

Jurisprudence et pratique administrative

AVS

Assurance-vieillesse et survivants

AI

Assurance-invalidité

PC

Prestations complémentaires à l'AVS/AI

APG

Allocations pour perte de gain

AF

Allocations familiales

PP

Prévoyance professionnelle

Pratique	
AVS: Obligation de garder le secret; demande d'extraits de CI concernant des requérants d'asile, présentée par l'OFR	37
Informations	
En bref	39
Mutations au sein des organes d'exécution	40
Erratum	40
Droit	
AVS. Valeur juridique de décisions de cotisations Arrêt du TFA du 30 avril 1998 en la cause J. K.	41
AI. Mesures médicales Arrêt du TFA du 10 septembre 1999 en la cause N. L.	43
AI: Garantie des droits acquis portant sur le montant de l'indemnité journalière de l'assurance-accidents Arrêt du TFA du 26 mai 1998 en la cause U. L.	45
AI. Evaluation de l'invalidité des personnes exerçant une activité dépendante Arrêt du TFA du 28 septembre 1998 en la cause A. H.	51
AI. Calcul de rentes Arrêt du TFA du 8 mai 1998 en la cause M. K.	56

Pratique VSI 2/1999 – Mars/avril 1999

Editeur
Office fédéral des assurances sociales
Effingerstrasse 31, 3003 Berne
Téléphone 031 322 90 11
Téléfax 031 322 78 41

Administration
Office central fédéral des imprimés et du matériel
3000 Berne

Rédaction
Service d'information OFAS
René Meier, téléphone 031 322 91 43

Prix d'abonnement fr. 27.- + 2,3% TVA
(paraît six fois par année)
Prix au numéro fr. 5.-

Obligation de garder le secret; demande d'extraits de CI concernant des requérants d'asile, présentée par l'Office fédéral des réfugiés*

Ces derniers temps, de nombreuses caisses nous ont signalé avoir reçu des requêtes émanant de l'Office fédéral des réfugiés, lequel demande qu'on lui remette des extraits de CI de requérants d'asile ou qu'on lui indique la caisse de compensation qui pourrait fournir de tels extraits.

Cet office précisait qu'il a besoin de ces extraits de comptes pour contrôler les comptes de sûretés des requérants d'asile concernés.

Selon les explications complémentaires que nous avons obtenues, les employeurs de requérants d'asile sont astreints par la législation sur l'asile à retenir un pourcentage du salaire et à le verser sur un compte de sûretés (compte «Si-Rück»), destiné à couvrir les avances consenties par la Confédération pour soutenir ledit requérant d'asile. La comptabilisation et la gestion de ces comptes incombe à l'Office fédéral des réfugiés (ou à la task force Si-Rück mise en œuvre par cet office). Cet office est ainsi tenu de vérifier si les employeurs ont rempli toutes leurs obligations.

Jusqu'à présent, l'OFAS a rejeté ces demandes au motif que la législation sur l'asile ne contient aucune norme susceptible de délier les organes de l'AVS de leur obligation de garder le secret. Au surplus, l'art. 209^{bis} al. 1 RAVS ne s'applique pas en l'occurrence, car il ne s'agit pas d'une demande concernant un cas d'espèce, mais, au contraire, d'un recours systématique aux données de l'AVS. Enfin, les conditions de la lettre d du 1^{er} al. de l'art. 209^{bis} RAVS ne sont pas réunies.

Dans une correspondance du 30 décembre 1998 adressée à l'OFAS, l'Office fédéral des réfugiés expose que l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'asile, prévue pour le 1^{er} juillet 1999, permettra à l'Office des réfugiés de requérir la collaboration des caisses de compensation pour la gestion de ces comptes. Cette perspective, entièrement nouvelle pour l'OFAS, remettrait sans doute en cause notre pratique si elle devrait se réaliser. Cela étant, le concours des caisses suppose au préalable des mesures d'information et d'organisation, qui devront être prises de concert par tous les intéressés

* Extrait du Bulletin n° 63 à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'exécution PC

(OFAS, caisses de compensation, Office fédéral des réfugiés). L'OFAS organisera très prochainement des consultations à ce sujet.

En dépit de ces développements, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas lieu de modifier notre pratique. Nous prions donc les caisses, et ce jusqu'à nouvel avis, de ne pas délivrer les extraits de CI requis par l'Office fédéral des réfugiés.

Commission mixte de liaison entre les autorités fiscales et l'AVS

La Commission mixte de liaison entre les autorités fiscales et l'AVS a tenu sa 59^e séance le 26 janvier, sous la présidence d'Alfons Berger, sous-directeur et chef de la Division AVS/APG/PC. L'accent a été mis sur les répercussions de l'initiative parlementaire Hegetschweiler sur l'AVS. Suite à l'acceptation de cette initiative, la modification de la référence temporelle de l'imposition entraîne un remplacement du système dit de la différence (comparaison de la taxation selon l'ancien et le nouveau droit) par un système de calcul annuel. Les dispositions transitoires actuelles figurant aux ch. 4014 ss des «Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des non-actifs (DIN)» sont de ce fait devenues obsolètes. Il a donc fallu modifier en conséquence ces dispositions ainsi que les formulaires de déclaration fiscale et les soumettre à l'approbation de la Commission.

La Commission a aussi examiné et réglementé le traitement des revenus et des dépenses extraordinaires ainsi que le prélèvement des cotisations spéciales sur les bénéficiaires en capital (détermination et communication des bénéficiaires en capital; caractère obligatoire des cotisations). On a en outre attiré l'attention des autorités fiscales sur la stricte application des art. 45 et 47 LIFD pour que certains revenus (bénéficiaires en capital) ne soient pas soustraits à la perception des cotisations.

La discussion a de nouveau porté sur l'obligation de renseigner les autorités fiscales qui incombe à l'AVS selon l'art. 209^{bis} RAVS (seulement dans «un cas d'espèce et sur demande motivée»). Aucun besoin d'action ne s'est fait sentir en l'occurrence.

Enfin, vu que la majorité des cantons passe à un mode de taxation annuel postnumerando, on en est venu à discuter d'un éventuel changement de système dans l'AVS. Il a été décidé dans la foulée de constituer un groupe de travail formé de spécialistes de la fiscalité et de représentants de l'OFAS. La Commission mixte devra encore se pencher sur la question.

Mutations au sein des organes d'exécution

Nouveau domicile de la caisse de compensation du canton de Zurich (1) depuis le 19 janvier 1999: Röntgenstrasse 17, case postale, 8087 Zurich; téléphone 01/448 50 00, fax 448 55 55.

Nouvelle adresse postale de la caisse de compensation du canton du Valais (23): case postale 287, 1951 Sion.

Erratum Pratique VSI 6/1998 p. 297

L'arrêt du 23.4.1998 en la cause K. Z. concernant le délai de carence en matière PC contient une erreur. Dans la 1^e ligne du 'chapeau', il faut en effet lire: «Pour les saisonniers, ...» (et non «Pour les réfugiés»).

AVS. Valeur juridique de décisions de cotisations

Arrêt du TFA, du 30 avril 1998, en la cause J. K.

(Traduction de l'allemand)

Art. 9 al. 1 LAVS; art. 17 et 22 al. 1 et 2 RAVS. De la valeur juridique de décisions de cotisations en tant qu'actes administratifs analogues à un jugement. Il est en principe admis d'affecter pour les futures périodes de cotisations un immeuble à la fortune commerciale au lieu de l'affecter à la fortune privée en tenant compte du changement de situation effectivement intervenu.

Art. 9 cpv. 1 LAVS; art. 17, 22 cpv. 1 et 2 OAVS. In merito alla validità giuridica di decisioni contributive in quanto atti amministrativi simili a sentenze. Per principio è ammesso attribuire un immobile al patrimonio commerciale invece che a quello privato per periodi contributivi futuri tenendo conto delle circostanze effettive insorte.

J. K. est architecte de profession, et propriétaire ou copropriétaire de plusieurs immeubles. En 1969, il a acheté en propriété collective avec A. K. le bien-fonds G. sur lequel il a ensuite fait construire des maisons plurifamiliales jumelées. En 1982, il a acheté la part de A. K. Depuis le 1^{er} janvier 1979, J. K. est affilié à la caisse de compensation en tant que commerçant en immeubles exerçant une activité indépendante à titre accessoire. Par décisions du 1^{er} juin 1984, la caisse de compensation a fixé les cotisations AVS/AI/APG pour les années 1979 à 1985. La caisse a reconnu pendant la procédure, notamment par décision sur recours du 28 août 1985, que l'immeuble G. faisait partie des biens privés, raison pour laquelle elle a annulé les décisions de cotisations contestées. Le 30 août 1988, J. K. a vendu l'immeuble G. Sur la base des communications fiscales correspondantes, la caisse de compensation a fixé les cotisations de J. K. pour les années 1990/1991.

