

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt incident du 1er novembre 2011

Présidence de Mme DI FERRO DEMIERRE
Juges : MM. Jomini et Neu
Greffier : M. d'Eggis

* * * * *

Cause pendante entre :

X. _____, à Chavannes-près-Renens, recourante, représentée par Me
Jean-Michel Duc, avocat à Lausanne,

et

OAI (ci-après : OAI), à Vevey, intimé.

Art. 6 § 1 CEDH; 43 al. 1, 61 let. c LPGA; 59 al. 3 LAI

E n f a i t :

A. X._____, née le 22 novembre 1961, mariée, mère de deux enfants maintenant majeurs, femme de ménage, a déposé le 26 janvier 2010 une demande de prestations AI pour adultes pour cause de maladie, plus précisément "hernie discale avec complication, quiste (réd.: kyste) au genou droit, torsion de l'index gauche invalide, problème d'articulation au niveau de la main et du bras droite, etc... voir avec les médecins traitants". Elle sollicite l'octroi d'une rente.

Dans un avis du 16 février 2011, le Service médical régional (SMR) a constaté qu'outre les diverses pathologies dont souffrait déjà l'assurée, une nouvelle atteinte devait être prise en compte, savoir une polyarthrite séronégative, ainsi qu'un syndrome fibromyalgique, et qu'en conséquence une expertise pluridisciplinaire (rhumatologique et psychiatrique) devait être mise en oeuvre.

Par communication du 23 février 2011, l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : OAI) a reconnu la nécessité d'une évaluation médicale pour statuer sur le droit aux prestations de l'assurance-invalidité et a informé le conseil de l'assurée qu'il désignait le Centre d'expertise médicale (ci-après: CEMed), à Nyon, pour exécuter une expertise médicale.

Par courrier du 4 mars 2011, l'assurée, par son conseil, a demandé la récusation du CEMed au motif principal que son indépendance et son impartialité n'étaient pas garanties puisqu'il est financé par l'OAI, c'est-à-dire l'institution qui mandate ledit Centre pour réaliser l'expertise. En lieu et place, l'assurée proposait d'autres experts, notamment le BREM, Bureau Romand d'Expertises Médicales, à Vevey, ou le Dr B._____, à Lausanne.

Par lettre adressée le 10 mars 2011 à l'assurée, le CEMed lui a notamment indiqué les noms des médecins examinateurs chargés de

l'expertiser, à savoir la Dresse V._____, rhumatologue FMH, et la Dresse F._____, psychiatre-psychothérapeute FMH.

Par courrier du 10 mai 2011, l'OAI a maintenu sa position en exposant que le grief de partialité vise le caractère probant de l'expertise, qui constitue un motif matériel de récusation qui ne peut être examiné qu'avec la décision au fond, dans le cadre de l'appréciation des preuves. L'OAI a dès lors maintenu sa demande d'expertise au CEMed et invité l'assurée à demander dans les 30 jours une décision incidente sujette à recours.

Par lettre du 23 mai 2011, l'assurée a persisté dans sa demande de récusation du CEMed pour les motifs déjà invoqués dans son courrier du 4 mars 2011 et a requis une décision incidente sujette à recours.

Par décision du 27 mai 2011, l'OAI a maintenu la désignation du CEMed en qualité d'expert en constatant qu'il n'y avait pas "lieu de retenir de motif de récusation à l'endroit de la personne de l'expert susceptible de fonder une apparence de parti pris ou de prévention".

B. Par acte du 1er juillet 2011, X._____ a recouru contre cette décision en concluant, avec dépens, à son annulation en ce sens que "le CEMed Nyon est récusé" et qu'un expert indépendant et impartial est nommé. A titre de moyens de preuve, elle a requis :

- "a) la production de son dossier AI;
- b) l'audition des dirigeants du CEMed, Nyon;
- c) l'audition des dirigeants de l'OAI;
- d) l'audition de tout témoin utile à démontrer les liens entre le CEMed, Nyon, et l'OAI."

