 115 V 404.

⁶ Selon ATF 140 V 193.

⁷ Cf. par ex. ATF 109 V 25.

⁸ Cf. ATF 109 V 25.

Dans l'application du droit, la question du caractère raisonnablement exigible a gagné une importance particulière, en particulier dans le cas des «tableaux cliniques indéterminés».

5.2.3. Caractère conditionnel de l'incapacité

Dans la version allemande de la LPGA, à la différence de l'article 7 qui comporte une notion de causalité, l'article 6 de la LPGA utilise la notion d'incapacité conditionnelle. Cela ne veut toutefois rien dire de plus, car une causalité entre l'atteinte à la santé et l'incapacité en résultant est en tous les cas exigée. La version française des deux dispositions légales ne fait pas cette distinction.

Il s'agit de la question d'une causalité naturelle. Il convient ainsi de décider si l'atteinte à la santé constitue une condition en l'absence de laquelle l'effet rencontré (c.-à-d. l'incapacité à exercer l'activité exercée jusqu'à présent) ne peut pas être considéré comme rencontré, ou bien doit être considéré comme rencontré différemment ou à un autre moment. Il n'est pas nécessaire que l'atteinte à la santé soit la cause unique ou immédiate de l'incapacité; il suffit que l'atteinte à la santé ait conduit à cette conséquence avec d'autres conditions, ou en d'autres termes que l'atteinte à la santé ne puisse plus être dissociée comme cause partielle sans que la conséquence rencontrée ne disparaisse.

5.3. Incapacité de travail en cas de tableaux cliniques indéterminés en particulier

Les tableaux cliniques «*indéterminés*» ou troubles psychosomatiques donnent lieu, dans l'application du droit relatif aux risques sociaux de l'incapacité de travail et de l'invalidité, à bien des réflexions.

Depuis l'année 2000 environ, le Tribunal fédéral se penche de façon approfondie et singulière sur l'invalidité. Cette jurisprudence a commencé avec la classification des troubles somatoformes douloureux, le Tribunal fédéral ayant stipulé qu'il était probable que ces troubles ne provoquent pas d'invalidité.⁹ Le Tribunal fédéral a alors avancé l'hypothèse selon laquelle de tels troubles étaient délibérément surmontables.

En conséquence, le Tribunal fédéral a entrepris un développement de la jurisprudence. Dans l'ATF 139 V 547, le tribunal a centré l'attention sur l'aspect de l'examen et a évalué les «critères» préalablement décrits comme déterminants en tant que moyens d'aide dans le cadre de l'examen. Plus tard, le Tribunal fédéral s'est attelé à la question de savoir quand une incapacité de travail pouvait être admise. Les pathologies organiques avérées et les tableaux cliniques indéterminés sont alors traités de façon analogue, et il est exposé qu'en cas de difficultés d'examen ou de justification, une évaluation médicale de la capacité de travail n'est en principe pas «concluante». Au contraire, il conviendrait – dans un premier temps par l'assurance invalidité, c.-à-d. dans le cadre de l'application du droit – de réaliser un «examen minutieux de la plausibilité». Ce faisant, les indications de l'assuré à propos de la capacité de travail ne revêtent pas à elles seules une importance suffisante.¹⁰

Le Tribunal fédéral compte les atteintes à la santé suivantes parmi les tableaux cliniques indéterminés:

⁹ ATF 130 V 352, 130 V 396, 131 V 50.

¹⁰ Selon l'arrêt 9C_701/2013, consid. 3.3.1 et consid. 3.2.2; de même que l'arrêt 9C_850/2013.

- Troubles somatoformes douloureux persistants¹¹
- Fibromyalgie (affection douloureuse chronique)¹²
- Trouble dissociatif de la sensibilité et de la perception¹³
- Traumatisme du rachis cervical sans trouble fonctionnel organique démontrable¹⁴
- Hypersomnie non organique¹⁵
- Neurasthénie¹⁶
- Syndrome de fatigue chronique¹⁷ à l'exception de la fatigue liée au cancer¹⁸

Au cas où un tableau clinique indéterminé coïncide avec un épisode dépressif ayant fait l'objet d'un diagnostic fiable par un médecin spécialiste, c'est en premier lieu la détermination médicale (professionnelle) pour l'évaluation de l'état de santé et de la capacité de travail qui fait foi.¹⁹

Dans l'arrêt ATF 141 V 281, le Tribunal fédéral s'est penché de façon fondamentale sur sa jurisprudence actuelle. Il a alors procédé à une *modification pratique importante*. L'ancienne supposition de la surmontabilité en cas de tableaux cliniques indéterminés a été abandonnée par le Tribunal fédéral. Le «modèle règle/exception» suivi jusqu'à présent est remplacé par le Tribunal fédéral par une grille d'examen structurée et normative. Dans ce cadre, à l'aide d'un catalogue d'indicateurs, on réalise une évaluation symétrique de la capacité effectivement atteignable, ne préjugant pas des résultats. Les facteurs de charge extérieurs limitant les performances d'une part, et les potentiels de compensation (ressources) d'autre part sont ici pris en compte. Le Tribunal fédéral a dans le même temps constaté que les «auto-évaluations» médico-psychiatriques infondées ne pouvaient pas être reconnues comme étant invalidantes.

6. Devoir d'instruction dans le droit des assurances sociales (art. 43 LPGA)

Selon la maxime inquisitoire, l'autorité doit établir d'office les éléments pertinents sans être liée à des demandes des parties. Elle doit donc agir de sa propre initiative et ne peut ignorer les arguments des parties au motif qu'ils ne seraient pas justifiés. La maxime est complétée par l'obligation de participation des parties.²⁰

Ce qui est pertinent ou nécessaire résulte d'une part de l'étendue dans laquelle les examens sont à réaliser et d'autre part de la proportion dans laquelle c'est effectivement le cas.

Dans un premier temps, l'organisme assureur doit délimiter les domaines faisant foi pour la question en suspens. Il doit donc décider quels sont les éléments de fait déterminants.

¹¹ ATF 130 V 352.

¹² ATF 132 V 65.

¹³ SVR 2007 IV n° 45, I 9/07.

¹⁴ ATF 136 V 279.

¹⁵ ATF 137 V 64.

¹⁶ SVR 2001 IV n° 17, 9C_98/2010; SVR 2011 IV n° 26, 9C_662/2009.

¹⁷ Laissé ouvert dans SVR 2007 IV n° 49, I 1000/06, consid. 5.

¹⁸ A ce sujet ATF 139 V 346.

¹⁹ Selon SVR 2014 IV n° 12, 8C_251/2013, consid. 4.2.2.

²⁰ Cf. à propos de la maxime inquisitoire ATF 117 V 263 s.

