

**Tribunal fédéral – 9C\_541/2016**

Ile Cour de droit social  
Arrêt du 26 janvier 2016

### **Résumé et analyse**

#### **Proposition de citation :**

Dupont Anne-Sylvie, La rémunération de l'expert judiciaire : une brèche dans le principe de la séparation des pouvoirs (entre autres), analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C\_541/2016, Newsletter rcassurances.ch mars 2017

**Newsletter mars 2017**

### **Assurance-invalidité**

Expertise judiciaire ;  
montant de la  
rémunération des  
experts

**Art. 45 LPGA ;  
72<sup>bis</sup> al. 1 RAI**



La rémunération de l'expert judiciaire : une brèche dans le principe de la séparation des pouvoirs (entre autres)

Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C\_541/2016

Anne-Sylvie Dupont

## **I. Objet de l'arrêt**

L'arrêt a pour objet la fixation des honoraires d'un COMAI ayant fonctionné en qualité d'expert judiciaire, sur désignation d'un tribunal cantonal au sens de l'art. 57 LPGA.

## **II. Résumé de l'arrêt**

### **A. Les faits**

Dans le cadre d'une affaire relevant de l'assurance-invalidité, le tribunal cantonal des assurances du canton de Lucerne avait mis en œuvre une expertise judiciaire confiée au COMAI X. Sur la base de son rapport, il a rejeté le recours de l'assuré, mais il a mis les frais de l'expertise à charge de l'office AI concerné, conformément à l'art. 45 LPGA, pour un montant total de Fr. 16'830.65.

L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), en sa qualité d'autorité de surveillance, a recouru au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal, concluant à ce que les frais mis à sa charge soient limités à Fr. 12'346.95.-.

### **B. Le droit**

Le Tribunal fédéral ne revient pas sur la possibilité de principe de mettre à charge de l'assureur social les frais de l'expertise judiciaire (cf. ATF 140 V 70 c. 6.1 ; c. 1.1). Il résume ensuite les positions des parties : l'OFAS se fonde pour sa part sur une jurisprudence adoptée depuis fin 2016, imposant de fixer le montant de la rémunération du COMAI chargé d'une expertise judiciaire selon le même tarif que celui qui s'applique lorsque l'expertise est commandée par un office AI (TF, 22.09.2016, 9C\_253/2016, c. 2.1-2.2 ; TF, 2.12.2014, 9C\_217/2014, c. 4.1-4.2 ; c. 1.2). Les juges de première instance estiment de leur côté que

cette jurisprudence n'est pas fondée, et ne repose en particulier pas sur une base légale suffisante (c. 2.1).

Après avoir rappelé que les tarifs conclus entre un COMAI et l'OFAS reposent sur l'art. 72<sup>bis</sup> al. 1 RAI, soit une disposition applicable à la procédure administrative (interne), rien ne s'oppose à ce que ce tarif s'applique aussi en procédure judiciaire, en particulier lorsque le tribunal cantonal des assurances met lui-même en œuvre l'expertise conformément aux principes posés à l'ATF 137 V 210, soit principalement pour pallier les carences d'un office au niveau de l'instruction du dossier. Le fait que le tribunal cantonal agisse ainsi « en lieu et place de l'office » permet d'importer en procédure judiciaire l'application de l'art 72bis al. 1 RAI, fournissant ainsi une base légale suffisante pour que le tarif administratif lie le pouvoir judiciaire (c. 2.1). Ce raisonnement n'est pas applicable lorsque l'expertise est commandée par l'assuré lui-même, la rémunération des experts se fixant alors selon les règles du mandat (c. 2.2). Le fait que le travail des experts puisse être sensiblement plus complexe en cas de mandat judiciaire, en particulier dans le contexte de la nouvelle jurisprudence sur les troubles psychosomatiques, doit être corrigé par une adaptation du tarif, mais ne remet pas en cause l'applicabilité de ce dernier (c. 2.3).

### III. Analyse

La réflexion qui a guidé le Tribunal fédéral dans l'arrêt analysé ici est aussi simple que peu juridique : il n'y a pas de raison, selon lui, qui justifie que la rémunération d'un COMAI soit différente selon qu'il a été mandaté par un office AI pour une expertise externe (art. 44 LPGa) ou par un tribunal cantonal pour une expertise judiciaire, cette dernière ayant finalement pour but de pallier les carences de l'assureur social.

Bien sûr, on peut débattre de la question de savoir si le travail de l'expert judiciaire est véritablement le même que celui de l'expert administratif. Le Tribunal fédéral aborde très superficiellement cette question, à laquelle il ne répond pourtant pas, préférant se retrancher derrière l'idée que l'expertise judiciaire intervient en lieu et place de l'expertise administrative, et que les coûts doivent donc en être les mêmes. Cet *a priori* est naturellement erroné : il suffit de penser au volume du dossier qui sera soumis aux experts judiciaires (soit, en plus du dossier de l'assureur social, deux échanges d'écritures, des pièces complémentaires, dont éventuellement une expertise privée) pour être convaincu qu'une expertise judiciaire, intervenant dans le cadre d'une procédure contradictoire supposant que les experts se penchent sur les arguments des deux parties et motivent particulièrement précisément leur position en faveur de l'une ou de l'autre, voire expliquent pourquoi ils optent pour une troisième solution, ce que n'a pas à faire un COMAI mandaté dans le cadre d'une expertise administrative. Ce surplus de travail justifiait en l'espèce très certainement les quelques Fr. 4'500.- de plus alloués aux experts judiciaires.

Le principal problème de cet arrêt ne concerne toutefois pas la dévaluation du travail de l'expert judiciaire, mais bien quelques principes essentiels de l'organisation de notre Etat fédéral, Etat de droit de surcroît :

- en matière d'assurances sociales, si la procédure judiciaire est encadrée par quelques règles de droit fédéral (art. 56 ss LPGa), elle relève de la compétence des cantons (art. 61 LPGa). Ces derniers sont souverains s'agissant de l'organisation de la procédure, bien que tenus de respecter quelques réquisits fédéraux, listés à l'art. 61 LPGa. Les

règles fédérales concernant, par exemple, la gratuité de la procédure sauf activité légère ou téméraire (art. 61 let. a LPGA), ou encore le principe du remboursement des dépens à la partie qui obtient gain de cause (art. 61 let. g LPGA). Elles ne disent en revanche rien des tarifs applicables, de sorte que cette question relève exclusivement de la compétence des cantons.

On ne peut rien déduire d'autre de l'art. 45 LPGA. Cette disposition pose en effet le principe de la prise en charge par l'assureur social des mesures d'instruction qu'il a ordonnées, comme de celles qu'il n'a pas ordonnées mais qui s'avèrent indispensables à l'appréciation du cas. Cette base légale permet au tribunal cantonal, sur le principe, de mettre à charge de l'assureur social les frais entraînés par une expertise judiciaire. Au-delà du principe, elle ne dit rien de plus et ne fixe en particulier aucune règle quant à la fixation des frais, de sorte que l'indépendance judiciaire cantonale n'est, sur ce point, pas limitée par cette disposition ;

- en matière d'assurance-invalidité plus spécifiquement, la mise en œuvre des expertises administratives conformément à l'art. 44 LPGA a fait l'objet de précisions jurisprudentielles aujourd'hui bien connues (ATF 137 V 210), qui ont notamment conduit à la modification de l'art. 72<sup>bis</sup> RAI. Cette disposition prévoit désormais d'une part que « les expertises comprenant trois ou plus de trois disciplines médicales doivent se dérouler auprès d'un centre d'expertises médicales lié à l'office fédéral par une convention » (al. 1), d'autre part que l'attribution des mandats d'expertise doit se faire de manière aléatoire (al. 2). Cette disposition ne fait aucune mention du tarif applicable à la rémunération des experts, et ne contient aucune norme de délégation à ce sujet.

Formellement, la rémunération des experts est convenue dans le cadre des conventions conclues entre l'OFAS et chaque COMAI individuellement. En réalité, le tarif est fixé par l'OFAS, dans l'annexe 2 de l'accord pré-rédigé soumis aux organismes désirant fonctionner en qualité de COMAI (cf. <http://www.koordination.ch/de/online-handbuch/atsg/gutachten/suissemedp>). De fait, il ne s'agit pas d'un tarif négocié, mais d'une condition posée par l'administration pour la délégation de tâches publiques à un organisme privé. En d'autres termes, il s'agit d'une directive de l'administration, intégrée à la relation entre cette dernière et le tiers délégataire par le biais d'un contrat de droit administratif.

La relativité des conventions, principe général en matière contractuelle, y compris sur le terrain du droit administratif, interdit d'imposer à un tiers les obligations qui en découlent. Dans la constellation qui nous occupe, la relation entre l'expert et le tribunal cantonal des assurances ne s'inscrit clairement pas dans le cadre de la convention entre l'OFAS et le COMAI.

Imposer à l'autorité judiciaire cantonale d'utiliser un tarif fixé unilatéralement par l'administration fédérale revient à dire que cette dernière est habilitée à lui donner des instructions sur la manière dont il doit rémunérer les auxiliaires de justice qu'il mandate. Cette conception crée une brèche à la fois dans les règles inhérentes à un système fédéral, et dans le principe de la séparation des pouvoirs. Alors que les premières ne permettent à la Confédération d'agir que lorsqu'elle s'en est expressément vu attribuer la compétence, le second interdit (notamment) à l'administration de donner des

instructions au pouvoir judiciaire (Jacques Dubey / Jean-Baptiste Zufferey, Droit administratif général, Bâle 2014, N 28).

La séparation fonctionnelle entre l'administration et la justice interdit de considérer, comme le fait le Tribunal fédéral dans la présente affaire et dans les quelques-unes qui l'ont précédée, que les tribunaux institués par les cantons en application de l'art. 57 LPGA sont des organes de l'administration chargée de la mise en œuvre de l'assurance-invalidité. En conséquence, ils n'ont pas de directives à recevoir de l'administration fédérale, à moins qu'une loi ne le prévoie.

Compte tenu de l'importance de l'entorse aux deux principes évoqués ci-dessus, seule une base légale au sens formel peut selon nous permettre un tel procédé, base légale qui n'existe pas en l'espèce (l'art. 72<sup>bis</sup> RAI se trouve, précisément, dans un règlement qui n'a pas été adopté selon la procédure législative ordinaire). A tout le moins faut-il admettre que l'art. 72<sup>bis</sup> RAI ne remplit pas les conditions de précision et de clarté qui permettraient de lui voir reconnaître, sur la question de possibles instructions de l'administration fédérale aux instances judiciaires cantonales, le rang de base légale matérielle (cf. Dubey/Zufferey, op. cit., N 518 ss). En effet, nous le rappelons encore une fois, l'art. 72<sup>bis</sup> RAI ne fait aucune référence à la rémunération des experts, ni à la nécessité d'un tarif uniforme.

En définitive, l'arrêt analysé contrevient à plusieurs principes essentiels, qui n'ont même pas été évoqués par le Tribunal fédéral. On peine dès lors à comprendre ce qui justifie qu'on les transgresse dans le cadre spécifique de la mise en œuvre de l'assurance-invalidité, sauf à penser que notre Haute Cour aurait confondu sa fonction avec celle du Contrôle fédéral des finances et tenu à préserver par-dessus tout les intérêts financiers de l'administration, ce qui n'est pas un motif recevable pour justifier la solution adoptée.