

BSV / /
OFAS / /
UFAS / /

*Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas*

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

3/1998

Pratique VSI

Pratique

AVS: Prestations de prévoyance allouées volontairement au sens de l'art. 6^{bis} RAVS 145

AVS: Coordination entre AA et AVS 147

PC: 3^e révision PC; réglementations cantonales 148

Informations

En bref 150

Mutations au sein des organes d'exécution 151

Droit

AVS: Salaire déterminant. Indemnités de départ
Arrêt du TFA du 3 décembre 1997 en la cause Association I. 152

AVS: Soins prodigués à un parent âgé au titre d'activité lucrative
Arrêt du TFA du 15 décembre 1997 en la cause O. M. 156

AVS: Cotisation des non-actifs. Jour déterminant pour la fortune
Arrêt du TFA du 30 janvier 1998 en la cause C. H. 158

AVS: Remise des cotisations. Qualité pour recourir d'une commune
Arrêt du TFA du 18 juin 1997 en la cause Commune de V. 163

AVS: Cotisations. Réparation du dommage
Arrêt du TFA du 16 octobre 1997 en la cause G. C. 166

AI: Evaluation de l'invalidité d'un footballeur professionnel
Arrêt du TFA du 28 août 1997 en la cause A. H. 170

AI: Evaluation de l'invalidité / Revenu de l'invalide
Arrêt du TFA du 23 octobre 1997 en la cause E. A. 179

Suite sur la 3^e page de couverture

Pratique VSI 3/1998 – mai / juin 1998**Editeur**

Office fédéral des assurances sociales
Effingerstrasse 31, 3003 Berne
Téléphone 031 322 90 11
Téléfax 031 322 78 80

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% TVA
(paraît six fois par année)
Prix au numéro fr. 5.-

Al: Mesures d'ordre professionnel (indemnité journalière/rente d'invalidité)	
Arrêt du TFA du 31 octobre 1997 en la cause H. W.	183
<hr/>	
Al: Droit à la rente pendant l'exécution de peines et de mesures	
Arrêt du TFA du 30 juin 1997 en la cause D. W.	186
<hr/>	
Al: Procédure	
Arrêt du TFA du 20 octobre 1997 en la cause K. S.	192
<hr/>	
Al: Procédure	
Arrêt du TFA du 25 novembre 1997 en la cause G. A.	197

Prestations de prévoyance allouées volontairement au sens de l'art. 6^{bis} RAVS

Nous publions en page 152 du présent numéro de la VSI un arrêt du TFA relatif aux prestations de départ versées lors d'un licenciement collectif. Nous saisissons l'occasion pour rappeler certains principes applicables aux prestations de prévoyance allouées volontairement par l'employeur lors de la cessation des rapports de service, car nous avons constaté que les caisses de compensation ne savent pas toujours comment traiter les prestations de prévoyance.

La qualification des prestations de prévoyance a par ailleurs une incidence en matière de chômage. Selon un arrêt du TFA relatif à l'assurance-chômage, la perte de travail pour laquelle le chômeur a droit à une indemnité de départ qualifiée de salaire déterminant dans l'AVS ne doit pas être prise en considération selon l'art. 11 al. 3 LACI. Dans ce contexte, la question de savoir si une prestation versée à la fin des rapports de service est soumise ou non à cotisations AVS revêt une grande importance.

Caractère de prévoyance

Comme cela ressort de l'article paru dans la VSI 1993 p. 141 et des arrêts du TFA publiés dans la VSI 1994 p. 271 et dans la RCC 1986 p. 486, les prestations allouées volontairement lors de la cessation des rapports de service ne peuvent faire l'objet d'une exonération partielle ou totale des cotisations en vertu de l'art. 6^{bis} RAVS que si elles ont le caractère de *prévoyance sociale*. Si tel n'est pas le cas, les versements de l'employeur font intégralement partie du salaire déterminant.

Tombent sous le coup de l'art. 6^{bis} RAVS uniquement les prestations destinées à couvrir les risques de vieillesse, de décès et d'invalidité. Le TFA a dégagé certains critères qui permettent de délimiter les prestations de prévoyance allouées volontairement des versements opérés à titre de salaires (et donc soumis à cotisations). Ainsi, l'âge avancé et les années d'ancienneté dans l'entreprise constituent des indices en faveur du versement d'une prestation de prévoyance. En outre, en cas de cessation de l'activité professionnelle avant l'âge donnant droit à une rente de vieillesse, les prestations auront un caractère de prévoyance si elles servent, de manière transitoire, à compenser en tout ou partie la perte de revenu du salarié jusqu'à l'âge d'ouverture du droit à une rente de l'AVS ou de la prévoyance professionnelle (VSI 1994 p. 271 et 1998 p. 152).

Ni la jurisprudence ni les directives ne précisent ce qu'il faut entendre par un certain âge ou par une appartenance relativement ancienne dans l'entreprise. Suite à des nombreuses demandes des caisses, nous avons établi les règles suivantes. Force est d'admettre que des indemnités allouées à des salariés qui n'ont pas encore atteint leur 50^e année ne peuvent pas remplir une fonction de transition à caractère de prévoyance vieillesse. Dans le même sens, le Conseil fédéral considère, pour les indépendants, qu'un bénéficiaire en capital au sens de l'art. 23^{bis} RAVS a un caractère de prévoyance seulement s'il est réalisé à partir de la 50^e année. Le Code des obligations fixe également la limite d'âge à 50 ans pour l'indemnité à raison de longs rapports de travail de l'art. 339b. Pour ces motifs, nous partons du principe qu'une prestation allouée à un salarié âgé de moins de 50 ans fait partie du salaire déterminant. La limite d'âge de 50 ans ne représente toutefois pas le seul critère pour déterminer si une prestation allouée volontairement a un caractère de prévoyance. Le montant de la prestation doit aussi être adapté au but recherché. Ainsi, nous estimons qu'une indemnité inférieure à six mois de salaire ne saurait suffire à couvrir une des éventualités qui relèvent de la prévoyance professionnelle. Si elle n'atteint pas six mois de salaire, la prestation doit être intégralement soumise à cotisations, quel que soit l'âge du bénéficiaire.

Versements opérés à titre de salaire

L'âge du bénéficiaire (au moins 50 ans) et le montant de la prestation (au minimum six mois de salaire) ne suffisent pas à démontrer le caractère de prévoyance d'une prestation mais constituent seulement des indices dans ce sens.

Selon la jurisprudence, les prestations accordées pour compenser le dommage subi temporairement par la perte de l'emploi ou les inconvénients liés à la recherche d'une nouvelle activité font intégralement partie du salaire (VSI 1994 p. 271). Dans l'arrêt publié en page 152, le TFA a dans ce sens jugé que des indemnités versées par l'employeur à ses salariés dans le cadre d'un licenciement collectif ne sont pas des prestations de prévoyance allouées volontairement par l'employeur, au sens de l'art. 6^{bis} RAVS. En l'espèce, il a nié le caractère de prévoyance à l'ensemble des prestations litigieuses, quand bien même deux des bénéficiaires avaient plus de 50 ans et au moins 20 ans de service. Etait seul déterminant le fait que les indemnités avaient été versées par l'employeur à ses salariés pour atténuer les conséquences économiques du licenciement collectif.

A ce propos, on rappellera également que les rétributions versées par l'employeur après coup pour une activité exécutée à un moment où les rap-

ports de service existaient encore, celles versées en cas de résiliation injustifiée des rapports de service (art. 337c al. 1 CO) ou les prestations allouées en échange du respect d'une clause de prohibition de concurrence font de toute façon partie du salaire déterminant.

Conclusion

Les caisses de compensation peuvent partir du principe que des prestations allouées volontairement lors d'un licenciement collectif, celles accordées lors de résiliations individuelles des rapports de service à des salariés âgés de moins de 50 ans ou encore celles dont le montant est inférieur à six mois de salaire n'ont pas le caractère de prévoyance et doivent être entièrement soumises à cotisations.

Nous invitons les caisses à s'assurer, conformément aux règles susmentionnées, que les prestations allouées volontairement par l'employeur lors de la cessation des rapports de service ont un caractère de prévoyance avant de procéder au calcul de l'art. 6^{bis} RAVS.

Nous les prions également de renseigner rapidement les caisses de chômage qui leur demandent, dans un cas d'espèce, si une telle prestation est soumise à cotisations.

Coordination entre AA et AVS

Le Conseil fédéral a notamment modifié, avec effet le 1^{er} janvier 1998, l'article premier et l'article 2 alinéa 2 OLAA.

Assurance-accidents obligatoire (AA) et AVS: coordination de la notion de travailleur (art. 1 ss OLAA)

Selon la jurisprudence du TFA, l'assureur-accidents doit s'en tenir en principe à la qualification de l'activité lucrative effectuée au regard des prescriptions de l'AVS. Il ne peut s'en écarter que si cette qualification se révèle être manifestement inexacte (RAMA 1992 n° U 155 p. 251; ATF 115 V 58, 120 V 103). Il existe au surplus depuis le 1^{er} janvier 1994 des règles communes AVS/AA pour l'examen de la situation en matière de droit des assurances sociales des personnes exerçant une activité lucrative. S'agissant de la notion de travailleur, la coordination entre l'AVS et l'assurance-accidents obligatoire était donc déjà largement réalisée. Cela dit, le Conseil fédéral vient de modifier l'article premier OLAA. Est désormais «réputé travail-

leur ... quiconque exerce une activité lucrative dépendante au sens de la législation fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (AVS)». L'OLAA dresse la liste des exceptions, laquelle est exhaustive; il s'agit en particulier des personnes sans activité lucrative, des membres des conseils d'administration qui ne sont pas occupés dans l'entreprise et des personnes qui vivent en concubinage.

Innovation: possibilité de renoncer, en cas d'activité accessoire, à la couverture d'assurance selon la LAA sans égard à l'AVS (art. 2 al. 2 OLAA)

Quiconque perçoit jusqu'à 2000 francs par année civile pour une activité accessoire peut, avec l'accord de l'employeur, exclure ce montant du revenu AVS soumis à cotisations (art. 8^{bis} RAVS). Selon l'ancien droit, l'abandon du prélèvement des cotisations AVS présupposait que l'on renonce simultanément à être spécialement assuré contre les accidents pour cette activité (art. 2 let. d OLAA, ancienne teneur). Avec la nouvelle réglementation, les personnes qui exercent une activité accessoire sont, comme jusqu'ici, en principe assurées spécialement contre les accidents pour cette activité. Elles peuvent toutefois renoncer, sans égard de la solution choisie dans l'AVS – il s'agit là d'une innovation – à être spécialement assurées contre les accidents pour cette activité dans la mesure où la rémunération ne dépasse pas le montant prévu à l'article 8^{bis} RAVS. Une déclaration écrite dans ce sens, comprenant l'accord de l'employeur, doit être déposée auprès de l'assureur compétent avant que l'assurance ne commence à produire ses effets. Si l'employeur n'occupait pas d'autres travailleurs jusque-là et n'avait de ce fait pas conclu de contrat d'assurance, la déclaration devra être adressée, selon le type d'entreprise concernée, à la CNA ou à la caisse supplétive.

PC

3^e révision PC; réglementations cantonales

Suite à l'entrée en vigueur, au 1^{er} janvier 1998, de la 3^e révision PC, un questionnaire a été adressé aux organes cantonaux compétents en matière de PC pour connaître les réglementations adoptées par chaque canton sous l'angle de la couverture des besoins vitaux, des dépenses de loyer et de la franchise prévue à l'égard de la fortune immobilière des bénéficiaires de PC propriétaires d'un immeuble leur servant d'habitation. Il en résulte ce qui suit.

Couverture des besoins vitaux

Tous les cantons ont, s'agissant du montant destiné à la couverture des besoins vitaux, opté pour le montant maximum.

Dépenses de loyer

En matière de dépenses de loyer, tous les cantons ont opté en faveur du montant maximum.

Les cantons de BE et de BS introduiront le loyer brut à partir de janvier 1999.

Franchise sur la fortune immobilière

S'agissant de la franchise prévue sur la fortune immobilière des bénéficiaires de PC propriétaires d'un immeuble leur servant d'habitation, les cantons de VD et du JU ont opté en faveur d'un montant de 100 000 francs, et NW de 150 000 francs. Tous les autres cantons (à l'exception du TI) accordent la franchise légale minimum prévue, à savoir 75 000 francs.

Le canton du TI est le seul canton à avoir choisi la variante d'une avance des PC à l'endroit des bénéficiaires de PC propriétaires d'un immeuble leur servant d'habitation.

Groupe de travail *Modernisation de l'AVS/AI*

La 5^e séance du groupe de travail *Modernisation de l'AVS/AI* s'est tenue le 7 avril sous la présidence de M. Alfons Berger, sous-directeur de l'OFAS. Après une information détaillée sur le projet en cours (registre-miroir des CI, calcul de rente provisoire, échanges de données, nouveaux numéros AVS), le groupe a discuté et remanié chaque point en particulier du catalogue des prestations au regard de l'actualité et de l'urgence.

Commission d'étude des problèmes d'application en matière de PC

La Commission d'étude des problèmes d'application en matière de PC s'est réunie à Berne le 28 avril 1998. C'est F. Huber, chef de la section PC et problèmes de la vieillesse, qui en assumait pour la première fois la présidence. Elle a notamment examiné un projet de modification de l'article 17 OPC (possibilité de tenir compte de la valeur de répartition en lieu et place de la valeur vénale). La problématique de la prise en compte des rentes viagères dans le calcul PC, en particulier des rentes viagères avec restitution, fut également à l'ordre du jour. Moyennant quelques retouches, la réglementation devrait permettre de tenir compte – comme élément de fortune – de la valeur de rachat des rentes viagères avec restitution, afin de rendre la conclusion de tels contrats moins attractive. L'écho rencontré par l'idée d'un éventuel remboursement forfaitaire de la participation aux coûts (franchise et quote-part) de personnes séjournant dans un home ayant été positif, un projet plus élaboré sera présenté à l'occasion d'une prochaine séance de la Commission d'étude des problèmes d'application en matière de PC. La demande de prolongation – au 15 janvier de l'année suivante – de la présentation du décompte à l'OFAS pour la fixation des subventions (31 décembre de l'année courante selon art. 40 al. 4 OPC, v. également n° 9058 DPC) n'a pas pu être retenue en raison d'impératifs externes à la volonté de l'OFAS.

Mutations au sein des organes d'exécution et de jurisprudence

Nouveau domicile de la caisse de compensation du canton de Nidwald (7):
Stansstaderstrasse 54, case postale, 6371 Stans;
téléphone 041/618 51 00, fax 618 51 01.

Caisse de compensation du canton de Genève (25):
téléphone 022/718 67 67, fax 718 68 63.

Caisse de compensation des Industries vaudoises (109):
téléphone 021/613 35 11, fax 613 35 01.

Caisse de compensation Gewerbe St. Gallen (112):
téléphone 071/227 68 68, fax 227 68 69.

Nouveau domicile du centre d'observation médicale de l'AI (COMAI):
MEDAS Zentralschweiz, Zürichstrasse 14, 6004 Lucerne;
téléphone 041/418 80 40, fax 418 80 49.

AVS. Salaire déterminant. Indemnités de départ

Arrêt du TFA, du 3 décembre 1997, en la cause I.

Art. 5 al. 2 LAVS; art. 6 al. 2, let. h, i, k RAVS; art. 6^{bis} RAVS. Prestations de prévoyance non soumises à cotisations – Notion d'indemnité de départ au sens de l'art. 6 al. 2 let. i RAVS (consid. 2c).

Ne sont pas des prestations de prévoyance allouées volontairement par l'employeur, au sens de l'art. 6^{bis} RAVS, des indemnités versées par l'employeur à ses salariés pour atténuer les conséquences économiques d'un licenciement collectif (consid. 2d).

Art. 5 cpv. 2 LAVS; art. 6 cpv. 2 lett. h, i, k OAVS; art. 6^{bis} OAVS. Prestazioni di previdenza non soggette all'obbligo contributivo. Nozione di indennità di buonuscita ai sensi dell'art. 6 cpv. 2 lett. i OAVS (cons. 2c).

Ai sensi dell'art. 6^{bis} OAVS, le indennità versate dal datore di lavoro ai suoi salariati per attenuare le conseguenze economiche di un licenziamento collettivo non sono prestazioni di previdenza versate facoltativamente dal datore di lavoro (cons. 2d).

I. est une organisation internationale non gouvernementale constituée en association. Dans le courant de l'année 1994, elle a décidé de mettre fin à ses activités, ce qui a entraîné le licenciement collectif d'une vingtaine de ses collaborateurs. Diverses dispositions d'ordre économique ont été prises par l'employeur en faveur de ces derniers. C'est ainsi qu'ils ont reçu une prestation de libre passage comprenant la totalité des contributions de l'employeur, indépendamment de la durée de l'affiliation à leur institution de prévoyance. En outre, les excédents accumulés par les diverses caisses de pensions de l'I. ont été répartis entre tous les employés. Enfin, chaque salarié au bénéfice d'un contrat de travail de durée indéterminée (à l'exception de deux directeurs généraux) a touché, au titre «d'indemnité financière», un quart de son salaire mensuel par période de douze mois de service, mais au moins un montant correspondant à un mois de salaire. Le calcul de l'indemnité incluait les mois de service jusqu'à la fin du délai ordinaire de congé. Par décision du 15 décembre 1994, la caisse de compensation a réclamé à I. le paiement de la somme de 56130 fr. 30 à titre de cotisations AVS/AI/APG/AC (y compris les frais d'administration) sur les «indemnités financières» qu'il avait versées à ses salariés. I. a recouru contre cette décision. Par jugement du 26 avril 1996, l'autorité cantonale de recours a admis son recours et elle a de ce fait annulé la décision attaquée. Elle a considéré, en bref, que les versements litigieux représentaient des indemnités de départ payées en raison de la cessation des rapports de travail. Dans la mesure où ils ne dépassaient pas le salaire annuel de chacun des intéressés, ils n'étaient

pas soumis à cotisations. La caisse de compensation a interjeté un recours de droit administratif qui a été admis par le TFA. Extraits des considérants.