Cela représente une tâche ambitieuse car souvent, au début du processus d'instruction, il n'est pas encore établi de façon détaillée quelles sont les normes qui entrent en compte (exemple: la question de la réduction des prestations pour cause de faute de la part de l'assuré est-elle pertinente?). Par conséquent, les éléments de fait déterminants ne peuvent souvent être déterminés que pendant la conduite de l'examen en différentes étapes partielles. Cela implique une vérification continue des différentes étapes d'examen au titre des normes entrant en ligne de compte et oblige à définir comme déterminants d'éventuels nouveaux éléments de fait.

Ensuite, il appartient à l'organisme assureur d'éclaircir les faits dans le cadre du domaine ainsi limité, jusqu'à élucidation complète. Le moment où cela est le cas est déterminé en fonction du degré de preuve déterminant, le «degré principal de preuve» de la vraisemblance prépondérante faisant foi dans le droit des assurances sociales devant être invoqué régulièrement. Dans le cadre de la direction de la procédure, selon la jurisprudence, l'organisme assureur jouit d'une «grande marge de manœuvre appréciative en ce qui concerne la nécessité, l'étendue et l'utilité des enquêtes médicales. Ce qu'il convient de démontrer émane de la situation des faits et du droit. Sur la base de la maxime inquisitoire, les faits doivent être déterminés de manière à ce qu'il soit possible de prendre une décision relative au droit aux prestations au moins avec le degré de preuve de la vraisemblance prépondérante».²¹ Le devoir correspondant d'instruction peut être montré sur l'exemple de la capacité (ou l'incapacité) de travail. Il appartient ici au tribunal de déterminer la capacité (ou l'incapacité) de travail de l'assuré. Il doit à cet effet s'appuyer sur des rapports médicaux concluants. Si ces derniers ne sont pas disponibles ou sont contradictoires, d'autres examens sont indispensables, sans quoi la maxime inquisitoire serait enfreinte.²²

Les examens doivent être réalisés lorsque les dossiers sont complets, c.-à-d. lorsque les exigences en matière de contenu et d'exploitabilité imposées aux différentes preuves sont remplies et qu'une évaluation de ces preuves avec le degré de preuve de la vraisemblance prépondérante produit un certain fait. Il n'existe donc aucun droit de consultation d'«opinions secondaires», et ce ni de la part de l'assuré, ni de celle de l'assureur.²³

L'article 43 de la LPGA ne régit pas définitivement quelles preuves sont autorisées dans la procédure administrative²⁴. Toujours est-il que la loi mentionne des rapports de médecins,²⁵ des informations orales,²⁶ des informations écrites,²⁷ ainsi que des expertises de personnes compétentes.²⁸ Elle implique également l'admissibilité des examens qui nécessitent la participation de la partie (c.-à-d. par ex. un examen physique).²⁹ L'art. 37 al. 1 de la LPGA part également du principe de la participation personnelle de la partie aux mesures de preuves, car la détermination prévoit qu'une partie, pour autant que l'urgence d'un examen ne l'exclut pas, peut se faire assister. En complément aux dispositions de la LPGA, il convient de tenir compte du catalogue de preuves contenu dans l'article 12 de la PA. Après la jurisprudence actuelle, cette disposition avait déjà une signification générale dans le droit des assurances sociales.³⁰

²¹ Selon SVR 2014 UV n° 2, 8C_815/2012, consid. 3.2.1.

²² Selon SVR 2010 IV n° 41, 8C_474/2009, consid. 8.5.

²³ Cf. SVR 2007 UV n° 33, U 571/06.

²⁴ Cf. FF 1991 II 261.

²⁵ Cf. art. 29 al. 2 LPGA.

²⁶ Cf. art. 43 al. 1 phrase 2 LPGA.

²⁷ Cf. art. 28 al. 2 et al. 3 LPGA.

²⁸ Cf. art. 44 LPGA.

²⁹ Cf. art. 43 al. 2 LPGA.

De plus, d'autres preuves non stipulées dans la loi peuvent être prises en compte, ce qui découle du droit d'administration de preuve.

En ce qui concerne la preuve de l'incapacité de travail, le Tribunal fédéral a établi la définition suivante:

«Dans le cadre de l'évaluation de l'incapacité de travail, il convient de fournir des preuves sur l'état de santé de la personne concernée. La capacité fonctionnelle dont l'assuré dispose encore au vu de son état de santé doit également être appuyée par des preuves. Sur la base de son évaluation des conditions médicales, le médecin doit prendre position par rapport à l'incapacité de travail (dans le sens de la capacité fonctionnelle), c.-à-d. qu'il doit déterminer si et dans quelle mesure l'assuré voit ses fonctions physiques ou mentales altérées par sa souffrance (MEYER-BLASER, *Der Rechtsbegriff der Arbeitsunfähigkeit und seine Bedeutung in der Sozialversicherung*, in: Schaffhauser/Schlauri [éditeur], Saint-Gall 2003, p. 47). Etant donné que l'incapacité de travail constitue un concept juridique, le degré correspondant ne doit pas être prouvé mais doit être évalué par l'autorité compétente. Cette évaluation doit s'appuyer sur l'état de santé décrit par un médecin et la capacité fonctionnelle correspondante. L'élément constitutif du caractère raisonnablement exigible d'une prestation de travail définie ne constitue pas non plus une preuve. Les indications médicales constituent bien plus une base essentielle pour l'évaluation du caractère raisonnablement exigible d'autres prestations de travail (ATF 105 V 158 consid. 1 *in fine* et jurisprudence depuis, cf. aussi MEYER-BLASER, loc. cit., annexe 2 p. 105).»³¹

7. Distinction entre examen et application du droit

Le principe d'application du droit d'office est étroitement lié à la maxime inquisitoire. Il signifie que les autorités doivent elles-mêmes rechercher et interpréter le droit applicable et doivent tirer les conséquences légales qui en découlent.³² Il est donc possible pour l'instance juridique de confirmer une décision sur opposition pertinente avec un autre motif que celui choisi jusqu'à présent.³³ Il convient ici de préserver le droit de la partie à être entendue.³⁴ Cela se présente ainsi lorsque les autorités veulent invoquer une norme juridique dont la partie n'avait pas à compter sur l'utilisation. Le principe de l'application du droit d'office a valeur de fondement procédural général, qui fait foi dans la loi même sans mention expresse.³⁵

La LPGA considère d'office l'évidence de l'autorité du principe d'application du droit, sans toutefois le mentionner expressément. La validité du principe est notamment admise lorsqu'il est stipulé que le Tribunal cantonal des assurances n'est pas lié aux désirs de la partie.³⁶ La même chose découle du fait que la demande de prestation concerne toutes les prestations entrant en compte, même si celles-ci ne sont pas mentionnées expressément.

³⁰ Cf. ATF 117 V 284 concernant des informations écrites.

³¹ Selon l'arrêt du Tribunal fédéral U 177/04 du 16 juin 2005.