L'autorité cantonale de recours a admis en partie un recours formé par J. K. et renvoyé l'affaire à la caisse de compensation pour que celle-ci fixe une nouvelle fois les cotisations au sens des considérants. Par recours de droit administratif auprès du TFA, J. K. demande l'annulation des deux décisions de cotisations. Le TFA rejette le recours. Extrait des considérants:

7. En résumé, c'est à bon droit que l'instance précédente a évalué la vente du bien-fonds G. comme une activité commerciale professionnelle et qualifié le bénéfice en ayant résulté de revenu d'une activité lucrative soumis à cotisations. Il convient d'apprécier ensuite la portée juridique de la décision administrative du 28 août 1985 par laquelle la caisse de compensation, après consultation de l'administration cantonale des impôts, a annulé

les décisions de cotisations pour la période de 1979 à 1985 et constaté que, dans le cas de l'immeuble G. et de deux autres, il s'agissait de biens privés.

a. Les décisions de l'administration portant sur un état de fait qui n'a plus cours sont appelées, parce qu'elles sont à ce titre comparables à des arrêts judiciaires, décisions analogues à un jugement (*Gygi*, Zur Rechtsbeständigkeit von Verwaltungsverfügungen, ZBI 83/1982 p. 159). Puisque ces décisions règlent un état de fait achevé dans le temps, elles n'ont par conséquent de valeur juridique que pour celui-ci lorsqu'elles entrent en force de chose jugée

Si, après la notification de la décision analogue à un jugement qui était au départ exempte d'erreur juridique, les faits pertinents changent, on ne revient pas sur la décision d'origine pour l'adapter (la réviser matériellement), mais on publie une autre décision pour la nouvelle situation de nouveau achevée dans le temps. Car seules les décisions durables peuvent être touchées par un changement de situation et peuvent être adaptées à une évolution temporelle (*Gygi*, op. cit., p. 167).

Si la décision d'origine analogue à un jugement contient une erreur de droit, sa valeur juridique n'empêche pas l'administration d'apprécier à l'avenir l'état de fait conformément au droit. Dans les cas limites où l'erreur de droit n'apparaît pas clairement, les faits ne sauraient être appréciés qu'avec prudence pour l'avenir aussi. C'est ce que le principe de l'économie de procédure impose également (cf. RCC 1989 p. 465 consid. 2b).

Si, en revanche, il convient de revenir sur la décision passée en force, il faut que soient réunies les conditions d'une reconsidération ou d'une révision. Le TFA s'est prononcé dans ce sens, s'agissant du changement de statut de l'assuré opérant pour l'avenir (ATF 121 V 5 = VSI 1995 p. 147 consid. 6).

b. Conformément à l'art. 22 RAVS dans la version en vigueur jusqu'au 31 décembre 1994, applicable dans le cas d'espèce, la cotisation annuelle est fixée pour une période de cotisations de deux ans (al. 1). La cotisation annuelle est généralement calculée sur la base du revenu net moyen pour une période de calcul de deux ans. Cette dernière comprend la deuxième et la troisième année antérieure à la période de cotisations et coïncide avec une période de calcul de l'impôt fédéral direct (al. 2). La décision de cotisations couvre, conformément à la taxation fiscale ordinaire de l'impôt fédéral direct, un état de fait passé, achevé dans le temps, avec une conséquence juridique unique. Il s'agit donc d'une décision analogue à un jugement.

Par décision du 28 août 1985, l'administration a attribué le bien-fonds G. à la fortune privée, conformément aux décisions annulées pour les années

1979 à 1985. A la lumière des principes exposés dans le considérant 7a, ce jugement n'interdit pas de requalifier l'immeuble en s'en écartant dans la perspective de la distinction entre fortune commerciale et fortune privée. Ce faisant, on tiendra compte du changement de situation effectivement intervenu à partir de 1986. (H 127/97)

AI. Mesures médicales

Arrêt du TFA du 10 septembre 1999 en la cause N. L.

(Traduction de l'allemand)

Art. 12 s. LAI; art. 2 al. 1 RAI; art. 78 al. 3 RAI. Les actes diagnostiques (en l'occurrence l'analyse chromosomique) ne sont pas considérés comme des mesures médicales au sens de l'art. 12 s. LAI, car ils n'ont pas un caractère thérapeutique. Prise en charge des coûts éventuellement à titre de mesures d'instruction aux conditions énoncées à l'art. 78 al. 3 RAI.

Art. 12 seg. LAI; art. 2 cpv. 1 OAI; art. 78 cpv. 3 OAI. I procedimenti diagnostici (in casu esame cromosomico) non contano come provvedimenti sanitari ai sensi dell'art. 12 seg. LAI poiché non hanno carattere terapeutico. Assunzione dei costi eventualmente come provvedimento di accertamento alle condizioni di cui all'art. 78 cpv. 3 OAI.

A. N. L., née en 1995, est atteinte d'hydronéphrose congénitale et de malformations urétrales. L'AI a reconnu la nature congénitale de ces infirmités et fournit, à ce titre, diverses prestations. Le 4 octobre 1997, les parents de N. L. ont présenté une demande de prise en charge des coûts de l'analyse chromosomique prescrite par le médecin de famille, le docteur A., et effectuée à l'Institut de génétique médicale de l'Université de X. L'office AI a rejeté cette demande par décision du 26 novembre 1997.

B. L'autorité de recours cantonale a partiellement admis le recours interjeté par le père de N. L., annulé la décision et renvoyé la cause à l'office AI pour qu'il prenne à nouveau position sur la demande de prestation, après avoir complété le dossier dans le sens des considérants (jugement du 6 avril 1998).

C. Par recours de droit administratif, l'OFAS demande l'annulation du jugement de l'autorité de recours cantonale.

Alors que le père de N. L. conclut par analogie à un rejet du recours de droit administratif, l'office AI renonce à prendre position.

Le TFA a admis le recours de droit administratif pour les motifs suivants:

1. Le litige et l'examen portent sur la question de savoir si l'AI doit prendre en charge les frais de l'analyse chromosomique effectuée à l'Institut de génétique médicale de l'Université de X. (rapport du 28 octobre 1997).

2a. Dans sa décision, l'office AI a dénié tout droit aux prestations selon l'art. 12 LAI au motif que l'analyse chromosomique ne visait pas à obtenir un état de santé à peu près stable et représentait en outre une mesure purement prophylactique.

b. L'instance précédente a renvoyé la cause à l'administration pour qu'elle détermine si les coûts doivent être pris en charges à titre de mesure médicale prophylactique de réadaptation chez les mineurs selon le ch. 53 de la circulaire concernant les mesures médicales de réadaptation de l'assurance-invalidité (CMRM) ou à titre de mesure médicale nécessaire au traitement d'une infirmité congénitale selon l'art. 13 LAI.

L'office fédéral recourant objecte que le renvoi pour complément d'instruction est inutile, car l'office AI a rejeté la demande de prestations à juste titre, bien que les motifs invoqués ne soient pas pertinents. L'analyse génétique ne doit pas être qualifiée de mesure médicale selon l'art. 12 s. LAI, son caractère thérapeutique faisant défaut. Seul l'art. 78 al. 3 RAI entre en considération comme base de droit, ses conditions n'étant toutefois pas remplies dans le cas présent.

3a. Aux termes de l'art. 2 al. 1 1^{re} phrase RAI, sont considérés comme mesures médicales au sens de l'art. 12 LAI notamment les actes chirurgicaux, physiothérapeutiques et psychothérapeutiques qui visent à supprimer ou à atténuer les séquelles d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident – caractérisées par une diminution de la mobilité du corps, des facultés sensorielles ou des possibilités de contact – pour améliorer de façon durable et importante la capacité de gain ou la préserver d'une diminution notable.

Comme il ressort du rapport du 28 octobre 1997 de l'Institut de génétique médicale de l'Université de X., l'analyse chromosomique visait à vérifier si l'assurée était atteinte du syndrome BOR comme le soupçonnait le médecin de famille. De par son objectif, elle ne représente donc pas un acte thérapeutique, mais bien un acte purement diagnostique. En tant que tel, et comme l'a fait valoir justement l'office fédéral, il ne peut être qualifié de mesure médicale au sens de l'art. 12 s. LAI.

b. Reste en conséquence à examiner l'art. 78 al. 3 RAI comme base de droit. Cet article dispose que les mesures d'instruction sont prises en charge

par l'assurance lorsqu'elles ont été ordonnées par l'office AI ou, à défaut, si elles étaient indispensables à l'octroi de prestations ou faisaient partie intégrante de mesures de réadaptation octroyées après coup (cf. ATF 101 V 212; ATF 97 V 233 = RCC 1972 p. 228). L'analyse génétique prescrite par le médecin de famille ne remplissant pas ces critères, il faut cependant dénier, à ce titre également, tout droit à la prise en charge des coûts. (I 201/98)

AI. Garantie des droits acquis portant sur le montant de l'indemnité journalière de l'assurance-accidents

Arrêt du TFA du 26 mai 1998 en la cause U. L.

(Traduction de l'allemand)

Art. 25^{bis} et 22 ss LAI; art. 16 s. LAA. La garantie des droits acquis que confère l'art. 25^{bis} LAI concerne le montant de l'indemnité journalière de l'assurance-accidents, réduite en cas d'incapacité de travail partielle, touchée par l'assuré avant sa réadaptation (consid. 4 et 5).