2a. Le salaire déterminant, au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Font partie de ce salaire déterminant, par définition, toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail; peu importe, à ce propos, que les rapports de service soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole. On considère donc comme revenu d'une activité salariée, soumis à cotisations, non seulement les rétributions versées pour un travail effectué, mais en principe toute indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de cotisations en vertu de prescriptions légales expressément formulées (ATF 123 V 6 consid. 1 = VSI 1997 p. 293, ATF 122 V 179 consid. 3a = VSI 1996 p. 208, ATF 122 V 298 consid. 3a et la jurisprudence citée = VSI 1997 p. 73)

2b. Selon l'art. 6 al. 2 RAVS, ne sont notamment pas comprises dans le revenu d'une activité lucrative soumis à cotisations:

- Les prestations réglementaires d'institutions de prévoyance indépendantes, de même que les prestations de prévoyance prévues par un contrat passé avec le salarié, si le bénéficiaire a un droit propre envers l'institution ou l'employeur au moment où l'événement assuré se produit ou lorsque l'institution est dissoute (let. h);
- Les indemnités de départ jusqu'à concurrence du dernier salaire annuel, ainsi que les indemnités plus élevées allouées en vertu d'une convention collective de travail, pour autant que des prestations équivalentes ne soient pas déjà accordées selon la lettre h (let. i);
- Les prestations de prévoyance allouées volontairement selon l'art. 6^{bis} RAVS (let. k).

2c. Les premiers juges considèrent les versements litigieux comme des indemnités de départ au sens de la lettre i précitée.

aa. L'indemnité de départ prévue par cette lettre est une prestation en capital de l'employeur en faveur du travailleur qui a un but de prévoyance identique, ou du moins analogue, à celui des prestations mentionnées sous les lettres h et k (RCC 1986 p. 486 consid. 2b). Cette similitude de but apparaît en particulier dans le fait qu'il existe une relation d'équivalence entre l'indemnité de départ et les prestations réglementaires ou contractuelles

visées par la lettre h. La pratique administrative interprète cette relation d'équivalence en ce sens que l'indemnité selon l'art. 6 al. 2 let. i RAVS est franche de cotisations dans la mesure où, ajoutée aux autres prestations de prévoyance à considérer, elle ne dépasse pas le montant du dernier salaire annuel (voir à ce sujet les ch. 2092 ss. des directives de l'OFAS sur le salaire déterminant [DSD]; cf. aussi *Jacques-André Schneider/Jean-Bernard Waeber*, Indemnités volontaires et contractuelles à la fin des rapports de travail, *Plädoyer* 3/93, p. 46). En réalité, l'indemnité dont il est ici question correspond, en règle ordinaire, à l'indemnité à raison de longs rapports de travail au sens de l'art. 339b CO (dite aussi indemnité de départ), qui vise à combler des lacunes en matière de prévoyance professionnelle, survivants et invalidité, lorsque le travailleur reçoit une prestation insuffisante d'une institution de prévoyance (*Brunner/Bühler/Waeber*, Commentaire du contrat de travail, 2^{ème} édition 1996, p. 252; *Rehbinder*, Commentaire bernois, note 1 ad art. 339b CO; voir aussi *Schneider/Waeber*, loc. cit., p. 46 ad let. d). Cette indemnité du code des obligations est d'ailleurs aussi soumise au principe de l'équivalence (ou de la subsidiarité) par rapport aux prestations de remplacement selon l'art. 339d CO.

bb. En l'espèce, contrairement à l'opinion des premiers juges, les «indemnités financières» versées aux salariés de I. ne sauraient être qualifiées d'indemnités de départ. Sous réserve de deux exceptions, l'indemnité a été accordée à l'ensemble des travailleurs licenciés, quel que fût leur âge ou leur ancienneté dans l'entreprise au moment du licenciement. On est donc tout à fait en dehors des prévisions de l'art. 339b CO, dont l'application suppose que le travailleur ait atteint l'âge de 50 ans révolus au moment où prennent fin les rapports de service et que ces derniers aient duré au minimum vingt ans. A cet égard, on constate que sur les dix-huit personnes concernées par le licenciement collectif, deux d'entre elles seulement remplissaient cumulativement ces conditions.

2d. L'intimé se prévaut quant à elle de l'art. 6^{bis} RAVS. Selon cette disposition, ne sont pas réputées revenus provenant d'une activité lucrative les prestations allouées volontairement par l'employeur ou une institution de prévoyance indépendante lors de la cessation des rapports de service, dans la mesure où, ajoutées aux prestations au sens des lettres h et i de l'art. 6 al. 2 RAVS, elles ne dépassent pas, en une année, un montant annuel franc de cotisations; celui-ci se calcule notamment en fonction du dernier salaire annuel (al. 1), de l'âge du travailleur et de la durée des rapports de service (al. 2 à 4).

aa. Une prestation de prévoyance n'est allouée volontairement que si elle est l'objet d'une convention lors de la cessation des rapports de service,

sans qu'il existe un droit – fondé sur le contrat de travail – à une telle convention (RCC 1982 p. 300). L'application de l'art. 6^{bis} RAVS présuppose par ailleurs l'existence d'une prestation destinée à couvrir les mêmes éventualités que celles visées par la prévoyance professionnelle, savoir l'invalidité, le décès ou la vieillesse. En effet, cette disposition réglementaire a pour but, dans l'esprit et le prolongement de l'art. 34^{quater} Cst., d'encourager la prévoyance professionnelle au-delà des exigences minimales de la LPP (VSI 1994 p. 271 consid. 3b et consid. 5b). La jurisprudence a dégagé certains critères qui permettent de délimiter les prestations de prévoyance allouées volontairement des versements opérés à titre de salaires (et donc soumis à cotisations). Ainsi, l'âge avancé et les années d'ancienneté dans l'entreprise constituent des indices en faveur du versement d'une prestation de prévoyance. En outre, en cas de cessation de l'activité professionnelle avant l'âge donnant droit à une rente de vieillesse, les prestations auront un caractère de prévoyance si elles servent, de manière transitoire, à compenser en tout ou partie la perte de revenu du salarié jusqu'à l'âge d'ouverture du droit à une rente de l'AVS ou de la prévoyance professionnelle. Quant au fait que la somme versée est graduellement augmentée en fonction de l'âge et des années de service, il ne suffit pas, à lui seul, pour lui conférer un caractère de prévoyance (VSI 1994 p. 271 consid. 5b; voir aussi *Greber/Duc/Scartazzini*, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], note 75 ad art. 5 LAVS). Font en revanche partie du salaire déterminant les versements opérés par l'employeur en faveur de travailleurs licenciés en raison de la fusion d'entreprises ou de mesures de restructuration, lorsque ces paiements ont pour but de compenser le dommage subi temporairement par la perte de l'emploi ou les inconvénients liés à la recherche d'une nouvelle activité (VSI 1994 p. 271 consid. 5c; *Greber/Duc/Scartazzini*, op. cit., note 76 ad art. 5 LAVS; *Käser*, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2^e éd., p. 106, note 3.115).

bb. Appliqués au cas d'espèce, ces principes conduisent à nier tout caractère de prévoyance aux versements en cause. De par leur nature et leur but, ceux-ci sont censés atténuer les conséquences économiques d'un licenciement collectif. Comme on l'a vu, l'indemnité a été accordée aux salariés intéressés indépendamment de toute condition d'âge ou d'ancienneté. L'indemnité est certes augmentée progressivement en fonction de ces deux facteurs, mais cette circonstance n'est pas déterminante à elle seule. L'indemnité ne sert donc pas, en l'occurrence, à couvrir une des éventualités qui relèvent de la prévoyance professionnelle. Partant, elle doit être considérée comme un élément de salaire soumis à cotisations. S'appuyant sur un avis de doctrine (*Schneider/Waerber*, loc. cit., p. 46, ad let. c ch. 2), l'intimé soutient

que les prestations destinées à atténuer les conséquences du chômage, dans le cas d'une restructuration économique, devraient être qualifiées de prestations de prévoyance (au sens large), car elles entrent dans le cadre des branches de la sécurité sociale définies par la convention OIT n° 102 concernant la norme minimum de la sécurité sociale. Cette convention ne fournit toutefois aucune réponse à la question, posée en l'espèce, de la perception de cotisations sur des versements de l'employeur; elle ne donne pas davantage d'indication sur le sens qu'il conviendrait d'attribuer à la notion de prestation de prévoyance, s'agissant en particulier de l'exemption du paiement de cotisations dans le régime de l'AVS. Elle n'est d'aucun secours à la thèse de l'intimé et on ne voit dès lors aucun motif de s'écarter de la jurisprudence citée plus haut. (H 180/96)

AVS. Soins prodigués à un parent âgé au titre d'activité lucrative salariée

Arrêt du TFA du 15 décembre 1997 en la cause O. M.

(traduction de l'allemand)

Art. 5 al. 2 LAVS. Les soins prodigués à un parent âgé qui dépassent la simple l'obligation d'entretien des père et mère sont considérés comme une activité lucrative salariée même si, en raison de son mauvais état de santé, la personne soignée est à peine en mesure de donner des instructions.

Art. 5 cpv. 2 LAVS. Le cure prodigato ad un genitore anziano che eccedono l'obbligo di assistenza tra parenti sono considerate attività dipendente anche quando, a causa del suo cattivo stato di salute, la persona curata non è praticamente in grado di dare delle istruzioni.

La caisse de compensation a établi, pour les années 1990 à 1994, cinq décomptes des cotisations paritaires dues par O. M., née en 1903, pour les rétributions versées à sa fille, L. H., durant la période en question, conformément à la convention passée le 4 juin 1992 sur les soins à fournir à la mère. Saisie d'un recours interjeté par le conseil légal de O. M., la commission cantonale de recours a considéré dans son jugement du 12 février 1997 – à l'instar de l'administration – qu'il s'agissait bien en l'occurrence d'une activité lucrative salariée, mais elle a admis partiellement le recours et renvoyé la cause à la caisse de compensation pour un nouveau calcul des cotisations après déduction des frais généraux. Dans son recours de droit administratif, O. M. a conclu à l'annulation du jugement de l'autorité de première instance en demandant qu'il soit constaté qu'elle n'était pas soumise au paiement de

cotisations; à titre subsidiaire, elle a conclu à la suspension de la procédure de recours jusqu'à droit connu sur la validité ou la nullité de la convention du 4 juin 1992. Le TFA a rejeté le recours. Extrait des considérants:

3. Etant donné que la recourante, qui est fort âgée et a besoin de soins assidus, souffre d'une démence sénile d'un degré faible à moyen, la convention du 4 juin 1992 fait actuellement l'objet d'une contestation de droit civil.

Aux termes de l'article 320, alinéa 2 CO, un contrat de travail est aussi réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire; par ailleurs, il est établi que les excellents soins prodigués de manière assidue à la recourante par sa fille dépassent de loin ce qui entre habituellement dans l'obligation d'entretien des père et mère. Dans ces conditions, une rémunération est en tout état de cause due, indépendamment de la validité de la convention litigieuse; le conseil légal l'a d'ailleurs reconnu, même pour ce qui est du montant des sommes dues, en effectuant régulièrement les paiements.

Dès lors, il n'est pas nécessaire de suspendre la présente procédure jusqu'à l'issue de l'affaire civile, ce qui conduit à rejeter la conclusion prise en ce sens dans le recours de droit administratif.

4. La délimitation entre une activité lucrative salariée et indépendante se fonde en premier lieu sur les critères suivants: dépendance à l'égard de l'employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise et absence du risque économique spécifique couru par l'entrepreneur (ATF 122 V 171 = VSI 1996 p. 256).

Il est vrai qu'en l'espèce, on ne saurait parler pour L. H., la fille, d'une véritable soumission à des instructions, vu la précarité de l'état de santé de la recourante; mais la situation n'est guère différente pour une concubine que la jurisprudence ne considère pourtant pas comme une personne exerçant une activité lucrative indépendante (ATF 110 V 1 = RCC 1984 p. 399. S'agissant de l'indemnité pour travail consacré à la famille («Lidlohn») – qui présente une situation de fait comparable à celle du présent cas – la pratique admet également le caractère d'une activité lucrative salariée (RCC 1989 p. 30). Il convient d'ajouter que l'intéressée ne supporte aucun risque spécifique d'un entrepreneur et qu'elle n'a effectué aucun investissement.

5. Il faut donc admettre qu'il s'agit à l'évidence d'un salaire déterminant au sens de l'article 5 alinéa 2 LAVS. Au demeurant, l'autorité de première instance a tenu compte à juste titre des déductions des frais généraux (art. 9 al. 1 RAVS), conformément au décompte présenté par la recourante dans sa duplique du 3 octobre 1995. (H 121/97)

AVS. Cotisations des non-actifs. Jour déterminant pour la fortune

Arrêt du TFA, du 30 janvier 1998, en la cause C. H.

Art. 10 al. 1 LAVS; art. 28 et 29 RAVS. Lorsqu'un assuré cesse son activité avec effet au début d'une année paire et en l'absence d'une taxation intermédiaire dans un canton qui pratique la taxation bisannuelle, il faut appliquer par analogie la règle en matière de calcul de capital propre, selon laquelle, s'il n'est pas possible d'obtenir une communication fiscale pour la période de cotisation concernée, il faut se fonder sur la fortune au 1^{er} janvier de l'année qui suit immédiatement. Toutefois, pour éviter que l'application schématique de cette règle conduise à une situation contraire au droit, la caisse doit donner à l'assuré l'occasion d'établir la modification éventuelle de la fortune survenue durant l'année écoulée.

Art. 10 cpv. 1 LAVS; art. 28 e 29 OAVS. Quando un assicurato cessa la propria attività all'inizio di un anno pari ed in assenza di una tassazione intermedia in un Cantone che pratica la tassazione biennale bisogna applicare per analogia la regola in materia di calcolo del capitale proprio in base alla quale, se non è possibile ottenere una comunicazione fiscale per il periodo di contribuzione in esame, bisogna basarsi sulla sostanza al 1° gennaio dell'anno immediatamente successivo. Tuttavia, per evitare che l'applicazione schematica di questa regola abbia come conseguenza una situazione contraria al diritto, la cassa deve dare all'assicurato la possibilità di stabilire l'eventuale modifica della sostanza subentrata durante l'anno trascorso.

C. H. a pris une retraite anticipée le 1^{er} novembre 1991. Dès le 1^{er} janvier 1992, il a été affilié en qualité de non-actif à la caisse cantonale de compensation. Par décision du 27 décembre 1991, la caisse a fixé à 2691 fr. 40 le montant annuel des cotisations de l'assuré pour les années 1992 et 1993 (y compris les frais administratifs), en se fondant sur un revenu acquis sous forme de rente de 58 335 fr. et une fortune au 1^{er} janvier 1991 de 186 383 fr. A la suite d'une communication du Service cantonal fribourgeois des contributions pour la 27^e période IFD (années 1993–1994), la caisse a rendu une nouvelle décision, le 14 juillet 1995, portant à 3209 fr. la cotisation due pour l'année 1992. Elle se fondait sur une fortune de 480 272 fr. au 1^{er} janvier 1993. Le recours de C. H. formé devant le tribunal administratif a été partiellement admis par jugement du 15 janvier 1997. Les premiers juges ont considéré que le montant des cotisations de l'assuré devait se fonder sur sa situation économique réelle et que la date déterminante était, in casu, le 1^{er} janvier 1992. La cause a été renvoyée, en conséquence, à la caisse pour nouvelle décision dans ce sens. L'OFAS interjette recours de droit administratif

contre ce jugement dont il demande l'annulation et conclut au rétablissement de la décision antérieure. Il reproche aux juges cantonaux d'avoir statué sans égard au fait que la taxation fiscale était bisannuelle dans le canton de Fribourg et que les autorités fiscales n'étaient pas en mesure de fournir les données requises concernant la fortune au 1^{er} janvier 1992. Par ailleurs, l'instauration d'une telle pratique entraînerait des difficultés administratives disproportionnées puisque la caisse devrait alors estimer elle-même la fortune selon des règles propres à chaque canton, bien que cette question incombe, selon l'art. 29 al. 3 RAVS, aux autorités fiscales. L'OFAS propose, en conséquence, que les caisses puissent s'en tenir à ses directives (2082 et 2083 DIN). Le TFA a annulé le jugement attaqué et la décision administrative litigieuse et a renvoyé la cause à la caisse. Extraits des considérants:

2a. En vertu de l'art. 10 al. 1 LAVS, les assurés n'exerçant aucune activité lucrative paient une cotisation de 168 fr. (299 fr. au 1^{er} janvier 1992) à 8400 fr. par an suivant leurs conditions sociales. L'art. 10 al. 3 LAVS délègue au Conseil fédéral la compétence d'édicter des règles plus détaillées sur le calcul des cotisations. C'est ce que l'autorité exécutive a fait aux art. 28 à 30 RAVS; elle y concrétise la notion des conditions sociales en prescrivant de fixer les cotisations sur la base de la fortune et du revenu annuel acquis sous forme de rente multiplié par 20 (art. 28 RAVS, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996; ATF 120 V 166 consid. 2, et les références = VSI 1994 p. 207).

b. L'art. 29 RAVS prescrit de fixer la cotisation annuelle en général pour une période de deux ans (al. 1), sur la base du revenu annuel moyen acquis sous forme de rente d'une période de deux ans elle aussi (comprenant la deuxième et la troisième année antérieures à la période de cotisations) ainsi que d'après la fortune, le jour déterminant pour le calcul de cette dernière étant en général le 1^{er} janvier de l'année qui précède la période de cotisations (al. 2). Aux termes de l'art. 29 al. 3 RAVS (teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996), les autorités fiscales cantonales établissent la fortune déterminant le calcul des cotisations des personnes sans activité lucrative sur la base de la taxation cantonale passée en force, adaptée aux normes de l'impôt fédéral direct. Les art. 22 à 27 RAVS (relatifs aux cotisations des personnes exerçant une activité lucrative indépendante) sont applicables par analogie (art. 29 al. 4 RAVS). Quant au revenu acquis sous forme de rente, il doit être établi par les caisses de compensation, avec la collaboration – dans la mesure du possible – des autorités fiscales (art. 29 al. 5 RAVS).

c. La Cour de céans a déjà eu l'occasion de juger que lorsqu'un assuré cesse d'exercer toute activité lucrative, les cotisations sont fixées d'après

l'état de la fortune à ce moment-là, l'art. 25 RAVS étant applicable par analogie (ATFA 1959 p. 44 = RCC 1959 p. 160). Il y a lieu de se fonder sur la situation économique réelle de l'assuré durant l'année ou les années considérées, jusqu'au moment où il sera possible d'entrer dans la procédure ordinaire. D'autre part, le TFA a précisé que le jour déterminant pour le calcul de la fortune est fixé d'après les prescriptions régissant l'IDN (actuellement IFD) et qu'il coïncide donc avec le jour qui était déterminant pour la dernière taxation IDN ayant précédé la période de cotisations. S'il n'existait pas encore, ce jour-là, une obligation de cotiser, il faut prendre en considération l'état de la fortune au moment où cette obligation est née, l'art. 25 RAVS étant applicable par analogie en cas de modification importante des bases de calcul (ATF 105 V 117 = RCC 1980 p. 306; RCC 1990 p. 457).

d. Dans le cas particulier, l'intimé a pris une retraite anticipée et dispose dès lors uniquement de ses rentes pour vivre. Il a ainsi acquis, dès le 1^{er} janvier 1992, le statut de personne sans activité lucrative, tenue de cotiser selon ses conditions sociales, lesquelles sont déterminées par sa fortune. C'est dire que cette dernière constitue désormais, avec les revenus sous forme de rentes convertis en capital et englobés dans sa fortune, la base de calcul des cotisations de l'intéressé. Le renvoi, à l'art. 29 al. 4 RAVS, aux dispositions des art. 22 ss. RAVS, applicables par analogie, ne peut dès lors que signifier qu'il y a lieu de calculer les cotisations en se fondant sur la situation économique réelle de l'assuré durant les années considérées, jusqu'au moment où il est possible d'entrer dans la procédure ordinaire.