³² Cf. ATF 125 V 500.

³³ Cf. ATF 125 V 369.

³⁴ Cf. SVR 1996 ALV n° 72.

³⁵ Cf. ATF 116 V 26 s.

³⁶ Cf. art. 61 lit. d LPGA.

8. De l'importance de l'examen d'une atteinte à la santé valable avec répercussions sur la capacité de travail

8.1. Problématique

Lorsqu'une capacité de travail doit être déterminée en droit des assurances sociales, cela représente un processus concernant autant la vérification des faits que l'application du droit. La présente section se penche en détail sur la question de la mesure dans laquelle les éléments de fait déterminants doivent être établis, et avec quels moyens de preuve. Il conviendra alors de montrer en détail de quels éléments de fait il s'agit. Ensuite, il convient d'explicitier à qui revient la compétence de détermination des éléments de fait.

8.2. Constat de départ: la détermination de la capacité de travail comme acte de l'application du droit basée sur une évaluation suffisante des faits

Lorsque la capacité de travail doit être déterminée en droit des assurances sociales, certains éléments de fait doivent être connus. Ces éléments sont déterminés d'office sur la base de la maxime inquisitoire, c.-à-d. par l'organisme assureur ou les tribunaux. Sur la base des éléments de fait déterminés commence ensuite le processus d'application du droit. Il convient ici de déterminer, sur la base des éléments de fait recueillis, s'il existe ou non une capacité de travail déterminante selon l'article 6 de la LPGA.

Faits: éléments issus de différents domaines de la vie. Situation de départ en matière de santé – atteinte à la santé – répercussion sur un domaine de la vie (profession actuelle ou domaine d'activité actuel). Evaluation des faits dans le respect de la maxime inquisitoire conformément à l'article 43 de la LPGA; les moyens de preuve sont illimités.

Application du droit: L'article 6 de la LPGA doit être utilisé sur la base de faits suffisamment examinés. Détermination de l'étendue de l'incapacité éventuelle à accomplir le travail dans la profession actuelle ou dans le domaine d'activité actuel.

8.3. Quels sont les éléments de fait déterminants dans l'optique de la détermination de la capacité de travail?

L'article 6 de la LPGA constitue le point de départ. Cette disposition se lit comme suit:

«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.» (phrase 1)

Le tableau qui suit fournit des informations sur les éléments de fait en lien avec l'évaluation de la capacité de travail qui doivent être examinés.

Élément de fait	Exemple
Santé physique, mentale ou psychique	Relève de la santé la capacité de pouvoir utiliser ses mains, trouver une solution suite à un travail de réflexion ou pouvoir réaliser un travail répétitif grâce à la mémoire.
Atteinte à la santé	Il y a atteinte à la santé lorsqu'un doigt manque, que la capacité de réflexion est limitée ou que la mémoire est altérée.
Profession actuelle ou domaine d'activité actuel	Activité d'infirmier en unité de soins intensifs, activité de chef de train dans les chemins de fer, activité de juge en droit civil, activité au sein d'un ménage de cinq personnes
Atteinte à la prestation de travail dans la profession actuelle ou domaine d'activité actuel	Atteinte de l'activité juridictionnelle en raison d'une altération de la capacité à mener une réflexion structurée; atteinte de l'activité au sein d'un ménage en raison de problèmes de dos
Caractère conditionnel de l'atteinte à la prestation de travail par l'atteinte à la santé	L'atteinte à la santé constitue une condition en l'absence de laquelle l'atteinte ne doit pas être considérée comme rencontrée, ou bien doit être considérée comme rencontrée différemment ou à un autre moment: sans problèmes de dos, l'activité au sein du ménage pourrait être réalisée sans limitation.

8.4. Catégorisation des éléments de fait déterminants dans l'optique de la compétence pour la détermination des éléments

8.4.1. Santé

En ce qui concerne la description de la «santé», il n'existe en droit suisse aucune définition légale. Indirectement, le Conseil fédéral a pris position sur la notion de santé dans le cadre de l'élaboration de la Loi fédérale sur l'assurance-invalidité. Il a en effet stipulé dans le message de la loi que l'invalidité physique et l'invalidité mentale doivent être traitées parallèlement, «car l'invalidité mentale pose en général les mêmes problèmes que l'invalidité physique et qu'en particulier, les répercussions économiques peuvent être les mêmes dans les deux cas».³⁷ Pour ce qui est de l'explicitation du terme d'«atteinte à la santé mentale», le Conseil fédéral retient que l'explicitation incombe à la pratique, «car cette manière est le meilleur moyen de tenir compte des particularités du cas et du progrès des connaissances scientifiques. Il convient au demeurant de souligner que seules les atteintes à la santé mentale médicalement attestées, et non les troubles du caractère (par ex. troubles comportementaux) ou la souffrance psychique, sont en mesure de justifier l'obligation de prestation».³⁸ Le Conseil fédéral attire par conséquent l'attention sur le fait que «L'assurance-invalidité ne peut prendre en compte que les incapacités de gain causées par une atteinte à la santé; les impossibilités à exercer une activité de gain liées à des facteurs extérieurs – tels que le chômage – doivent être distinguées. Ce n'est que de cette

³⁷ Selon FF 1958 II 1160.

³⁸ Selon FF 1958 II 1160 s.

manière que sera obtenu un état de fait relatif à l'assurance qui soit indépendant des fluctuations du marché du travail et du comportement de l'assuré».³⁹

8.4.2. Atteinte à la santé

L'atteinte à la santé constitue le point de départ de l'évaluation. Sa définition a été thématifiée lors du débat parlementaire autour de la Loi fédérale sur l'assurance-invalidité. Le conseiller national Seiler, qui a rédigé le rapport pour la commission du Conseil national, a à ce sujet déclaré que la loi proposée comprenait aussi bien les «atteintes à la santé» physique que mentale et que la «diminution de la capacité de gain», qui aurait «pour conséquence» l'invalidité, «revêtait une importance tout simplement centrale». Selon ses déclarations, il faut considérer les étapes suivantes:

- (1) Infirmité congénitale, maladie ou accident
- (2) Atteinte à la santé en découlant
- (3) Conséquence d'une diminution de la capacité de gain.⁴⁰

Lors de ce processus, il convient au demeurant de noter que les facteurs extérieurs doivent être exclus.⁴¹

L'article 6 de la LPGA repose sur le modèle de maladie (ou de santé) à la base de la nouvelle médecine qui s'oriente sur les *facteurs bio-psycho-sociaux*. Bien entendu, des limitations déterminantes surviennent dans les étapes suivantes. En particulier, l'atteinte à la santé doit «engendrer» certaines conséquences. Dans cette mesure, l'article 6 de la LPGA utilise un terme plus précis – dans une vision globale – pour définir le risque recensé que dans l'article 3 de la LPGA.⁴²

Le rapport à la santé établit que d'autres points de départ – notamment l'accomplissement d'obligations légales ou l'exercice d'une fonction publique⁴³ – ne sont pas pris en compte du point de vue du droit des assurances sociales. Font également partie des points de départ non déterminants les empêchements de travailler en raison de retour impossible sur le lieu de travail (par ex. en raison de problèmes de transport), en raison de conceptions religieuses ou de conscience (aucune activité lors de certains jours) ou en raison d'absences choisies (grève, départ prématuré en vacances, etc.).