Art. 25^{bis} LAI; art. 22 segg. LAI; art. 16 seg. LAINF. La garanzia dei diritti acquisiti secondo l'art. 25^{bis} LAI si riferisce all'ammontare dell'indennità giornaliera AINF precedente all'integrazione e ridotta in modo proporzionale in presenza di incapacità lavorativa parziale (cons. 4 e 5).

Le 6 juin 1993, U. L. (né en 1961) chuta lourdement lors d'une épreuve de motocross organisée en Italie. Cette chute entraîna une blessure complexe du genou gauche (arrachement proximal du ligament croisé antérieur et postérieur, déchirement complet de la capsule médiane). Par décision du 25 juin 1993, qui n'a pas été contestée, l'assurance-accidents (CNA), auprès de laquelle U. L. était assuré en tant que maçon de l'entreprise B., réduisit de moitié l'indemnité journalière de 167 francs (en cas d'incapacité totale de travail) pour entreprise téméraire.

Après avoir repris son travail à temps partiel dans l'entreprise, le 1^{er} février 1994, U. L. subit un nouvel accident le 11 mars 1994 en tombant de l'échafaudage d'une façade et se blessa à nouveau au genou gauche. A la suite de ce second accident, il se voyait allouer une indemnité journalière réduite en fonction de sa capacité de travail (de 0% jusqu'au 1^{er} mai 1994, de 50% jusqu'au 23 mai 1994, 70% jusqu'au 12 octobre 1994, et de 75% depuis lors), soit de 41 fr. 75 à partir du 13 octobre 1994.

Considérant que la poursuite de la profession de maçon n'était plus indiquée du point de vue du diagnostic médical eu égard à la charge que ladite

profession imposerait au genou accidenté, l'office AI décida le 27 février 1995 de réadapter U. L. comme technicien commercial, du 24 avril 1995 au 31 octobre 1996. Elle fixa le montant de l'indemnité journalière pour la durée des mesures professionnelles à 112 fr. 60 (décision du 22 mars 1995).

Après avoir consulté l'assurance-accidents, U. L. recourut devant le tribunal cantonal des assurances, en concluant à l'octroi d'une indemnité journalière plus élevée. Il fit valoir que l'indemnité journalière qui lui avait été allouée correspondait seulement à 55% de son salaire environ. Le mode de calcul de l'indemnité le «pénalisait» du fait qu'il était «retourné travailler en attendant que l'on examine définitivement la question de la réadaptation» dans la mesure de sa capacité de travail, telle qu'admise par le médecin et fixée par l'assureur-accidents.

Dans sa réponse au recours, l'office AI rétorqua que l'assuré avait touché de l'assurance-accidents, en dernier lieu, 25% de l'indemnité journalière complète de 167 francs; de ce fait, «l'indemnité journalière effectivement versée par l'assurance-accidents était manifestement inférieure au montant intégral» de l'indemnité journalière AI qui était (après rectification du calcul) de 126 fr. 10. Dans ces conditions, la règle de coordination de l'assurance-invalidité, selon laquelle le montant total de l'indemnité journalière versée par l'assurance-invalidité correspond au moins à celui de l'indemnité journalière de l'assurance-accidents, ne trouvait pas application. Lors du deuxième échange d'écritures, les parties ont maintenu leur point de vue initial.

Par décision du 14 décembre 1995, l'autorité de première instance admet le recours et décide que l'assuré a droit à une indemnité journalière de 167 francs pendant la durée de son reclassement.

L'OFAS interjette un recours de droit administratif en concluant à l'annulation du jugement de première instance dans la mesure où l'indemnité journalière allouée à l'assuré dépassait 132 francs.

Tandis que U. L. conclut au rejet du recours de droit administratif, l'office AI renonce à prendre position et à présenter des conclusions dans son préavis. Le 26 mai 1998, le TFA tint une séance de débats à laquelle les parties sont conviées.

Le TFA admet le recours en motivant comme suit:

1a. Aux termes de l'art. 22 al. 1 1^{ère} phrase LAI, l'assuré a droit à une indemnité journalière pendant la réadaptation (art. 8 ss LAI) si les mesures de réadaptation l'empêchent d'exercer une activité lucrative durant trois

jours consécutifs ou s'il présente, dans son activité habituelle, une incapacité de travail de 50% au moins.

Si un assuré avait droit jusqu'à sa réadaptation à une indemnité journalière selon la loi sur l'assurance-accidents (art. 16 LAA), le montant total de l'indemnité journalière correspond au moins à celui de l'indemnité journalière allouée par l'assurance-accidents (art. 25^{bis} LAI).

b. Le sens et le but de la norme de coordination avec l'assurance-accidents, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1984, sont d'éviter que le bénéficiaire d'indemnités journalières de l'assurance-accidents n'enregistre une baisse de prestations dès le début de la réadaptation prise en charge par l'assurance-invalidité en raison des règles de calcul des indemnités journalières appliquées par cette dernière assurance (ATF 120 V 179, cons. 3a; message du Conseil fédéral du 18 août 1976 concernant l'assurance-accidents, FF 1976 III 143 ss, 192 et 231, ainsi que Bulletin officiel 1979 N 290, 1980, p. 505; *Maurer*; Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, p. 338 s.). En d'autres termes, il s'agit de conserver à l'intéressé son statut financier d'assuré en cas d'accidents sous forme de garantie des droits acquis (ATF 119 V 126 en haut et 128 cons. 4b).

2. Selon le calcul effectué par l'autorité de première instance et confirmé par l'office fédéral recourant, l'indemnité journalière due pendant la durée de la réadaptation (une année et demie) en tant que technicien commercial, qui a débuté le 24 avril 1995, se monte à 132 francs (93 fr. [indemnité pour personne seule] + 12 fr. [supplément pour personne seule] + 27 fr. [supplément de réadaptation]); voir art. 23 ss LAI et les dispositions d'exécution y relatives). Ce montant est supérieur à l'indemnité journalière de l'assurance-accidents versée depuis le 13 octobre 1994, calculée sur une incapacité de travail partielle de 25%, soit de 41 fr. 75 (voir art. 17 al. 1 2^e phrase LAA), mais n'atteint pas la somme de 167 francs qui reviendrait à l'assuré en cas d'incapacité totale de travail (voir art. 17 al. 1 1^{re} phrase LAA).

Pour fixer le montant de l'indemnité journalière due pendant la réadaptation, il importe dès lors de savoir si la garantie de l'art. 25^{bis} LAI porte sur l'indemnité journalière effectivement payée par l'assurance-accidents et correspondant au degré d'incapacité de travail due à l'accident, comme le soutient l'office fédéral, ou si elle s'étend au montant de l'indemnité journalière qui reviendrait à l'assuré en cas d'incapacité totale de travail, comme l'a admis l'autorité de première instance. Selon la réponse que l'on donne à cette question, l'intimé aura droit pendant la durée de sa réadaptation à une indemnité journalière d'un montant de 132 francs ou de 167 francs.

3. L'autorité de première instance, se fondant sur la finalité de l'art. 25^{bis} LAI (voir consid. 1a ci-dessus), estime que la garantie conférée par cette disposition ne devait pas dépendre du fait que l'assuré soit totalement ou partiellement incapable de travailler, ou qu'il utilise ou non sa capacité de travail résiduelle. Pour la période de réadaptation devenue nécessaire à la suite de l'accident et prise en charge par l'assurance-invalidité, il fallait considérer l'assuré comme s'il présentait une incapacité de gain totale – ce qui était en fait le cas pendant l'application de la mesure professionnelle qui s'étale sur toute la journée, indépendamment du degré de son incapacité de travail – et qu'il avait droit à des indemnités journalières de l'assurance-accidents. La garantie des droits acquis accordée par l'art. 25^{bis} LAI couvrait le montant total de l'indemnité journalière (80% du gain assuré [art. 17 al. 1 1^{re} phrase LAA]) et non pas seulement l'indemnité journalière correspondant au taux d'incapacité de travail existant avant le début de la réadaptation.

Pour sa part, l'OFAS soutient que la garantie de l'art. 25^{bis} LAI a pour but d'éviter une baisse de prestations, comme l'a constaté le TFA dans l'ATF 119 V 128 cons. 4b «lorsque l'indemnité journalière de l'assurance-invalidité appelée à remplacer celle de l'assurance-accidents est inférieure à cette dernière dès l'application de mesures de réadaptation». Dans le présent cas, l'assureur-accidents avait réduit le montant de l'indemnité journalière en raison de l'amélioration de l'état de santé, et non pas parce que l'assuré avait repris une activité lucrative. Du moment que, pendant la réadaptation, l'assuré a droit à une indemnité journalière de l'AI (132 francs) supérieure à celle qu'il touchait précédemment de l'assurance-accidents (42 francs env.), il n'y avait pas diminution de prestations, de sorte que le sens et le but de l'art. 25^{bis} LAI étaient atteints.