Or, le point de vue de l'office recourant tel qu'exprimé sous ch. 2083 des directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des non-actifs (DIN) ne tient pas compte, dans tous les cas, du fait que, dans la procédure extraordinaire, c'est le revenu effectif des années concernées qui est déterminant pour arrêter les cotisations et qu'il n'en va pas autrement lorsque c'est la fortune – et non le revenu – qui sert de base au calcul desdites cotisations (RCC 1990 consid. 2 p. 459; voir au demeurant l'art. 29 al. 2 deuxième phrase RAVS).

Appliqué en l'espèce, le ch. 2083 DIN sur lequel se fonde le recourant et qui prescrit, dans certaines situations, de se baser sur l'état de la fortune au 1^{er} janvier suivant immédiatement la période concernée, se révèle, dans son résultat, contraire à la loi. En effet, l'intimé disposait, jusqu'au 31 décembre 1992, d'une fortune de 186 383 fr. La fixation du montant des cotisations pour l'année 1992 sur la base d'une fortune de 480 272 fr. au 1^{er} janvier 1993, telle que résultant de la communication des autorités fiscales du 11 mai 1995, aurait pour conséquence non seulement d'astreindre l'intimé à cotiser

suivant une situation économique qui diffère de la réalité, mais surtout de l'obliger à payer des cotisations plus élevées que celles correspondant à sa condition sociale, ce qui est contraire à l'art. 10 al. 1 LAVS.

Dans la mesure où, par son recours, l'OFAS entend faire constater, en toutes hypothèses, le bien-fondé de la procédure préconisée pour fixer la fortune, il ne peut être suivi.

3a. Si la fixation de la cotisation des personnes n'exerçant aucune activité lucrative ne pose, dans la procédure ordinaire, que relativement peu de difficultés, il n'en va pas toujours de même de la fixation en procédure extraordinaire, applicable spécialement pour la première année sans activité. Comme on l'a vu, la date déterminante pour le calcul de la fortune est, en règle générale, le 1^{er} janvier de l'année qui précède la période de cotisation. La taxation cantonale passée en force sert de base pour en fixer le montant.

Lorsque la période de cotisation débute le premier janvier d'une année impaire, l'application de ces règles ne pose pas de problèmes particuliers en raison de la correspondance avec la période fiscale. Contrairement à ce que soutient l'office recourant dans son écriture, il devrait d'une manière générale en aller de même lorsque la période de cotisation commence une année paire. Ce sera le cas si l'assuré est domicilié soit dans un canton qui applique la taxation fiscale annuelle soit dans un canton qui pratique celle bisannuelle, les dispositions légales topiques prévoyant, en cas de cessation d'activité lucrative, une taxation intermédiaire (cf. dans ce sens les art. 45 LIFD [RS 642.11], 43, 124 et 125 de la loi sur les impôts cantonaux du canton de Fribourg [RSF 631.1]).

Au regard des exigences découlant de l'art. 10 al. 1 LAVS et de la jurisprudence y relative, la fixation de la cotisation annuelle devra intervenir dans tous les cas selon la situation économique réelle de l'assuré, telle que résultant des renseignements des autorités fiscales pour l'année considérée.

b. Reste à examiner ce qu'il y a lieu de faire lorsque l'assuré cesse son activité avec effet au début d'une année paire et en l'absence d'une taxation intermédiaire dans un canton qui pratique la taxation bisannuelle, comme c'est le cas en l'espèce du canton de Fribourg.

Selon la jurisprudence constante rendue en application des art. 10 al. 1 LAVS, 28 et 29 RAVS (ATF 105 V 117 = RCC 1980 p. 306 et ATFA 1959 p. 44 = RCC 1959 p. 160; voir aussi 120 V 166 consid. 2 déjà cité = VSI 1994 p. 207), le moment déterminant pour estimer la fortune servant à fixer les cotisations d'un assuré n'exerçant aucune activité lucrative est celui où cette

obligation est née. Par ailleurs, le calcul de la fortune intervient sur la base de la taxation cantonale passée en force (art. 29 al. 3 RAVS; ATF 105 V 117 = RCC 1980 p. 306).

La juridiction de première instance a arrêté au 1^{er} janvier 1992 la date déterminante, parce que c'est à cette date que l'obligation de cotiser en qualité de personne n'exerçant aucune activité lucrative est née. Dans la mesure toutefois où elle a omis de prendre en considération le fait que le canton de Fribourg applique la taxation bisannuelle et que, au 1^{er} janvier 1992, la caisse ne pouvait pas disposer d'une taxation de l'autorité fiscale cantonale pour calculer la fortune, son jugement aboutit à des résultats inacceptables.

Ainsi que l'office recourant le fait justement remarquer, la plupart des cantons appliquent le système de taxation bisannuelle, si bien qu'il n'est pas possible, au début d'une année paire d'obtenir les éléments nécessaires au calcul. En pareil cas, les caisses se verraient ainsi contraintes de procéder, dans chaque cas particulier, et selon les règles propres à chaque canton, à une taxation de la fortune selon une loi fiscale cantonale, ce qui n'est pas leur tâche. Par ailleurs, une telle exigence apparaît sans nul doute disproportionnée. Au demeurant, on peut se demander si elle demeure encore compatible avec la disposition de l'art. 29 al. 3 RAVS qui prescrit aux caisses de s'en remettre à l'appréciation de l'autorité fiscale.

Dans ces conditions, et comme la Cour de céans a eu l'occasion de le préciser en matière de calcul de capital propre (art. 9 al. 2 let. e LAVS, 18 al. 2 et 25 al. 1, 3 et 4 RAVS; VSI 1994 p. 275), on peut, par raisonnement analogique, s'en tenir à la règle selon laquelle, s'il n'est pas possible d'obtenir une communication fiscale pour la période de cotisation concernée, il faut se fonder sur la fortune au 1^{er} janvier de l'année qui suit immédiatement celle-ci.

Toutefois, pour éviter que par l'application schématique de cette règle, on aboutisse, comme dans le cas de l'intimé, à une situation contraire au droit, la caisse doit donner l'occasion à l'assuré d'établir la modification éventuelle de la fortune survenue durant l'année écoulée. Et s'il apparaît, au moins au degré de la vraisemblance requis, que la situation de fortune était sensiblement inférieure au moment où l'obligation de cotiser est née, la caisse devra prendre ce montant en considération pour fixer la cotisation. (H 62/97)

AVS. Remise des cotisations. Qualité pour recourir d'une commune

Arrêt du TFA du 18 juin 1997 en la cause Commune de V.

Art. 11 al. 2, 84 al. 1 LAVS; art. 103 let. a, 98a al. 3 OJ. Une commune a qualité pour recourir contre la décision d'une caisse de compensation en matière de remise de cotisations, lorsqu'elle est tenue, en vertu de la législation cantonale, de prendre totalement à sa charge le paiement de la cotisation minimum des assurés qui en sont dispensés.

Art. 11 cpv. 2, 84 cpv. 1 LAVS; art. 103 lett. a, 98a cpv. 3 OG. Un comune è legittimato a impugnare una decisione di una cassa di compensazione in tema di condono di contributi, qualora esso sia tenuto, in virtù della legislazione cantonale, ad assumere integralmente il pagamento del contributo minimo degli assicurati esonerati da tale obbligo.

Les 26 avril et 14 juin 1996, la caisse de compensation a notifié à la Commune de V. plusieurs décisions par lesquelles elle accordait la remise des cotisations à divers assurés et imposait parallèlement le paiement de la cotisation minimum à la commune. La Commune de V. a recouru auprès du tribunal administratif. Par décision présidentielle du 4 octobre 1996, les recours ont été joints et déclarés irrecevables, au motif que la commune n'avait pas qualité pour recourir. La Commune de V. interjette un recours de droit administratif en concluant à l'annulation du jugement cantonal et au renvoi de la cause au tribunal administratif pour qu'il entre en matière sur les recours. Extraits des considérants:

1. Aux termes de l'art. 11 al. 2 LAVS, le paiement de la cotisation minimum qui mettrait une personne obligatoirement assurée dans une situation intolérable peut être remis, sur demande motivée, après consultation d'une autorité désignée par le canton de domicile. Le canton de domicile versera la cotisation minimum pour ces assurés. Les cantons peuvent faire participer les communes de domicile au paiement de ces cotisations. Dans sa loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants et de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 9 février 1994 (RSF 841.1.1), le canton de Fribourg a désigné le conseil communal comme autorité habilitée à donner un préavis et il a fixé que le paiement de la cotisation minimum est à la charge de la commune de domicile de l'assuré (art. 15).

2. Dans une jurisprudence ancienne, non remise en question à ce jour, le TFA a jugé que la commune de domicile de l'assuré, mis au bénéfice d'une remise de cotisations selon l'art. 11 al. 2 LAVS, n'est pas recevable à former

recours contre la décision de remise (arrêt M. du 29 décembre 1956, publié dans la RCC 1957, p. 226). Dans cet arrêt, le tribunal avait nié à la commune la qualité de partie intéressée en se fondant, d'une part, sur le texte des art. 84 LAVS et 32 RAVS et, d'autre part, sur le fait que la commune ne pouvait être atteinte par la décision que par ricochet. Le jugement attaqué se fonde précisément sur cette jurisprudence.

3. Les principes relatifs à la qualité pour recourir devant le TF déterminent également la recevabilité du recours devant l'autorité de première instance. En effet, en vertu de la force dérogatoire du droit fédéral et conformément au principe de l'unité de la procédure, la qualité pour agir devant les autorités administratives et juridictionnelles cantonales dont les décisions sont sujettes au recours de droit administratif ne peut être subordonnée à des conditions plus strictes que celles qui régissent la qualité pour recourir au sens de l'art. 103 let. a OJ et de l'art. 48 let. a PA, de même contenu (ATF 114 V 95 consid. 2a = RCC 1988 p. 325, ATF 111 V 350 consid. 2b, ATF 110 V 150 consid. 2c et les références; DTA 1983 n° 9 p. 41 consid. 2b; *Grisel*, Traité de droit administratif, p. 901 ch. 2; *Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2^e éd., p. 151 ch. 2.2). Cette jurisprudence a été codifiée à l'art. 98a al. 3 OJ, entré en vigueur le 15 février 1992. Il en résulte que la qualité de la Commune de V. pour recourir devant l'instance cantonale de recours devra être examinée selon les principes découlant de l'art. 103 OJ et non au regard des dispositions cantonales de procédure dans la mesure où celles-ci admettraient moins largement cette qualité.

4. Selon l'art. 103 let. c OJ, a qualité pour recourir au TF par la voie du recours de droit administratif toute autre personne, organisation ou autorité à laquelle la législation fédérale accorde le droit de recours. En règle ordinaire, une copie de la décision de remise de cotisations sociales, notamment en matière d'AVS, prise par la caisse de compensation, est notifiée au canton de domicile de l'assuré; le canton peut attaquer la décision conformément à la procédure prévue à l'art. 84 LAVS (art. 32 al. 3 RAVS). Dès lors que la loi n'étend pas à la commune de domicile le droit de recours accordé au canton, celle-ci ne peut justifier de sa qualité pour recourir en invoquant l'art. 103 let. c OJ.

5a. Aux termes de l'art. 103 let. a OJ, a qualité pour recourir quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. La jurisprudence considère comme intérêt digne de protection, au sens de cette disposition, tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée que peut faire valoir une personne atteinte par cette dernière. L'intérêt

digne de protection consiste ainsi en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant ou, en d'autres termes, dans le fait d'éviter un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait (ATF 120 V 39 consid. 2b, ATF 119 V 87 consid. 5b et les références = VSI 1993 p. 120; cf. aussi ATF 121 II 174 consid. 2b, 119 Ib 183 consid. 1c). L'intérêt doit être direct et concret; en particulier, la personne doit se trouver dans un rapport suffisamment étroit avec la décision; tel n'est pas le cas de celui qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate (ATF 122 II 132 consid. 2b et la jurisprudence citée). Les collectivités publiques peuvent se prévaloir de l'art. 103 let. a OJ si elles sont atteintes de la même manière que des administrés. A ces conditions, une commune est dès lors recevable à agir en justice pour sauvegarder son patrimoine administratif et financier, en particulier si la décision lui impose une prestation pécuniaire, par exemple le paiement d'une indemnité d'expropriation (ATF 118 Ib 616 consid. 1b; *Grisel*, op. cit., p. 905). En revanche, l'intérêt public à une application correcte et uniforme du droit ne suffit pas (ATF 112 Ia 62 consid. 1b, 110 V 129 consid. 1). Conformément à ces principes, le TFA, dans un arrêt rendu ce même jour, a nié la qualité pour recourir d'une autorité communale d'assistance dans un litige en matière d'assurance-chômage relatif à l'aptitude au placement d'un requérant d'asile obligé de quitter la Suisse. Dans un tel cas, l'autorité communale, bien qu'elle ait fourni des prestations d'assistance à l'assuré, n'a pas un intérêt digne de protection direct et concret à l'annulation de la décision prise par l'assurance-chômage: elle n'a pas un droit (indépendant) aux prestations d'assurance litigieuses; en outre, l'avantage financier qu'elle pourrait retirer à l'issue du litige dépendait en l'occurrence de conditions – pratiquement irréalisables – liées à une cession de créance valable de l'assuré ou à un versement en mains de tiers selon l'art. 124a OACI (arrêt en la cause Fürsorgebehörde de la commune de Z. [C 170/96]).

5b. En l'espèce, la situation est différente. La commune a pour tâche de défendre ou de sauvegarder son patrimoine administratif et financier. Par conséquent, il y a, pour elle, un intérêt de fait à demander la modification ou l'annulation de la décision de la caisse de compensation qui lui a été notifiée parce qu'elle l'oblige à des prestations. La recourante ne défend pas en l'espèce uniquement un intérêt public à l'application correcte du droit fédéral, mais aussi ses intérêts financiers, dans la même mesure que le ferait un privé atteint par cette décision. Dès lors, il s'agit sans conteste d'un intérêt de nature pécuniaire au sens de la jurisprudence puisque, en vertu de la législation cantonale, la commune de domicile est tenue de prendre totalement à sa charge le paiement de la cotisation minimum des assurés qui en sont dis-

pensés, charge que le droit fédéral permet expressément aux cantons de reporter sur les communes. Par ailleurs, cet intérêt financier est immédiat, dès lors que la commune est débitrice d'une obligation qui découle pour elle directement des décisions litigieuses. Au regard de l'art. 103 let. a OJ, la qualité pour recourir de la commune est donnée dès lors que les conditions permettant de retenir l'existence d'un intérêt digne de protection sont réalisées. Ces considérations amènent à retenir que la recourante est également légitimée à recourir devant l'autorité cantonale (art. 98a al. 3 OJ).

5c. Le changement de la jurisprudence rendue en 1956 auquel conduit cette solution découle en réalité de la modification du texte de l'art. 103 OJ par la loi fédérale du 20 décembre 1968 (RO 1969 787, 793) et de la jurisprudence y relative. Jusqu'alors, seul avait qualité pour recourir celui qui invoquait une atteinte à des intérêts juridiquement protégés, soit la violation d'une norme ayant pour but la protection des droits subjectifs. La version nouvelle de l'OJ pose la condition de l'intérêt digne de protection. La prise en compte d'effets-réflexes a pour conséquence que l'accès légitime à la protection judiciaire est donné lorsque le recourant établit que l'acte qu'il conteste lui fait supporter un préjudice ou le prive d'un avantage dans sa situation propre et qu'il prétend que cet acte est irrégulier (*Moor*, Droit administratif, t. II p. 409). Elle a conduit à une extension de la qualité pour recourir, ce qu'il y a lieu de prendre en considération dans le cas particulier.