Est considéré comme empêchement de travailler lié à la santé tout empêchement qui résulte de la réalisation de mesures diagnostiques ou thérapeutiques ou de l'injonction d'un répit, ou qui est attribuable à un manque de volonté considéré comme maladie.⁴⁴ Le cas échéant, un trouble du sommeil (apprécié objectivement) attribuable à un problème de santé (dans le cas concret un acouphène) peut également engendrer une incapacité de travail.⁴⁵ A l'inverse, les traitements *purement préventifs* ou les opérations exclusivement cosmétiques n'entraînent, selon l'article 6 de la LPGA, aucune incapacité de travail.

³⁹ Selon FF 1958 II 1162.

⁴⁰ Cf. AB 1959 N 76.

⁴¹ «L'incapacité de gain dont il est question ne doit pas être imputable à des facteurs extérieurs à la personne de celui qui est la victime»; selon AB 1959 N 79, NR Guisan.

⁴² Cf. SVR 2007 IV n° 33, I 738/05, consid. 5.2; SVR 2008 IV n° 6, I 629/06, consid. 5.4.

⁴³ Art. 324a CO.

⁴⁴ Cf. SVR 1994 KV n° 22.

⁴⁵ Cf. SVR 2007 UV n° 31, U 127/06, consid. 8.

Il existe différentes professions traitant des atteintes à la santé de l'homme. Il s'agit d'une part des professions médicales, et d'autre part des professions de santé. Les premières s'occupent entre autres des principes scientifiques nécessaires aux mesures préventives, diagnostiques, thérapeutiques, palliatives et réadaptatives.⁴⁶ Parmi les professions de santé, on trouve les soins infirmiers, la physiothérapie, l'ergothérapie, l'optométrie, l'obstétrique, la nutrition, la diététique ainsi que l'ostéopathie; ici aussi, il existe des liens évidents avec l'atteinte à la santé de l'homme.

8.4.3. Profession actuelle ou domaine d'activité actuel

L'article 6 de la LPGA fait référence à la profession actuelle/au domaine d'activité actuel. Afin de pouvoir déterminer la capacité de travail, la profession ou le domaine d'activité dans laquelle/lequel la personne était jusqu'à présent active doit être connu avec une vraisemblance suffisante.

8.4.4. Détérioration de la prestation de travail

La perte de capacité fonctionnelle est déterminée en fonction de l'activité «*actuelle*». Il est donc nécessaire de déterminer dans quelle mesure la personne assurée n'est plus en mesure, pour des raisons de santé, d'effectuer son travail de façon profitable dans sa profession ou son domaine d'activité actuel.⁴⁷ L'angle de vue pour la détermination de la capacité de travail est donc rétrospectif (travail effectué «jusqu'à présent»). Il convient donc de déterminer dans une approche individuelle les répercussions concrètes de l'atteinte en question sur l'activité. La détermination correspondante implique une connaissance précise de l'activité exercée jusqu'à présent et exige en outre la connaissance des répercussions d'une atteinte à la santé sur une activité précise (contesté par SCHULER, 50, qui qualifie dans ce contexte le médecin de «contrôleur de la santé»).

8.4.5. Caractère conditionnel de la détérioration de la prestation de travail

Le «caractère conditionnel» désigne la causalité naturelle qui doit exister entre l'atteinte à la santé et la détérioration de la prestation de travail.

8.5. Récapitulation: classification de l'art. 6 LPGA

Si, sur la base de l'article 6 de la LPGA, la capacité de travail doit être déterminée dans le cadre du droit des assurances sociales, les éléments de fait doivent être établis dans des domaines très variés. La présence et éventuellement l'ampleur d'une incapacité de travail ne doivent pas être déterminées sur la base d'un seul élément de fait (par ex. une constatation médicale). Au contraire, c'est seulement la réunion de l'ensemble des éléments de fait déterminants qui déterminera s'il existe ou non une incapacité de travail. Dans ce contexte, il serait manifestement incorrect de vouloir déclarer que, en rapport avec la détermination de la capacité de travail, seules les informations médicales seraient nécessaires en matière d'éléments de fait. Bien entendu, la détermination médicale revêt une importance particulière, mais il se peut également, en référence à l'atteinte déterminante à la santé en lien avec l'article 6 de la LPGA, que d'autres domaines de spécialité médicaux puissent contribuer à attester d'une éventuelle atteinte et à la quantifier. La détermination de la capacité de travail représente donc un processus dirigé typiquement par l'interaction de différentes disciplines de spécialité ainsi que différents éléments.

⁴⁶ Cf. art. 6 al. 1 lit. a de la Loi sur les professions médicales (LPMéd, SR 811.11).

⁴⁷ Cf. ATF 115 V 404.

9. Résultat intermédiaire

Lors de la détermination de la capacité de travail dans le cadre du droit des assurances sociales, il convient de faire une distinction nette entre l'évaluation des éléments de fait d'une part et l'application du droit d'autre part. Avant que l'application du droit ne puisse avoir lieu, l'ensemble des éléments de fait pertinents selon l'article 6 de la LPGA doivent être établis avec une vraisemblance suffisante. Il s'agit là d'éléments de fait très divers. Certains sont liés à la santé. D'autres éléments concernent l'activité exercée jusqu'à présent. En fin de compte, il convient de déterminer par les faits si une éventuelle atteinte à la santé entraîne également une détérioration de la prestation de travail.

L'application du droit succède au processus de clarification suffisante des éléments de fait. Dans le cadre de l'application du droit, il appartient à l'organisme assureur ou au tribunal de déterminer, par l'évaluation de l'ensemble des éléments de fait déterminants, si et dans quelle mesure la capacité de travail est détériorée.

Globalement, il est évident que, lors de la détermination de la capacité de travail, il convient de ne pas tenir uniquement compte des aspects médicaux. Il est au contraire possible et nécessaire de prendre également en considération des éléments déterminés par d'autres disciplines (de spécialité).