4a. L'autorité de première instance et l'office fédéral partent à juste titre de l'idée que le but de la norme de l'art. 25^{bis} LAI, tel qu'il ressort de l'intention du législateur dans les travaux préparatoires, ne penche pas de manière évidente en faveur ou à l'encontre de l'une des deux solutions en discussion. De même, la systématique légale ne permet pas davantage de savoir si l'indemnité journalière de l'AI versée pendant la réadaptation doit atteindre au moins l'indemnité journalière de l'assurance-accidents touchée jusqu'alors et, le cas échéant, réduite en fonction du degré de l'incapacité de travail (art. 17 al. 1 2^e phrase LAA) ou si la garantie des droits acquis s'étend à l'indemnité journalière maximale prévue par la loi et correspondant à 80% du gain assuré (en cas d'incapacité totale de travail; art. 17 al. 1 1^{re} phrase LAA). En tant que norme de coordination, l'art. 25^{bis} LAI (en corrélation avec l'art. 16 al. 3 LAA), règle le remplacement de l'indemnité journalière

de l'assurance-accidents par celle de l'AI pendant la réadaptation prise en charge par cette dernière (voir FF 1976 III 192), sans apporter de modification fondamentale au calcul de l'indemnité journalière selon les prescriptions légales de l'assurance-invalidité en la matière (ATF 119 V 128 cons. 4c).

b. La teneur de l'art. 25^{bis} LAI a une valeur déterminante pour l'OFAS. Selon cette disposition, le montant de l'indemnité journalière «correspond au moins à celui de l'indemnité journalière allouée par l'assurance-accidents». Touché ou versé d'après les versions française ou italienne (allouée, versato) selon le degré d'(in)capacité de travail, le montant maximal de 80% du gain assuré n'entre en ligne de compte que lorsque l'assuré présente une incapacité totale de travail due à un accident (art. 17 al. 1 LAA). Cette constatation revêt d'autant plus d'importance que les travaux préparatoires ne contiennent aucune indication qui pourrait laisser croire qu'en adoptant l'art. 25^{bis}, le législateur n'ait pensé qu'aux assurés totalement incapables de travailler à la suite d'un accident. Pour tout commentaire de la clause de garantie des droits acquis en faveur des personnes accidentées, pendant la réadaptation prise en charge par l'AI, on se contente de renvoyer à l'art. 16 LAA, qui règle le droit à l'indemnité journalière, tout en précisant d'entrée que «l'indemnité journalière permet pendant une durée limitée d'indemniser l'incapacité totale ou partielle de travail» (FF 1976 III 192).

5a. Lorsque la teneur d'un texte est claire d'un point de vue linguistique, mais que les autres éléments d'interprétation qui concernent directement une disposition, en particulier sa finalité, laissent place à un sens juridique différent, il faut se demander si une analyse inspirée de principes constitutionnels peut donner lieu à une interprétation qui déroge à la version purement littérale (voir ATF 122 V 93 cons. 5a/aa; ATF 119 V 130 cons. 5b et les références citées) du texte légal en cause. Le juge de première instance admet que tel est le cas, car, selon lui, des raisons d'égalité de traitement (art. 4 cst.) commandent que l'on fasse abstraction du fait que l'assuré soit totalement ou partiellement incapable de travailler avant la réadaptation et touche par conséquent une indemnité journalière de l'assurance-accidents, du moment qu'il est empêché de travailler toute la journée par les mesures de réadaptation professionnelles, quel que soit son degré d'incapacité de travail, «comme s'il présentait une incapacité de gain totale à la suite d'un accident».

b. D'une part, il faut bien convenir avec le juge de première instance que la date de la réadaptation a quelque chose d'aléatoire par rapport au degré d'incapacité de travail consécutive à l'accident. Mais cette circonstance, à elle seule, ne suffit pas à justifier, au nom du principe de l'égalité de traitement garanti par la constitution, le versement d'une indemnité journalière

maximale égale à 80% du gain assuré à la personne assurée qui se trouve en réadaptation, quelle que soit son (in)capacité de travail effective. Une telle interprétation excéderait la notion de garantie des droits acquis, laquelle ne va pas au-delà du droit légal garanti (voir *Rhinow/Krähenmann*, Verwaltungsrechtsprechung, volume complémentaire, n° 122 B XIII, p. 368). Or, ce droit dépend du degré de capacité de travail et implique une indemnité journalière moins élevée lorsque l'incapacité de travail n'est pas totale (art. 17 al. 1 2^e phrase LAA). Le fait que l'assuré partiellement incapable de travailler à la suite d'un accident (ou d'une maladie professionnelle) est empêché à plein temps d'exercer une activité lucrative pendant sa réadaptation ne change rien à l'affaire, car il en est également ainsi des personnes assurées «uniquement» par l'AI dont l'incapacité de travail n'est que partielle et qui ont besoin de mesures de réadaptation.

c. D'autre part et par voie de conséquence, la garantie des droits acquis de l'art. 25^{bis} LAI joue aussi pendant la durée de la réadaptation. L'assurance-invalidité est dès lors tenue non seulement d'adapter l'indemnité journalière qu'elle verse au montant de l'indemnité journalière allouée précédemment par l'assurance-accidents, mais également de tenir compte des augmentations ultérieures de l'indemnité auxquelles l'assureur-accidents aurait procédé en application de l'art. 23 al. 7 OLAA, eu égard à l'évolution présumée des salaires (ATF 119 V 121 = RCC 1993 p. 130). Pour la même raison, il faut également tenir compte d'une aggravation de l'état de santé des suites de l'accident pendant la réadaptation, si elle entraîne une diminution de la capacité de travail de l'assuré. Le fait que la garantie des droits acquis est accordée pendant toute la durée des mesures professionnelles prises en charges par l'AI oblige, d'un point de vue temporel, à comparer l'indemnité journalière de l'AI à celle allouée en dernier lieu par l'assurance-accidents (en ce sens ATF 119 V 128 cons. 4c) et non pas, comme on pourrait le penser en vertu de la teneur de l'art. 25^{bis} LAI («indemnité journalière allouée», ou dans les deux autres langues officielles «bisher bezogenen Taggeld» et «ammontare ... dell'indennità giornaliera versato fino allora»), les montants des indemnités journalières versés en moyenne depuis l'événement qui a généré le droit aux prestations.

d. Il ressort de ce qui précède que, contrairement au point de vue soutenu par l'autorité de première instance, il n'existe aucune raison, même sur le plan constitutionnel, de s'écarter de l'interprétation littérale de l'art. 25^{bis} LAI, selon laquelle la garantie des droits acquis conférée par cette disposition s'étend à l'indemnité journalière allouée par l'assurance-accidents avant le début de la réadaptation. Le jugement attaqué est donc contraire au droit fédéral. (I 42/96)

AI. Evaluation de l'invalidité des personnes exerçant une activité dépendante

Arrêt du TFA du 28 septembre 1998 en la cause A. H.

(Traduction de l'allemand)

Art. 28 al. 2 LAI. A propos des résultats de l'enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) de l'Office fédéral de la statistique, qui remplace l'enquête sur les salaires d'octobre publiée par l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail jusqu'en 1993, et qui sert de base pour fixer le revenu déterminant après la survenance de l'invalidité.

Art. 28 cpv. 2 LAI. Circa i risultati dell'indagine sulla struttura retributiva svizzera del 1994 dell'Ufficio federale di statistica – che ha sostituito l'inchiesta sui salari di ottobre pubblicata fino al 1993 dall'Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro – necessaria per determinare il reddito d'invalido.

A. A. H., né en 1933, a travaillé comme contremaître-maçon dans l'entreprise X. depuis 1959. Le 17 novembre 1991, il a subi une attaque cérébrovasculaire, en raison de laquelle il a été hospitalisé jusqu'au 6 décembre 1991 à l'Hôpital cantonal de Y. pour y suivre un traitement (rapport du 11 décembre 1991).

Le 14 mars 1994, A. H. a déposé une demande de prestations auprès de l'AI. La commission AI (actuellement l'office AI) a examiné la situation économique et l'état de santé de l'assuré en prenant des renseignements auprès de l'employeur (les 6 avril et 19 juillet 1994, ainsi que le 11 avril 1995) et en requérant des attestations du médecin traitant, le Dr A. (les 26 mars et 8 août 1994). Elle a fait également expertiser l'assuré par les médecins de la clinique de réadaptation Z. (rapports du Dr B., médecin généraliste, du 22 mars 1995, ainsi que du Dr C., neuropsychologue, du 25 février 1995). Se fondant sur ces renseignements et ces rapports, l'office AI a admis un degré d'invalidité de 50% et a octroyé à A. H. une demi-rente d'invalidité, ainsi que des rentes complémentaires pour son épouse et son fils, avec effet rétroactif au 1^{er} mars 1993 (décision du 20 octobre 1995).

B. La commission de recours a rejeté, le 16 octobre 1996, le recours, concluant à l'octroi d'une rente entière, que l'assuré avait déposé contre cette décision.

C. Dans son recours de droit administratif, A. H. a renouvelé les conclusions prises en première instance, tout en requérant, à titre subsidiaire, le

renvoi de l'affaire à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. L'office AI a conclu au rejet du recours de droit administratif, alors que l'OFAS s'est abstenu de se prononcer.