5d. Il suit de là que le recours est bien fondé. La cause doit dès lors être renvoyée au tribunal administratif pour qu'il entre en matière sur les recours de la commune, pour autant que – outre la qualité pour recourir – les autres conditions de recevabilité de ces recours soient remplies. (H 333/96)

AVS. Cotisations. Réparation du dommage

Arrêt du TFA, du 16 octobre 1997, en la cause G.C.

Art. 52 LAVS. La caisse de compensation peut demander la réparation du dommage au titulaire d'une raison de commerce individuelle tombé en faillite, bien qu'il y ait identité entre le débiteur des cotisations et le responsable du dommage (changement de jurisprudence).

Art. 52 LAVS. La cassa di compensazione può chiedere il risarcimento dei danni al titolare di una ditta fallita, benché vi sia identità tra debitore dei contributi e responsabile dei danni (cambiamento di giurisprudenza).

G. C. a repris, dès le 1^{er} février 1990, sous la raison individuelle inscrite au Registre du commerce «C. frères, G. C. succ.» l'actif et le passif de la société en nom collectif «C. frères». G. C. a été mis en faillite le 17 septembre 1993 et la liquidation sommaire a été ordonnée le 21 février 1994. La caisse de compensation a produit dans la faillite une créance de 106 686 fr. 60 à titre de cotisations impayées durant la période du mois d'octobre 1990 au mois de décembre 1992 (dont 32 903 fr. 30 pour l'assurance-vieillesse et survivants) et d'intérêts moratoires. Par décision du 29 août 1995, la caisse a informé G. C. que, selon l'état de collocation dressé par l'administration de la faillite, sa créance resterait totalement impayée et qu'en conséquence, elle le rendait responsable du dommage qu'elle subissait pour les cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC impayées durant la période du mois d'octobre 1990 au mois de décembre 1992. Elle chiffrait le montant du dommage à 36 861 fr., y compris les intérêts moratoires, les frais administratifs, les frais de poursuites, les taxes de sommation et les amendes. G. C. a fait opposition contre cette décision en alléguant que sa faillite n'était pas encore clôturée et qu'il n'était pas revenu à meilleure fortune. Statuant sur la demande présentée par la caisse, l'autorité de recours a levé l'opposition jusqu'à concurrence de 33 993 fr. 95, somme correspondant à la créance réclamée par la caisse, déduction faite du montant des amendes de 2867 fr. 05 (jugement du 19 septembre 1996). Le recours de droit administratif interjeté par G. C. contre ce jugement a été rejeté par le TFA.

Extraits des considérants:

2a. Selon l'art. 52 LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation est tenu à réparation. En matière de cotisations, qui représente le champ d'application principal de cette disposition légale, un dommage se produit lorsque l'employeur ne déclare pas à l'AVS tout ou partie des salaires qu'il verse à ses employés et que les cotisations correspondantes se trouvent ultérieurement frappées de péremption selon l'art. 16 al. 1 LAVS; ou lorsque des cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur (ATF 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a, 113 V 257 = RCC 1988 p. 136, 112 V 157 consid. 2 = RCC 1987 p. 217). Dans la première éventualité, le dommage est réputé survenu au moment de l'avènement de la péremption (ATF 123 V 15 consid. 5b, 112 V 157 consid. 2 = RCC 1987 p. 217, 108 V 194 consid. 2d et les arrêts cités); dans la seconde, au moment où les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire, eu égard à l'insolvabilité du débiteur (ATF 123 V 16 consid. 5b = VSI 1997 p. 216, 121 III 384 consid. 3bb, 113 V 256 = RCC 1988 p. 136, 112 V 157 consid. 2 = RCC 1987 p. 217).

2b. Le recourant fait valoir, en se référant à un article de *Frésard* (Les développements récents de la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances relative à la responsabilité de l'employeur selon l'art. 52 LAVS, in RSA 1991, p. 164), que lorsque l'employeur est une personne physique, comme c'est le cas en l'espèce, il y a identité entre le débiteur des cotisations impayées et le responsable du dommage causé à la caisse de compensation, la portée de l'art. 52 LAVS étant limitée, en ce qui concerne le non-paiement de cotisations, aux seuls dommages causés par la péremption de cotisations paritaires non déclarées à l'AVS. Or, soutient-il, dans le cas particulier, les cotisations impayées ne sont pas encore périmées, de sorte que la caisse n'a subi aucun dommage au sens de l'art. 52 LAVS et de la jurisprudence, ce qui doit conduire à l'annulation du jugement attaqué.

Cet argument ne résiste pas à l'examen. En effet, on ne se trouve pas, en l'espèce, dans la première éventualité envisagée par la jurisprudence précitée (consid. 2a), à savoir le cas où les cotisations sont périmées en vertu de l'art. 16 al. 1 LAVS, mais bien dans la seconde, qui situe la survenance du dommage au moment où les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire, eu égard à l'insolvabilité du débiteur.

Ainsi que le TFA l'a récemment précisé, la créance de la caisse en réparation du dommage naît le jour où le dommage est causé. Ce jour est celui de l'ouverture de la faillite de l'employeur, car c'est dès ce moment-là que les cotisations en souffrance ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire (ATF 123 V 16 consid. 5c = VSI 1997 p. 216).

En l'espèce, la faillite du recourant a été prononcée le 17 septembre 1993 et c'est donc ce jour-là, conformément à cette jurisprudence, qu'est née la créance de la caisse en réparation du dommage. Celle-ci n'a toutefois eu connaissance de l'étendue de son préjudice, au sens de l'art. 82 al. 1 RAVS, que lorsqu'elle a pu consulter les pièces du dossier de la faillite, à la suite du dépôt de l'état de collocation, publié le 28 septembre 1994 (cf. ATF 121 V 234 = VSI 1996 p. 171). La décision en réparation du dommage, datée du 29 août 1995, a ainsi été rendue en temps utile, ce qui n'est du reste pas contesté.

3a. L'opinion doctrinale invoquée par le recourant à l'appui de ses conclusions se fonde notamment sur l'arrêt non publié H. du 10 août 1987, H 134/85, dont un exemplaire anonymisé a été communiqué à l'intimée dans le cadre de l'échange d'écritures, pour lui permettre de répondre au recours en connaissance de cause. Dans cet arrêt, le TFA a considéré que, dans le cas où la caisse s'est vu délivrer un acte de défaut de biens contre l'employeur devenu insolvable, le titulaire d'une raison de commerce individuelle ne peut faire l'objet d'une action en réparation du dommage au sens de l'art. 52

LAVS, en raison de l'identité du débiteur des cotisations et du responsable du dommage. («In diesem Falle ist aber die Schadenersatzklage gegen den erfolglos betriebenen Inhaber einer Einzelfirma wegen der Identität des Schuldners der Beiträge und des allfälligen Schadenersatzes nicht zulässig.»)

Cette formulation est critiquée par *Frésard* (loc. cit., p. 164, n. 10) car, écrit-il, s'il y a bien identité de débiteur, en revanche le fondement de la créance est tout à fait différent puisque la créance non couverte dans la faillite de l'employeur concerne des cotisations échues, tandis que la prétention de la caisse en réparation du dommage se fonde sur la responsabilité telle qu'elle est définie à l'art. 52 LAVS. Cette opinion est approuvée par *Nussbaumer* (Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, in RCC 1991, p. 403), qui souligne lui aussi que, du point de vue juridique, les cotisations et la réparation du dommage ne sont pas des créances identiques, l'insolvabilité de l'employeur ne jouant un rôle que pour la question de savoir si les organes subsidiairement responsables peuvent être mis à contribution.

Pour sa part, la caisse intimée s'oppose elle aussi à cette interprétation de la loi et elle allègue que sa créance en réparation du dommage est postérieure à la faillite du recourant puisqu'elle est née au moment de la survenance du dommage, c'est-à-dire, selon elle, lorsqu'elle a su que la créance produite dans la faillite ne serait pas couverte. Invoquant un arrêt du TF du 21 novembre 1995 qui pourrait être celui publié aux ATF 121 III 382, elle soutient que l'employeur, qu'il soit une personne morale ou une personne physique, peut toujours faire l'objet d'une action en réparation du dommage au sens de l'art. 52 LAVS.

3b. On ne saurait effectivement confirmer la jurisprudence précitée dans la mesure où elle paraît faire de l'identité du débiteur des prestations et du responsable du dommage une cause d'exclusion de l'action en réparation au sens de l'art. 52 LAVS. En effet, les deux créances, celle en paiement des cotisations et celle en réparation du dommage, doivent être distinguées non seulement quant à leur objet, mais aussi quant à leur nature (ATF 121 III 385 consid. 3c).

De plus, la créance en réparation du dommage étant postérieure à la faillite de l'employeur, celui-ci pourra faire l'objet de poursuites pendant la liquidation de la faillite et il ne pourra invoquer le défaut de retour à meilleure fortune pour s'opposer à une poursuite requise contre lui (ATF 121 III 383 consid. 2; *Decour*, La réparation du dommage causé par l'employeur au sens de l'article 52 LAVS, dans *Aspects de la sécurité sociale*, 1987/3 p. 23 n. 58).

Cette jurisprudence doit par conséquent être abandonnée. (H 334/96)

Al. Evaluation de l'invalidité d'un footballeur professionnel

Arrêt du TFA du 28 août 1997 en cause A. H.

(Traduction de l'allemand)

Art. 28 al. 2 LAI. La question de savoir si l'on peut vraiment parler de plan de carrière à propos de sport professionnel et de hausse potentielle du revenu hypothétique à prendre en compte en l'absence d'invalidité paraît très problématique, du fait que l'avenir professionnel dans ce genre d'activité dépend essentiellement de facteurs qui échappent à la sphère d'influence de l'assuré.

La limitation de la rente d'invalidité dans le temps par rapport à la décision rendue est inadmissible (évaluation anticipée de la rente).

Pour déterminer l'âge de la retraite d'un footballeur professionnel – question qui n'a pas été tranchée en l'occurrence – il convient moins de savoir combien de joueurs sont encore actifs après 33 ans, mais bien de connaître l'âge auquel la plupart d'entre eux cessent de jouer pour des raisons d'âge.

Art. 28 cpv. 2 LAI. Risulta essere assai dubbio se nello sport retribuito si possa generalmente parlare di una pianificazione di carriera e di un aumento ipotetico del reddito da prendere in considerazione in caso di reddito di una persona non invalida poiché un'eventuale avanzamento professionale dipende prevalentemente da fattori che non possono essere influenzati dall'assicurato.

La delimitazione della rendita d'invalidità a un periodo futuro, relativo all'emanazione della decisione, è inammissibile (valutazione anticipata dell'invalidità).

La questione relativa all'età di pensionamento determinante in casu è rimasta in sospeso, ma collegata all'indicazione che in ogni caso non è determinante quanti giocatori sono ancora attivi dopo il compimento dei 33 anni, ma soprattutto a che età la maggior parte di loro si dimette per motivi di età.

A. a. A. H., né en 1966, a terminé en 1985 un apprentissage d'employé de commerce avec l'obtention d'un certificat fédéral de capacité. Depuis 1985, il a entamé une carrière de footballeur professionnel dans les rangs du Football-Club X., carrière qu'il a poursuivie dès le 1^{er} juillet 1988 au FC Y. Le 8 septembre 1988, lors d'un entraînement de mise en condition physique, il effectua un faux pas, tomba et se blessa au genou droit. Malgré le traitement médical et la physiothérapie appliqués (rapport d'opération du 14 septembre 1990), A. H. resta atteint d'une incapacité de travail totale depuis la date de l'accident. Le Dr A., médecin FMH spécialisé en chirurgie, a diagnos-

tiqué sur la base d'examens approfondis un statut après ménisectomie partielle arthroscopique du genou droit, mais n'a pas constaté en revanche de symptômes pathologiques objectivables (expertise du 19 septembre 1991). Comme une reprise d'activité était impossible, le FC-Club Y. n'a pas renouvelé le contrat de A. H., qui était venu à échéance le 30 juin 1992.

b. Le 11 juin 1992, A. H. a présenté une demande de prestations à l'AI, en particulier l'octroi de mesures de reclassement professionnel. Dans son rapport du 20 juin 1992, le Dr. B., médecin FMH spécialisé en chirurgie, considéra qu'il était judicieux d'entreprendre un reclassement professionnel de l'intéressé en l'état actuel des choses. Dans sa nouvelle activité, l'assuré devait éviter une position debout prolongée ou le transport d'objets lourds. En revanche, toutes les autres professions comportant une activité assise, alternant avec des tâches à exécuter debout, pouvaient être exigées de l'assuré, la préférence devant être donnée toutefois à une activité assise. En fait, toutes les recherches d'un emploi adéquat échouèrent après que l'intéressé eut requis l'examen du droit à une rente (rapport du centre d'examen du 30 mai 1994). Le 28 octobre 1994, la caisse de compensation fit savoir à l'assuré, par décision préalable, qu'elle devait lui refuser toute prestation de l'AI, qu'il s'agisse d'une rente ou de mesures professionnelles. Il n'avait pas droit à une rente car il n'était pas possible de le reconnaître «invalide dans le métier de footballeur» avec une vraisemblance suffisante. On ne pouvait pas non plus lui accorder des mesures de réadaptation professionnelle car les plaintes formulées ne l'empêchaient pas de revenir à sa profession première, celle d'employé de commerce. Dans sa réponse du 11 novembre 1994, A. H. a retiré sa demande en ce qui concernait les mesures professionnelles, mais il a maintenu sa requête visant à l'octroi d'une rente AI entière en se fondant sur le taux admis par l'assurance-accidents. Par décision du 16 décembre 1994, l'administration a confirmé sa décision préalable et a refusé la demande de prestations.

B. Par jugement du 19 juillet 1995, la commission cantonale de recours a admis partiellement le recours interjeté contre cette décision. Elle a constaté que l'assuré avait droit à une rente de l'AI dès le 1^{er} juin 1991 jusqu'au 30 avril 1998 au plus tard, à savoir une rente entière jusqu'à la révision de la rente. La commission de recours a renvoyé le dossier à l'administration afin que cette dernière procède à une révision de la rente dans le délai d'une année à compter de la notification du jugement, conformément aux considérants de celui-ci. Elle a rejeté le recours pour le surplus.

C. Par recours de droit administratif, A. H. a demandé l'octroi d'une rente entière d'invalidité illimitée dans le temps, voire limitée provisoirement jusqu'à fin avril 1999.

L'office AI a conclu à l'admission du recours dans la mesure où il y avait lieu d'entrer en matière. L'autorité de recours de première instance a, pour sa part, conclu à la non-entrée en matière ou, éventuellement, de rejeter le recours dans la mesure où le TFA entrerait en matière.

Le TFA a admis le recours de droit administratif. Extrait des considérants:

1. L'autorité de première instance a conclu à ce que le TFA n'entre pas en matière à propos du recours. Conformément à ce qu'il avait demandé, le recourant s'était vu octroyer une rente entière dès le 1^{er} juin 1991. Pour ce qui était de la révision de la rente, le recourant n'avait pas un intérêt actuel et pratique à recourir, car il disposerait au besoin des voies de recours après l'exécution de la révision. La limitation du droit à la rente dans le temps n'avait pas d'autre but que de mettre en évidence le fait que les sportifs atteints d'invalidité n'avaient pas un droit illimité aux prestations de l'AI. La fixation d'un délai n'avait rien d'irrévocable, car une adaptation de la rente aux modifications futures était parfaitement possible.

a. Aux termes de l'art. 103 let. a combiné avec l'art. 132 OJ, a qualité pour déposer un recours de droit administratif devant le TFA quiconque est atteint par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Selon la jurisprudence, est réputé digne de protection au sens de l'art. 103 let. a OJ tout intérêt pratique ou juridique qu'une personne concernée par une décision peut faire valoir pour en obtenir la modification ou l'annulation. L'intérêt digne de protection réside donc dans l'utilité pratique que l'admission du recours pourrait procurer au destinataire de la décision ou – en d'autres termes – dans le fait qu'on éviterait le préjudice économique, idéal, matériel ou de toute autre nature qu'entraînerait la décision attaquée (ATF 120 V 39, cons. 2b; ATF 119 V 87, cons. 5b et références citées, Pratique VSI 1993, p. 116; voir aussi ATF 121 II 174, cons. 2b). Par conséquent, l'intérêt juridique ou réel n'a pas besoin de coïncider avec l'intérêt qui est sauvegardé par la norme considérée par le recourant comme violée. On exige tout de même que le recourant soit concerné plus que quiconque d'autre par la décision attaquée et qu'il ait un rapport particulier, digne d'attention et étroit avec l'objet litigieux (ATF 114 V 96, cons. 2b, RCC 1988, p. 325; ATF 110 V 150, cons. 2c, RCC 1984, p. 518; ATF 109 V 59, cons. 1, et références citées, RCC 1984, p. 129; voir aussi ATF 119 Ib 59, cons. 2a; ATF 117 Ib 164, cons. 1b).

b. Après que l'administration cantonale eut rejeté la demande d'une rente AI, le recourant a recouru à l'autorité de première instance en concluant, à titre éventuel, à l'octroi d'une rente entière, illimitée dans le temps, à par-

tir du 1^{er} juin 1991. La commission cantonale de recours lui a accordé une rente entière d'invalidité dès le 1^{er} juin 1991, à condition toutefois que le cas fasse l'objet d'une révision dans le délai d'une année. Elle décida en outre que le droit à la rente prendrait fin au plus tard le 30 avril 1998. Cette décision ne satisfait que partiellement les conclusions du recourant (*Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2^e éd., p. 155, et les références citées), lequel a un intérêt digne de protection à ce que la décision cantonale soit annulée ou modifiée.