10. Neuropsychologie – aperçu

10.1. Classification

La neuropsychologie étudie les liens entre le cerveau, le vécu, la pensée et le comportement. Les domaines d'activité de la neuropsychologie comprennent le diagnostic et le traitement des fonctions neuropsychologiques (par ex. attention, perception, mémoire, langage, raisonnement) ainsi que le conseil aux patients et à leurs proches. La neuropsychologie a également un rôle scientifique dans le cadre de la recherche sur le cerveau en neurologie ou en neurosciences.⁴⁸ L'objectif de la neuropsychologie est de décrire (phase descriptive) le comportement et le vécu sur la base de processus physiologiques et de les expliquer (phase postdictive). La neuropsychologie est considérée comme une branche de la psychologie (clinique) et des neurosciences. Elle appartient à la psychologie biologique et physiologique.⁴⁹

L'examen neuropsychologique clinique consiste en une analyse qualitative et quantitative globale de différents domaines fonctionnels cognitifs (perception, concentration/attention, apprentissage/mémoire, fonctions exécutives, langage). De plus, le comportement et l'affectivité font l'objet de tests psychologiques ou d'évaluations cliniques. Afin de pouvoir évaluer ces éléments, on fait appel à une palette de tests (neuro)psychologiques standardisés. Les observations résultant de notre exploration sont considérées comme pertinentes aussi bien pour les problématiques cliniques (par ex. diagnostic différentiel, indication de réadaptation) que pour des problématiques liées au quotidien (par ex. capacité de travail, aptitude à la conduite). Les bilans neuropsychologiques comprennent une objectivation des capacités cognitives actuelles en cas de troubles traumatiques, vasculaires, inflammatoires, dégénératifs ou psychiatriques du cerveau. En raison d'une problématique spécifique, de tels bilans servent à la planification et à la mise en œuvre de la réinsertion

⁴⁸ Cf. <https://www.neuropsychy.ch/fr/visiteurs>

⁴⁹ Cf. définitions à l'adresse <https://de.wikipedia.org/wiki/Neuropsychologie#Geschichte>.

professionnelle et sociale ainsi qu'au maintien et à l'exploitation des ressources et aptitudes présentes.⁵⁰

Outre les examens neuropsychologiques formels standardisés, d'autres examens spécifiques interviennent. Il s'agit notamment du contrôle du langage lors des opérations du cerveau éveillé, de la détermination de la latéralisation du langage (relevant de la neurologie comportementale) en modalité auditive et visuelle, des examens d'éventuelles composantes organiques d'affection psychiatriques ou d'examens d'aptitude à la conduite ou au vol.⁵¹

Un examen neuropsychologique différencié dure généralement plusieurs heures. Il se compose notamment d'une anamnèse personnelle et familiale détaillée, du recensement et de l'évaluation des fonctions cognitives, des émotions, de la personnalité, des conséquences psychiques ainsi que de la gestion de la maladie.⁵²

10.2. Jurisprudence relative à l'importance de la neuropsychologie dans le domaine des assurances (ainsi que quelques remarques relatives à la jurisprudence)

En l'état actuel des choses, il n'est possible de trouver que quelques arrêts traitant – pour la plupart indirectement – de la question de l'importance de la neuropsychologie dans le processus d'examen relevant du droit des assurances sociales.⁵³

Dans le domaine de l'assurance-accidents, la jurisprudence se réfère à la neuropsychologie pour autant qu'il s'agisse de la détermination de la causalité relevant du droit des assurances sociales.⁵⁴ De plus, la jurisprudence stipule que les résultats d'examens neuropsychologiques peuvent être pertinents dans le cadre d'un exposé global des preuves.⁵⁵ Les résultats de tests neuropsychologiques constituent ainsi une composante « précieuse » dans l'évaluation globale des déficits persistants après des lésions cérébrales.⁵⁶ Parfois, la jurisprudence considère comme établie une atteinte à la santé ayant fait l'objet d'une constatation uniquement neuropsychologique.⁵⁷ Dans une autre décision, le Tribunal fédéral a estimé que la preuve de vraisemblance d'une lésion cérébrale substantielle peut être fournie par la synergie de l'évaluation de l'anamnèse et d'examens psychiatriques, et en particulier également neuropsychologiques.⁵⁸

Le Tribunal fédéral pose des limitations en ce qui concerne l'authenticité des troubles mentaux; selon lui, leur examen représente un domaine clé de l'évaluation psychiatrique.⁵⁹ Des recherches dans Medline avec les mots-clés « *malingering* » et « *symptom validity test* » montrent toutefois qu'environ 70% des résultats de recherche ont été publiés dans des revues de psychologie; 90% des auteurs principaux sont des neuropsychologues. Il est donc évident que le champ de validation des symptômes relève du domaine de recherche de la neuropsychologie. En ce qui concerne la validation des symptômes, les nombreuses données disponibles témoignent d'un état des connaissances en neuropsychologie spécifique et basé sur des preuves scientifiques, qui n'a été atteint par aucune autre discipline dans le domaine de la médecine des assurances.⁶⁰

⁵⁰ Issu de <http://www.neuropsychologie-bs.ch/standortbestimmungen.html>; cf. également STURM/WALLESCH, passim.

⁵¹ Issu de <http://www.neurologie.usz.ch/fachwissen/seiten/neuropsychologie.aspx>.

⁵² La définition est issue de la source suivante:

<http://www.neuopsy.ch/w/pages/de/patienten-informationen.php>.

⁵³ Cf. également KIESER, Neuropsychologie, 167 ss.

⁵⁴ Cf. ATF 117 V 382 haut: Le diagnostic neuropsychologique ne peut en principe pas être négligé lors de l'évaluation de la causalité.

⁵⁵ Cf. ATF 119 V 335.

⁵⁶ Selon l'arrêt U 351/01, consid. 2.3.1. – Dans l'arrêt 9C_858/2014 E, 5.1.2, le Tribunal fédéral renvoyait aux résultats d'un examen neuropsychologique pour en déduire que le fait était suffisamment établi.

⁵⁷ Cf. par ex. arrêt 9C_983/2009, consid. 4.2.

⁵⁸ Selon l'arrêt 8C_902/2010, consid. 6.1.2.

⁵⁹ Selon l'arrêt 8C_817/2014, consid. 4.4.2.

Par ailleurs, le Tribunal fédéral retient qu'au vu de l'état actuel des connaissances, la neuropsychologie n'est pas en mesure de conclure de manière autonome l'évaluation de la genèse des symptômes constatés.⁶¹ Il convient à cet égard de préciser que, lors de l'évaluation de la genèse des symptômes constatés, le dossier médical doit impérativement être pris en compte, à savoir que la présence de déficits neuropsychologiques ne laisse pas immédiatement conclure à une genèse organique cérébrale. Sur ce principe, une classification étiologique des troubles de santé d'ordre neuropsychologique peut néanmoins être également réalisée par des neuropsychologues.