Le TFA a admis le recours. Extrait des considérants:

1. L'autorité de première instance a exposé à satisfaction de droit les dispositions déterminantes sur la notion d'invalidité (art. 4 al. 1 LAI), l'étendue du droit à la rente (art. 28 al. 1 et 1^{bis} LAI), la détermination du degré d'invalidité des personnes exerçant une activité lucrative selon la méthode de comparaison des revenus (art. 28 al. 2 LAI), ainsi que la jurisprudence relative à l'importance des renseignements médicaux pour l'évaluation de l'invalidité (ATF 115 V 134 consid. 2; ATF 114 V 314 consid. 3c). Il suffit dès lors de s'y référer.

2a. Le 17 novembre 1991, le recourant a subi une attaque cérébro-vasculaire de l'hémisphère gauche. Tenant compte des faibles douleurs résiduelles dont se plaignait encore son patient, le Dr A., médecin traitant de A. H., a estimé entre 60 et 65% la capacité de travail de ce dernier dans son activité de contremaître-maçon (rapport du 26 mars 1994, confirmé par celui du 8 août 1994). Le Dr C., neuropsychologue, a diagnostiqué l'existence d'une légère perturbation des fonctions cervicales et a – pour ce qui est de son domaine professionnel – admis, sur la base des éléments neuropsychologiques en sa possession, une capacité de travail de 80% en qualité de contremaître-maçon (rapport du 25 février 1995). Pour sa part, le Dr B., médecin généraliste, a constaté, dans son rapport du 22 mars 1995, à titre de déficit résiduel un léger hémisyndrome sensori-moteur à droite, qui se manifestait moins au niveau de la force proprement dite (difficulté pour se relever d'une position accroupie à droite, quasi impossibilité de marcher sur le talon droit du côté droit) que dans la motricité fine et la coordination des extrémités droites. La marche rapide et la course étaient pratiquement impossibles. S'y ajoutait un léger trouble de la sensibilité superficielle et profonde. La labilité de l'émotion et l'incontinence (et non la continence) dont a fait état le recourant dans l'anamnèse devaient également poser quelques problèmes dans sa vie professionnelle quotidienne. L'examen neuropsychologique (rapport du Dr C. du 25 février 1995) a mis en évidence une légère diminution et des variations de la faculté de concentration entraînant une légère réduction du contrôle des erreurs, ainsi que de légers troubles des fonctions d'acquisition et de mémorisation verbales; ces constatations correspondaient à une perturbation des fonctions cérébrales consécutives à un status après une attaque cérébro-vasculaire de l'hémisphère gauche. Dans son évaluation globale, le Dr B. parle d'une véritable incapacité profes-

sionnelle; les légers troubles organiques et neuropsychologiques dont souffrait le recourant ne lui permettaient plus d'exercer l'activité exigeante qui était la sienne ou alors seulement dans une mesure fort restreinte. Les perturbations de la motricité fine et de la coordination avaient des conséquences particulièrement importantes, de sorte qu'il existait un risque d'accident et une diminution sensible de la capacité de travail par rapport à l'état antérieur à l'affection. La situation problématique à laquelle le recourant était exposé en tant que contremaître-maçon pouvait être améliorée par une adaptation du poste de travail.

b. Si l'on se base sur ces données médicales, force est d'admettre que le recourant n'est plus en mesure d'exercer sa profession de contremaître-maçon, en raison notamment du risque accru d'accidents résultant des troubles affectant sa santé. En revanche, il serait encore capable de travailler à concurrence de 60% dans un autre emploi adapté à son état de santé (activité dans la gestion des stocks; travaux de montage, dans une chaîne de fabrication ou de surveillance dans l'industrie ou l'artisanat et activité dans la vente et la représentation). Contrairement à l'avis exprimé par le recourant, le dossier ne contient aucun indice qui prouverait que sa capacité de travail n'excéderait pas 50: comme nous l'avons vu, son médecin traitant, le Dr A., admet une capacité de 60 à 65% à exercer l'activité pénible de contremaître-maçon, le Dr B. estime sa capacité de travail entre 50 et 75% selon la nature de l'emploi, et le Dr C., d'un point de vue neuropsychologique, arrive même à un taux de capacité de travail de 80% dans la profession qu'il a apprise.

3a. Se fondant sur les indications de l'employeur (du 6 avril 1994), l'autorité de première instance a estimé que, sans son invalidité, le recourant aurait obtenu en 1994 un revenu mensuel de 6200 francs Dans une correspondance complémentaire (du 19 juillet 1994), l'employeur précisait que la capacité de travail du recourant avait fortement diminué sitôt après qu'il eût repris son emploi en mars 1992. Au cours des derniers mois, elle avait encore sensiblement régressé, de sorte qu'il n'avait plus été possible de continuer à l'employer. Ces baisses successives expliquaient le versement de salaires identiques en 1991 et de 1992, soit 5800 francs par mois (avec une légère gratification en 1992 par rapport à 1991), le paiement d'un salaire de 5950 francs (avec une légère gratification) en 1993, et la réduction du salaire à 5750 francs en 1994. Dès lors, si l'employeur a fixé le salaire sans invalidité à 6200 francs, il a tenu compte du fait que le revenu du recourant avait été freiné dans son évolution au cours des années précédentes en raison de son état de santé. Ce faisant, l'employeur n'a pas pris en considération toutes les augmentations de salaires qu'il aurait dû accorder depuis 1991 en vertu de

la convention collective de travail (si le recourant avait été en bonne santé). D'autre part, le montant de 6200 francs ne comprend pas la gratification qui est apparemment accordée régulièrement. Enfin, il semble que des motifs étrangers à l'invalidité (mauvaise entente avec les subordonnés) aient eu aussi une influence sur le montant du salaire. Compte tenu de ces lacunes, on ne saurait fixer le revenu hypothétique sans invalidité en se fondant sur les indications de l'employeur. Il est possible en revanche de prendre pour référence le salaire dû en vertu de la convention collective de travail. Le recourant a démontré, en effet, pièces justificatives à l'appui, que, sans son invalidité, il aurait eu droit aux augmentations de salaire prévues par la convention collective de travail conclue entre la Société suisse des entrepreneurs et la Fédération suisse des cadres de la construction (dont il est membre). En partant de cette convention, le revenu hypothétique sans invalidité doit être fixé à 6374 fr. 20 par mois (= salaire avant l'attaque de 1991, de 5800 francs, auquel s'ajoutent les augmentations de salaire de 300 francs pour 1992, de 180 francs pour 1993, et de 1,5% pour 1994) ou à 82 865 francs par année.

b. aa. Pour déterminer le revenu que l'on peut encore raisonnablement attendre de l'assuré en dépit de son atteinte à la santé (revenu d'invalidé), la jurisprudence admet la possibilité de se référer à des salaires ressortant de tableaux statistiques; il en est notamment ainsi lorsque, depuis la survenance de l'atteinte à la santé, l'assuré n'a plus repris d'activité lucrative ou du moins l'activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui (RCC 1991 p. 332/333 consid. 3c, RCC 1989 p. 332 consid. 3b; *Omlin*, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, thèse, Fribourg 1995, p. 215). A cet effet, le TFA se référerait jusqu'à présent à l'enquête sur les salaires d'octobre publiée par l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail. Cette publication a paru pour la dernière fois en 1993 et a été remplacée, dès 1994, par l'enquête suisse sur la structure des salaires (ESS), qui est désormais publiée tous les deux ans. L'objectif primaire de l'ESS – qui, pour des raisons de technique d'approche, n'est pas comparable à l'enquête sur les salaires d'octobre – est de fournir des informations sur les salaires ayant une valeur représentative pour toute la Suisse. Elle englobe les salariés travaillant dans des entreprises de tout format et dans les branches extérieures au secteur agricole (industrie, arts et métiers, commerce, services, professions libérales, assurances sociales, organisations sans but lucratif), y compris l'horticulture. Pour l'enquête de 1994, l'administration publique n'est représentée que par les services de la Confédération (PTT et CFF inclus). Contrairement à l'ancienne enquête sur les salaires d'octobre, l'ESS enregistre les salaires individuels des travailleurs en lieu et place des som-

mes salariales; elle englobe aussi – et c'est une nouveauté – les personnes travaillant à temps partiel et les cadres de tous les échelons. Les résultats de l'ESS mettent en évidence que le montant du salaire est déterminé en majeure partie par le niveau des exigences du poste de travail, mais aussi par la formation, la situation professionnelle et le genre d'activité. Une analyse des données recueillies souligne d'autre part l'influence des critères personnels tels que le sexe, les années de service, l'âge et la nationalité sur le niveau du salaire (ESS p. 17 ss). Enfin, le tableau 13* de l'ESS montre que, d'une manière générale, les personnes travaillant à temps partiel sont proportionnellement moins bien rémunérées que celles qui ont une activité à plein temps.

La partie réservée aux tableaux figurant en annexe de l'ESS contient, outre la statistique des montants salariaux (salaires réels nets, groupe B), une statistique des taux salariaux, c.-à-d. des salaires bruts standardisés, pour le groupe des tableaux A. Ce sont ces dernières données qu'il faut prendre en considération pour effectuer la comparaison des revenus, en se basant toujours sur la valeur médiane (moyenne), qui est généralement moins élevée que la moyenne arithmétique («salaire moyen») et relativement solide par rapport à la moyenne incluant des valeurs extrêmes (très bas et très hauts salaires; voir ESS p. 9). Pour l'application du groupe de tableaux A, il convient de voir que l'on s'est généralement basé sur un horaire hebdomadaire de 40 heures, ce qui est légèrement inférieur à l'horaire moyen usuel de 41,9 heures pratiqué en 1994 (voir p. 42 de l'ESS).

bb. Selon le tableau A 1.1.1 de l'ESS 1994, la valeur moyenne de la rémunération pour des hommes chargés de tâches simples et répétitives (niveau des exigences 4) dans le secteur privé (avec horaire hebdomadaire de 40 heures) s'élevait à 4127 francs en 1994, ce qui correspond, pour un horaire moyen hebdomadaire de 41,9 heures, à 4323 francs par mois ou à 51 876 francs par année. Il convient aussi de considérer que les personnes atteintes dans leur santé, qui sont handicapées même dans l'accomplissement de travaux auxiliaires légers, sont désavantagées sur le plan de la rémunération par rapport à des travailleurs en pleine possession de leur capacité de travail et parfaitement aptes à être engagés, et qu'elles doivent généralement tabler sur un salaire proportionnellement moins élevé (voir ATF 114 V 310 consid. 4b non publié; VSI 1998 p. 181 consid. 3a; arrêts non publiés en la cause A. du 11 août 1997 [A 99/95] consid. 4b. bb et en la cause O. du 27 mars 1996 [I 38/96] consid. 4b). Dans le cas présent, il semble justifié d'admettre une réduction de 15% du revenu par rapport au salaire de référence du fait que le recourant est gêné dans l'exécution des travaux que l'on peut encore exiger de lui en raison des troubles de la motricité fine et de la coor-

dination affectant les extrémités droites. De ce fait, le revenu qu'il pourrait encore réaliser en dépit de son invalidité s'élève à 26 457 francs pour une capacité de travail de 60%. Comparé au revenu hypothétique de 82 865 francs qu'il aurait obtenu sans son invalidité, il en résulte un degré d'invalidité de 68%, qui était déjà acquis au moment où la décision litigieuse a été rendue (le 20 octobre 1995). C'est dès lors à tort que l'administration et l'autorité de première instance ont refusé l'octroi d'une rente AI entière.

cc. Au vu de ce résultat, il n'est pas nécessaire d'examiner plus avant si le recourant ne pourrait pas être occupé à plein temps avec une capacité de travail réduite à 60% ou prendre un emploi à temps partiel en utilisant toute sa capacité de travail résiduelle; auquel cas il subirait une perte de gain supplémentaire entraînant une nouvelle déduction de sa capacité de gain (VSI 1998 p. 182 consid. 4b). On peut également s'abstenir d'examiner la question soulevée dans le recours de droit administratif, à savoir faut-il et dans quelle mesure tenir compte de l'influence de l'âge (voir à ce propos ATF 107 V 21 et références citées, RCC 1982 p. 34) et des années de service sur le salaire, comme le fait l'ESS. (I 474/96)

AI. Calcul de rentes

Arrêt du TFA du 8 mai 1998 en la cause M. K.

(Traduction de l'allemand)

Art. 36 al. 2 LAI; art. 30 al. 2 LAVS (dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996); calcul de la rente ordinaire d'invalidité.

L'art. 30 al. 2 LAVS concernant la fixation du revenu annuel moyen déterminant est directement applicable au calcul des rentes d'invalidité. Le fait que l'art. 36 al. 2 LAI déclare applicables par analogie seulement les dispositions de la LAVS sur le calcul des rentes ne permet pas de s'écarter des règles régissant le calcul des rentes de vieillesse lorsqu'il s'agit de déterminer les années de cotisations et le revenu à prendre en compte pour le calcul d'une rente d'invalidité (consid. 3 et 4).

Art. 36 cpv. 2 LAI; art. 30 cpv. 2 LAVS (nella versione vigente sino al 31 dicembre 1996): Calcolo della rendita ordinaria d'invalidità.

L'art. 30 cpv. 2 LAVS, disciplinante la fissazione del reddito annuo medio determinante, è direttamente applicabile al calcolo della rendita d'invalidità. La circostanza che per l'art. 36 cpv. 2 LAI le disposizioni della LAVS in materia di calcolo delle rendite siano semplice-

mente applicabili per analogia non consente, trattandosi di computare gli anni di contribuzione e il salario determinante nel campo dell'assicurazione per l'invalidità di scostarsi dalle regole richiamabili ai fini del calcolo della rendita di vecchiaia.

Par décision du 24 mai 1995, l'Office AI a octroyé à M. K., né en 1969, une rente simple entière d'invalidité sur la base d'un degré d'invalidité de 100%, avec effet rétroactif au 1^{er} avril 1993. Cette rente était calculée en fonction d'une durée de cotisations de trois ans et d'un revenu annuel moyen déterminant de 66 552 francs (pour 1993/94) et de 68 676 francs (pour 1995); il s'agissait d'une rente complète calculée sur la base de l'échelle 44 de la table des rentes éditée par OFAS, qui a par conséquent été fixée à 1865 francs par mois (jusqu'au 31 décembre 1994) et à 1924 francs par mois (à partir du 1^{er} janvier 1995).

Le tribunal cantonal des assurances a rejeté le recours formé par M. K., lequel concluait à l'octroi d'une rente complète maximale d'invalidité (jugement du 6 novembre 1996)

M. K. a formé recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral des assurances, reprenant les conclusions qu'il avait présentées en première instance. L'office AI et l'OFAS concluent au rejet du recours de droit administratif.

Le TFA rejette le recours de droit administratif pour les motifs suivants:

1. Est litigieux et doit donc être examiné le calcul de la rente simple entière d'invalidité qui doit être allouée au recourant à compter du 1^{er} avril 1993. Font foi en l'espèce les dispositions légales en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996 (cf. ATF 122 V 35 s. consid. 1).

2. Aux termes de l'art. 29 al. 1 LAI, le droit à la rente prend naissance au plus tôt à la date dès laquelle l'assuré présente une incapacité de gain durable de 40% au moins (let. a) ou si l'assuré a présenté, en moyenne, une incapacité de travail de 40% au moins pendant une année sans interruption notable (let. b).

Sous réserve de l'art. 36 al. 3 LAI, les dispositions de la LAVS sont applicables par analogie au calcul des rentes ordinaires (art. 29 al. 2, 29^{bis}, 30, 30^{bis}, 31, 32, 33 al. 3, 34, 35 et 38 LAVS). Le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions complémentaires (art. 36 al. 2 LAI). Si l'assuré n'a pas encore atteint 45 ans lors de la survenance de l'invalidité, un supplément exprimé en pourcent sera ajouté au revenu moyen provenant d'une activité lucrative. Le Conseil fédéral fixe ce supplément en l'échelonnant d'après l'âge atteint lors de la survenance de l'invalidité (art. 36 al. 3 LAI). Il ressort de

l'art. 33 al. 1 RAI que l'augmentation du revenu moyen provenant d'une activité lucrative (supplément au revenu annuel moyen) se monte à 90% dès l'âge de 23 ans et jusqu'à 24 ans révolus.

Aux termes de l'art. 29 al. 2 LAVS, les rentes ordinaires sont servies sous forme de rentes complètes aux assurés qui comptent une durée complète de cotisations (let. a) et sous forme de rentes partielles aux assurés qui comptent une durée incomplète de cotisations (let. b). Selon l'art. 29^{bis} al. 1 LAVS, la durée de cotisations est complète lorsque l'assuré a, entre le 1^{er} janvier qui suit la date où il a atteint 20 ans et l'ouverture du droit à la rente, payé des cotisations pendant le même nombre d'années que les assurés de sa classe d'âge.

Il ressort de l'art. 30 LAVS que la rente est calculée sur la base du revenu annuel moyen de l'assuré (al. 1). On obtient le revenu annuel moyen en divisant le revenu total sur lequel des cotisations ont été payées par le nombre d'années de cotisations. Il n'est toutefois tenu compte que des cotisations que l'assuré a payées du 1^{er} janvier de l'année suivant celle où il a accompli sa 20^e année au 31 décembre de l'année qui précède l'ouverture du droit à la rente, et des années de cotisations correspondantes (al. 2). Selon l'art. 30^{bis} LAVS, en corrélation avec les art. 51 et 53 RAVS, l'OFAS établit, pour déterminer le revenu annuel moyen et pour le calcul des rentes, des tables dont l'usage est obligatoire. L'art. 33^{ter} al. 1 LAVS prévoit que le Conseil fédéral adapte les rentes ordinaires à l'évolution des prix et des salaires en règle générale tous les deux ans pour le début d'une année civile. Aux termes de l'art. 1^{er} de l'ordonnance 95 sur les adaptations à l'évolution des prix et des salaires dans le régime de l'AVS et de l'AI, les rentes complètes et partielles ont été adaptées au 1^{er} janvier 1995; le revenu annuel moyen déterminant a été augmenté de 3,19%, les tables des rentes valables dès le 1^{er} janvier 1995 ayant été appliquées (al. 2 et 3).