Il en va de même pour ce qui est du degré d'invalidité. L'autorité de première instance renvoie expressément aux considérants du jugement, qui fixent le degré d'invalidité à «67,7%». A défaut de recours, ce taux devient définitif pour les autorités et acquiert formellement force de chose jugée (ATF 113 V 159, RCC 1987, p. 559). Le fait que la décision de l'autorité de première instance ne constitue pas, quant à la forme, un arrêt de renvoi ne change rien à la situation. En fin de compte, en admettant un droit à des prestations au sens des considérants, cette décision va bien au-delà. Car elle n'a d'autre signification que celle d'obliger l'administration à réviser la rente dans le délai d'une année et à prendre une nouvelle décision. Dans ces conditions, le recours de droit administratif est également justifié du point de vue du degré d'invalidité et le recourant est légitimé à agir également sur ce point.

Il ressort des motifs invoqués que le recours de droit administratif est également dirigé contre l'âge moyen de la retraite d'un footballeur, fixé à 32 ans par l'autorité cantonale de recours. C'est en effet cet âge qui explique pourquoi le droit à la rente a été limité au 30 avril 1998 au plus tard. Pour toutes ces raisons, il y a lieu d'entrer en matière.

2. Aux termes de l'art. 4 1^{er} al. LAI, l'invalidité est la diminution de la capacité de gain présumée permanente ou de longue durée, qui résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale provenant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident.

Ainsi que le TFA a eu maintes fois l'occasion de le préciser, la notion d'invalidité de l'AI est en principe identique à celle de l'assurance-accidents obligatoire et de l'assurance-militaire. Dans les trois domaines, on entend par invalidité la diminution permanente ou de longue durée des possibilités de gain sur le marché du travail équilibré entrant en considération pour l'assuré, diminution due à une atteinte à la santé assurée (ATF 116 V 249, cons. 1b et les références citées).

3. Le statut médical du recourant est correctement décrit dans le considérant 3 de la décision de l'autorité de première instance. Il y a donc lieu de

s'y référer. Selon le dossier médical, le recourant ne présente une incapacité de gain totale qu'en tant que footballeur pratiquant en professionnel un sport d'élite. En revanche, sa capacité de travail et de gain dans d'autres activités, en particulier dans la profession où il a fait son apprentissage, est entière.

4a. Le fait que la notion d'invalidité est identique dans l'ensemble du domaine des assurances sociales ne signifie pas forcément que le degré d'invalidité soit le même partout. Alors que l'assurance-accidents n'intervient que pour les atteintes à la santé dues à un accident (art. 18 1^{er} al. LAA), l'AI verse des prestations quelle que soit la cause de l'invalidité: infirmité congénitale, maladie ou accident (art. 4 1^{er} al. LAI). Dès lors, l'AI ne saurait reprendre tel quel le degré d'invalidité adopté par l'assurance-accidents. C'est ainsi que l'AI peut et doit apprécier le cas différemment si l'assureur accidents n'a pas opéré une comparaison de revenus ou si le degré d'invalidité repose sur une appréciation qui n'est pas défendable (ATF 112 V 175, cons. 2a, et les références citées, RCC 1987, p. 397). Cette jurisprudence n'est pas remise en cause par l'arrêt TFA 119 V 468, qui portait uniquement sur la question de savoir si l'invalidité fixée par la CNA l'emportait sur l'évaluation de l'AI.

b. Par décision du 18 septembre 1992, l'assureur accidents a fixé le taux d'invalidité du recourant à 75%. La fixation de ce taux suppose en principe une comparaison de revenus. Pour ce qui concerne le revenu hypothétique sans invalidité, l'assureur relève que, si l'on tient compte de la situation économique, des conditions du marché et des précédents significatifs, l'assuré aurait pu réaliser «à notre avis un revenu moyen de fr. 225 000.– par année sans son accident». A la seule formulation de cet énoncé, on s'aperçoit qu'il s'agit typiquement d'un jugement d'appréciation. Ni la décision proprement dite, ni les pièces du dossier (notamment celles qui ont servi à fixer les indemnités journalières) ne fournissent d'indications sur le mode de calcul du revenu que l'assuré aurait obtenu sans son invalidité. Dans ces conditions, et contrairement à l'avis du recourant, le degré d'invalidité retenu par l'assurance-accidents n'a aucune force obligatoire.

5a. Aux termes de l'art. 28 al. 2 LAI, pour l'évaluation de l'invalidité, le revenu que l'invalidé pourrait obtenir en exerçant l'activité qu'on peut raisonnablement attendre de lui, après exécution éventuelle de mesures de réadaptation et compte tenu d'une situation équilibrée du marché du travail, est comparé au revenu qu'il aurait pu obtenir s'il n'était pas invalide.

Le revenu que l'assuré pourrait obtenir sans son invalidité doit être fixé en tenant compte de la situation individuelle, personnelle et professionnelle. En vertu de la jurisprudence développée à propos des art. 28 al. 2

LAI et 18 al. 2 LAA, on ne tiendra compte des possibilités de développement et de promotion professionnels théoriquement existantes que si leur réalisation est hautement vraisemblable. On n'admettra donc que l'assuré aurait probablement poursuivi son ascension professionnelle que s'il apporte la preuve à l'aide d'indices concrets qu'il aurait bénéficié d'avancements et réalisé effectivement un revenu plus élevé s'il n'était pas invalide. Il faut qu'il existe des indications concrètes au sujet de l'avancement professionnel dont on se réclame, comme dans les cas où l'employeur l'a laissé entendre ou l'a même assuré. De simples déclarations d'intention de l'assuré ne suffisent pas. Il faut, au contraire, que l'intention de se perfectionner se traduise par des démarches concrètes (ATF 96 V 29; ATFA 1968, p. 93, cons. 2a; RKUV 1993, n° U 168, p. 100, cons. 3b; arrêts non publiés en cause F., du 28 août 1996, U 12/96, et en cause M., du 13 septembre 1996, I 419/95).

b. L'autorité de première instance a chiffré le revenu que le recourant aurait pu obtenir sans son invalidité à fr. 186 000.– au moins. Elle arrive à ce montant en se basant sur les données du Football-Club Y., consignées dans le questionnaire rempli par l'employeur le 26 octobre 1992, selon lequel le recourant aurait gagné au moins fr. 15 500.– par mois. Dans son recours de droit administratif, l'assuré soutient que, sans invalidité, il aurait réalisé un gain de fr. 225 000.– si l'on se réfère aux calculs de l'assureur-accidents. Si l'on considère l'évolution du salaire au cours des années 1986 à 1989 et le fait que l'assuré faisait incontestablement partie des joueurs de base de l'équipe nationale, si l'on ajoute qu'il aurait eu la possibilité de trouver un emploi auprès d'un club étranger, il n'y a aucune raison, selon la commission cantonale de recours, de s'écarter de l'hypothèse admise par l'assureur-accidents.

aa. Le revenu d'un footballeur professionnel se compose de divers éléments. Il comprend généralement un salaire de base, auquel s'ajoutent des primes (par ex. pour le gain d'un match, l'obtention d'un certain rang au classement général pendant le championnat [ce qui donne droit à l'équipe de participer au tour final] ou à la fin de la saison [par ex. l'obtention du titre de champion ou de vainqueur de la coupe suisse], pour la qualification à une coupe européenne et les primes qui en découlent). En outre, les joueurs bénéficient souvent de revenus en nature (comme la mise à disposition d'un appartement et d'une voiture). Pour déterminer les éléments du revenu qui doivent être considérés comme fixes (et dans quelle mesure) et ceux qui dépendent d'autres facteurs (simple sélection et participation active à un match), il faut se référer au contrat d'engagement particulier et au règlement interne du club. Il faut également tenir compte des revenus accessoires qui sont liés à la célébrité et à la popularité du joueur.

D'un autre côté, il faut voir que le revenu variable, subordonné à la réussite, dépend souvent de circonstances qui échappent à la sphère d'influence d'un joueur. Il suffit pour s'en convaincre de constater par ex. que même de bons joueurs ne peuvent pas toujours jouer, parce qu'ils n'entrent pas dans le concept tactique de l'entraîneur ou la structure momentanée d'une équipe. De plus, les joueurs de pointe sont aussi sujets à des fluctuations de forme, qui les empêchent parfois de jouer pendant de longues périodes. Autre facteur de réduction du revenu: les pauses dues à des blessures, qui affectent pratiquement tous les joueurs (c'est ainsi que le recourant a subi pas moins de 29 traumatismes au cours des années de carrière). On voit donc que le revenu variable (primes) est soumis à des fluctuations constantes.

bb. Si l'on se réfère au dossier, on constate que l'état des revenus du recourant est des plus obscurs. L'origine de l'incapacité de gain due à des blessures et qui s'est manifestée lors du dernier emploi assumé par le recourant remonte aux années 1988 et 1989. Dans son expertise du 19 septembre 1991 (p. 2), le Dr A. relève pour l'année 1989 les blessures suivantes en rapport avec la pratique du football: distorsion de l'articulation tibio-tarsienne (janvier), contusion de l'épaule gauche (mai), commotion cérébrale (août), claquage musculaire de la cuisse droite (octobre) et déchirement musculaire de la cuisse droite (novembre). Ces diverses lésions eurent pour conséquence que le recourant «n'a pratiquement plus pu exercer son activité de footballeur professionnel depuis l'été 1989, à quelques exceptions près» (loc. cit., p. 6). En dépit de ses absences fréquentes, mais non invalidantes, pour cause de blessures, l'employeur déclare dans le questionnaire qu'il a rempli avoir versé au recourant, pour le deuxième semestre 1989, un salaire soumis à l'AVS de fr. 97 351.- (le montant effectivement décompté avec la caisse de compensation s'est élevé à fr. 195 143.- pour l'ensemble de l'année), encore que le revenu de substitution provenant des prestations de l'assurance-accidents ne soit pas soumis à l'AVS (art. 6, 2^e al., lettre b, RAVS).

Dans l'avis d'accident du 8 octobre 1990, l'employeur confirme le versement d'un salaire de base mensuel de 6250.-, ainsi que des primes mensuelles pour un montant de fr. 21 350.-, ce qui représente un revenu annuel de 331 200.-, qui a servi de base de «salaire AVS annuel» pour le calcul des indemnités journalières de l'assureur-accidents. En réalité, il ressort d'un extrait du compte individuel de cotisations établi par l'agence de l'AVS le 17 novembre 1992 que le salaire décompté avec la caisse de compensation s'est élevé seulement à fr. 51 458.- pour l'année 1990 (soit environ 70% du salaire de base). D'autre part, le Football-Club Y. déclare, le 26 octobre 1992, dans le questionnaire pour l'employeur à l'intention de l'AI un revenu annuel soumis à l'AVS de seulement 10374.60. Selon confirmation de l'employeur, il est pa-

tent que le recourant a présenté une incapacité de travail quasi ininterrompue depuis le 4 février au cours de cette année-là; si l'on fait abstraction de deux intermèdes (l'un du 28 mai au 16 juillet 1990 et l'autre du 17 septembre au 1^{er} octobre 1991), cette incapacité a persisté jusqu'au 30 avril 1992.

Si l'on s'en tient aux pièces du dossier, on ne voit pas comment l'employeur a pu attester le versement d'un salaire mensuel moyen de fr. 15 350.– en contrepartie des prestations fournies par le recourant à partir du 1^{er} juillet 1991. Il est frappant de constater à ce propos qu'en dépit du salaire de base de fr. 6250.– par mois qui avait été convenu, les cotisations aux assurances sociales ont été calculées en 1991 sur un montant mensuel de fr. 5764.– seulement.

cc. Le recourant soutient que, sans son atteinte à la santé, il aurait embrassé une carrière professionnelle. En tant que joueur de base de l'équipe nationale, il aurait probablement participé au Championnat du monde aux Etats-Unis et il aurait ainsi eu la possibilité de se faire engager par un club de football étranger avec un salaire plus élevé. Ces allégations appellent les remarques suivantes. Selon la jurisprudence – (voir cons. 5a) – il convient de tenir compte également des possibilités d'avancement professionnel pour l'évaluation de l'invalidité. S'agissant de sport rémunéré, il est pour le moins douteux que l'on puisse parler de plan de carrière. Comme nous l'avons vu, le développement d'une carrière dans cette activité dépend pour l'essentiel de facteurs qui échappent à la sphère d'influence de l'assuré. Il n'a pas la possibilité de préparer un avancement par des «démarches de perfectionnement professionnel» spéciales. Outre la tactique de l'équipe, la forme du jour joue souvent un rôle décisif. Même de bons joueurs ne peuvent pas être assurés de trouver une activité mieux rémunérée ou d'être sélectionné à coup sûr dans l'équipe nationale. Les responsables de clubs ou d'associations se risquent rarement à faire des promesses en ce sens. Les allégations du recourant à ce propos relèvent du domaine de la pure spéculation.

dd. Compte tenu de ce qui vient d'être dit, c'est à tort que la commission cantonale de recours s'est basée sur les indications de l'employeur pour fixer le revenu que l'assuré aurait réalisé s'il n'était pas invalide. Les faits ont été plus qu'insuffisamment vérifiés sur ce point. Il appartiendra à l'office AI, à qui le dossier est renvoyé, de faire le nécessaire à ce sujet.

c. Pour ce qui concerne le revenu que le recourant pourrait encore obtenir en dépit de son invalidité, il y a lieu de renvoyer aux considérants pertinents de l'autorité de première instance. En effet, il n'y a rien à redire au fait qu'elle ait pris en compte un revenu hypothétique de fr. 60 000.– pour l'évaluation de l'invalidité.

6. La commission cantonale de recours a accordé à l'assuré des prestations de l'AI pour la période située entre le 1^{er} juin 1991 et le 30 avril 1998 au plus tard, soit jusqu'à l'âge de 32 ans révolus (chif. 1 al. 1 et 3 du dispositif).

a. Selon la jurisprudence du TFA, l'autorité de première instance n'est pas habilitée à limiter le versement des prestations dans le temps. S'agissant de prestations durables, il appartient à l'administration et, en cas de recours, au juge de vérifier périodiquement les conditions du droit et d'augmenter, de réduire ou de supprimer la prestation dans le cadre d'une procédure de révision. Sauf cas exceptionnels, il n'est pas licite en revanche d'accorder des prestations périodiques pour une durée limitée (ATF 118 V 24 s.; ATF 109 V 261, cons. 4, RCC 1984, p. 134; ATF 97 V 59, cons. 1, RCC 1971, p. 487; RCC 1989, p. 186, cons. 3a). Une limitation dans le temps est possible par ex. lorsqu'une rente est allouée avec effet rétroactif et qu'elle est également limitée dans le temps par rapport à la date de la décision (ATF 106 V 16, RCC 1980, p. 595). Tel n'est pas le cas en l'espèce. Dans ses considérations, l'autorité de première instance part du principe que le recourant présente une invalidité ouvrant droit à une rente en tout cas jusqu'à une date qui se situe dans le futur. Ce faisant, elle ignore qu'en vertu de la jurisprudence il n'est pas licite d'anticiper l'évaluation de l'invalidité dans le domaine de l'AI (ATF 119 V 471; ATF 97 V 59, cons. 1, RCC 1971, p. 487).

b. Le fait que le recourant a droit à des prestations de l'AI pendant une certaine durée ne change rien à l'affaire. A juste titre, l'intéressé ne conteste pas que son activité de footballeur professionnel, qui lui procure des possibilités de gain élevées, est limitée à un certain âge. La question litigieuse est de savoir quelle est la limite d'âge à prendre en considération. Le recourant soutient que la durée d'activité d'un joueur professionnel prend fin généralement à l'âge de 33 ans. Etant donné que, dans le cas d'espèce, l'âge de la retraite ne joue un rôle que par rapport à la limitation du droit aux prestations dans le temps, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question de manière plus approfondie. En particulier, il n'y a pas lieu de dire ici s'il faut suivre l'opinion soutenue par la doctrine, selon laquelle l'âge moyen de la retraite se situe généralement à 33 ans, du moment que seule une minorité des footballeurs professionnels font partie de la catégorie «33 ans et plus» (voir *Doudin*, La rente d'invalidité dans l'assurance-accidents selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, dans SZS 1990, note 87). On relèvera néanmoins qu'il ne s'agit pas de savoir combien de joueurs sont encore actifs après l'âge de 33 ans. Ce qui compte, c'est de savoir à quel âge la plupart d'entre eux (donc la moyenne) prennent leur retraite. (I 287/95)

AI. Evaluation de l'invalidité / Revenu de l'invalidé

Arrêt du TFA du 23 octobre 1997 en la cause E. A.

(Traduction de l'allemand)

Art. 28 al. 2 LAI. Lors de l'évaluation du revenu hypothétique de l'invalidé, la réduction de 25% n'est pas opérée de façon générale et systématique. Il y a plutôt lieu d'examiner, en tenant compte de toutes les circonstances du cas concret, si et dans quelle mesure le revenu hypothétique que l'assuré pourrait obtenir doit être réduit de façon supplémentaire. Dans ce contexte, une réduction inférieure à 25% est envisageable. Lorsqu'il s'agit de personnes employées à temps partiel, le fait qu'elles gagnent en général proportionnellement moins que des personnes employées à plein temps selon l'enquête suisse sur la structure des salaires 1994 (ESS) peut justifier une réduction.

Art. 28 cpv. 2 LAI. La riduzione del 25% del reddito ipotetico d'invalido non deve essere concessa né sempre né comunque. Bisogna piuttosto verificare sulla base della situazione del singolo caso concreto se e in che misura il reddito ipotetico da invalido sia da ridurre ulteriormente. Non è quindi esclusa una riduzione inferiore al 25%. Per chi lavora a tempo parziale la riduzione può essere giustificata dal fatto che – come risulta dalla Rilevazione della struttura dei salari 1994 – normalmente guadagna in proporzione meno di chi è impiegato a tempo pieno.

Par décision du 30 mars 1996, l'office AI a octroyé dès le 1^{er} mars 1994 une demi-rente AI à E. A., né en 1940.

Par arrêt du 14 mai 1997, l'autorité cantonale de recours est entrée en matière, a approuvé le recours déposé contre cette décision et a enjoint l'office AI d'octroyer une rente entière à E. A.

L'office AI a interjeté recours de droit administratif demandant l'annulation du jugement cantonal.

L'assuré conclut au rejet du recours de droit administratif.

Le recours de droit administratif est rejeté. Extrait des considérants.

1. L'autorité cantonale de recours a présenté de façon correcte les dispositions légales applicables dans le cas particulier et portant sur l'étendue du droit à la rente (art. 28 1^{er} al. et al. 1^{bis} LAI) sur la détermination du degré d'invalidité selon la méthode de comparaison des revenus (art. 28 al. 2 LAI), ainsi que la jurisprudence relative à la nature économique du critère d'invalidité (cf. ATF 110 V 275 consid. 4a = RCC 1985 p. 469), à l'importance pour la détermination de l'invalidité des données médicales (cf. ATF 115 V 134, consid. 2c in fine, avec références), de l'âge, de la formation et

d'autres critères étrangers à l'invalidité (cf. ATF 107 V 21 = RCC 1982 p. 34), et enfin aux diverses méthodes de calcul (ATF 104 V 137 consid. 2a = RCC 1979 p. 228). Renvoi est fait à cette présentation.

2. C'est le degré d'invalidité qui est ici contesté et doit être examiné.

a. L'autorité de première instance se base en premier lieu sur l'expertise du MEDAS du 20 décembre 1995 et sur un rapport complémentaire du 2 septembre 1996 réclamé à ce centre. Selon ces documents, l'assuré est encore en mesure d'exercer une activité de secrétaire communal ou un autre travail dans une administration. Selon le règlement des traitements du canton X., un revenu hypothétique de 52 298 fr. 50 pourrait ainsi être atteint. Il faut toutefois tenir compte du fait que l'assuré, compte tenu de ses problèmes de santé, ne pourrait prétendre qu'à un salaire inférieur à celui que percevrait

Commentaire de l'OFAS

Dans son consid. 3 b, le TFA a refusé que l'on effectue l'habituelle réduction de 25% en vue de calculer le revenu hypothétique de l'invalidé au motif que le MEDAS aurait entièrement tenu compte, en évaluant la capacité de travail à 50%, de l'activité encore possible malgré les atteintes à la santé.

A notre avis la question d'une réduction en vue d'évaluer le revenu hypothétique de l'invalidé ne peut pas déjà être tranchée dans le cadre de l'estimation de la capacité de travail qui est faite sous l'angle médical. Cette question ne peut trouver sa réponse que lors du calcul de la capacité de gain, à savoir lorsqu'est analysée la possibilité de convertir en termes économiques la capacité de travail résiduelle.

Commento dell'UFAS

Al n. 3b il TFA ha negato la riduzione del 25% abitualmente applicata al reddito ipotetico d'invalido e motivato la sua decisione adducendo che il SAM nella sua valutazione della capacità lavorativa al 50% avrebbe pienamente tenuto conto delle prestazioni ancora possibili, sia pure in misura ridotta, nonostante la menomazione.

A nostro parere tuttavia la questione della riduzione del reddito ipotetico d'invalido non può essere risolta già nel contesto della valutazione medica della capacità lavorativa. La soluzione potrà venire soltanto dal calcolo della capacità di guadagno, cioè dell'utilizzabilità a scopo di lucro della capacità lavorativa residua.

un employé à temps partiel en pleine possession de ses moyens. C'est pour-quoi il y a lieu d'admettre, conformément à la pratique, une réduction de sa- laire de 25%. En comparaison du dernier revenu perçu de 130 616 fr. on ar- rive par conséquent à un degré d'invalidité de 70%.

b. A cela l'office AI objecte que la réduction de 25% ne doit pas être ef- fectuée de façon schématique et générale. Ainsi que l'a démontré un essai de travail d'une durée limitée allant du 1^{er} octobre 1996 à fin mars 1997, l'as- suré est en mesure de gagner 4800 fr. en moyenne par mois. Il ne faut pas tenir compte pour lui des traitements cantonaux mais des salaires moyens pour des activités à responsabilité dans des bureaux, administrations ou en- treprises. De plus il n'y a pas lieu de tenir compte de son âge ni de la situa- tion difficile sur le marché de l'emploi.

c. A ce sujet, l'assuré objecte que le revenu relatif à un essai de travail d'une durée limitée concerne une période postérieure à la décision attaquée et ne doit par conséquent pas être considérée dans la procédure actuelle mais plutôt, cas échéant, lors d'une révision. Par ailleurs, le recours à l'échel- le des traitements cantonaux n'est pas erroné et la réduction supplémen- taire de 25% opérée sur le revenu hypothétique comme invalide correspond à une pratique constante.

3a. Il y a lieu de suivre l'office AI qui fait recours en ceci que la déduc- tion de 25% n'est pas opérée de façon générale et systématique. Il y a plutôt lieu d'examiner, en tenant compte de toutes les circonstances du cas concret, si et dans quelle mesure le revenu hypothétique que l'assuré pourrait ob- tenir doit être réduit de façon supplémentaire. Dans ce contexte, une ré- duction inférieure à 25% est envisageable. C'est ainsi que le TFA, dans un arrêt non publié G. du 9 décembre 1996 (I 300/96), a considéré adéquate une réduction maximale de 10%.

b. Conformément à l'expertise du MEDAS du 20 décembre 1995, l'as- suré est capable de travailler à 50% dans sa précédente activité de secré- taire communal ainsi que dans toutes les autres activités comparables, dans l'administration, les bureaux ou la gestion. Sur demande de l'autorité de première instance, le MEDAS a précisé ces indications le 2 septembre 1996 dans le sens suivant; une activité complète avec un horaire à mi-temps ou une activité réduite de moitié avec une présence toute la journée peuvent toutes deux être envisagées. Est aussi mentionnée la variante d'une pré- sence toute la journée avec repos le jour suivant. On peut déduire de ces informations que le MEDAS, en évaluant la capacité de travail à 50%, a entièrement tenu compte de l'activité encore possible malgré les atteintes à la santé. Une réduction supplémentaire d'un pourcentage – contesté – de 25% n'a donc pas lieu d'être effectuée dans le présent cas.

4. Ceci ne veut pas encore dire que la rente entière doit être réduite à une demi-rente. Il faut considérer les points suivants pour calculer le revenu que l'on peut raisonnablement attendre d'un invalide:

a. L'autorité de première instance a uniquement pris en compte pour la comparaison des revenus les traitements pratiqués par le canton X. L'office AI objecte avec raison sur ce point que l'assuré n'a pas seulement accès au marché du travail public mais également à celui privé. Compte tenu des circonstances qui ont entraîné la perte de l'emploi de secrétaire communal, un éventuel nouveau poste auprès d'un employeur privé est au moins autant vraisemblable qu'une nouvelle place dans le secteur public. Le conseiller en orientation professionnelle s'exprime dans le même sens dans son rapport final du 9 février 1995. Conformément à l'évaluation de la structure des salaires (ESS) 1994 de l'office fédéral de la statistique, à activités comparables les salaires du secteur privé étaient en moyenne inférieurs à ceux du secteur public (cf. par exemple les tableaux des pages 81 ss). De ce fait, le revenu hypothétique d'invalide qui se calcule avec des valeurs moyennes devrait être globalement un peu inférieur au chiffre retenu par l'autorité de première instance.

b. Comme cela a déjà été dit (consid. 3b ci-dessus), des postes à mi-temps avec prestation complète aussi bien que des postes à plein temps avec prestation réduite de moitié entrent en ligne de compte pour l'assuré. Le MEDAS précise toutefois avec raison, dans son rapport complémentaire du 2 septembre 1996, que le marché de l'emploi n'offre guère d'emplois de bureau à hautes exigences et à plein temps dans lesquels seule une prestation réduite de moitié puisse être fournie. Il semble de ce fait plus réaliste de prendre pour base un poste à mi-temps avec prestation complète.

Le tableau 13* de l'ESS montre que les personnes employées à temps partiel gagnent proportionnellement moins que celles à plein temps. C'est dans les postes pour lesquels les exigences sont le plus élevées que les désavantages sont le plus marqués (ESS p. 30). Et pour l'assuré ce sont précisément ce type d'emplois qui entrent en ligne de compte, en particulier ceux qualifiés et indépendants dans le cadre de bureaux ou de l'administration. Pour ce genre de postes, le désavantage salarial est de 13% entre une activité à plein temps et une à temps partiel selon le tableau 13* de l'ESS (colonne 2: emplois indépendants et qualifiés; salaire avec un taux d'occupation supérieur à 90% 6554 fr.; avec un taux d'occupation entre 25 et 50% 5712 fr.).

c. Par conséquent l'assuré subit du fait d'une activité à temps partiel et en plus de la réduction du revenu due à la réduction du taux d'occupation une diminution de salaire supplémentaire de 13%. Il y a lieu par conséquent de réduire de 13% le revenu d'invalide de 52298 fr. 50 que l'autorité de pre-

mière instance avait arrêté, sans réduction. On obtient ce faisant un revenu raisonnablement exigible de 45 500 fr. et un taux d'invalidité de 65% si on le compare au revenu que percevait l'assuré lorsqu'il était valide. Comme de surcroît pour définir le salaire hypothétique d'invalidité il faut également tenir compte des salaires plus bas du secteur privé (consid. 4a ci-dessus), le revenu que l'on peut raisonnablement exiger de l'assuré se trouve une nouvelle fois diminué puisque l'autorité de première instance n'a pris en considération dans son calcul que les traitements du secteur public, dont le montant est supérieur à la moyenne. Ceci réduit à nouveau le revenu hypothétique d'invalidité, de telle sorte que le degré d'invalidité dépasse finalement 66²/₃%.

Il y a lieu de ce fait de confirmer le jugement de première instance dans ses conclusions.

d. L'essai de travail que fait valoir l'office AI et pour lequel l'assuré a gagné 4800 fr. par mois n'a aucune incidence sur la présente procédure. Selon une jurisprudence constante le juge des assurances sociales se base sur le plan temporel sur l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue (ATF 121 V 366 consid. 1b). L'essai de travail dont il est question a commencé selon les données figurant dans le recours de droit administratif le 1^{er} octobre 1996, soit plusieurs mois après qu'a été rendue la décision du 30 mars 1996. (I 260/97)

AI. Mesures d'ordre professionnel (indemnité journalière/rente d'invalidité)

Arrêt du TFA du 31 octobre 1997 en la cause H. W.

(Traduction de l'allemand)

Art. 43 al. 2 LAI, art. 41 LAI; art. 20^{ter}, al. 3 RAI. Lorsqu'elles dépassent la durée de trois mois, les mesures de réadaptation ouvrant un droit à des indemnités journalières entraînent la suspension du versement de la rente. Celle-ci est à nouveau versée lorsque le droit à l'indemnité journalière prend fin. Le droit à la rente pour l'avenir doit être examiné dans la perspective d'une éventuelle révision au sens de l'art. 41 LAI.

Art. 43 cpv. 2 LAI, art. 41 LAI; Art. 20^{ter} cpv. 3 OAI. Durante un provvedimento d'integrazione che dà diritto ad un'indennità giornaliera della durata superiore a tre mesi, il versamento della rendita viene sospeso. Venuto a cadere il diritto all'indennità giornaliera la rendita rinasce. Una verifica del diritto alla rendita per il futuro deve avvenire sotto l'aspetto della revisione giusta l'art. 41 LAI.

Considérants:

1. ...

2a. Le juge de première instance a examiné le droit du recourant à une rente AI sous l'angle de l'art. 41 LAI qui règle le droit en matière de révision. Le litige porte sur la décision du 15 novembre 1995 par laquelle, au terme d'une mesure de réadaptation (reclassement), l'office AI a octroyé à l'assuré une demie-rente, la demie-rente AI octroyée depuis le 1^{er} avril 1989 ayant été «abrogée» à la fin du mois d'août 1993 (décision du 18 juin 1993). Il s'agit de savoir si cette décision d'«abrogation», prise en vertu de l'art. 3 al. 2 LAI et de l'art. 20^{ter} al. 3 RAI, a entraîné la suppression du droit à la rente AI ou seulement son interruption. La réponse à cette question déterminera si la décision du 15 novembre 1995 statuait sur une nouvelle demande ou sur la révision d'une rente en cours (art. 41 LAI).

b. Les bases légales applicables au cas d'espèce figurent à l'art. 43 LAI et à l'art. 20^{ter} RAI: si les conditions dont dépend l'octroi d'indemnités journalières de l'AI sont remplies, l'assuré n'a pas droit à une rente AI (art. 43 al. 2 LAI). Usant de sa compétence en la matière (art. 43 al. 2 dernière phrase LAI), le Conseil fédéral a toutefois décidé de maintenir, en faveur d'un assuré, le droit à la rente pendant la durée des mesures d'instruction ou de réadaptation et ce jusqu'à la fin du troisième mois civil entier qui suit le début de ces mesures. L'assuré a en outre droit à une indemnité journalière. Celle-ci sera toutefois réduite d'un trentième du montant mensuel de la rente pendant la période durant laquelle deux prestations sont dues (art. 20^{ter} al. 3 RAI).

Ces dispositions ne fixent pas le sort de la rente après les versements cumulés des deux prestations, prévus à l'art. 20^{ter} al. 3 RAI; il n'est pas précisé si le droit à la rente s'éteint ou s'il est seulement suspendu.

c. Du point de vue systématique, l'art. 43 LAI figure dans le chapitre E de la loi («Le cumul des prestations») qui contient les règles de coordination destinées à empêcher la surindemnisation. Ce chapitre ne traite donc pas de la naissance et de l'extinction des rentes. Ces questions sont réglées dans les chapitres C «Les rentes» et I «Le droit à la rente» (art. 28 à 35 LAI): conformément à l'art. 30 al. 1 LAI, l'assuré perd son droit à la rente dès qu'il peut prétendre la rente de vieillesse de l'assurance-vieillesse et survivants, dès qu'il décède ou dans le cas d'une révision concordante de la rente en application de l'art. 41 LAI. Le remplacement de la rente par une indemnité journalière ne figure pas parmi les motifs d'extinction de la rente. Sur la base

du contexte légal, il faut donc partir de l'idée que l'art. 43 LAI ne vise pas à introduire une nouvelle raison d'extinction de la rente mais bien plutôt à éviter une surindemnisation. Il convient donc de n'y recourir que pendant la durée du versement cumulé de plusieurs prestations, sans mesures correctives. Les conditions pour l'octroi de la rente ne sont en revanche pas touchées: tant que le degré d'invalidité d'un assuré ne se modifie pas et, partant, qu'une révision ne s'impose pas, le droit sur lequel se fonde la rente est en principe préservé. Il suffit donc de suspendre le versement de la rente lorsque s'ouvre le droit à une indemnité journalière puis de le reprendre après l'extinction de celui-ci. La jurisprudence du TFA, antérieure à la promulgation de l'art. 20^{er} RAI, suppose par ailleurs également qu'une rente en cours est seulement «suspendue» (et non supprimée) par le versement d'une indemnité journalière (ATF 100 V 184 cons. 3 avec références = RCC 1975 p. 255; ATFA 1968 p. 215 cons. 1).

Alors que le TFA, dans l'ATFA 1965 p. 50 (obiter dictum) établissait encore qu'après l'accomplissement de la réadaptation, la question du droit à la rente devait en principe être examinée à nouveau, à savoir indépendamment de la condition précisée à l'art. 41 LAI (cf. également RCC 1968 p. 471), les décisions plus récentes qui traitent de cette question tendent à procéder à une révision du droit à la rente (arrêt non publié B. du 3 mars 1975, I 333/74, et D. du 10 mars 1971, I 214/70). Au vu de ces considérations (cons. 2c), il convient de confirmer l'interprétation selon laquelle, aussi longtemps qu'est versée l'indemnité journalière, le droit à la rente est simplement suspendu et la rente AI doit à nouveau être versée une fois disparue la raison de son interruption – par analogie avec l'application de l'article 29 alinéa 2 LAI –, dès le début du mois au cours duquel le droit à la rente prend à nouveau naissance (cf. à ce sujet ATF 114 V 145 cons. 3 = RCC 1988 p. 396; ATF 113 V 279 cons. 2d = RCC 1988 p. 269).

Ce qui précède ne permet toutefois pas de conclure à ce que, après l'exécution d'une mesure de réadaptation, l'administration puisse s'abstenir d'évaluer le résultat de ladite mesure et, le cas échéant, lorsqu'il existe un motif de révision, prendre une nouvelle décision au sujet de la rente. Bien au contraire, après l'accomplissement d'une mesure de réadaptation, le droit à la rente pour l'avenir doit impérativement être réexaminé.

3. Etant donné que, comme nous venons de le voir, après la suppression du droit à l'indemnité journalière, le droit à la rente AI, temporairement suspendu, s'ouvre à nouveau, l'assuré récupère ce droit à partir du 1^{er} janvier 1994. L'administration a par conséquent eu tort d'attendre le prononcé de la décision du 2 février 1995 pour reprendre – bien qu'avec effet rétroactif – le versement de la rente.

4. ...

5. ...

6. ... (I 207/97)

Al. Droit à la rente pendant l'exécution de peines et de mesures

Arrêt du TFA du 30 juin 1997 en la cause D.W.

(Traduction de l'allemand)

Art. 4 al. 1 Cst. féd.; art. 43 ch. 1 al. 1 et 2 CPS; art. 14 CEDH; art. 32 ch. 1 let. b de la Convention n° 128 de l'Organisation internationale du travail (OIT) concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants; art. 68 let. b EOSS. La jurisprudence (ATF 113 V 273 = RCC 1988 p. 269) sur la suspension des rentes en cas d'exécution d'une mesure ordonnée pénalement tient aussi bien en regard du droit national que du droit international (consid. 2c. à e.).

En ce qui concerne la suspension de la rente dans le cas de l'exécution d'une mesure dépassant la durée de la peine prononcée ou ordonnée en l'absence de peine, il suffit que la personne concernée représente un danger social rendant la mesure nécessaire; ce danger ne doit pas forcément figurer au premier plan par rapport à un besoin éventuel simultané de traitement (consid. 3b.; précision de la jurisprudence du consid. 2b. de l'arrêt H. du 12 septembre 1994) (I 45/94), publié dans SVR 1995 IV n° 35 p. 94).

Art. 4 cpv. 1 Cost.; art. 43 cifra 1 cpv. 1 e 2 CP; art. 14 CEDU; art. 32 cifra 1 lett. b della Convenzione N. 128 dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) concernente le prestazioni in caso di invalidità, di vecchiaia e ai superstiti; art. 68 lett. b CESS. La giurisprudenza (DTF 113 V 273, RCC 1988 p. 269) sulla sospensione delle rendite in caso di esecuzione di misure di diritto penale ha la precedenza sia sul diritto interno, sia su quello internazionale (cons. 2c fino a e).

Per la sospensione delle rendite in caso di esecuzione di misure che superano o meno la durata della punizione inflitta è sufficiente che la pericolosità sociale dell'interessato renda necessaria la misura; questa non deve predominare nei confronti della necessità di prestare cure esistente eventualmente allo stesso tempo (cons. 3b; precisazione della giurisprudenza nel cons. 2b della sentenza H. del 12 settembre 1994 [I 45/94, pubblicata nello SVR 1995 AI N. 35 p. 94]).

A. Par décision du 21 août 1992, le juge d'instruction du canton X, après avoir conclu à l'irresponsabilité de l'intéressé, a suspendu l'instruction pénale dirigée contre D.W., né en 1964, pour brigandage, séquestration, contrainte, vol, dommage à la propriété, violation de domicile, escroquerie, vol d'usage de véhicules et de bicyclettes, conduite d'un véhicule sans permis de conduire et violations des règles de la circulation routière. Cette décision se basait pour l'essentiel sur une expertise de la clinique psychiatrique A. du 20 mars 1992 qui retenait l'existence d'une schizophrénie chronique de caractère paranoïaque et hallucinatoire à déclenchement furtif. Suivant les recommandations de l'experte, la doctoresse B., le juge d'instruction ordonna le renvoi de D.W. dans une clinique psychiatrique à titre de mesure selon l'art. 43 ch. 1 al. 1 et 2 CP afin qu'il soit maintenu hors d'état de nuire et qu'il soit soumis à une thérapie stationnaire à long terme, à commencer par un cadre strictement fermé. Le 22 octobre 1992, D.W. quitta sa détention préventive et entra dans la clinique de psychiatrie et psychothérapie de C. où il resta jusqu'au 4 février 1993 en division fermée avant d'être placé dans une division ouverte réservée aux longs traitements. En se référant à une demande de prestations que D.W. avait déposée en 1989, la clinique s'adressa le 11 décembre 1992 à l'AI pour que celle-ci procède à l'examen de mesures professionnelles et de l'éventualité d'un droit à une rente. En se basant sur les résultats des clarifications entreprises par la suite, la Commission AI contacta le 19 janvier 1994 que l'assuré avait droit à une rente AI complète dans la mesure où il présentait une incapacité de travail de 100% depuis le 1^{er} janvier 1993. Après avoir versé la somme 26440 francs correspondant aux montants de la rente pour la période du 1^{er} janvier 1993 au 30 avril 1995, l'agence AI du canton Y. réclama, par décision du 11 mai 1995, la restitution de cette somme considérée comme indûment touchée parce que la période en question correspondait à l'exécution d'une mesure pendant laquelle il devait y avoir suspension de la rente.

B. Le recours interjeté contre cette dernière décision par le service Z. pour le compte de D.W. placé sous sa surveillance a été rejeté par l'autorité cantonale de recours par décision du 21 novembre 1995.

C. D.W. interjette un recours de droit administratif en concluant implicitement à l'annulation de la décision cantonale et de la décision révocatoire du 11 mai 1995. Par mémoire du 5 janvier 1996, le service Z., représenté désormais par un avocat, confirme ces conclusions au nom de D.W.; subsidiairement, ce mandataire demande que l'affaire soit renvoyée à l'instance inférieure pour nouvelles clarifications.

L'agence AI conclut au rejet du recours de droit administratif. L'OFAS se prononce pour le bien fondé partiel du recours de droit administratif en

préconisant que la cause soit renvoyée à l'agence AI pour clarifier la situation au sujet de la suspension de la rente.

Les motifs contenus dans les actes de procédure et l'argumentation de l'instance cantonale seront repris dans les considérants ci-après pour autant que nécessaire.

Le TFA déclare le recours de droit administratif partiellement bien fondé. Extraits des considérants:

1. ...

2a. Comme l'a retenu à juste titre l'autorité cantonale de recours, l'exécution d'une peine ou de tout autre type de mesure privative de liberté ordonnée par une autorité pénale représente un motif de suspension de la rente AI selon la jurisprudence du TFA (ATF 116 V 21 s. consid. 3b et 4; ATF 114 V 144 consid. 2 = RCC 1989 p. 210; ATF 113 V 278 consid. 2 = RCC 1988 p. 249; SVR 1995 IV n° 35 p. 93 consid. 2a). La suspension se justifie principalement par le fait qu'un prisonnier invalide ne doit retirer aucun avantage économique de l'exécution de sa peine; en fait, le prisonnier non invalide perd en règle générale la source de son revenu. Dans la mesure où le mode d'exécution de la peine auquel le condamné est soumis lui offre la possibilité d'exercer une activité lucrative et où il peut ainsi assumer lui-même ses besoins existentiels (par ex. semi-liberté ou libération conditionnelle et probatoire), il n'est pas indiqué de suspendre le droit à la rente d'un prisonnier invalide; en effet, dans un tel cas, l'intéressé est soumis au même mode d'exécution que le non invalide et n'est empêché d'avoir une activité lucrative qu'en raison de son état de santé (ATF 116 V 22 s. consid. 3b et 5b; RCC 1992 p. 484 consid. b; SVR 1995 IV n° 35 p. 93 consid. 2a).

b. Dans le recours de droit administratif introduit par le service Z., il est invoqué que la pratique, confirmée par la jurisprudence, qui veut que la rente soit supprimée pour l'assuré invalide se trouvant en prison ou subissant une autre mesure privative de liberté ordonnée par une autorité pénale ne trouve aucune justification ou base légale ni dans le droit des assurances sociales ni dans le droit de rang supérieur; cette pratique serait même contraire aux prescriptions de traités internationaux liant également la Suisse comme notamment la Convention n° 128 de l'Organisation internationale du travail (OIT) concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants ainsi que le Code européen de sécurité sociale (CESS).

c. Dans l'ATF 113 V 273 (RCC 1988 p. 249), le TFA a modifié sa jurisprudence antérieure selon laquelle une privation de liberté – qu'il s'agisse d'une détention préventive ou d'une mesure d'exécution d'une peine – cons-

titue un motif de révision de la rente. Il a reconnu que la détention ainsi que toute autre forme de privation de liberté ordonnée par une autorité pénale donnaient lieu à une suspension de la rente. Il a basé sa motivation en particulier aussi sur des normes du droit international concernant la sécurité sociale. Il a considéré ainsi que, selon l'art. 32 ch. 1 let. b de la Convention n° 128 de l'OIT concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants du 29 juin 1967, applicable à la Suisse depuis le 13 septembre 1978 (RO 1978 p. 1493), une prestation à laquelle aurait droit une personne protégée en application d'une des parties II à IV de la Convention peut être suspendue dans une mesure prescrite tant et aussi longtemps que l'entretien de la personne concernée est assuré par des fonds publics ou par un établissement ou un service de la sécurité sociale; une réglementation similaire se trouve à l'article 68, lettre b, du Code européen de sécurité sociale (CESS) du 16 avril 1964 applicable à la Suisse depuis le 17 septembre 1978 (RO 1978 p. 1518); la prise en compte de ces normes du droit international dans l'interprétation du droit interne entraîne que la détention ou toute autre privation de liberté ordonnée par une autorité pénale constituent un motif de suspendre la rente de l'AI et non pas un motif de révision de cette rente (ATF 113 V 277 ss consid. 2b et c, RCC 1988 p. 249).

d. Les arguments du recours de droit administratif du service Z. ne sauraient justifier qu'on s'écarte de cette jurisprudence. Comme l'OFAS le démontre à juste titre, le principe de l'égalité de traitement inscrit à l'art. 4 Const. féd. exige déjà à lui seul que les détenus invalides ne jouissent pas d'un traitement de faveur sur le plan économique par rapport aux détenus non invalides. Le principe de l'égalité devant la loi implique aussi qu'une situation différente soit traitée différemment selon les critères distincts de cette situation et que, dès lors, les personnes invalides qui doivent exécuter une peine ou subir une mesure prononcée pénalement ne puissent pas toucher une rente comme les autres invalides; en effet, les derniers sont seuls responsables de leur entretien qui doit être couvert par les prestations qu'ils reçoivent sous forme de rente alors que les premiers ne doivent l'assurer eux-mêmes que s'ils disposent de moyens suffisants (art. 368 CP; *Stefan Trechsel*, Schweizerisches Strafrecht, Kurzkomentar, 1989, p. 885, n° 3 ad art. 368 CP), faute de quoi les frais de la détention ou de l'exécution d'une mesure sont supportés par la collectivité, c'est-à-dire par les cantons. Contrairement à l'argumentation du recours de droit administratif, le pécule alloué selon les articles 376 ss CP ne sert pas du tout à couvrir l'entretien pendant l'exécution de la peine mais est censé faciliter la réinsertion du condamné dans la société en lui fournissant les moyens de son existence après sa sortie de prison alors qu'il recherche du travail et en lui permettant

d'assumer certaines dépenses pendant sa détention (*Trechsel*, op. cit., p. 895, n° 1 ad art. 376 ss CP). L'argument du recours de droit administratif selon lequel la jurisprudence précitée ne serait pas conciliable avec la teneur de l'article 32 de la Convention n° 128 de l'OIT et de l'article 68 CESS ne saurait être retenu. Selon ces dispositions, une prestation peut être suspendue dans une «mesure qui peut être prescrite» dans les cas particuliers prévus. Cela ne signifie cependant pas que l'ampleur de la suspension des prestations doit être prévue par la loi. Comme l'OFAS l'objecte à juste titre, il faut au contraire déduire du texte français, qui est déterminant («une prestation ... peut être suspendue, dans une mesure qui peut être prescrite...» [RO 1978 p. 1506 et 1538]), que la mesure de la suspension doit simplement être déterminée par ou sur la base des prescriptions du droit interne, mais pas qu'elle doit être prévue expressément par la loi. Cette signification du terme «prescrites» résulte du reste aussi clairement de l'art. 1 let. d CESS et de l'art. 1 let. b de la Convention n° 128 de l'OIT. Enfin, l'objection que la suspension de rente en question contreviendrait à l'article 14 CEDH est également infondée. La convention elle-même ne donne aucun droit à des prestations sociales et ne garantit l'égalité de traitement, respectivement l'interdiction de discriminations que concernant la jouissance des droits reconnus par elle (ATF 118 Ia 347 consid. 3a avec renvois à des arrêts de la Commission européenne des droits de l'homme et à la doctrine; cf. aussi ATF 105 V 3 s. avec renvois (RCC 1979 p. 261) ainsi que SVR 1994 AHV n° 12 p. 27).

e. En résumé, force est de constater que la jurisprudence du TFA concernant la suspension des rentes en cas d'exécution d'une mesure ordonnée par une autorité pénale tient aussi bien en regard du droit national que du droit international.

3a. Conformément à l'art. 47 al. 1 LAVS, applicable aussi dans le domaine de l'assurance invalidité en vertu de l'article 49 LAI, les rentes et allocations pour impotents indûment touchées doivent être restituées (1^{ère} phrase). Selon l'art. 47 al. 2 LAVS, le droit de demander la restitution se prescrit par une année à compter du moment où la caisse de compensation a eu connaissance du fait, mais au plus tard par cinq ans après le paiement de la rente (1^{ère} phrase). Selon la jurisprudence, la répétition n'est possible que si sont remplies les conditions de la reconsidération ou de la révision (procédurale) d'une décision entrée en force formelle (ATF 122 V 138 consid. 2c). En vertu d'un principe général du droit des assurances sociales, il y a un motif de reconsidérer une décision attributive de prestations lorsque cette décision est manifestement inexacte et qu'il est hautement important de la corriger (ATF 121 V 4 consid. 6 avec renvois = VSI 1995 p. 138). Il y a

lieu de distinguer de la reconsidération ce qu'on appelle la révision (procédurale) des décisions administratives. Dans ce dernier cas, l'administration est tenue de revenir sur une décision entrée en force formelle lorsque sont découverts des faits nouveaux ou des nouveaux moyens de preuves qui sont propres à entraîner une autre appréciation juridique de la situation (ATF 122 V 138 consid. 2c avec renvois).

b. En l'espèce, il s'agirait de considérer comme manifestement inexact l'octroi initial de prestations si le motif du séjour du recourant dans la clinique C. devait être attribué à son caractère dangereux pour la société et non pas à son besoin de se faire traiter (SVR 1995 IV n° 35 p. 94 consid. 2b). Compte tenu du montant de 26 440 francs dont la restitution est demandée, l'exigence de la haute importance de le corriger devrait sans autre être tenue pour réalisée. Il reste cependant à établir clairement que, contrairement aux arguments du recours de droit administratif, il suffit, pour admettre le caractère manifestement inexact, que le danger social représenté par le recourant rendait nécessaire son internement. Il n'est pas nécessaire par contre que la mesure se soit justifiée par ce danger en priorité par rapport à une nécessité simultanée éventuelle de subir un traitement. Dans ces conditions, l'argumentation de l'instance inférieure selon laquelle le séjour en clinique avait eu lieu, en plus de la nécessité du traitement, également en raison du danger social représenté par le recourant est en principe irréprochable.

c. Sur la base de la décision de suspension du juge d'instruction X. du 21 août 1992, il y a lieu d'admettre avec l'instance inférieure et l'OFAS que l'internement dans la clinique C. avait été ordonné initialement en raison du danger social représenté par le recourant mis en évidence dans l'expertise de la clinique psychiatrique A. du 20 mars 1992. Le fait qu'une peine n'ait pas été prononcée simultanément ne joue aucun rôle en ce qui concerne la question de l'admissibilité de la suspension de la rente car l'internement constituait sans aucun doute une mesure de droit pénal prononcée par l'autorité compétente en relation avec les délits commis. Cela n'est du reste plus remis en cause dans le recours de droit administratif comme auparavant dans la procédure de première instance.

Il reste cependant à élucider si le danger social représenté initialement par le recourant a effectivement persisté jusqu'à fin avril 1995. Le certificat de la clinique C. du 18 décembre 1995 déposé dans la présente procédure permet à tout le moins de se demander si tel a été le cas. Il retient en effet expressément que le patient s'est stabilisé depuis longtemps dans son affection psychique et qu'il n'y a plus aucun indice chez lui de comportements pouvant mettre en danger autrui et/ou sa propre personne. Ce certificat,

tout comme le fait que le recourant ne s'est trouvé que les premiers mois dans une division fermée, mais qu'il vit «librement» depuis le 4 février 1993 dans une division ouverte pour longs séjours et qu'il y subit un traitement psychiatrique de réhabilitation, permet de douter sérieusement de la constatation de l'instance inférieure selon laquelle l'internement en institution était nécessaire pendant toute la période allant du 1^{er} janvier 1993 jusqu'à fin avril 1995 en raison du danger social représenté par le recourant. En fait, l'instance inférieure et l'administration ont fait trop peu de cas de l'évolution de la santé et de la personne du recourant depuis le début de son internement en clinique. Dans ces conditions, le dossier en l'état ne permet pas d'émettre des conclusions fiables sur le réel motif du séjour en clinique. Comme l'OFAS le relève à juste titre dans son préavis, il est nécessaire de procéder encore à d'autres clarifications pour prendre une décision définitive. L'administration à laquelle la cause doit être renvoyée dans ce but devra en particulier examiner si et, cas échéant, combien de temps le danger social existant au début a continué d'exister. Si elle en arrivait à la conclusion que le recourant avait effectivement dû rester dans la clinique C. pendant toute la période en cause également en raison du danger social qu'il représentait, il lui incomberait alors en outre d'apporter la preuve que la créance en restitution a été invoquée dans le délai de péremption prévu à l'art. 47 al. 2 LAVS. En ce qui concerne les principes à observer à ce propos, on peut ici renvoyer aux explications pertinentes données par l'OFAS dans son préavis. (I 416/95)

AI. Procédure

Arrêt du TFA du 20 octobre 1997 en la cause K. S.

(Traduction de l'allemand)

Art. 85 al. 2 LAVS. On ne peut admettre qu'un recours a été formé avec légèreté ou témérité que si la partie a agi quand bien même elle pouvait d'emblée se rendre compte, en usant de l'attention que l'on peut raisonnablement exiger d'elle, que sa démarche était dépourvue de chance de succès.

Art. 85 cpv. 2 lett. a LAVS. Si parla di ricorso temerario o per leggerezza quando la parte svolge comunque il procedimento pur riconoscendo l'inutilità del ricorso, avendo riflettuto in un modo ragionevolmente esigibile da lei.

A. K. S., né en 1922, retraité domicilié à l'étranger, a présenté une demande de prise en charge des frais d'acquisition à l'étranger d'un appareil auditif. Par décision du 24 juin 1996, la caisse fédérale de compensation a rejeté cette demande.

B. K. S. ayant formé recours contre la décision susmentionnée, la Commission fédérale de recours en matière d'AVS/AI pour les personnes domiciliées à l'étranger a requis de l'intéressé par une décision incidente du 15 mai 1997 concluant au caractère téméraire du recours, une avance de frais de 600 francs à verser dans un délai fixé au 2 juillet 1997. La Commission précisait qu'en cas de non-paiement de ce montant dans le délai imparti, elle n'entrerait pas en matière sur le recours.