A l'appui de ses conclusions, la recourante soutient en substance que, selon un article du Tages Anzeiger du 27 mai 2011, le

chiffre d'affaires du CEMed dépend pour 44 % des mandats de l'OAI, que le CEMed a dès lors un intérêt évident à rendre des expertises favorables à l'OAI, faute de quoi l'OAI ne lui confiera plus de mandats, qu'en second lieu, ce lien est si important qu'il en devient un lien de sujétion qui fait du CEMed, un organe, ou à tout le moins un représentant de l'OAI, qu'il a donc un intérêt personnel dans l'affaire et est nécessairement et objectivement partial.

Dans sa réponse du 5 septembre 2011, l'OAI a conclu au rejet du recours.

E n d r o i t :

1. L'acte par lequel l'assureur social ordonne une expertise n'a pas le caractère d'une décision au sens de l'art. 49 LPGA (loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales; RS 830.1) et intervient sous la forme d'une communication (ATF 132 V 100 consid. 5). En revanche, lorsque l'assuré, dans le cadre des droits conférés par l'art. 44 LPGA, fait valoir des motifs de récusation au sens des art. 36 al. 1 LPGA (les personnes appelées à rendre ou à préparer des décisions sur des droits ou des obligations doivent se récuser si elles ont un intérêt personnel dans l'affaire ou si, pour d'autres raisons, elles semblent prévenues) et 10 PA (loi fédérale sur la procédure administrative; RS 172.021) - dispositions relatives à la récusation des personnes appelées à préparer ou prendre des décisions, applicables mutatis mutandis -, l'administration doit rendre une décision directement soumise à recours (ATF 132 V 106 consid. 6). Une telle décision portant sur la récusation d'un expert peut, ainsi que l'a déjà jugé le Tribunal fédéral, être attaquée séparément par la voie du recours de droit administratif dès lors qu'elle est susceptible de causer un préjudice irréparable (VSI 1998 p. 128, consid. 1 et les références).

Le recours, déposé dans le délai légal et respectant les formes prescrites, est recevable sur le plan formel (art. 69 LAI [loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité; RS 831.20], 60 et 61 LPGA).

La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer dans la présente affaire (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36]), laquelle a fait l'objet d'une procédure de coordination au sens de l'art. 38 du règlement organique du Tribunal cantonal du 13 novembre 2007 (ROTC; RSV 173.31.1).

2. a) Les motifs de récusation formels tirés des art. 36 LPGA et 10 PA sont notamment un intérêt personnel de l'expert dans l'affaire, le fait pour l'expert d'être parent ou allié d'une partie en ligne directe jusqu'au troisième degré en ligne collatérale ou être uni avec elle par mariage, fiançailles ou adoption, le fait que l'expert agisse ou représente une partie dans la procédure, ou encore un lien de l'expert avec l'affaire pour d'autres motifs (ATF 132 V 93; TF 9C_893/2009 du 22 décembre 2009 consid. 1.2.2). En matière de récusation, il convient toutefois, comme l'a rappelé et précisé le Tribunal fédéral (ATF 132 V 93 consid. 6.5; voir aussi l'arrêt A. du 14 mars 2006 [I 14/04]), de distinguer entre les motifs formels et les motifs matériels. Les motifs de récusation qui sont énoncés dans la loi (cf. art. 10 PA et 36 al. 1 LPGA) sont de nature formelle parce qu'ils sont propres à éveiller la méfiance à l'égard de l'impartialité de l'expert. Les motifs de nature matérielle, qui peuvent également être dirigés contre la personne de l'expert, ne mettent en revanche pas en cause son impartialité. De tels motifs doivent en principe être examinés avec la décision sur le fond dans le cadre de l'appréciation des preuves. Il en va ainsi, par exemple, d'une prétendue incompétence de l'expert à raison de la matière laquelle ne saurait constituer comme telle un motif de méfiance quant à l'impartialité de ce dernier, le risque pour l'expertise d'être réalisée de manière lacunaire ou dans un sens autre que celui visé par la personne assurée (cf. à ce sujet TF 1P.553/1999 du 30 novembre 1999).

Pour ce qui est de l'expert choisi par l'AI, l'assuré ne peut, à l'encontre de cet expert, faire valoir que des motifs de récusation formels, tels des liens de parenté ou de mariage, ce à l'exclusion de tout motif

matériel, ayant trait, par exemple, au manque de compétence de l'expert (ATF 132 V 93).