Un arrêt cantonal ayant pour objet de répondre à la question d'une éventuelle invalidité en cas de déficits neuropsychologiques illustre la difficulté de la jurisprudence ayant parfois pu être observée jusqu'à présent concernant l'importance de la neuropsychologie. L'expert en psychiatrie a retenu qu'une «atteinte de la capacité de travail (...) ne pouvait pas être justifiée par un examen neuropsychologique à lui seul. En l'absence de tout trouble somatique ou psychiatrique, il est également impossible d'attester d'une incapacité de travail.»⁶² Toutefois, étant donné que ces constatations de l'expert en psychiatrie ont été dans le cas concret mises en doute par le Tribunal cantonal, d'autres examens ont par la suite été entrepris dans le cas mentionné, qui ont abouti à l'octroi d'une rente de l'AI.

Naturellement, les constatations neuropsychologiques (par exemple dans le cadre d'une expertise neuropsychologique) doivent être fiables afin de pouvoir s'y référer.⁶³ Il convient en outre de souligner que, selon la jurisprudence, les «lignes directrices pour l'expertise neuropsychologique» de l'ASNP ne revêtent certes aucun caractère obligatoire, mais forment néanmoins le standard professionnellement reconnu d'une pratique d'expertise neuropsychologique adéquate en Suisse.⁶⁴

⁶⁰ SWEET J.J./GUIDOTTI BRETINGA L.M., 6-19.

⁶¹ Selon l'arrêt 8C_444/2015, consid. 4.4.

⁶² Selon le compte rendu du point de vue de l'expert en psychiatrie dans le jugement du Tribunal cantonal de Bâle-Campagne du 4 juillet 2013, 720 11 320, consid. 5.1.3.

⁶³ Cf. arrêt 8C_817/2014, consid. 4.4.2; il est retenu qu'au vu des différents éléments, l'expertise neuropsychologique n'est pas fiable.

⁶⁴ Selon l'arrêt 8C_578/2014, consid. 4.2.5. – La présente décision porte sur la question de savoir s'il doit être fait appel à un interprète lors de l'examen neuropsychologique (la réponse a été négative dans le cas concret).

11. Contribution de la neuropsychologie lors du processus de constatation de l'incapacité de travail

11.1. Situation de départ

Les réflexions précédentes montrent que le processus de constatation de l'incapacité de travail nécessite de prendre en considération des aspects issus de divers domaines de compétences. Il s'agit d'un processus typiquement multifactoriel, lors duquel, outre les aspects principaux relatifs à la santé, d'autres éléments (par ex. détermination de l'activité professionnelle exercée jusqu'à présent) ont également de l'importance.

Sur la base des divers aspects (précédemment différenciés⁶⁵) du processus de constatation d'une incapacité de travail, il convient ci-après de clarifier quelle contribution la neuropsychologie peut éventuellement apporter.

11.2. Atteinte à la santé

La question de savoir s'il existe une atteinte à la santé constitue le point de départ de la constatation d'une éventuelle incapacité de travail.⁶⁶ Dans la mesure où l'éventuelle atteinte à la santé en question relève du domaine des fonctions cognitives, la neuropsychologie est de toute évidence à même de constater les éventuelles atteintes qualitatives et quantitatives au moyen d'un examen clinique neuropsychologique.⁶⁷ Les outils employés sont des examens neuropsychologiques formels standardisés pouvant être complétés par d'éventuels examens spéciaux. La jurisprudence souligne également le fait que des aspects neuropsychologiques doivent si besoin être également pris en considération en relation avec l'atteinte à la santé.⁶⁸

Il est donc certain que, lors de ce processus visant à constater une incapacité de travail, une importance considérable peut être accordée à la neuropsychologie.

11.3. Profession ou domaine d'activité actuel

Comme il a été montré précédemment,⁶⁹ la constatation d'une éventuelle incapacité de travail se base sur la profession ou le domaine d'activité actuel. Il convient à cet égard de définir avec une probabilité suffisante l'activité dont il s'agit. En s'appuyant sur cette clarification, un bilan neuropsychologique ainsi qu'un examen médical peuvent déterminer les éléments de fait requis. Il s'agit d'un devoir de clarification qui doit être effectué en vue de la constatation nécessaire, dans l'étape suivante, d'une éventuelle détérioration de la prestation de travail et de son étendue. Il est impossible de procéder à la prochaine étape sans avoir établi la profession ou le domaine d'activité actuel.

11.4. Détérioration de la prestation de travail

La détermination d'une éventuelle détérioration de la prestation de travail représente bel et bien l'étape la plus ardue dans le processus de constatation de l'incapacité de travail. Il convient en effet de déterminer, au vu de l'atteinte à la santé existante, si et dans quelle mesure une détérioration de la prestation de travail est avérée.

⁶⁵ Cf. à ce sujet la systématique décrite au para. 8.4.

⁶⁶ Cf. para. 8.4.2.

⁶⁷ Cf. para. 10.1.

⁶⁸ Cf. para. 10.2.

⁶⁹ Cf. para. 8.4.3.

En ce qui concerne cette étape, la jurisprudence souligne que, lors de l'évaluation des répercussions des atteintes à la santé constatées pour la capacité de travail, les données (médicales) fournissent uniquement une base essentielle pour l'évaluation juridique de la question de savoir quelle prestation de travail peut encore être exigée de la personne. Afin de pouvoir déterminer l'éventuelle détérioration de la prestation de travail, il est nécessaire, en complément du dossier médical, de faire appel aux experts en intégration professionnelle et conseil professionnel pour établir la capacité de prestation exploitable pour l'exercice de l'activité.⁷⁰

Il s'avère donc que l'étape centrale de détermination de la détérioration de la prestation de travail ne constitue d'une part pas une tâche purement médicale; le Tribunal fédéral établit par ailleurs que d'autres disciplines doivent être si besoin consultées pour concrétiser une éventuelle détérioration de la prestation de travail. Etant donné que la neuropsychologie est dans une certaine mesure à même d'évaluer les fonctions cognitives et de cerner à l'aide de tests psychologiques ou de décrire sur le plan clinique le comportement et l'état émotionnel,⁷¹ il est certain que la neuropsychologie est également en mesure d'émettre des conclusions quant à une éventuelle détérioration de la prestation de travail. Les experts issus des domaines de l'intégration professionnelle et du conseil professionnel ne sont pas les seuls à pouvoir intervenir;⁷² en fonction de l'atteinte à la santé, des conclusions neuropsychologiques peuvent justement présenter aussi un intérêt dans cette phase du processus. En effet, il s'avère que, justement dans le cadre de professions impliquant des capacités cognitives, il est essentiel de savoir quels résultats découlent des répercussions d'une atteinte cognitive en termes de prestation de travail. En outre, seules des méthodes neuropsychologiques (sous forme de données de probabilité statistiquement avérées) permettent jusqu'à présent une évaluation objective, consistante et ainsi concluante de l'authenticité des symptômes censés justifier une incapacité de travail. La littérature disponible prouve que des évaluations purement cliniques ne sont pas suffisamment précises.⁷³ Cela vaut particulièrement pour les troubles de la santé difficilement objectivables, comme par ex. les douleurs chroniques⁷⁴ ou les troubles de stress post-traumatique.⁷⁵

Ainsi, étant donné que diverses disciplines apportent respectivement des conclusions déterminantes lors de l'étape centrale du processus de constatation d'une éventuelle détérioration de la prestation de travail, il s'avère qu'il est également possible de s'appuyer sur des éléments neuropsychologiques. A la lumière de ce qui précède, la constatation d'une éventuelle détérioration de la prestation de travail ne relève ni exclusivement du domaine médical, ni exclusivement du domaine de la jurisprudence ou de la constatation fournie par les experts en conseil professionnel ou intégration professionnelle.

11.5. Caractère conditionnel de la détérioration de la prestation de travail

La détermination du caractère conditionnel d'une détérioration de la prestation de travail en raison de l'atteinte à la santé permet d'élucider la question de la causalité naturelle.⁷⁶ Les résultats d'un examen neuropsychologique peuvent jouer un rôle important sur ce point. En effet, un examen neuropsychologique permet de déterminer s'il existe d'éventuels relations entre le cerveau, le vécu, la pensée et le comportement.⁷⁷ Afin de pouvoir déterminer de manière pertinente le caractère conditionnel en question, il convient d'évaluer et de pondérer également d'éventuels éléments parallèles (tels que les conditions socioculturelles ou psychosociales); les éventuels résultats de l'examen neuropsychologique revêtent alors une importance déterminante.

⁷⁰ Cf. ATF 140 V 196.

⁷¹ Cf. para. 10.1.

⁷² Cf. la remarque dans ATF 140 V 196.

⁷³ EGISDOTTIR S.J./WHITE M.J./SPENGLER P.M. ET AL., 341-382; GUILMETTE T., 31-44.

⁷⁴ GREVE K. W./BIANCHINI K. J./BREWER S. T., 108-137.

⁷⁵ YOUNG G., passim.

⁷⁶ Cf. para. 8.4.5.

Sur la base de la causalité du droit des assurances-accidents, la jurisprudence du Tribunal fédéral a confirmé la contribution essentielle de la neuropsychologie en ce qui concerne justement les questions de causalité.⁷⁸ Selon la jurisprudence actuelle, la neuropsychologie n'est certes pas en mesure d'émettre de manière autonome une évaluation définitive de la genèse. Toutefois, les résultats d'exams neuropsychologiques peuvent être significatifs dans le cadre global de l'administration de preuves.⁷⁹

12. Classification de la loi du canton de Vaud

12.1. Point de départ

La loi vaudoise sur la santé publique décrit les différentes tâches des professionnels issus des domaines de la médecine, la médecine dentaire, la chiropractie et la psychothérapie. Cette description se réfère en partie à des explications et confirmations d'ordre médical et médico-légal, ce qui est significatif dans le présent contexte.

La loi vaudoise sur la santé publique (LSP, RSV 800.01) contient les formulations suivantes:

Art. 94 Médecins

a) Compétences

1 Le médecin a seul qualité:

- a. pour déterminer ou apprécier l'état physique ou psychique des personnes et prescrire les mesures propres à la conservation et au rétablissement de leur santé selon l'état des connaissances professionnelles et scientifiques admises;
- b. pour délivrer des déclarations et des certificats médicaux ou médico-légaux.

2 Sont réservées les attributions que la loi confère aux autres professions visées par la présente loi.

Art. 100 Médecins-dentistes

a) Compétences

1 Le médecin-dentiste a seul qualité:

⁷⁷ Cf. para. 10.1.

⁷⁸ Cf. ATF 117 V 369 (le diagnostic neuropsychologique ne peut en principe pas être négligé lors de l'évaluation de la causalité; ATF 117 V 382 haut).

⁷⁹ Cf. ATF 119 V 335.

- a. pour donner les soins et effectuer les interventions que nécessitent les affections odonto-stomatologiques, dans les limites fixées par le règlement des examens fédéraux A, ainsi que pour prescrire les mesures propres à la conservation de la santé bucco-dentaire;
 - b. pour délivrer, en matière d'odonto-stomatologie, des déclarations et des certificats médicaux ou médico- légaux.
- 2 Sont réservées les attributions que la loi confère aux médecins et aux autres professions visées par la présente loi. Les articles 13 et 19 à 25 sont applicables par analogie.

Art. 119 Chiropraticiens

a) Compétences

1 Le chiropraticien a seul qualité :

- a. pour traiter les maladies et les troubles du fonctionnement auxquels s'appliquent les méthodes thérapeutiques qu'il a apprises dans le cadre de sa formation sanctionnée par les titres professionnels mentionnés à l'article;
 - b. pour délivrer, dans les limites de ses compétences, des déclarations et des certificats médicaux et médico- légaux.
- 2 Sont réservées les attributions que la loi confère aux médecins et autres professions visées par la présente loi.

Art. 122a Psychothérapeutes non-médecins

a) Définition et compétences

- 1 Le psychothérapeute non-médecin administre des traitements psychologiques. Il n'est pas habilité à prescrire ou à administrer des médicaments.
- 2 Le psychothérapeute non-médecin attire l'attention du patient sur l'opportunité d'en référer à un médecin lorsque son état exige un examen ou un traitement d'ordre médical; cette indication figure au dossier du patient.
- 3 Les articles 13 et 19 à 25 sont applicables par analogie.

12.2. Classification

La loi précitée du canton de Vaud doit être classifiée sur le plan juridique.

Le fait qu'il s'agisse d'une loi sur la santé émanant d'un canton (et non pas de la Confédération) constitue le point de départ de cette considération. En ce sens, il y a lieu de considérer que l'établissement correspondant dans les domaines du droit des assurances sociales relevant du droit fédéral n'est a priori pas pertinent; car il convient de partir du principe que les différents domaines du droit des assurances sociales sont régis dans les moindres détails et qu'aucune compétence réglementaire du canton ne demeure sur ce point. Ainsi, les dispositions de la loi cantonale citée ne peuvent se voir accorder qu'une importance très limitée.

En ce qui concerne les domaines relevant du droit fédéral des assurances sociales, il s'avère qu'il n'existe aucune disposition analogue avec une restriction figurant dans le droit cantonal. Le droit fédéral des assurances sociales ne stipule nulle part que les déclarations ou confirmations de nature médico-légale peuvent être émises exclusivement par des médecins,

dentistes ou chiropraticiens. Au contraire, le droit fédéral des assurances sociales se tait sur cette question et permet ainsi aux différents professionnels compétents de contribuer à la constatation d'une incapacité de travail.

La loi susmentionnée du canton de Vaud suscite par ailleurs des préoccupations considérables. Tout d'abord, il est établi que l'évaluation adéquate de la question d'une capacité de travail présuppose la coopération de diverses disciplines professionnelles.⁸⁰ Ainsi, la loi cantonale précitée ne peut pas être comprise de telle manière qu'un médecin puisse de façon exclusive et concluante déterminer la présence d'une incapacité de travail. A cela s'oppose non seulement le fait que, conformément à la jurisprudence établie, divers domaines professionnels participent ou peuvent participer à la constatation d'une incapacité de travail; mais il convient également de tenir compte du fait que, selon la jurisprudence, le médecin ne dispose d'aucune compétence de jugement final en ce qui concerne l'évaluation des répercussions d'une atteinte à la santé constatée.⁸¹

Il est donc exclu manifestement de vouloir déduire de la loi cantonale précitée que d'autres domaines de spécialité (par exemple la neuropsychologie) ne soient pas en mesure d'apporter une contribution déterminante à la constatation de l'incapacité de travail. Une telle compréhension de la disposition cantonale à examiner serait clairement en contradiction avec les prescriptions fédérales ainsi que la jurisprudence destinée à déterminer une capacité de travail.

⁸⁰ Cf. à ce sujet ATF 140 V 196 apportant des précisions concernant le médecin, l'expert de l'intégration professionnelle et le conseiller professionnel.

⁸¹ Cf. expressément ATF 140 V 196 haut.

13. Résultats

1. En droit des assurances sociales, l'incapacité de travail est réglée par l'art. 6 de la LPGA. Le processus qui vise à la constatation de l'incapacité de travail consiste en différentes phases. Il s'agit de la question de l'atteinte à la santé, de la profession ou du domaine d'activité actuel, de la détérioration de la prestation de travail et du caractère conditionnel de celle-ci. La constatation de l'incapacité de travail est donc un processus de différentes étapes, lors desquelles des connaissances techniques diverses sont requises.
2. En droit des assurances sociales, tous les éléments de fait déterminants doivent être établis d'office et les moyens de preuve sont illimités.
3. La neuropsychologie étudie les éventuelles relations entre le cerveau, le vécu, la pensée et le comportement. Lors de l'examen neuropsychologique, différentes fonctions cognitives sont examinées et jugées en détail d'un point de vue qualitatif et quantitatif.
4. La contribution de la neuropsychologie dans le processus qui vise à la constatation de l'incapacité de travail se compose de différents éléments. Il s'agit de la constatation d'éléments de fait déterminants dans les domaines de l'atteinte à la santé, de la profession ou du domaine d'activité actuel, de la détérioration de la prestation de travail et du caractère conditionnel de celle-ci. Dans le domaine de la validation des symptômes, la neuropsychologie dispose d'un large éventail de méthodes auxquelles on ne peut plus guère renoncer dans le contexte interdisciplinaire des expertises. En outre, le spécialiste de neuropsychologie peut donner de précieuses indications et conseils aux médecins responsables en rapport avec les certificats médicaux délivrés dans la pratique quotidienne.
5. Il serait faux de faire valoir que seul un médecin soit qualifié pour les constatations d'incapacité de travail. Une telle conception ne prend pas en compte le fait qu'il convient d'associer des spécialistes de milieux divers au processus de constatation de l'incapacité de travail.

Zürich/St. Gallen, 23. Dezember 2015



Prof. Dr. iur. Ueli Kieser

Références

- ACHERMANN KARL, Die Arbeitsunfähigkeit und die Erwerbsunfähigkeit im Bereiche der Invalidenversicherung, ZAK 1980 70 ff.
- EGISDÓTTIR S.J./WHITE M.J./SPENGLER P.M. ET AL., The Meta-Analysis of Clinical Judgment Project: Fifty-Six Years of Accumulated Research on Clinical Versus Statistical Prediction, *The Counseling Psychologist* 34 (2006) 341-382
- GREVE K. W./BIANCHINI K. J./BREWER S. T., The assessment of performance and selfreport validity in persons claiming pain-related disability, *The Clinical Neuropsychologist* 27 (2013) 108-137
- GUILMETTE T., The role of clinical judgment in symptom validity assessment, in D. Carone/S. Bush (Eds.), *Mild traumatic brain injury: Symptom validity assessment and malingering*, New York 2013, 31-44
- HARTJE W., *Neuropsychologische Begutachtung*, Fortschritte der Neuropsychologie, Band 3, Göttingen 2004
- JEGER JÖRG, Somatoforme Schmerzstörung und Arbeitsunfähigkeit: Differenzen oder Konsens zwischen Medizin und Rechtsprechung?, in: Schaffhauser René/Schlaury Franz (Hrsg.), *Medizin und Sozialversicherung im Gespräch*, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Bd. 35, St. Gallen 2006, 155 ff.
- KIESER UELI, *ATSG-Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015
- KIESER UELI, *Burnout – eine versicherungsrechtliche Einordnung*, in: *Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2015*, Zürich/St. Gallen, 119 ff.
- KIESER UELI, *Neuropsychologie – Stellenwert und Bedeutung in der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts*, in: *Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2012*, Zürich/St. Gallen 2012, 167ff.
- MEYER ULRICH, Die Rechtsprechung zur Arbeitsunfähigkeitsschätzung bei somatoformen Schmerzstörungen, in: Schaffhauser René/Schlaury Franz (Hrsg.), *Medizin und Sozialversicherung im Gespräch*, Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Bd. 35, St. Gallen 2006, 211 ff.
- MURER ERWIN, Grenzen von Recht und Medizin bei der Abklärung der Arbeitsunfähigkeit, in: Riemer- Kafka Gabriela (Hrsg.), *Case Management und Arbeitsunfähigkeit*, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 13, Zürich/Basel/Genf 2006, 49 ff.
- PLOHMANN ANDREA M., Relevanz neuropsychologischer Gutachten zur Beurteilung von Arbeitsfähigkeit und Integrität, *Epileptologie* 2008, 182 ff.
- SCHULER CONSTANTIN, Ärztliche Beurteilung der Arbeitsfähigkeit, *AHI-Praxis* 1991 46 ff.
- SBORDONE R.J., Limitations of neuropsychological testing to predict the cognitive and behavioral functioning of persons with brain injury in real-world setting, *Neuro-Rehabilitation* 2001 199-201

STURM W./WALLESCH C.-W., Störungen höherer Hirnleistungen: Aufmerksamkeit, Gedächtnis und exekutive Funktionen, in B. Widder/P. W. Gaidzik (Herausgeber), Begutachtung in der Neurologie, Stuttgart 2007, 203-213

Sweet J.J./Guidotti Bretinga L.M., Symptom Validity Test Research: Status and Clinical Implications, Journal of Experimental Psychopathology 4 (2013) 6–19

WILHELM H./ROSCHMANN R., Neuropsychologische Gutachten, Stuttgart 2007

YOUNG G., Malingering, Feigning, and Response Bias in Psychiatric/Psychological Injury. Implications for Practice and Court International Library of Ethics, Law and the New Medicine 56, Dordrecht 2014