C. Dans son recours de droit administratif, K. S. fait valoir pour l'essentiel que son recours n'a rien de téméraire, raison pour laquelle la Commission fédérale de recours n'était pas habilitée à exiger une avance de frais comme condition préalable au traitement de la cause. La caisse de compensation exprime son point de vue juridique quant au fond mais s'abstient de donner son avis sur la question de l'avance de frais ordonnée en première instance. L'OFAS s'abstient de prendre position.

Le recours de droit administratif est admis. Extrait des considérants:

1. Vu l'objet de la décision incidente du 15 mai 1997 attaquée, seule doit être examinée au cas particulier la question de savoir si c'est à bon droit que la commission fédérale de recours a requis une avance de frais du recourant. Le TFA ne peut entrer en matière sur d'autres conclusions présentées quant au fond par le recourant étant donné qu'elles n'ont pas fait l'objet de la décision de première instance (cf. ATF 119 Ib 36 consid. 1b, ATF 118 V 313 consid. 3b avec références).

2a. La Commission fédérale de recours a exposé correctement les normes juridiques applicables au prélèvement de frais en cas de recours téméraire ayant pour objet des prestations d'assurances sociales (art. 63 PA [RS 172.021] et art. 4b de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative [RS 172.041.0] en corrélation avec l'article 26 de l'ordonnance du 3 février 1993 concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage [RS 173.31]). L'on peut s'y référer. La même remarque s'applique à l'admissibilité d'une avance de frais (art. 63 al. 4 PA en corrélation avec l'art. 20 al. 5 de l'ordonnance sur l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage).

b. Il convient d'ajouter que, dans des litiges portant sur des prestations d'assurances sociales prévues par le droit fédéral, la gratuité de la procédu-

re est garantie au requérant (cf. pour ce qui est de la procédure cantonale de recours l'art 85 al. 2 let. a LAVS ([et les renvois à ce sujet figurant à l'art. 69 LAI, à l'art. 7 al. 2 LPC ainsi qu'à l'art. 22 al. 3 LFA], l'art. 30^{bis} al. 3 let. a, LAMA, l'art. 87 let. a LAMal, l'art. 108 al. 1 let. a LAA, l'art. 106 al. 2 let. a LAM, l'art. 73 al. 2 LPP et l'art. 103 al. 4 LACI; voir aussi, s'agissant de la procédure de recours devant la commission fédérale de recours, l'art. 4b de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative en corrélation avec l'art. 26 de l'ordonnance concernant l'organisation et la procédure des commissions fédérales de recours et d'arbitrage; pour ce qui est de la procédure de recours de droit administratif devant le TFA, voir l'art. 134 OJ). Une dérogation à cette règle doit rester l'exception. A quelques rares exceptions près, tous les textes précités (et en particulier l'art. 4b de l'ordonnance sur les frais et indemnités en procédure administrative applicable en l'espèce) prévoient expressément la possibilité de prélever des frais en cas de recours téméraire ou interjeté à la légère. Ainsi que le TFA l'a admis dans son ATF 118 V 319 consid. 3c, la possibilité de limiter la gratuité en cas de recours téméraire ou interjeté à la légère est un principe général de procédure en matière de droit fédéral des assurances sociales.

c. Selon la jurisprudence, on est en présence de légèreté ou de procédés téméraires lorsque le recourant fonde son avis sur des faits dont il sait ou devrait savoir, en faisant preuve de l'attention qui est raisonnablement exigible, qu'ils sont inexacts. Il y a notamment lieu de conclure également à la témérité lorsqu'une partie soutient devant l'instance de recours une opinion manifestement contraire à la loi. On ne peut toutefois parler de légèreté ou de témérité aussi longtemps que la partie entend soumettre à l'appréciation du juge un certain point de vue qui ne paraît pas arbitraire. Il en va de même lorsqu'au cours de la procédure le juge parvient à convaincre la partie concernée qu'elle se fourvoie dans son argumentation, l'amenant ainsi à en tirer les conséquences par le retrait de son recours (ATF 112 V 334 consid. 5a avec références; RCC 1988 p. 643 consid. 3b). Un recours voué à l'échec ne saurait être assimilé à un recours présentant un caractère de légèreté ou de témérité. Le fait qu'un recours soit dépourvu de chances de succès ne suffit pas a priori à lui seul à lui conférer un tel caractère. Encore faut-il qu'un élément – critiquable – s'ajoute subjectivement parlant: la partie concernée doit avoir entamé la procédure quand bien même elle pouvait sans autre se rendre compte, en usant de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle, que son recours était dépourvu de chances de succès (SZS = Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle, 1995 p. 386 consid. 3a; RAMA 1992 n° K 891 p. 73 consid. 3a avec références).

3a. La Commission fédérale de recours en est arrivée à qualifier de téméraire le recours formé contre la décision administrative du 24 juin 1996 au motif que dans son prononcé du 13 mai 1996, dans sa décision de refus aussi bien que dans son préavis et dans sa duplique présentés en procédure de recours, la caisse de compensation a exposé qu'en vertu de la réglementation contenue à l'article 43^{ter} LAVS en corrélation avec l'article 66^{ter} RAVS et avec l'article 2 de l'ordonnance du 28 août 1978 sur la remise de moyens auxiliaires par l'assurance-vieillesse, seules les personnes domiciliées en Suisse bénéficiant d'une rente de vieillesse de l'assurance-vieillesse et survivants (OMAV) ont droit, à certaines conditions, à des prestations liées à la remise d'appareils auditifs.

b. Dans sa décision du 26 juin 1996, la caisse de compensation reproduit certes mot pour mot le texte de l'article 2 OMAV. Les motifs présentés à l'appui du rejet de la requête tiennent cependant dans la seule citation de cet article et dans la constatation suivante: «Etant donné que vous êtes domiciliés à l'étranger, aucune contribution aux frais ne peut malheureusement vous être allouée.» C'est en vain au demeurant que l'on cherche dans la décision attaquée un quelconque renvoi à la base légale de cette disposition d'ordonnance qui émane du Département fédéral de l'intérieur (DFI). Et la caisse de compensation ne consacre pas la moindre remarque non plus aux arguments présentés dans la correspondance antérieure à la décision en vue de l'application de la disposition précitée de l'ordonnance du DFI. Le fait que le recourant, à la faveur d'une motivation des plus succinctes, fasse maintenant état de sa désapprobation en utilisant les voies de droit qui lui sont offertes par la loi est tout à fait compréhensible et ne peut fonder le reproche d'avoir agi avec témérité. Que le prononcé du 13 mai 1996 ne mentionne que l'article 43^{ter} LAVS, norme de délégation au Conseil fédéral, et non l'article 66^{ter} RAVS, qui contient une subdélégation au DFI, n'y change rien. La simple citation, même si elle est adéquate, d'une disposition de la loi ou de l'ordonnance ne saurait suffire à elle seule à éclaircir la situation juridique au point que le fait de porter la décision de refus devant l'instance supérieure puisse être d'emblée qualifiée de téméraire. On pourrait d'autant moins arriver à cette conclusion du fait qu'au vu des observations formulées par le requérant dans le cadre de la procédure au sein de l'administration, la question de la légalité de la prescription de l'ordonnance appliquée pourrait déjà légitimement se poser. Mais, en définitive, il est important en l'espèce que la caisse de compensation n'ait d'aucune manière pris position sur les arguments avancés par l'assuré, lequel soutenait que les normes citées par la caisse ne s'appliquaient pas à son cas; la caisse ne les a abordés ni dans sa réponse au recours dans le cadre de la procédure devant

l'instance inférieure, ni dans sa duplique d'ailleurs. Elle l'admet elle-même dans le préavis qu'elle présente dans le cadre du présent recours de droit administratif – se prononçant ainsi pour la première fois sur les objections de l'assuré – lorsqu'elle fait remarquer que, lorsqu'il a quitté la Suisse, le recourant n'avait pas été rendu attentif à la réglementation qui lui est maintenant appliquée et en particulier sur la prise en charge ultérieure par l'AI des frais de réparation des appareils auditifs. Sur ce point, on ne peut entrer en matière sur le fond dans la présente procédure dans la mesure où elle porte exclusivement sur l'avance de frais ordonnée par l'instance inférieure. Mais du fait que la caisse de compensation n'a auparavant jamais donné son avis sur la question, ce que le recourant a contesté à maintes reprises, il n'y a aucunement lieu de conclure au caractère téméraire du recours. Ce grief ne peut être formulé à l'égard du recourant que ce soit pour avoir formé recours ou pour l'avoir maintenu, étant donné que dans le préavis et dans la duplique de la caisse, l'on cherche en vain quelque justification de sa part concernant les conclusions auxquelles elle arrive dans sa décision incidente litigieuse du 15 mai 1997.

c. Le recours de droit administratif s'avère par conséquent bien-fondé et il appartiendra à la Commission fédérale de recours de se prononcer sur le recours sans percevoir d'avance de frais.

4. La procédure devant le TFA est onéreuse puisqu'elle ne porte pas sur l'octroi ou le refus de prestations d'assurance mais exclusivement sur une question de nature procédurale (art. 134 OJ a contrario). Les frais de procédure doivent par conséquent être mis à la charge de la caisse de compensation qui doit endosser les risques du procès en tant que partie qui succombe (art. 156 al. 1 en corrélation avec l'art. 135 OJ). Le fait que l'intimée n'ait pas formulé d'observations s'agissant de l'avance de frais, objet du litige, n'y change rien (voir arrêt Y. du 10 juin 1997 destiné à la publication [K 102/96]. (H 150/97)

AI. Procédure

Arrêt du TFA du 25 novembre 1997 en cause G. A.

(Traduction de l'allemand)

Art. 108 al. 2 en liaison avec l'art. 132 OJ. Recours de droit administratif; motifs du recours. Adoption de la pratique du Tribunal fédéral, selon laquelle le fait de discuter du fond de l'affaire ne satisfait pas à l'exigence d'une motivation topique du recours de droit administratif lorsque l'autorité de première instance a refusé d'entrer en matière pour des motifs formels (changement de jurisprudence du TFA conformément à l'ATF 118 Ib 134).

Art. 108 cpv. 2 in relazione con l'art. 132 OG. Ricorso di diritto amministrativo; motivazione del ricorso. Adozione della prassi del Tribunale federale secondo cui il fatto di contestare solo il merito della causa nell'impugnazione di decisioni d'inammissibilità emanate dalla istanza precedente non costituisce una motivazione che si riferisce all'oggetto del litigio né, di conseguenza, un ricorso di diritto amministrativo sufficientemente motivato (modifica della giurisprudenza del TFA conformemente alla DTF 118 Ib 134).

A. Par décision du 21 février 1996, l'office AI fit savoir à G. A., née en 1955, que la rente entière AI qu'elle touchait jusqu'alors serait réduite à une demi-rente à partir du 1^{er} avril 1996 par suite de révision.

B. La commission cantonale de recours n'est pas entrée en matière à propos du recours interjeté contre cette décision pour cause de tardiveté (jugement du 1^{er} juillet 1996).

C. Par mémoire daté du 16 septembre 1996, l'assurée s'est adressée au TFA pour demander le maintien du versement d'une rente entière AI ou de faire réexaminer son état de santé. – L'office AI a conclu au rejet du recours.

D. Le TFA a ordonné que soit tenue le 11 septembre 1997 une audience publique des débats.

Le TFA n'est pas entré en matière à propos du recours de droit administratif. Extrait des considérants:

1a. L'art. 108 al. 2 en liaison avec l'art. 132 OJ prévoit que le recours de droit administratif adressé au TFA doit indiquer notamment les conclusions, les motifs et les moyens de preuve. Cette disposition doit permettre au juge de se faire une idée suffisante de l'objet du litige. Selon la pratique, il suffit que cet objet ressorte suffisamment du recours de droit administratif dans son ensemble. En particulier, les motifs invoqués doivent pour le moins indiquer ce que le recourant entend obtenir et les faits sur lesquels

repose sa requête. Les motifs ne sont pas forcément pertinents, mais ils doivent se rapporter à la matière dont il s'agit. Il ne suffit pas de se référer à des mémoires antérieurs ou à la décision attaquée. Si le recourant n'a pas formulé de conclusions, ni indiqué les motifs de son intervention et qu'on ne peut pas les déduire de son mémoire, le recours ne satisfait pas aux exigences légales et le juge ne peut pas entrer en matière (ATF 101 V 127; ARV 1996/1997, n° 28, p. 155, cons. 1a; RCC 1988 p. 546 cons. 1; Steuer-Revue 1992, p. 563; voir aussi ATF 113 Ib 287 s. et les références citées, en particulier *Gygi*, Bundesversicherungsrechtspflege, 2^e édition, Berne 1983, p. 197).

b. Selon la jurisprudence du TFA, la conclusion concernant exclusivement le fond d'un litige prise dans un recours de droit administratif dirigé contre une décision d'irrecevabilité adoptée par l'autorité de première instance – conclusion qui, généralement, ne sera pas soumise à des exigences trop élevées et dont l'absence ne fait pas obstacle à l'examen du recours dans son ensemble (voir cons. 1a ci-devant, ainsi que *Gygi* ad op. cit., p. 196, sous f.) – conclut implicitement à ce que l'autorité de première instance aurait dû entrer en matière. C'est ainsi que le TFA a examiné régulièrement sur le fond des recours dirigés contre des décisions cantonales d'irrecevabilité qui abordaient exclusivement les aspects matériel du litige – sans formuler de conclusions sur ce point – en l'absence de toute conclusion sur la décision d'irrecevabilité prise en première instance et dépourvus de tout motif sur ce point (ATF 117 V 121 s. cons. 1 et 105 V 93 s. cons. 1). En revanche, le Tribunal fédéral a jugé que les recours de droit administratif dirigés contre les décisions cantonales d'irrecevabilité, qui se limitent à discuter du fond de l'affaire, ne satisfont pas aux conditions d'un recours, qui exigent une motivation topique (118 Ib 134 cons. 2).

Cette divergence de jurisprudence au sujet des exigences quant à la motivation topique des recours ne saurait subsister plus longtemps; il convient de modifier la pratique actuelle et d'adopter celle du Tribunal fédéral (ATF 118 Ib 134 cons. 2), selon laquelle les recours de droit administratif dirigés contre les décisions cantonales refusant d'entrer en matière pour des motifs formels et n'abordant que le fond du litige – quelle que soit la conclusion formulée – ne satisfont pas aux exigences d'une motivation topique. La justification de ce point de vue, qui est également partagé par la doctrine, réside dans le fait que la validité d'un recours de droit administratif exige une motivation tant soit peu topique (*Gygi*, ad op. cit., p. 197; *Grisel*, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, p. 915; *Häfelin/Müller*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Zurich 1993, p. 352; *Kölz/Häner*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zurich 1993, p. 158 et 236; *Rhinow/Koller/Kiss*, Öffentliches Prozessrecht und Grundzüge des

Justizverfassungsrechts des Bundes, Bâle et Francfort s/M. 1994, p. 266 s.). Le fait de discuter du fond de l'affaire ne satisfait pas à l'exigence légale de motiver le recours lorsque l'autorité précédente a refusé d'entrer en matière pour des motifs formels, non plus d'ailleurs qu'un simple renvoi général aux mémoires antérieurs ou à la décision attaquée, qui, selon la jurisprudence actuelle, ne constitue pas une motivation juridiquement valable (voir cons. 1a, ci-devant; ATF 113 Ib 287 s. et 101 V 127 et les références citées). Etant donné que l'exigence formelle d'une motivation topique n'est satisfaite que dans la mesure où le recours indique en quoi et pourquoi la décision litigieuse est attaquée (ATF 113 Ib 287 s. et références citées), le recours de droit administratif dirigé contre une décision par laquelle l'autorité de première instance a refusé d'entrer en matière doit nécessairement aborder cette question dans sa motivation (ATF 118 Ib 136 cons. 2). Il en va différemment dans l'affaire U. (ATF 109 V 119 s., RCC 1984, p. 41) que le TFA a jugé le 25 mars 1983 et que le Tribunal fédéral cite dans l'ATF 118 IB 136, cons. 2: la discussion portait sur le refus de *l'administration* d'entrer en matière à propos d'une nouvelle demande et l'autorité de recours cantonale – contrairement aux cas tranchés dans les ATF 117 V 121 s. et 105 V 93 s. – avait rendu une décision sur le fond et non d'irrecevabilité.

2. Dans la présente espèce, le mémoire de la recourante du 16 septembre 1996 ne contient aucune motivation topique: il ne fait aucune référence à la décision de l'autorité de première instance qu'il est censé attaquer. Le juge cantonal n'est pas entré en matière en raison de la tardiveté du recours (art. 84 al. 1 LAVS en liaison avec l'art. 69 LAI). Dans son mémoire du 16 septembre 1996, l'assurée n'aborde en aucun moment la décision attaquée, ne fût ce que par allusion; elle se contente d'évoquer son état de santé et critique la réduction de sa rente décidée par l'administration. Dans ces conditions, le recours ne satisfait pas aux exigences de l'art. 108 al. 2 OJ. Partant, la cour de céans ne saurait entrer en matière. (I 366/96)

Nouveaux textes législatifs et nouvelles publications officielles

	Source N° de commande Langues, prix
L'AVS. La Suisse sociale en marche	OFAS, d/f/i ³ gratis
Catalogue des imprimés de l'OFAS, édition mai 1998	OCFIM ¹ 318.110, df gratis
L'organisation de l'OFAS, valable dès le 1 ^{er} mars 1998	OCFIM ¹ 318.120.14 d/f Fr. 3.05
Mémento «Votre droit aux prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI», état au 1 ^{er} janvier 1998	5.02 d/f/i ²
Mémento AVS/AI «Ressortissants yougoslaves»	YU serbe + dfi ²

¹ OCFIM = Office central fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne (fax 031/992 00 23)

² A retirer auprès des caisses de compensation AVS/AI ou auprès des offices AI

³ La brochure peut être retirée auprès du service d'information de l'OFAS (fax 031/322 78 41). Elle est également disponible auprès des caisses de compensation AVS/AI ou au kiosque de l'exposition itinérante «Histoire et avenir»