Dans son dernier arrêt publié aux ATF 137 V 210, le Tribunal fédéral a renversé cette jurisprudence, estimant qu'à l'avenir, lorsqu'un assuré et l'OAI n'arrivent pas à s'entendre sur la personne de l'expert, l'Office doit rendre une décision formelle, contre laquelle l'assuré peut recourir, en se fondant sur des motifs de récusation tant formels que matériels. La décision de l'OAI du 27 mai 2011 est toutefois antérieure à l'ATF 137 V 210, rendu le 28 juin 2011 par le Tribunal fédéral.

En l'espèce, la recourante fait valoir des motifs formels de récusation, à savoir que le CEMed serait partial et aurait un intérêt personnel dans l'affaire en raison du lien de dépendance financière entre ce Centre et l'OAI, partie au litige. A cet égard, il apparaît que la recourante aurait également pu faire valoir des griefs matériels dans la présente procédure compte tenu du fait que la décision n'était pas entrée en force lors du changement de jurisprudence et du principe selon lequel une cause doit être examinée à la lumière de la nouvelle jurisprudence si elle est plus favorable à l'assuré (ATF 135 V 215 consid. 5).

b) L'art. 44 LPGA dispose que si l'assureur doit recourir aux services d'un expert indépendant pour élucider les faits, il donne connaissance du nom de celui-ci aux parties. La jurisprudence autorise que le mandat d'expertise soit confié à un institut spécialisé ou à un centre d'expertise, pour autant que le nom du ou des experts appelés à collaborer concrètement à l'expertise soit communiqué préalablement à l'assuré (ATF 132 V 376 c. 8.4). En plus du nom de l'expert, il convient également de communiquer la spécialisation de la personne chargée de l'expertise. S'agissant des COMAI (Centre d'observation médicale de l'assurance-invalidité), il y a lieu de rappeler qu'une requête de récusation doit être dirigée contre des personnes et non des autorités, seules les premières pouvant être partiales (SVR 2010 IV Nr. 2 p. 3 c. 2.1; TF 9C_500/2009 du 24 juin 2009; TF 9C_603/2010 du 6 octobre 2010 consid. 5.2).

En l'occurrence, la recourante aurait dû demander la récusation des examinateurs directement et non de l'institution qui les occupe. Toutefois, au vu du grief de récusation soulevé (la dépendance économique), il se justifie, par économie de procédure, de se poser directement la question de savoir si l'impartialité et l'indépendance prévues à l'art. 6 par. 1 CEDH (Convention 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; RS 0.101) des médecins œuvrant pour le CEMed de Nyon, soit un COMAI, est garantie, compte tenu des liens de dépendance financière que l'institution entretient, selon la recourante, avec l'OAI. Cette question a été examinée et tranchée dans plusieurs arrêts fédéraux publiés, la dernière fois dans l'ATF 137 V 210 précité.

3. a) Si l'art. 30 al. 1 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999; RS 101) garantit à toute personne que sa cause soit tranchée par un tribunal compétent, indépendant et impartial, la Constitution fédérale n'offre pas expressément de garantie similaire s'agissant des experts. Les exigences d'impartialité de l'expert se déduisent toutefois du droit à un procès équitable garanti à l'art. 29 al. 1 Cst., lequel assure au justiciable une protection équivalente à celle de l'art. 30 al. 1 Cst. et à l'égard duquel l'art. 6 par. 1 CEDH n'a pas de portée propre (ATF 127 I 196 consid. 2b; J. O. Piguet, le choix de l'expert et sa récusation : le cas particulier des assurances sociales, REAS 2/2011). La garantie offerte par l'art. 29 al. 1 Cst. permet au plaideur d'exiger la récusation d'un expert dont la situation ou le comportement est de nature à faire naître un doute sur son impartialité; elle tend notamment à éviter que des circonstances extérieures à la cause ne puissent influencer les conclusions de l'expertise en faveur ou au détriment d'une partie. Elle n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective de l'expert est établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle de l'expert. Seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération; les impressions purement subjectives d'une partie à la

procédure ne sont pas décisives (ATF 134 I 328 consid. 2.1 ; ATF 132 V 93 consid. 7.1).