3a. L'office AI, procédant à l'application directe de l'art. 30 al. 2 LAVS, a retenu pour base de calcul de la rente le revenu réalisé par le recourant de 1990 à 1992, lequel se monte en tout à 103 546 francs si l'on se réfère aux inscriptions figurant au compte individuel de l'assuré. Le revenu annuel moyen du recourant se chiffrait par conséquent à 34 968 francs (tables des rentes, vol 2, p. 10) et atteignait 66 552 francs, ceci compte tenu du supplément de 90% qui découle de l'application de l'art. 36 al. 3 LAI en corrélation avec l'art. 33 al. 1 RAI (table des rentes 1993, vol. 2 p. 39). Compte tenu de l'échelle 44 des tables des rentes de l'OFAS (1993 vol. 2 p. 44), il en résulte, ainsi que l'office AI l'a constaté dans sa décision du 24 mai 1995 en tenant compte du seuil de revenu de 67 680 francs (1993/94) et de 69 840

francs (1995) nécessaires à l'obtention de la rente maximale complète d'invalidité, une rente simple entière d'invalidité qui se monte à 1865 francs (jusqu'à fin 1994) et, après majoration jusqu'à 68 676 francs (103,19 x 665,52; voir art. 1 al. 2 de l'ordonnance 95 sur les adaptations à l'évolution des prix et des salaires dans le régime de l'AVS et de l'AI du 26 septembre 1994), qui s'élève à un montant de 1924 francs (à compter du 1^{er} janvier 1995), conformément aux tables des rentes 1995 vol. 2 p. 44.

Les premiers juges ont confirmé ce calcul des rentes.

b. L'assuré fait valoir que seuls doivent être pris en considération, pour le calcul de la rente, les revenus réalisés au cours des années 1990 et 1991, étant donné que l'incapacité totale de travail qui est à l'origine de son invalidité et qui a conduit à l'octroi d'une rente entière remonte au début du mois de mars 1992. Aussi l'application par analogie des dispositions de la LAVS, telle qu'elle est prescrite à l'article 36 al. 2 LAI, revient-elle pratiquement à s'écarter de la teneur de l'art. 30 al. 2 LAVS, étant donné que le droit à la rente d'invalidité prévu à l'art. 29 al. 1 let. b LAI ne prend naissance au plus tôt qu'à la date à laquelle l'assuré a présenté une incapacité de travail de 40% au moins pendant une année. A supposer que le revenu réalisé pendant le délai d'attente soit pris en compte, il pourrait en résulter des inconvénients plus ou moins importants sur le montant du revenu annuel moyen déterminant de l'assuré suivant la période durant laquelle l'employeur est encore tenu de verser le salaire puisque bien les indemnités journalières allouées en cas d'accident, de maladie ou d'invalidité (exception: art. 25^{er} LAI) ne sont pas soumises à cotisations. Les impondérables qui pourraient résulter du calcul de la rente ne correspondraient pas à la volonté du législateur. Pour éviter que ne se présentent de telles situations, le recourant préconise, sur la base d'une application par analogie de l'art. 30 al. 2 LAVS, de ne prendre en compte que les cotisations et les années de cotisations jusqu'au 31 décembre de l'année qui précède le début du délai d'attente visé à l'art. 29 al. 1 let. b LAI.

4a. La Commission fédérale d'experts pour l'introduction de l'assurance-invalidité s'était prononcée à l'époque sur la question de droit qui fait l'objet du présent litige en suggérant tout d'abord d'étendre à l'assurance-invalidité l'exclusion de la moins bonne année de cotisation alors prévue en matière d'AVS. Ladite commission était arrivée à la conclusion qu'il convenait de prévoir également cette possibilité dans l'assurance-invalidité étant donné que l'invalidité ne s'acquiesce avant la naissance du droit à la rente, en général durant un an au moins, que de cotisations minimales. Mais la commission a fini par renoncer à la proposition susmentionnée estimant que l'on allait, avec la règle envisagée, au devant de complications administra-

tives importantes et qu'une telle règle aurait pour effet de favoriser exagérément les jeunes invalides s'agissant du choix de l'échelle des rentes (rapport du 30 novembre 1956, p. 140). Le message du 24 octobre 1958 relatif à un projet de loi sur l'assurance-invalidité ainsi qu'à un projet de loi modifiant celle sur l'assurance-vieillesse et survivants (FF 1958 II p. 1161 ss) démontre que le Conseil fédéral a donné son entière adhésion à l'opinion exprimée par la Commission d'experts selon laquelle le système des rentes de l'assurance-invalidité doit être adapté à celui de l'assurance-vieillesse et survivants, afin que, les deux assurances étant étroitement liées, le passage de l'une à l'autre se fasse sans heurts (p. 1217 s.). Les règles de calcul qui ont cours en matière d'AVS sont également applicables dans le domaine des rentes d'invalidité. L'unité recherchée entre les deux assurances en matière de calcul des rentes doit de toute façon être maintenue (p. 1227 s.). Les cotisations AVS et la durée de cotisations constituent la base de calcul pour les rentes ordinaires d'invalidité. La rente d'invalidité ordinaire pour couple doit également être fixée «par analogie» à la rente AVS correspondante (p. 1228). S'agissant de la proposition qui a abouti à l'art. 36 LAI, le Conseil fédéral précise que les conditions d'octroi et de calcul des rentes ordinaires de l'assurance-invalidité sont les mêmes que pour les rentes correspondantes dans l'assurance-vieillesse et survivants (p. 1294).

b. Il ressort ainsi clairement des travaux préparatoires (sur leur importance pour l'interprétation en général, voir ATF 115 V 349 consid. 1c et les références à la jurisprudence et à la doctrine) quelle signification il faut donner à l'expression allemande «sinngemäss» utilisée à l'art. 36 al. 2 LAI et il apparaît également que l'interprétation proposée par le recourant n'est pas pertinente. En allemand, le terme «sinngemäss» correspond à celui de «analog» («analogue» dans le texte légal en français) ou encore à celui de «entsprechend» (cf. Duden, Die deutsche Rechtschreibung, 21^e édition, p. 110), et le message du Conseil fédéral en apporte la confirmation. Cette constatation exclut donc une application limitée des règles de l'AVS relatives au calcul des rentes dans le domaine de l'assurance-invalidité, car ceci remettrait en question la cohérence du système des rentes. Là où il l'a estimé nécessaire, le législateur a prévu des exceptions à la règle générale du parallélisme entre les solutions de l'AVS et de l'AI: c'est par exemple le cas de la norme spéciale figurant à l'art. 36 al. 3 LAI qui prévoit pour les jeunes invalides un supplément, ajouté au revenu annuel moyen déterminant et échelonné d'après l'âge atteint lors de la survenance de l'invalidité (procès-verbal de la Commission du CN des 27 et 29 janvier 1959, p. 10 ss, et de la Commission du CE des 9 et 10 avril 1959, p. 50). C'est là une amélioration sensible de la situation des jeunes invalides qui avait été envisagée. A

travers une dérogation de ce genre au droit de l'AVS, le législateur a concrétisé une possibilité que la Commission d'experts avait préconisée pour sa part, à savoir la modification sur un point ou sur un autre du système des rentes de l'AVS, aux fins de mieux tenir compte des besoins spécifiques de l'assurance-invalidité (séance du 3 au 7 octobre 1955, annexe au procès-verbal, p. 84 s.). Le Parlement a fait sienne la conception défendue par le Conseil fédéral puisqu'il lui a donné son expression dans la norme contenue à l'art. 36 al. 2 LAI. La règle permettant de faire abstraction de la moins bonne année de cotisation, discutée au sein de la Commission d'experts, n'a par la suite plus été abordée par les Chambres fédérales.

Etant donné que le législateur, s'agissant du point de droit qui fait l'objet du présent litige, a consciemment renoncé (dans le cadre de l'application de l'art. 29 al. 1 variante 2 LAI, soit depuis le 1^{er} janvier 1988 l'art. 29 al. 1 let. b LAI) à faire abstraction du revenu éventuellement moins élevé réalisé pendant le délai d'attente lors du calcul de la rente, une base légale permettant d'admettre les conclusions du recourant fait défaut. Le TFA a déjà tranché la question dans ce sens en précisant que la LAI, sous réserve d'exceptions telles que celles prévues à l'art. 36 al. 3 LAI, ne laisse pas place à des règles particulières de calcul des rentes compte tenu de la norme de renvoi qu'elle contient (art. 36 al. 2 LAI), ceci dans un arrêt non publié F. du 29 décembre 1992 (I 355/92) relatif au calcul de la rente d'invalidité pour couple.

c. Au demeurant, le juge ne peut pas recourir ici à son pouvoir créateur pour combler une lacune, car le fait que la loi ne prévoit pas de règle divergente expresse en matière d'AI concernant le revenu régulièrement moins élevé réalisé pendant le délai d'attente, doit être considéré – et c'est là une raison d'exclure d'emblée l'existence d'une pure lacune – comme un silence qualifié du législateur ainsi qu'en témoignent les travaux préparatoires (ATF 122 V 376 haut de la page et les références citées). Tout au plus pourrait-on admettre l'existence d'une lacune improprement dite ou lacune en matière d'appréciation, une carence d'ordre politico-juridique dont le juge doit généralement s'accommoder. Le juge n'est habilité à combler une telle lacune que si le législateur s'est manifestement trompé sur certains faits ou si, depuis l'adoption de la règle, les circonstances ont changé dans une mesure telle qu'elle n'est pas ou plus adéquate sous certains points de vue ou que l'observation rigoureuse du texte apparaisse comme un abus de droit (ATF 99 V 23 consid. 4; cf. aussi ATF 122 V 98 s. consid. 5c, 121 V 176 s. consid. 4d, 118 V 173 consid. 2b, 111 V 327). Pour que l'intervention du juge se justifie, la règle en cause doit présenter un caractère manifestement insatisfaisant. En ce qui concerne l'art. 36 al. 2 LAI, l'on ne saurait cependant admettre que l'on se trouve en présence d'un cas extrême, soit d'une disposi-

tion légale génératrice d'injustices manifestes. Le législateur ne s'est pas trompé et les circonstances ne se sont pas fondamentalement modifiées. Comme les premiers juges l'ont admis à juste titre, le pouvoir créateur du juge ne saurait être invoqué pour combler ce type de lacune impropre. Au contraire, le législateur a sciemment renoncé à adapter spécifiquement pour l'AI les bases de calcul prévues dans la LAVS (art. 30 al. 2 LAVS), l'art. 36 al. 2 LAI renvoyant expressément à ces dernières. C'est par conséquent à ce même législateur qu'il incombe de modifier une réglementation insatisfaisante, du point de vue de l'égalité de traitement également, pour autant qu'il existe un besoin d'agir. Par ailleurs, la réglementation fédérale resterait déterminante en vertu de la constitution (art. 113 al. 3 et 114^{bis} al. 3 cst.), quand bien même elle ne saurait être maintenue à la lumière de l'art. 4 cst. (ATF 113 V 124 consid. 2d, 111 V 361 s. consid. 3a).

L'art. 36 al. 2, 2^e phrase, LAI, qui attribue au Conseil fédéral la compétence d'édicter des prescriptions «complémentaires» ne permet pas de donner suite, par la voie de l'ordonnance, aux souhaits formulés par le recourant. On pourrait résoudre ou du moins atténuer le problème de l'absence de revenu ou de sa diminution durant le délai d'attente prévu à l'art. 29 al. 1 variante 2 (let. b) LAI par une éventuelle modification de l'art. 6 al. 2 let. b RAVS en soumettant à cotisations non seulement les indemnités journalières de l'assurance-chômage (art. 22 al. 2 LACI), de l'assurance-invalidité (art. 25^{er} LAI) et les allocations pour perte de gain (art. 19a LAPG), mais aussi d'autres revenus de substitution, en particulier les prestations d'assurance octroyées en cas d'accident ou de maladie. Il n'appartient cependant pas au juge, mais au législateur au sens large (lois et ordonnances) de procéder à une telle adaptation du droit (arrêt non publié T. du 17 avril 1989, I 466/88).

d. Les autres objections qui sont formulées dans le recours de droit administratif ne sont pas pertinentes. La question peut rester ouverte de savoir si en pratique, contrairement à ce qui était admis à l'origine, aucune rente ne peut pratiquement être versée en cas d'invalidité permanente (art. 29 al. 1 variante 1 LAI; let. a à partir du 1^{er} janvier 1988). C'est un fait que le message précité du 24 octobre 1958 (FF 1958 p. 1224 et 1292) décrit les deux variantes ouvrant le droit à la rente sans donner de précision quant à l'étendue de leur champ d'application. Les efforts de coordination avec l'assurance-maladie sociale inhérents à l'art. 29 LAI (ATF 111 V 23 consid. 3a) permettent plutôt de conclure que c'est la variante 2 qui a été envisagée dans un grand nombre de cas. Mais le législateur n'en a pas moins renoncé à prévoir des dispositions spéciales dérogeant à l'art. 30 al. 2 LAVS pour les assurés dont le début du droit à une rente doit être fixé selon la variante 2 de l'art. 29 al. 1 LAI.

L'arrêt publié dans la RCC 1985 p. 656 qui est invoqué par le recourant ne saurait lui être d'un quelconque secours pour étayer son argumentation. Dans le cas d'espèce, il est question de combler des lacunes de cotisations dans le but d'assurer un certain équilibre entre les art. 29^{bis} al. 1 LAVS, d'une part, et l'art. 30 al. 2 LAVS, d'autre part. Il s'agit là d'une problématique qui ne présente pas de points communs avec l'objet du présent litige.

5. Il convient de constater en résumé qu'au vu de la volonté clairement exprimée du législateur, volonté concrétisée en droit positif dans la norme contenue à l'art. 36 al. 2 LAI, l'art. 30 al. 2 LAVS est applicable directement et sans réserve aucune au calcul des rentes d'invalidité. S'agissant de la fixation du revenu annuel moyen déterminant, seul le législateur et/ou l'auteur des règlements (Conseil fédéral) pourraient améliorer la situation des assurés dont le droit à la rente prend naissance en vertu de l'art. 29 al. 1 let. b LAI. (I 515/96)

Nouveaux textes législatifs et nouvelles publications officielles

	Source* N° de commande Langues, prix
L'assurance-vieillesse et survivants AVS	**
L'assurance-invalidité AI	**
Informations à l'usage des médecins-dentistes concernant l'assurance-invalidité fédérale (AI)	OCFIM 318.519.08, d/f/i
Prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI. Loi fédérale / Ordonnances / Index alphabétique. Etat au 1 ^{er} janvier 1999	OCFIM 318.680, d/f/i Fr. 8.10
Prévoyance professionnelle: «Bonifications complémentaires uniques pour la génération d'entrée: tableaux et exemples d'application pour l'année 1999»	OCFIM 318.762.99, d/f/i Fr. 2.60
Genres et montants des allocations familiales. Etat au 1 ^{er} janvier 1999 (Tirage à part de la Pratique VSI 1/1999)	OCFIM 318.820.99, d/f Fr. 1.50
Mémento AVS/AI «Extrait du Compte Individuel (CI)», état au 1 ^{er} janvier 1999	1.01, d/f/i**
Mémento AVS/AI «Explications concernant l'extrait du Compte Individuel (CI)», état au 1 ^{er} janvier 1999	1.04, d/f/i**
Mémento AVS/AI «Commentaires concernant l'aperçu des comptes», état au 1 ^{er} janvier 1999	1.05, d/f/i**
Mémento «Cotisations paritaires à l'AVS, à l'AI et aux APG», état au 1 ^{er} janvier 1999	2.01, d/f/i**
Mémento «Cotisations à l'AVS, à l'AI et aux APG des indépendants», état au 1 ^{er} janvier 1999	2.02, d/f/i**
Mémento AVS/AI «Cotisations dues à l'assurance-chômage», état au 1 ^{er} janvier 1999	2.08, d/f/i**
Mémento «Cotisations sur les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail et en cas d'intempéries», état au 1 ^{er} janvier 1999	2.11, d/f/i**
Mémento «Rentés de vieillesse et allocations pour impotents de l'AVS», état au 1 ^{er} janvier 1999	3.01, d/f/i**
Mémento «Rentés de survivants de l'AVS», état au 1 ^{er} janvier 1999	3.03, d/f/i**

Mémento AVS «Age flexible de la retraite», état au 1 ^{er} janvier 1999	3.04, d/f/i**
Mémento «Versement des rentes AVS/AI en mains de tiers et argent de poche aux personnes sous tutelle ou assistées», état au 1 ^{er} janvier 1999	3.05, d/f/i**
Mémento «Prestations de l'assurance-invalidité (AI)», état au 1 ^{er} janvier 1999	4.01, d/f/i**
Mémento «Indemnités journalières de l'AI», état au 1 ^{er} janvier 1999	4.02, d/f/i**
Mémento «Rentes d'invalidité et allocations pour impotents de l'AI», état au 1 ^{er} janvier 1999	4.04, d/f/i**
Mémento AVS/AI «Travailleurs étrangers», état au 1 ^{er} janvier 1999	7.01, d/f/i**
Mémento AVS/AI «Ressortissants des pays avec lesquels la Suisse n'a pas conclu de convention de sécurité sociale», état au 1 ^{er} janvier 1999	7.02, dfie**
Mémento AVS/AI «Salariés travaillant ou domiciliés à l'étranger et les membres de leur famille», état au 1 ^{er} janvier 1999	7.05, d/f/i**
Mémento «Assurance-vieillesse, survivants et invalidité facultative des Suisses à l'étranger», état au 1 ^{er} janvier 1999	7.06, dfies**
Mémento «Assurance-accidents obligatoire LAA», état au 1 ^{er} janvier 1999	9.01, d/f/i**
Mémento «Obligation de s'affilier à une institution de prévoyance conformément à la LPP», état au 1 ^{er} janvier 1999	9.02, d/f/i**

* OCFIM = Office central fédéral des imprimés et du matériel,
3000 Berne (fax 031/992 00 23)

** A retirer auprès des caisses de compensation AVS/AI
ou auprès des offices AI