Un lien financier ou commercial entre l'expert et une des parties peut, selon la nature et l'intensité de celui-ci, fonder un soupçon de partialité, car de telles relations reposent sur un rapport de loyauté réciproque susceptible de générer des conflits d'intérêts. Tel est le cas, lorsque l'expert est employé de l'une des parties, car il est tenu en principe d'observer les directives et instructions de son employeur et de sauvegarder les intérêts légitimes de celui-ci (ATF 119 V 456 consid. 5c, 115 V 257 consid. 5c). Le fait qu'un praticien indépendant ou œuvrant au sein d'un centre d'expertise médicale est, dans le cadre de l'art. 44 LPGA, régulièrement chargé par un assureur d'établir des rapports d'expertise ne constitue pas, à lui seul, un motif suffisant pour conclure au manque d'objectivité et à la partialité de l'expert. Le Tribunal fédéral a jugé que l'impartialité et l'indépendance prévues à l'art. 6 ch. 1 CEDH des médecins œuvrant pour un COMAI est garantie, du fait notamment qu'une institution de ce type est indépendante de l'administration et que ces médecins ne sont pas engagés par l'organisme assureur, mais par l'institution dont ils relèvent (ATF 123 V 175 consid. 4b; 132 V 376 consid. 6.2). De là, il importe peu qu'un médecin tire l'exclusivité de ses revenus de son activité d'expert pour le compte d'un assureur; ce qui est déterminant, c'est que l'expert puisse définir lui-même les modalités de l'expertise et qu'il jouisse d'une pleine et entière liberté d'appréciation (TF 9C_304/2010 du 12 mai 2010 consid. 2.2, TF 9C_67/2007 du 28 août 2007 et TF I 885/06 du 20 juin 2007).

Il ressort de l'ATF 137 V 210 en substance ce qui suit : on ne peut déduire du fait que l'OAI est formellement partie à la procédure de recours et qu'il a qualité pour recourir que les mesures d'instruction prises dans le cadre de la procédure non contentieuse soient des allégations de partie (ATF 136 V 376 consid. 4.2.2). Du point de vue de l'indépendance économique, le recours régulier à un expert ou une institution, le nombre d'expertises confiées au même médecin et le volume d'honoraires qui en découle ne suffisent pas à conclure à sa partialité (SVR 2009 UV no 32 p.

111 c. 6, 8C_509/2008; SVR 2008 IV no 22 p. 69 consid. 2, TF 9C_67/2007; RAMA 1999 no U 332 p. 193 consid. 2a/bb, U 212/97). Dans le cadre d'une expertise judiciaire, il n'y aurait pas non plus motif à récusation même s'il fallait admettre une dépendance économique des COMAI par rapport à l'AI, un tel motif n'étant pas donné lorsqu'une personne travaille pour l'administration mais lorsqu'elle n'est pas impartiale (TF 9C_304/2010 du 12 mai 2010 consid. 2).

L'avis de droit Müller/Reich auquel se réfère la recourante considère que les OAI deviennent partie compte tenu de leur qualité pour recourir. En conséquence, les expertises COMAI doivent être considérées comme des offres de preuve d'une partie, ce qui confère à la procédure d'instruction un caractère unilatéral remettant en cause les exigences d'équité et d'égalité des armes.

Le Tribunal fédéral a exposé (ATF 136 V 376) que cette critique n'est pas pertinente car elle ne tient pas compte des particularités de la procédure administrative suisse, en vertu de laquelle l'OAI n'agit pas comme partie mais comme organe d'exécution neutre et objectif. Si l'OAI devient effectivement partie après le dépôt d'un recours, elle reste *lite pendente* tenue d'observer les principes de droit (art. 5 Cst.), et de se comporter en organe neutre et objectif. Du point de vue matériel, elle n'a ainsi pas la qualité de partie. C'est sur cette situation de droit que se fonde la jurisprudence en matière de force probante d'expertises et de rapports médicaux (ATF 125 V 351; ATF 122 V 157). Si de tels rapports, irréprochables du point de vue formel et aux conclusions matériellement convaincantes sont à disposition, il n'y a pas besoin d'ordonner une expertise judiciaire (ATF 135 V 465 consid. 4). Conformément à la conception juridique sur l'obligation d'instruire d'office des assureurs telle qu'elle apparaît dans l'ordre légal, les preuves sont avant tout administrées au stade de la procédure administrative et non au cours du procès. Il y a là une volonté de base du législateur, qui devrait être modifiée au niveau légal (art. 164 al. 1 let. e-g Cst.). L'administration est selon l'art. 89 al. 2 let. a LTF toujours légitimée à recourir, lorsque l'acte attaqué viole le droit fédéral dans son domaine de compétence. De cette

qualité formelle de partie, on ne peut manifestement pas déduire que l'administration des preuves lors de la procédure (pour l'heure) non contentieuse ne revêt que le caractère d'allégations de partie, ce qui aurait pour conséquence qu'une décision sur recours fondée sur de telles pièces violerait la constitution ou la CEDH.

Les COMAI sont des auxiliaires prévus par la loi (art. 59 al. 3 LAI). Ils sont par conséquent soumis, au même titre que les OAI, aux exigences constitutionnelles de neutralité et d'objectivité. Celles-ci sont concrétisées par leur position indépendante, qui se manifeste dans le fait qu'ils peuvent être constitués sous différentes formes juridiques, ne font pas l'objet de contrôles professionnels par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) et n'en reçoivent pas de consignes. Compte tenu de ces circonstances, le droit à un procès équitable ne peut être violé du seul fait que des expertises et rapports médicaux établis dans le cadre de la procédure administrative forment la base essentielle de décision des tribunaux lors de l'examen de la décision attaquée. La conception selon laquelle un tribunal peut se fonder sur des preuves administrées correctement par l'assureur et renoncer à sa propre administration des preuves reste en règle générale compatible avec le droit international et fédéral (ATF 135 V 465 consid. 4.3.2). Le droit comparé ne permet de dégager aucune conception européenne uniforme, selon laquelle il ne pourrait être statué sur des prestations sociales litigieuses que sur la base d'une administration complète des preuves par un tribunal. La question se pose autrement lorsqu'un tribunal a rejeté le résultat des preuves (ATF 137 V 210 consid. 2.2, 2.3 et 4.4).

b) Ainsi, dans son dernier arrêt publié (ATF 137 V 210), le Tribunal fédéral a confirmé la jurisprudence selon laquelle la dépendance financière des COMAI aux montants que l'assurance-invalidité leur verse n'est pas un motif suffisant pour conclure, sous l'angle de l'art. 29 al. 1 Cst., à un manque ni d'objectivité ni d'impartialité d'un COMAI. En fait, dans le cadre de la procédure administrative, les offices de l'assurance-invalidité n'agissent pas en qualité de parties, mais en qualité d'organes chargés d'appliquer la loi, ce de manière neutre et objective. Le grief tiré

du manque d'indépendance et d'impartialité des médecins fonctionnant auprès du CEMed de Nyon, en particulier d'un intérêt personnel de ceux-ci dans le sort de l'affaire en raison du fait que le CEMed serait financé par l'OAI et deviendrait un représentant, voire un organe de cet office en raison de ce lien de dépendance, n'est donc pas fondé.

4. Il s'ensuit que le recours doit être rejeté et la décision incidente confirmée.

L'art. 69 al. 1er bis LAI déroge au principe de la gratuité prévu à l'art. 61 let. a LPGA en mettant les frais de procédure à la charge du recourant en matière de contestations portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'AI. Le caractère onéreux ou gratuit de procédures afférentes à des incidents soulevés en cours d'instance est lié au caractère onéreux ou gratuit de la procédure principale. Le Tribunal fédéral a confirmé ce principe appliqué à la gratuité des recours contre des décisions incidentes ou d'ordonnancement de la procédure prises en marge d'une procédure principale gratuite (ATF 133 V 441). Dans la mesure où l'art. 69 al. 1er bis LAI prévoit une exception au principe de gratuité en matière de contestations portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'AI, il n'y a pas lieu de déroger à cette exception pour les procédures incidentes survenant dans ce contexte (TF 9C_905/2007 du 15 avril 2008). Il s'ensuit que la procédure incidente est soumise à la perception de frais, qu'il convient d'arrêter en l'espèce à 200 fr., à la charge de la recourante.

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision incidente rendue le 27 mai 2011 par l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud est confirmée.

III. Les frais de justice, par 200 fr. (deux cents francs), sont mis à la charge de la recourante X._____.

IV. Il n'est pas alloué de dépens.

La présidente :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Jean-Michel Duc (pour X._____),
- Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud,
- Office fédéral des assurances sociales,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :