

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

Pratique VSI

5/1998

Pratique

AVS: Renonciation au prélèvement de cotisations sur des gains de minime importance	229
AVS: Bonus versés à l'institution de prévoyance	229
AI: Modification de l'Ordonnance concernant les infirmités congénitales (OIC)	230
AA: Possibilité de renoncer à la couverture d'assurance selon la LAA	231

Informations

En bref	232
Mutations au sein des organes d'exécution	232

Droit

AVS: Délimitation entre activité dépendante et activité indépendante Arrêt du TFA du 10 février 1998 en la cause P. L.	233
AI: Exception à l'obligation de cotiser sur des rémunérations de minime importance provenant d'une activité accessoire Arrêt du TFA du 26 mai 1998 en la cause E. P.	239
AVS: Bénéfice en capital Arrêt du TFA du 7 avril 1998 en la cause C. L.	243
AVS/AI: Procédure; droit des parties d'assister à l'audition des témoins Arrêt du TFA du 19 janvier 1998 en la cause R. R.	248
AI: Mesures médicales / Infirmité congénitale Arrêt du TFA du 17 mars 1998 en la cause G. F.	252
AI: Evaluation de l'invalidité d'une personne exerçant une activité indépendante Arrêt du TFA du 30 mars 1998 en la cause A. P.	255

Pratique VSI 5/1998 – septembre /octobre 1998**Editeur**

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

Administration

Office central fédéral des imprimés et du matériel
3000 Berne

Rédaction

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

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

Renonciation au prélèvement de cotisations sur les gains de minime importance provenant d'une activité accessoire, lorsque l'activité principale est exercée à l'étranger

Dans l'arrêt du 26 mai 1998 en la cause E. P., publié en page 239, le Tribunal fédéral des assurances a considéré qu'une activité principale exercée en France permettait d'exonérer un revenu de minime importance provenant d'une activité accessoire exercée en Suisse en vertu de l'art. 8^{bis} RAVS. Il a par contre laissé ouverte la question de savoir si cette règle était valable pour d'autres Etats. Nous sommes d'avis que tel est le cas. La convention avec la France contient une disposition qui permet expressément de tenir compte de l'activité exercée sur le territoire de l'un des Etats pour l'application de la législation de l'autre Etat. Dans les autres conventions, l'assujettissement et l'obligation de cotiser ne sont, en règle générale, réglés que pour le revenu acquis dans l'Etat correspondant. Il s'ensuit que l'obligation de cotiser sur les revenus de minime importance provenant d'une activité accessoire doit être tranchée d'après le droit national. Si le droit suisse admet l'exonération des gains de minime importance provenant d'une activité complémentaire, parce que les intéressés sont déjà couverts par leur activité principale, les conventions de sécurité sociale n'exigent aucunement d'assujettir ces personnes au seul motif que leur activité principale est exercée à l'étranger. Si l'activité principale exercée à l'étranger n'était pas prise en considération, une activité – même accessoire – exercée régulièrement en Suisse ouvrirait du reste un second droit à la rente, contrairement à ce qui se passerait selon le droit interne si les deux activités étaient accomplies en Suisse. Or, les conventions n'ont pas pour but de créer des surassurances. Une activité principale exercée dans un pays qui n'est pas lié à la Suisse par une convention permet également d'exonérer les gains provenant d'une activité accessoire en Suisse.

Cotisations AVS. Bonus versés à l'institution de prévoyance

Les caisses de compensation nous demandent fréquemment comment elles doivent traiter les «bonus» destinés à récompenser les mérites des salariés et qui, au lieu d'être versés directement en mains de ces derniers, sont virés à une fondation de prévoyance pour être crédités sur leur compte individuel de prévoyance.

En vertu de l'actuel art. 8 let. a RAVS, seules peuvent être exceptées du salaire déterminant les cotisations versées par l'employeur à des institutions de prévoyance qui remplissent les conditions d'exonération fiscale de la LIFD. En outre, comme cela ressort du texte de cette disposition, il doit s'agir de cotisations réglementaires. La jurisprudence relative à l'ancien art. 8 RAVS a précisé que par «prestations des employeurs à leurs employés ou ouvriers», il fallait entendre uniquement les prestations qui proviennent des deniers de l'employeur, mais non celles qui ont été fournies de facto par le salarié (RCC 1952 p. 90, où il s'agissait de primes d'assurance-vie payées au moyen du salaire et des gratifications des employés). Cette règle jurisprudentielle, quoique ancienne, conserve toute sa valeur quand il s'agit d'appliquer l'art. 8 let. a RAVS dans sa teneur actuelle.

Dans un arrêt non publié, du 7 mai 1996, en la cause S. SA, H 264/95, le TFA a jugé que les «bonus» constituent un élément de la rémunération du travail des salariés bénéficiaires. Même si leur octroi est laissé à la libre appréciation de l'employeur, ils représentent une rétribution spéciale en contre-prestation du travail fourni. C'est pourquoi des «bonus» versés à une institution de prévoyance doivent être considérés comme un paiement indirect d'un salaire: au lieu d'être payée directement aux intéressés, une partie du salaire est versée en faveur de ces derniers à une fondation de prévoyance. Mais l'employeur n'assume aucune charge supplémentaire découlant de la prévoyance professionnelle, car la somme à répartir reste la même quel que soit le mode de paiement.

AI

Modification de l'Ordonnance concernant les infirmités congénitales (OIC)

Par décision du 4 septembre 1998, le Département fédéral de l'intérieur a modifié l'OIC comme suit:

Chiffres

142 Craniostynostoses, lorsqu'une opération est nécessaire

163 Thorax en entonnoir, lorsqu'une opération est nécessaire

164 Thorax en carène, lorsqu'une opération ou une orthèse sont nécessaires

194 Luxation congénitale du genou, lorsqu'une opération, un appareillage ou un traitement par appareil plâtré sont nécessaires

- 381 Malformations du système nerveux et de ses enveloppes
(encéphalocèle, kyste arachnoïdien, myéломéningocèle, hydromyélie,
méningocèle, diastématomyélie et tethered cord)
- 382 Troubles de l'hypoventilation d'origine centrale du nouveau-né

Chapitre XVII, let. a, phrase introductive

Lorsque la reconnaissance d'une infirmité congénitale dépend d'une certaine diminution de l'acuité visuelle, celle-ci doit être mesurée après correction du vice de réfraction. Si l'acuité visuelle n'est pas mesurable et si l'œil en cause ne peut pas fixer centralement, on admet que l'acuité visuelle est de 0,2 ou moins (chiffres 416, 417, 418, 419, 423, 425, 427).

La présente modification entre en vigueur le 1^{er} janvier 1999.

AA

A nouveau: 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)

Dans la VSI 3/1998 p. 148, l'OFAS vous informait que, depuis le 1^{er} janvier 1998, la renonciation à la couverture d'assurance selon la LAA en cas d'activité accessoire ne dépend plus de la décision concernant la couverture AVS. Les modalités de renonciation et la procédure à suivre étaient également décrites.

Les assureurs-accidents ont fait savoir à l'OFAS que beaucoup de caisses de compensation n'avaient pas encore adapté leur formulaire de renonciation à la nouvelle réglementation. Il convient de procéder le plus rapidement possible à cette modification, par exemple en introduisant le passage suivant:

«Les personnes qui exercent une activité accessoire ou assument une charge accessoire sont assurées à titre obligatoire pour cette activité conformément à la loi sur l'assurance-accidents. Il est possible de renoncer à être assuré spécialement pour cette activité si le revenu qu'elle procure n'excède pas le montant visé à l'art. 8^{bis} RAVS. La déclaration de renonciation doit être communiquée par avance et par écrit à l'assureur-accidents compétent ou à la caisse supplétive LAA (Badenerstrasse 694, 8048 Zurich) et doit être munie du consentement de l'employeur.»

Échange de vues CC/OFAS

Le 8 septembre, s'est tenu à Berne, sous l'égide de la Conférence des caisses cantonales de compensation, le 116^e échange de vues entre les caisses de compensation et l'OFAS.

La discussion a essentiellement porté sur l'introduction de l'euro, les renseignements fournis aux autorités fiscales, l'initiative parlementaire Hegetschweiler, ainsi que sur la diffusion du mémento sur les PC (5.02). Le problème de la perception des cotisations sur les revenus provenant d'options de salariés ou de collaborateurs, et la création d'un groupe de travail «Commerce en franchise et statut à l'égard des cotisations AVS» ont également été évoqués. Enfin, les interlocuteurs ont discuté, sous l'angle de l'application technique, de la situation après la suppression pure et simple du registre des arrêts.

Commission des rentes

Le 10 septembre, la 23^e séance de la Commission des rentes s'est tenue à Berne sous la présidence de M. Alfons Berger, sous-directeur de l'OFAS. La discussion a porté sur le supplément 2 aux directives concernant les rentes (DR) qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1999. La Commission a également traité les problèmes liés à la procédure de paiements rétroactifs de rentes à des tiers. Elle a décidé de supprimer les formulaires existants pour la compensation des rentes AVS/AI avec des créances en restitution d'autres assureurs sociaux et pour les paiements rétroactifs de l'AVS/AI aux tiers ayant consenti des avances. Un formulaire unique sera désormais utilisé pour les demandes de paiements rétroactifs de rentes à des tiers. On a également adapté, à cette occasion, les dispositions correspondantes des DR et les circulaires concernant la compensation. L'OFAS informera en particulier les caisses-maladie sous la forme qui convient.

Mutations au sein des organes d'exécution

Nouvelle adresse postale du siège principal à La Chaux-de-Fonds de la caisse de compensation Horlogerie (51): case postale 70.

Nouveaux numéros de fax des agences 51.5, 51.6, 51.7 de la même caisse de compensation: 032/343 69 07 pour les trois agences.

AVS. Délimitation entre activité dépendante et activité indépendante; médecin exerçant dans un hôpital

Arrêt du TFA du 10 février 1998 en la cause P. L.

Art. 5 al. 2 et 9 al. 1 LAVS. Les honoraires perçus par les médecins-chefs de service, les médecins-chefs de service adjoints et les médecins-chefs pour les traitements stationnaires prodigués à des patients de la division privée des établissements hospitaliers du canton de Genève, constituent des revenus d'une activité lucrative dépendante (consid. 4a).

En revanche, constituent des revenus provenant d'une activité lucrative indépendante les honoraires que les médecins-chefs perçoivent pour les soins prodigués à la clientèle ambulatoire dans le cabinet privé mis à leur disposition par l'établissement hospitalier (4b).

Gli onorari corrisposti ai medici capireparto, ai loro sostituti e ai primari per il trattamento stazionario dei pazienti del reparto privato degli stabilimenti ospedalieri del Canton Ginevra rappresentano redditi provenienti da un'attività lucrativa dipendente (cons. 4a).

Costituiscono invece redditi provenienti da un'attività lucrativa indipendente gli onorari percepiti dai primari per le cure ambulatoriali prestate ai pazienti nello studio privato messo a loro disposizione dallo stabilimento ospedaliero (4b).

Depuis le 1^{er} octobre 1979, P. L. exerce son activité de médecin à l'Hôpital cantonal de Genève. Il a été nommé médecin-chef de clinique adjoint de la Clinique d'ophtalmologie le 1^{er} juillet 1984. De surcroît, il enseigne à l'Université de Genève. Dans son activité, P. L. est placé sous l'autorité d'une commission administrative et du médecin directeur du département. A l'hôpital, il traite soit une clientèle dite stationnaire, c'est-à-dire des patients hospitalisés, soit une clientèle ambulatoire. En effet, en raison de ses fonctions, il a été autorisé à s'occuper d'une clientèle privée, à laquelle il prodigue ses soins selon un horaire variable. En principe, il consacre deux demi-journées par semaine à la clientèle privée ambulatoire. Pendant le reste de son temps, mis à part ses activités universitaires, il s'occupe des malades hospitalisés, dont les deux tiers se trouvent en division commune et le tiers en chambre privée (clientèle privée). P. L. exerce cette activité annexe dans les locaux de l'hôpital, où il dispose d'un cabinet mis à disposition par l'établissement pour la consultation ambulatoire. Il n'est en effet pas autorisé à pratiquer en dehors de l'hôpital. L'infrastructure et le matériel de l'établissement sont ainsi mis à sa disposition et il doit travailler avec le support de

l'hôpital (médical, administratif ou technique). Il n'emploie dès lors pas de personnel, n'encourt pas de frais généraux et n'assume aucune dépense d'investissement. La rémunération de P. L. lui est versée par l'hôpital cantonal. Elle comprend son traitement ainsi qu'une part des honoraires pour les soins prodigués aux patients privés hospitalisés. La facturation à la clientèle privée varie en fonction du caractère stationnaire ou ambulatoire du traitement. Dans le premier cas, le médecin dresse l'état de ses honoraires sur un papier à son en-tête qu'il remet au service compétent de l'hôpital. Une facture globale est ensuite envoyée au patient par l'hôpital, aussi bien pour les prestations du médecin que pour celles fournies par l'établissement. L'hôpital procède à l'encaissement des factures, conserve le 30 % du montant perçu et reverse le solde à P. L. Il s'occupe aussi du contentieux et n'informe apparemment pas le médecin d'une éventuelle absence de recouvrement des factures. Pour la clientèle ambulatoire en revanche, P. L. adresse ses notes d'honoraires directement à ses patients, sur un papier à sa propre en-tête. En cas de non-paiement, il s'occupe du contentieux. Pour chaque consultation ambulatoire, il verse, à forfait, un montant de 20 francs à l'hôpital. Selon l'intéressé dont il faut retenir la déclaration, ce mode de facturation n'a pas été modifié jusqu'à la fin de 1995. Dans son activité hospitalière, soit également lorsqu'il traite des patients privés, P. L. est assuré en matière de responsabilité civile dans le cadre du contrat d'assurance conclu par l'hôpital cantonal. Seule la franchise contractuelle demeure à sa charge pour des cas qui pourraient découler de son activité accessoire et devraient être attribués à une faute grave.

Procédant à un contrôle d'employeur à l'Hôpital cantonal de Genève, la caisse de compensation a relevé que les montants versés aux médecins qui y traitaient des patients privés n'avaient pas fait l'objet de déclarations. Le 30 novembre 1994, elle a notifié à P. L. quatre décisions par lesquelles elle lui réclamait le versement des cotisations personnelles pour les années 1989 à 1995. Par deux décisions du 23 décembre 1994 (remplaçant les précédentes), l'administration a exigé du prénommé le paiement des cotisations arriérées de 1989 à 1993, soit 305 287 fr. 45 et de 1994, soit 53 006 fr. 55, intérêts moratoires compris. Par jugement du 13 novembre 1996, l'instance cantonale de recours a admis le recours déposé par P. L. En bref, la commission a considéré que les honoraires payés pour le traitement des patients privés ne constituaient pas un revenu d'indépendant. Le TFA a rejeté le recours interjeté par la caisse ainsi que celui des Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG). Extraits des considérants:

4. Le litige porte sur le caractère dépendant ou indépendant du revenu perçu par le médecin hospitalier pour le traitement de la clientèle privée sta-

tionnaire et ambulatoire (voir ATF 122 V 283 s. consid. 2 et 3 = VSI 1997 p. 105).

a. Chez une personne qui exerce une activité lucrative, l'obligation de payer des cotisations dépend, notamment, de la qualification du revenu touché dans un certain laps de temps; il faut se demander si cette rétribution est due pour une activité indépendante ou pour une activité salariée (art. 5 et 9 LAVS, art. 6 s. RAVS). Selon l'art. 5 al. 2 LAVS, on considère comme salaire déterminant toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé; quant au revenu provenant d'une activité indépendante, il comprend «tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante» (art. 9 al. 1 LAVS).

Selon la jurisprudence, le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranché d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce qui est déterminant, bien plutôt, ce sont les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ne sont pas déterminants. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, et ne supporte pas le risque économique couru par l'entrepreneur.

Les indices caractéristiques d'une activité indépendante résident dans la mise en œuvre d'investissements d'une certaine importance, l'usage de ses propres locaux de travail et l'engagement de son personnel (ATF 119 V 163 consid. 3b = VSI 1993 p. 226). Le risque particulier de l'entrepreneur découle du fait que, quel que soit le résultat de son activité, il doit supporter les coûts de son entreprise, en particulier les frais généraux, pertes, risque d'encaissement et de du croire (*Greber/Duc/Scartazzini*, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, ad art. 5 LAVS, n° 111).

Les principes exposés ci-dessus ne conduisent cependant pas à eux seuls à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Les manifestations de la vie économique revêtent en effet des formes si diverses qu'il faut décider dans chaque cas particulier si l'on est en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante en considérant toutes les circonstances de ce cas. Souvent, on trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (ATF 122 V 171 consid.

3a = VSI 1996 p. 256, 122 V 283 consid. 2a = VSI 1997 p. 105, 119 V 161 consid. 2 et les arrêts cités).

b. La qualification des revenus d'un médecin hospitalier quant aux cotisations d'assurances ne peut, en général, être résolue en fonction d'un seul critère. Elle doit être établie en examinant tous les éléments du contrat liant les parties, les circonstances économiques de l'activité qui donne lieu à rétribution, ainsi que le cadre de l'organisation dans laquelle celle-ci se déroule. Fait partie du salaire déterminant toute rémunération que le médecin reçoit dans le cadre d'une activité dépendante. En revanche, entrent dans les revenus provenant d'une activité indépendante les honoraires perçus pour les soins prodigués dans le propre cabinet du praticien. En principe, la rétribution versée à un médecin en tant que médecin-chef d'un hôpital revêt le caractère de salaire déterminant, même lorsqu'il s'agit de la participation à des taxes opératoires ou radiologiques ou de suppléments pour patients privés. En revanche, sont des revenus provenant d'une activité indépendante les honoraires que le médecin-chef reçoit pour les soins prodigués dans son cabinet privé à l'hôpital, qu'il peut directement réclamer aux patients et pour lesquels il supporte le risque économique (ATF 122 V 284 s. consid. 3 = VSI 1997 p. 105, 101 V 254 consid. 1b = RCC 1976 p. 231).

Se fondant sur ces différents critères, le TFA a jugé récemment que les honoraires des médecins-chefs et médecins responsables de division versés pour soins stationnaires aux patients privés des hôpitaux du canton de Lucerne revêtent le caractère de revenus provenant d'une activité dépendante (ATF 122 V 281 = VSI 1997 p. 105).

5. Selon l'article 5 de la loi genevoise sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 5 janvier 1995), l'Hôpital cantonal de Genève est un établissement de droit public, doté de la personnalité juridique. Médecin-chef de clinique, P. L. est lié à l'établissement par un rapport de service fondé sur le droit public. Il a le statut de fonctionnaire. Le traitement qu'il perçoit, pour son activité ordinaire, constitue un salaire, au sens de l'AVS, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté.

Les membres du personnel des établissements publics médicaux sont tenus de consacrer tout leur temps à l'exercice de leur fonction (art. 10 de la loi genevoise précitée). Des dérogations peuvent être accordées à titre précaire et eu égard à la personne du bénéficiaire. En ce qui concerne les médecins, le conseil administratif de l'hôpital a établi un règlement relatif à l'activité privée du corps médical (règlement du 30 novembre 1982, avec ses modifications, applicable en l'espèce ratione temporis). Il ressort de l'énoncé des principes généraux de ce règlement que l'activité privée est une

tolérance; en tout temps, l'étendue de l'autorisation, les conditions d'exercice et les catégories de bénéficiaires peuvent être modifiées (art. 1 du règlement). L'autorisation d'exercer concerne deux sortes de clientèle privée: la clientèle stationnaire, soit les patients hospitalisés en 1^{ère} ou 2^{ème} classe, et la clientèle ambulatoire, soit les patients traités ambulatoirement à l'hôpital, pour autant qu'ils aient eux-mêmes choisi un médecin autorisé ou qu'ils aient été adressés personnellement à ce dernier par un confrère (art. 2 du règlement).

Les conditions d'exercice précisent en outre que les médecins ont l'obligation de prendre soin de tous les patients de manière égale, quelle que soit leur classe d'hospitalisation. Ils sont tenus de suivre personnellement leur clientèle privée et, en cas d'absence, ne peuvent se faire remplacer. Dans cette éventualité, le suivi du malade est assuré par l'hôpital. Par ailleurs, dans leur activité privée, les médecins autorisés sont considérés comme personnes indépendantes. Ils assument personnellement les obligations fiscales et sociales qui en découlent (art. 7 du règlement).

6. Les recourants se réfèrent essentiellement à l'article 7 du règlement pour établir le caractère indépendant de l'activité de l'intimé lorsqu'il traite des patients privés.

Cet argument n'est cependant pas décisif. Ainsi que l'a déjà jugé le TFA, une réglementation interne qui a pour effet de fractionner les relations juridiques entre les mêmes parties ne constitue pas un indice déterminant pour la qualification des revenus sous l'angle de l'AVS (ATF 122 V 287 consid. 5b/bb = VSI 1997 p. 105). Par ailleurs, ce sont les règles de droit fédéral qui ont la primauté sur les dispositions légales ou réglementaires cantonales. Il convient dès lors, ainsi que l'a fait à juste titre l'autorité cantonale, de s'en tenir plutôt aux circonstances économiques, à l'organisation du travail et à la responsabilité encourue.

A cet égard, il y a lieu de constater, en premier lieu, que le médecin-chef d'un hôpital bénéficie d'une grande liberté dans l'organisation de son travail, quel que soit son statut, dépendant ou indépendant. Cependant, les conditions propres à l'activité de l'intimé, lorsqu'il traite des patients stationnaires ou reçoit une clientèle privée ambulatoire, présentent des différences qui justifient de procéder à un examen séparé de ces questions.

a. Dans son activité purement hospitalière, lorsqu'il traite des patients privés hospitalisés en chambres privées, l'intimé est soumis, sur le plan de l'organisation déjà, à la commission administrative et à une direction médicale. Il n'est pas libre d'admettre ou de refuser, selon son choix, les patients

privés hospitalisés, ni de leur consacrer un temps excessif. L'intimé n'a d'ailleurs pas le pouvoir de choisir son personnel, de l'engager ou, le cas échéant, de le licencier; il ne dispose pas davantage de compétences pour décider d'investissements. Ces premiers éléments plaident en faveur d'une activité lucrative dépendante. Parmi les circonstances économiques dans lesquelles se déroule l'activité privée, il y a lieu de relever l'absence de personnel propre et de frais à la charge de l'intimé, dès l'instant où toute l'infrastructure et le personnel de l'hôpital sont mis à sa disposition. Par ailleurs, P. L. n'a dû consentir aucun investissement et ne supporte, à part l'éventualité peu probable d'une perte liée à l'encaissement de ses honoraires, aucun risque économique. Dans ce domaine cependant, l'hôpital n'est pas, à l'égard du patient, un simple intermédiaire, chargé seulement de l'encaissement. Avec une facture établie à son en-tête, il fait valoir des prétentions propres pour lesquelles il se présente comme créancier. Dans ces conditions, le risque économique du médecin apparaît tout à fait secondaire. Enfin, ainsi que les premiers juges l'ont considéré à juste titre, même les patients privés sont liés à l'hôpital par un contrat de droit public, ce qui enlève toute portée à la disposition réglementaire prévoyant une responsabilité primaire et personnelle du médecin à leur égard. D'ailleurs, le contrat d'assurance responsabilité civile conclu par l'hôpital couvre les médecins pour les conséquences dommageables de leurs actes, également à l'égard de leurs patients privés, le recours de l'assureur ou de l'hôpital pour faute grave étant réservé. Ces considérations constituent également des indices d'une activité dépendante.

Sur le vu de ce qui précède, même si l'on peut accorder plus ou moins de poids aux divers points relevés par les parties, les éléments en faveur d'une activité lucrative dépendante apparaissent prédominants, au sens de la LAVS et de la jurisprudence y relative. Il s'ensuit que les honoraires perçus par l'intimé en sa qualité de médecin-chef de clinique de l'Hôpital cantonal de Genève, pour les traitements prodigués à la clientèle privée stationnaire, constituent la rémunération d'une activité dépendante. A cet égard, le jugement cantonal s'avère conforme au droit fédéral.

b. Ainsi que les premiers juges l'ont retenu en fait, le traitement de la clientèle ambulatoire présente des caractéristiques si différentes de celui des patients hospitalisés qu'il existe, en définitive, une grande similitude avec le statut d'un médecin ayant son cabinet en dehors de l'hôpital. En particulier, le risque économique relatif aux patients ambulatoires est assumé par le médecin qui établit ses notes d'honoraires à titre personnel. Dans la mesure où l'intimé verse à l'hôpital un montant forfaitaire pour chaque consultation, le risque a trait non seulement à l'encaissement de ses honoraires, mais aussi aux frais qu'il a encourus. Il y a lieu de constater à cet égard que

– contrairement aux cas d’hospitalisation où l’établissement, qui dresse et encaisse les factures, agit d’abord dans son intérêt en tant que créancier des prestations fournies et verse ensuite une participation au médecin – le paiement d’un montant forfaitaire par consultation correspond ici à la contre-prestation liée à l’usage d’un cabinet de consultation avec son équipement et à l’utilisation de personnel auxiliaire. Par ailleurs, le caractère indépendant de l’activité susmentionnée ressort spécialement du fait que l’intimé l’exerce à titre individuel et personnel, alors que, dans les cas d’hospitalisation en chambres privées, l’équipe médicale reste à disposition pour pallier toute absence ou faire face aux nécessités.

Compte tenu de tous ces éléments, les indices d’une activité dépendante sont relégués à l’arrière-plan. Il s’ensuit que les honoraires perçus par l’intimé pour ses consultations ambulatoires à l’Hôpital cantonal de Genève constituent la rémunération d’une activité indépendante. Dans la mesure où les juges cantonaux ont considéré qu’il s’agissait au contraire d’un salaire pour une activité dépendante, leur jugement ne respecte pas le droit fédéral.

Le jugement doit ainsi être annulé et la cause renvoyée à l’administration pour qu’elle fixe avec exactitude les montants des honoraires de l’intimé provenant de la clientèle ambulatoire privée et qu’elle rende une nouvelle décision sur les cotisations y afférentes. (H 26/97 + H 32/97)

AVS. Exception à l’obligation de cotiser sur des rémunérations de minime importance provenant d’une activité accessoire

Arrêt du TFA, du 26 mai 1998, dans la cause E. P.

Art. 5 al. 5 LAVS; art. 8^{bis} RAVS; art. 7 al. 1 et 3 de la convention franco-suisse du 3 juillet 1975 sur la sécurité sociale. L’activité lucrative exercée en France peut être considérée comme activité principale, de sorte que le revenu de minime importance provenant d’une activité accessoire au sens de l’art. 8^{bis} RAVS exercée en Suisse peut être exempté du paiement de cotisations (cons. 3a à c). La question de savoir si cette règle est valable pour d’autres Etats reste ouverte (cons. 3d).

Art. 5 cpv. 5 LAVS; art. 8^{bis} OAVS, art. 7 cpv. 1 e 3 della convenzione di sicurezza sociale tra Svizzera e Francia del 3 luglio 1975. L’attività lucrativa svolta in Francia può essere considerata come attività principale che permette di escludere dal reddito soggetto a contribuzione

il reddito di poco conto proveniente da un'attività accessoria giusta l'art. 8^{bis} OAVS e conseguito in Svizzera (cons. 3a-c). Rimane aperto se questo sia applicabile anche in relazione ad altri Stati (cons. 3d).

La ressortissante française S. S., domiciliée en France, travaille depuis le 1^{er} février 1990 à raison de 38 heures par semaine chez un employeur en France. Simultanément, elle a travaillé occasionnellement comme nettoyeuse à temps partiel chez E. P. en Suisse. Le 4 juillet 1990, E. P. et S. S. ont convenu de ne pas prélever de cotisations AVS/AI/APG sur la rémunération versée à S. S. pour son activité accessoire. Le 21 juillet 1994, la caisse de compensation a pris quatre décisions réclamant à E.P. le paiement des cotisations paritaires d'un montant global de 605 francs, y compris les frais administratifs, pour les années 1990 à 1993. Admettant le recours déposé par E. P., la commission de recours a annulé les décisions attaquées par jugement du 1^{er} juillet 1996. Elle a relevé pour l'essentiel à l'appui de sa décision que les conditions pour une exonération des cotisations étaient réunies, même si S. S. exerçait son activité principale en France, dans la mesure où la protection offerte par les assurances sociales lui était suffisamment garantie par l'exercice de cette activité en France. Par recours de droit administratif, la caisse de compensation a conclu à l'annulation du jugement de première instance. Le TFA a rejeté le recours. Extrait des considérants:

2a. Aux termes de l'art. 7 de la Convention de sécurité sociale du 3 juillet 1975 entre la Confédération suisse et la République française, et sous réserve des dispositions du présent titre, les travailleurs salariés exerçant leur activité professionnelle sur le territoire de l'un des Etats sont soumis à la législation de cet Etat, même s'ils résident sur le territoire de l'autre Etat ou si leur employeur ou le siège de l'entreprise qui les occupe se trouve sur le territoire de ce dernier Etat (1^{er} al.). Si un travailleur exerce simultanément deux ou plusieurs activités lucratives indépendantes ou salariées sur le territoire de l'un et de l'autre Etat, chacune de ces activités est soumise à la législation de l'Etat sur le territoire duquel elle est exercée. Pour l'application de la législation de l'un des Etats, il peut être tenu compte de l'activité exercée sur le territoire de l'autre (art. 7 al. 3).

Le texte original français de l'art. 7 al. 3 de la convention a la teneur suivante:

«En cas d'exercice simultané de deux ou plusieurs activités professionnelles, salariées ou non salariées, sur le territoire de l'un et de l'autre Etat, chacune de ces activités est régie par la législation de l'Etat sur le territoire duquel elle est exercée. Pour l'application de la législation de l'un des Etats, il peut être tenu compte de l'activité exercée sur le territoire de l'autre.»

b. En vertu du principe de l'affiliation au lieu de travail prévu à l'art. 7 al. 1 de la convention (voir à ce sujet ATF 114 V 132 = RCC 1989 p. 402 cons. 4a et les références citées), la ressortissante française S.S., résidant en France, qui a travaillé au cours des années 1990 à 1993 tant en France qu'en Suisse, est soumise à la législation suisse pour ce qui est du gain accessoire qu'elle a réalisé en Suisse; en vertu de cette législation, elle est obligatoirement assurée (art. 1 al. 1 let. b LAVS). De plus, aux termes de l'art. 7 al. 3 1^{ère} phrase, de la convention et de l'art. 3 LAVS, le revenu réalisé en Suisse est soumis en principe au paiement de cotisations en Suisse.

c. Aux termes de l'art. 5 al. 5 LAVS, le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions selon lesquelles les rémunérations de minime importance pour des activités accessoires peuvent, d'un commun accord entre employeurs et employés, ne pas être comprises dans le salaire déterminant. Se fondant sur la compétence ainsi conférée, le Conseil fédéral a édicté l'art. 8^{bis} RAVS. Selon cette disposition, les rémunérations versées par l'employeur qui représentent le produit d'une activité accessoire n'excédant pas 2000 francs par année civile peuvent être exclues du revenu soumis à cotisations.

3. L'exception des rémunérations de minime importance provenant d'une activité accessoire du paiement de cotisations suppose que le salarié exerce une activité principale. La question litigieuse en l'espèce est de savoir si les modestes rémunérations, de moins de 2000 francs par année, que l'intimée a versées au cours des années 1990 à 1993 à son employée S.S., laquelle exerce son activité principale en France, peuvent être exemptées du paiement de cotisations. La réponse dépend de cette autre question: l'activité lucrative exercée en France peut-elle être considérée comme une activité principale, qui permette d'exclure du paiement de cotisations le revenu de minime importance réalisé en Suisse pour une activité accessoire au sens de l'art. 8^{bis} RAVS?

a. L'interprétation d'un traité international se fonde en premier lieu sur le texte même de la convention. Si le texte paraît clair et que sa signification, telle qu'elle résulte du langage courant, ainsi que de l'objet et du but du traité, n'est pas manifestement absurde, une interprétation plus extensive ou plus restrictive du texte n'entre en ligne de compte que si l'on peut déduire avec certitude du contexte ou de la genèse que les Etats contractants ont eu la volonté de s'entendre sur un texte différent (ATF 121 V 43 cons. 2c, ATF 117 V 269 = RCC 1992 p. 434 cons. 3b et références citées).

b. L'art. 7 al. 3 2^e phrase de la convention, selon lequel il peut être tenu compte de l'activité exercée sur le territoire de l'un des Etats pour l'appli-

cation de la législation de l'autre permet, en vertu de son texte clair – tant dans sa version française originale que dans la traduction allemande – de tenir compte de l'activité exercée en France en tant qu'activité principale, ce qui constitue la condition fondamentale pour une exemption de cotisations selon l'art. 5 al. 5 LAVS en liaison avec l'art. 8^{bis} RAVS. Le fait que l'art. 7 al. 3 2^e phrase ait été inséré dans la convention à la demande de la France, afin d'éviter que les ressortissants français qui exercent une activité principale indépendante en Suisse et une activité accessoire salariée en France ne perdent pas toute protection d'assurance en cas de maladie – comme le relève l'OFAS dans son préavis du 8 octobre 1997 en se référant au procès-verbal interne des négociations qui ont eu lieu entre le 23 et le 31 octobre – n'est pas déterminant en regard du texte (clair) dont il faut tenir compte en premier lieu. Etant donné que la disposition conventionnelle en question a été formulée de manière bilatérale, elle permet aux parties contractantes de prendre en considération les activités exercées dans l'autre Etat contractant pour l'application de leur propre législation. Il est ainsi exclu qu'un Etat perçoive des cotisations sur le revenu réalisé dans l'autre Etat, car cela irait à l'encontre du principe du lieu d'activité prévu à l'art. 7 al. 1 de la convention. En revanche, en vertu de l'art. 7 al. 3 2^e phrase de la convention, rien ne s'oppose à ce que l'on tienne compte de l'activité principale exercée dans un Etat pour la perception des cotisations en raison d'une activité accessoire exercée dans l'autre Etat.

L'idée de protection du droit des assurances sociales sous-jacente à celle de sécurité sociale ne fait pas non plus obstacle à une renonciation à la perception de cotisations sur des rémunérations de minime importance pour des activités accessoires lorsque l'assuré exerce une activité principale. Comme l'a constaté à juste titre le juge de première instance et comme le relève l'OFAS à bon droit, les assurés qui exercent leur activité principale en France sont soumis, en vertu du principe de l'affiliation au lieu du travail, au système d'assurances sociales français, de sorte que si un événement assuré se réalise, il appartient à l'assurance sociale française concernée de verser les prestations dues. A cet égard, on est en droit d'admettre pour le principe que le système français d'assurances sociales est comparable au système suisse dans la mesure où tous deux garantissent l'existence matérielle des personnes touchées par un événement assuré.

c. Se référant à l'idée de solidarité et au rapport entre la qualité d'assuré et l'obligation de cotiser, la caisse de compensation fait valoir que la suppression de l'obligation de cotiser avec maintien de la qualité d'assuré n'est justifiée que lorsque des cotisations ont déjà été versées ailleurs. Sans quoi, des prestations pourraient être dues selon les cas sans que l'assuré ait versé

lui-même des cotisations; une telle situation serait choquante et ne correspondrait pas à la volonté du législateur.

Il n'est pas possible de suivre ce raisonnement – du moins pour ce qui concerne le droit à la rente. Car, en vertu de l'art. 36 al. 1 LAI, le droit à une rente ordinaire d'invalidité suppose que l'assuré ait versé au moins une année entière de cotisations à l'AVS/AI suisse lors de la survenance de l'invalidité. Au demeurant, l'art. 13 de la Convention franco-suisse prévoit que pour déterminer la durée de cotisations qui doit servir de base de calcul de la rente ordinaire suisse d'invalidité revenant à un ressortissant français ou suisse, il y a lieu de prendre en compte tant les périodes d'assurance accomplies selon les dispositions légales françaises que les périodes de cotisations suisses, pour autant qu'elles ne se superposent pas. En revanche, pour déterminer le revenu annuel moyen, seuls les périodes suisses de cotisations et les revenus correspondants entrent en ligne de compte.

Dès lors, dans un cas comme en l'occurrence, si, pour fixer la durée de cotisations qui permet de déterminer l'échelle de rente applicable, il y a lieu de tenir compte des périodes d'assurance accomplies en France, la fixation du montant de la rente sur la base de l'échelle de rente applicable dépend uniquement du revenu réalisé en Suisse et soumis à cotisations.

d. Il n'est pas nécessaire d'examiner dans la présente affaire si la réponse à la question juridique posée ici vaut également pour d'autres Etats. Une réponse générale à la question de savoir si l'on peut renoncer à percevoir des cotisations sur des rémunérations de minime importance pour une activité accessoire lorsque l'assuré exerce une activité principale hors de Suisse, est d'autant moins urgente que les conventions en matière d'assurances sociales contiennent des réglementations qui divergent en partie. (H 226/98)

AVS. Bénéfice en capital

Arrêt du TFA du 7 avril 1998 en la cause C. L.

Art. 23^{bis} RAVS. Conformément à la jurisprudence, les caisses de compensation n'ont pas la possibilité de prélever une cotisation spéciale dans des cas où l'autorité fiscale n'a pas procédé à une imposition spéciale selon l'art. 43 AIFD; en outre, l'art. 22 al. 3 RAVS n'est pas applicable en pareille hypothèse. Contrairement à ce que voudrait l'office recourant, il n'y a pas lieu, sur ces deux points, de se départir de la jurisprudence.

Art. 23^{bis} OAVS. Conformemente alla giurisprudenza, le casse di compensazione non possono prelevare un contributo speciale nei casi in

cui l'autorità fiscale non ha proceduto a un'imposizione speciale giusta l'art. 43 DIFD; inoltre, l'art. 22 cpv. 3 OAVS non è applicabile a un caso del genere. Contrariamente a quanto vorrebbe l'ufficio ricorrente, per questi due punti non occorre scostarsi dalla giurisprudenza.

C. L. a exploité le home-école X, jusqu'au 30 novembre 1987. En août 1990, une partie de l'immeuble abritant cet établissement a été vendue. A cette occasion, la prénommée a réalisé un bénéfice en capital imposable de 136 850 francs. Par décision du 5 mars 1993, la caisse de compensation a fixé les cotisations AVS personnelles dues par C.L. pour l'année 1989 à 15 826 fr. 85 sur la base du montant précité de 136 500 francs, qu'elle a considéré comme le revenu d'une activité indépendante. L'assurée a recouru contre cette décision par écriture du 5 avril 1993. Le 17 mai 1993, la caisse a rendu une nouvelle décision, par laquelle elle annulait la précédente et réclamait à l'assurée une cotisation spéciale de 13 356 francs sur le bénéfice de liquidation de 136 500 francs. L'assurée a également recouru contre cette seconde décision, par acte du 16 juin 1993. L'instance cantonale de recours a statué sur les recours par deux jugements successifs, du 21 mai 1993 et du 30 septembre 1993. Saisi d'un recours de droit administratif de l'assurée, le TFA, par arrêt du 3 novembre 1994, a annulé ces deux jugements et il a renvoyé la cause à la juridiction cantonale pour nouvelle décision au sens des considérants. A la suite de cet arrêt, le tribunal cantonal a rendu un jugement, le 28 janvier 1997, dont le dispositif est le suivant :

- «1. En tant qu'il s'en prend à la décision de la caisse intimée du 5 mars 1993, le recours du 5 avril 1993 devient sans objet et la cause est rayée du rôle.
2. Le recours du 16 juin 1993 est partiellement admis en ce sens que la décision du 17 mai 1993 est annulée et le dossier renvoyé à l'intimée, à charge pour elle de procéder à un nouveau calcul des cotisations de C. L., conformément aux considérants.
3. Toute autre ou plus ample conclusion est rejetée.
4. ... (Dépens).»

En bref, le tribunal a considéré que la caisse n'était pas en droit de prélever une cotisation spéciale sur le montant de 136 500 francs. En revanche, il y avait lieu de faire entrer ce revenu dans le calcul des cotisations selon la procédure ordinaire de fixation des cotisations. L'OFAS a interjeté contre ce jugement un recours de droit administratif. Celui-ci a été rejeté par le TFA. Extraits des considérants:

3. Il s'agit, en l'espèce, de savoir si une cotisation spéciale peut être prélevée sur le bénéfice en capital réalisé par l'intimée en 1990. Cette question

doit être tranchée au regard des dispositions pertinentes – modifiées depuis lors – qui étaient en vigueur avant le 1^{er} janvier 1995 (cf. *Käser*, *Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV*, 2^{ème} éd., p. 275 n. 14.47).

a. Selon l'art. 23^{bis} RAVS, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 1994, une cotisation spéciale est prélevée sur les bénéfices en capital et les augmentations de valeur au sens de l'art. 17 let. d RAVS, s'ils sont soumis à l'impôt annuel spécial selon l'art. 43 de l'arrêté du Conseil fédéral du 9 décembre 1940 sur la perception d'un impôt fédéral direct (AIFD) (al. 1). En vertu de cette dernière disposition, si l'assujettissement à l'impôt cesse ou si la taxation intermédiaire (art. 96 AIFD) est effectuée, un impôt annuel entier est dû, en plus de l'impôt ordinaire sur le revenu, sur les bénéfices en capital et les augmentations de valeur au sens de l'art. 21 al. 1 let. d et f AIFD, réalisés durant la période de calcul et la période de taxation, au taux applicable à ce dernier revenu seulement (al. 1). Les bénéfices en capital et les augmentations de valeur frappés par l'impôt annuel n'entrent pas dans le calcul de l'impôt sur le revenu ordinaire (al. 2). Cette disposition établit une sorte de décompte fiscal final; sont ainsi soumis à l'impôt non seulement les bénéfices de liquidation obtenus lors de la cessation ou de l'aliénation de l'entreprise, mais également toutes les réserves réalisées au cours de la période de calcul et de taxation, qui échapperaient sinon à l'impôt en raison de la brèche de calcul, soit aussi les réserves qui ne sont pas en rapport direct avec la liquidation elle-même (RDAF 1997 II p. 478; Archives de droit fiscal suisse, vol. 61, 1992/93, p. 796 consid. 2b et les références citées).

Selon la jurisprudence rendue à propos de l'art. 23^{bis} RAVS, les caisses de compensation sont liées par les communications fiscales tant en ce qui concerne le montant du bénéfice en capital que le moment de la réalisation du revenu soumis à cotisations (ATF 122 V 291 s. consid. 5 = VSI 1997 p. 24). Les caisses n'ont, d'autre part, pas la possibilité de prélever une cotisation spéciale dans des cas où l'autorité fiscale n'a pas procédé à une imposition spéciale selon l'art. 43 AIFD (arrêts non publiés G. du 28 mai 1996 [H 22/96] et M. du 7 mars 1995 [H 97/94]; voir aussi VSI 1993 p. 252 consid. 3 et *Paul Cadotsch*, *Die Verbindlichkeit der Steuermeldungen für die AHV-Beitragsfestsetzung*, in: Archives de droit fiscal suisse, vol. 62, 1993/94, p. 381 s.).

b. En l'espèce, l'autorité fiscale n'a pas fait application de l'art. 43 AIFD parce qu'aucune taxation intermédiaire n'a été effectuée et que l'assurée est restée imposable de manière illimitée dans ce canton. Aussi bien le bénéfice en capital a-t-il fait l'objet d'une imposition au revenu ordinaire de l'impôt

fédéral direct pour la période fiscale 1991/1992, conformément à l'art. 41 al. 1, 2 et 3 AIFD (lettre du service cantonal des contributions à la caisse de compensation du 30 juin 1993).

Le recourant soutient que la jurisprudence susmentionnée, en tant qu'elle subordonne le prélèvement d'une cotisation spéciale à la soumission du bénéfice en capital à l'imposition annuelle spéciale prévue à l'art. 43 AIFD, aboutit à une situation juridique insatisfaisante: dans la mesure où les bénéfices de liquidation représentent le produit d'une activité commerciale, qui apparaît seulement lors de la dissolution de l'entreprise, il s'agit incontestablement du produit d'une activité indépendante sur laquelle une cotisation doit être prélevée. Le recourant relève qu'il est parfois indifférent, du point de vue fiscal, de prélever un impôt spécial ou l'impôt ordinaire sur le revenu. Dans un tel cas, le choix de la procédure de fixation des cotisations relève du droit de l'AVS et doit être tranché par les caisses de compensation, sans que celles-ci soient liées par les données fiscales. Il conviendrait donc, selon le recourant toujours, de s'écarter d'une interprétation «trop littérale» de l'art. 23^{bis} RAVS, qui peut mener à des résultats insoutenables et contraires à la volonté réelle du législateur.

c. La cotisation spéciale est une création du pouvoir législatif conféré au Conseil fédéral par l'art. 154 al. 2 LAVS et le TFA a toujours reconnu la légalité de cette solution (voir par exemple VSI 1993, p. 234 consid. 6a; *Käser*, op. cit., p. 266 n. 14.27). Comme toute contribution publique, elle est soumise au principe de légalité. Et cela d'autant plus qu'elle s'apparente à un impôt plus qu'à une cotisation d'assurance sociale au sens étroit (ATF 120 Ia 367 consid. 6c).

En l'espèce, la base légale (ou plutôt réglementaire) à prendre en considération est l'art. 23^{bis} RAVS. Il en ressort, de manière non équivoque, que la soumission du bénéfice en capital à l'imposition annuelle spéciale prévue à l'art. 43 AIFD (aujourd'hui l'art. 47 LIFD) est une condition sine qua non du prélèvement de la cotisation spéciale. Il n'y a aucun motif de s'écarter du texte clair de cette disposition. De plus, contrairement à ce que suggère le recourant, on ne peut pas voir dans la situation qu'il dénonce une lacune proprement dite de la réglementation légale, que le juge pourrait combler dans le cadre de ses compétences judiciaires (ATF 122 I 255 s. consid. 6a; VSI 1996 p. 181 consid. 5b non publié aux ATF 121 V 181). En particulier, celui-ci ne saurait suppléer au silence de la loi lorsque la lacune consiste dans le défaut d'une règle désirable (lacune impropre), car il ferait alors œuvre de législateur (*Grisel*, Traité de droit administratif, p. 127 s. et la jurisprudence citée).

4. Subsidiativement, le recourant demande que le bénéfice en capital litigieux soit soumis à cotisations en vertu de l'art. 22 al. 3 RAVS. Selon cette disposition, la cotisation annuelle sur le revenu net d'une activité indépendante accessoire, exercée de manière intermittente, est fixée pour l'année civile durant laquelle le revenu a été acquis. Cette règle n'est toutefois pas applicable en cas de réalisation d'un bénéfice de liquidation. Ainsi qu'on l'a vu, ce bénéfice représente, économiquement, le résultat d'une activité lucrative généralement exercée pendant une période assez longue et de façon plus ou moins régulière (ATF 106 V 197 consid. 3 = RCC 1981 p. 32; cf. aussi ATF 116 V 1 = RCC 1990 p. 262). Par principe, cette activité n'a donc pas le caractère d'une activité occasionnelle ou intermittente (cf. *Greber/Duc/Scartazzini*, Commentaire des articles 1 à 16 de loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], n. 174 s. p. 318) et il n'en va du reste pas autrement en l'espèce.

5. Les premiers juges ont pour leur part prescrit à la caisse de procéder conformément à l'art. 22 al. 2 RAVS, relatif à la fixation des cotisations selon la procédure ordinaire. Aux termes de cette disposition, la cotisation annuelle est calculée en général d'après le revenu net moyen d'une période de calcul de deux ans. Celle-ci comprend la deuxième et la troisième année antérieures à la période de cotisations. Alléguant que l'intimée a cessé son activité indépendante le 30 novembre 1987, le recourant fait valoir que le bénéfice en capital ne peut pas être soumis à cotisations selon l'art. 22 al. 2 RAVS. En effet, ce bénéfice a été réalisé, de manière incontestable, en 1990. Or, cette année fait partie de la période de calcul 1989/1990, à laquelle est rattachée la période ordinaire de cotisations 1992/1993.

Lorsqu'aucune des méthodes de fixation des cotisations prévues par le RAVS n'entre en considération, il n'y a pas lieu à perception de cotisations (cf. ATF 106 V 197 in fine = RCC 1981 p. 32). Comme on l'a vu, s'il existe une lacune dans le système réglementaire de perception des cotisations, ce n'est pas au TFA qu'il appartient de la combler. Par conséquent, s'il apparaît, effectivement, que l'assurée a cessé toute activité indépendante en 1987, aucune cotisation ne pourra être perçue sur le bénéfice litigieux. Cette solution n'est par ailleurs pas en contradiction avec le jugement attaqué. L'obligation faite par les premiers juges d'appliquer la procédure ordinaire de fixation des cotisations n'a de sens, en effet, que si le revenu en question tombe dans une période de calcul pouvant être prise en considération selon cette procédure. C'est la seule interprétation logique qui puisse être donnée aux considérants du jugement attaqué, auxquels renvoie le dispositif. (H 66/97)

AVS/AI. Procédure; droit des parties d'assister à l'audition des témoins

Arrêt du TFA du 19 janvier 1998 en la cause R. R.

Art. 4 al. 1 Cst.; art. 6 par. 1 CEDH: Administration des preuves testimoniales. Du droit des parties d'assister à l'audition des témoins. Lorsque la déposition d'un témoin est faite par écrit, la partie a le droit de prendre connaissance du contenu de cette déposition; si elle en fait la demande, elle doit être mise en mesure de poser ou de faire poser des questions complémentaires aux témoins.

Art. 4 cpv. 1 Cost.; art. 6 n. 1 CEDU: Assunzione delle prove testimoniali. Del diritto delle parti di assistere all'audizione dei testimoni. Qualora la deposizione di un teste sia fatta per iscritto, la parte ha il diritto di prendere conoscenza del contenuto di tale deposizione; su specifica richiesta, essa deve essere messa nella condizione di porre o far porre domande complementari ai testimoni.

A. Fondée en 1930, la société R. SA avait pour but le commerce de toutes machines et outillages. La société a été dissoute par la faillite prononcée par jugement du Tribunal de première instance. En dernier lieu, elle a notamment eu pour administrateurs C. R. et son épouse R. R. Par deux décisions du 17 novembre 1995, la caisse de compensation a réclaté à C. R. et à R. R. le paiement, respectivement, de 34 775 fr. 30 et de 32 800 fr. 90, au titre de réparation du dommage qu'elle avait subi dans cette faillite. Les deux destinataires de ces décisions ont formé opposition.

B. Par écriture du 22 décembre 1995, la caisse de compensation a porté le cas devant la Commission de recours en matière d'AVS en concluant à la «confirmation» de ses décisions du 17 novembre 1995. Les époux R. ont conclu au rejet de la demande, principalement pour cause de péremption de la créance en réparation du dommage. La commission a procédé à diverses mesures d'instruction par l'intermédiaire de sa greffière. C'est ainsi que le témoin F. a été entendu par celle-ci, en présence du mandataire des défendeurs. La greffière de la commission a en outre recueilli les témoignages écrits de S. et B., tous deux en Allemagne. Elle a également demandé un rapport au docteur W. au sujet de l'état de santé de C. R. au moment des faits. Le 17 octobre 1996, elle s'est entretenue par téléphone avec ce même médecin. Enfin, elle a requis des sociétés G. SA et A. SA des documents comptables relatifs à la société en faillite. Le 9 décembre 1996, la greffière de la commission a envoyé aux parties copies des pièces et procès-verbaux recueillis dans le cadre de ces mesures d'instruction.

Par lettre du 17 janvier 1997, à l'intention de la commission de recours, le mandataire des défendeurs s'est plaint de n'avoir pas pu poser de contre-questions aux témoins qui avaient déposé par écrit; il a requis l'organisation d'une confrontation avec des responsables de la caisse de compensation et il s'est opposé à la clôture de l'instruction du cas. Le 21 janvier 1997, il a renouvelé sa requête de confrontation avec la partie adverse; il demandait qu'à défaut la commission organise des débats publics en présence des parties.

C. R. est décédé le 10 février 1997. R. R. a répudié sa succession.

Statuant le 18 avril 1997, la commission de recours a admis la demande de la caisse. Elle a cependant déduit du montant du dommage les amendes portées en compte par la caisse de compensation, ainsi que des cotisations relatives au salaire, non versé, d'un employé de la société dissoute.

C. R. R. a formé un recours de droit administratif en concluant à l'annulation de ce jugement et au rejet des conclusions de la caisse. Subsidiairement, elle a conclu au renvoi du dossier à l'autorité cantonale pour complément d'instruction et nouvelle décision. La caisse de compensation conclut au rejet du recours. La masse en faillite de l'hoirie C. R. n'a pas fait usage de la possibilité qui lui a été donnée de répondre au recours.

D. Par lettre du 16 septembre 1997, le juge délégué a invité la commission de recours à se déterminer sur un certain nombre de griefs formulés par la recourante en relation avec le déroulement de la procédure devant cette juridiction. La commission s'est déterminée par écriture du 6 octobre 1997. Les parties ont eu l'occasion de se prononcer sur cette écriture.

Extrait des considérants en droit:

1. ...

2. La recourante soulève plusieurs griefs d'ordre formel contre le déroulement de la procédure de première instance. Dans la mesure où elle se prévaut d'une violation de règles essentielles de procédure (art. 105 al. 2 en corrélation avec l'art. 132 OJ), notamment du droit d'être entendu, ces griefs doivent être examinés en premier lieu, car il se pourrait que le tribunal accueille le recours sur ce point et renvoie la cause à l'autorité cantonale sans examen du litige au fond (ATF 119 V 210 consid. 2).

3. La recourante reproche tout d'abord à la commission de recours de ne pas avoir suspendu la procédure à la suite du décès de C. R., le 10 février 1997. La suspension du procès, qui n'est pas réglée à l'art. 85 al. 2 LAVS (auquel renvoie l'art. 81 al. 3 RAVS), relève du droit cantonal de procédure.

L'application de ce droit ne peut être revue à l'occasion d'un recours de droit administratif que pour violation du droit fédéral (art. 104 let. a OJ), y compris le droit constitutionnel fédéral. Cela implique, pratiquement, que le Tribunal fédéral des assurances examine, non pas librement, mais uniquement sous l'angle restreint de l'arbitraire, l'interprétation et l'application du droit cantonal (ATF 115 Ib 208 consid. 3, 114 V 205 sv. consid. 1a et les références). En l'occurrence, les premiers juges ont estimé qu'il n'y avait pas de motif de suspension en se fondant sur l'art. 78 let. b de la loi cantonale genevoise sur la procédure administrative (LPA gen.; RS GE E 5 10). Selon cette disposition, l'instruction est suspendue par le décès d'une partie. Il n'est pas arbitraire de considérer, comme l'a fait la commission de recours, que l'instruction du cas était déjà close au moment du décès de C. R. et que cet événement, par conséquent, ne faisait pas obstacle au prononcé d'un jugement. Au demeurant, la disposition en cause repose manifestement sur l'idée que, aussi longtemps que la succession peut être répudiée, on ne peut pas dire, en l'absence d'un représentant de la succession, qui est autorisé à continuer le procès à la place de la partie décédée. Logiquement, rien ne s'oppose à ce que la procédure soit reprise dès que la succession ne peut plus être répudiée ou que la liquidation officielle a été instituée (cf. l'art. 6 al. 3 PCF). Or, en l'occurrence, la succession a été répudiée par la recourante le 25 mars 1997 et l'Office des faillites a été chargé de la liquidation officielle. Il n'y avait donc pas de raison de surseoir à statuer en application de l'art. 78 let. b LPA gen.

4. La recourante se prévaut en outre d'une violation des art. 6 par. 1 CEDH et 4 al. 1 Cst. Elle reproche en particulier aux premiers juges de ne pas lui avoir donné la possibilité de participer à l'administration des preuves testimoniales.

a. Il est établi que le mandataire de la recourante a demandé à participer à l'audition du témoin F. et que seul un rôle d'«observateur» lui a été reconnu, ce qu'il semble avoir accepté dans un premier temps, pour le contester vigoureusement par la suite. Selon la conception défendue par la greffière de la commission cantonale (lettre du 24 mai 1996 au mandataire de la recourante), l'audition d'un témoin a en principe lieu sans que les parties soient convoquées. A sa demande, l'avocat peut être présent, mais son rôle se limite à celui d'un observateur. Cette conception restrictive du droit des parties de participer à l'administration des preuves testimoniales n'est pas compatible avec les exigences du droit fédéral. Certes, l'art. 18 al. 1 PA n'est pas directement applicable à la procédure cantonale (art. 1^{er} al. 3 PA). Et l'on ne peut déduire du droit d'être entendu garanti par l'art. 4 al. 1 Cst. le droit inconditionnel d'assister à l'audition des témoins, si ce n'est en procé-

ture pénale (*Haefliger*, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich, Berne 1985, p. 141 sv.). Mais ce droit ne peut être supprimé en procédure administrative que dans des circonstances tout à fait particulières, par exemple pour cause d'urgence (*Grisel*, Traité de droit administratif, Neuchâtel 1984, vol. I, p. 385; cf. aussi l'art. 18 al. 2 PA). Au demeurant, le droit des parties d'assister à l'audition des témoins peut aussi se déduire du principe de l'oralité, qui s'applique plus particulièrement à la preuve testimoniale (ATF 92 I 262 consid. 3c; *Kölz/Häner*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, n. 55 p. 42 s.; cf. aussi *Meyer-Blaser*, Die Bedeutung von Art. 4 Bundesverfassung für das Sozialversicherungsrecht, in: RDS 111/1992 II p. 461). Il comporte naturellement la possibilité de poser ou de faire poser au témoin des questions complémentaires; sur ce point, l'art. 18 al. 1 PA ne fait qu'exprimer un aspect du droit d'être entendu selon l'art. 4 al. 1 Cst. (cf. *Kölz/Häner*, op. cit., n. 141 p. 92 sv. et n. 127 p. 86). L'art. 42 LPA gen. va du reste dans le même sens.

b. Il est aussi établi que les parties n'ont pas été formellement invitées à proposer des questions à l'intention des témoins dont les dépositions ont été recueillies par écrit. Lorsque l'autorité demande des renseignements par écrit au lieu de procéder à l'audition de témoins, il n'y a pas de violation du droit d'être entendu au sens de l'art. 4 al. 1 Cst., si le juge, en appréciant dûment les preuves, parvient à la conviction que l'état de fait doit être considéré comme satisfaisant selon le degré de la vraisemblance prépondérante et que des mesures probatoires supplémentaires n'apporteraient pas d'éléments nouveaux (appréciation anticipée des preuves); l'art. 6 par. 1 CEDH n'offre à cet égard pas de garanties supplémentaires (SVR 1996 UV n° 62 p. 212 consid. 3). Cependant, lorsque la déposition d'un témoin est faite par écrit, la partie a le droit de prendre connaissance du contenu de cette déposition. Si elle en fait la demande, elle doit être mise en mesure de poser ou de faire poser des questions complémentaires au témoin (ATF 119 V 211 consid. 3b, 212 consid. 3d, 117 V 283 consid. 4a).

c. En l'espèce, la recourante ayant expressément manifesté la volonté de participer à l'administration des preuves testimoniales, il fallait lui donner la possibilité – de même d'ailleurs qu'à la caisse de compensation – non seulement d'assister à l'audition de témoins, mais de leur faire poser des questions, y compris à ceux dont le témoignage était recueilli par écrit. La violation du droit d'être entendue de la recourante est ainsi incontestable et le vice ne peut pas être réparé en procédure fédérale.

5. ...

6. La recourante se plaint enfin d'une violation du principe de la publicité des débats au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH. Ce moyen est fondé. La re-

courante a formellement requis l'organisation de débats publics et il n'y avait pas de raison de ne pas donner suite à cette demande. Certains motifs peuvent, il est vrai, justifier un refus par le juge cantonal d'une telle requête, par exemple si l'on se trouve dans l'un des cas d'exception à la publicité prévus à l'art. 6 par. 1 CEDH, si le recours ou l'action est manifestement infondé ou irrecevable ou encore si le différend porte sur une matière hautement technique (ATF 122 V 47; voir aussi *Michel Hottelier*, La portée du principe de la publicité des débats dans le contentieux des assurances sociales, in: SJ 1996 p. 650). En l'espèce, aucun de ces motifs n'entraîne en ligne de compte et la commission, du reste, ne soutient pas le contraire.

7. En conclusion, il convient d'annuler le jugement attaqué et de renvoyer la cause à l'autorité cantonale afin qu'elle en reprenne l'instruction en respectant le droit des parties de participer activement à l'administration des preuves testimoniales, puis donne suite à la demande de la recourante d'organiser des débats publics.

AI. Mesures médicales / Infirmité congénitale

Arrêt du TFA du 17 mars 1998 en la cause G. F.

(Traduction de l'italien)

Art. 13 LAI. Lien de causalité adéquate qualifié entre infirmité congénitale et atteintes secondaires à la santé. Traitement pour lésions aux dents consécutives à la chute d'un épileptique.

Art. 13 LAI. Nesso di causalità adeguata qualificato tra infermità congenita e danni alla salute secondari. Cura per lesioni ai denti, consecutiva alla caduta di un epilettico (consid. 2).

A. G. F., né en 1976, souffre d'épilepsie primaire généralisée, constatée en particulier par le docteur A., médecin-chef de pédiatrie à l'Hôpital régional, ainsi que par le docteur B., spécialiste en neurologie. A la suite d'une demande de prestations pour mineurs présentée le 9 octobre 1991, on a reconnu la nature congénitale de l'infirmité, mentionnée sous chiffre 387 de la liste annexée à l'OIC. En conséquence, l'AI a pris en charge, par décision du 3 décembre 1991, le paiement des mesures médicales de réadaptation du 8 juillet 1991 au 31 mars 1996. En date du 3 septembre 1993, le père de G. F. a fait savoir à la Caisse de compensation qu'à la suite d'une crise d'épilepsie survenue le 28 août précédent, l'assuré avait subi plusieurs lésions, en particulier aux dents, en se heurtant aux installations sanitaires de la salle de bains alors qu'il se trouvait chez sa mère. Il demandait en conséquence la prise en charge des frais de traitement dentaire.

Par décision du 11 octobre 1994, l'office AI a refusé d'assumer ces frais. Il a motivé son refus en déclarant que l'accident survenu à l'intéressé ne pouvait être compris comme une conséquence directe de l'infirmité congénitale.

B. Par l'intermédiaire de M^e C., avocat, l'assuré a fait recours contre la mesure mentionnée auprès du Tribunal cantonal des assurances. Il a fait valoir que les lésions dentaires étaient en rapport direct et prévisible avec la crise d'épilepsie dont l'assuré avait été victime, raison pour laquelle les prestations demandées devaient lui être accordées.

Par prononcé du 14 mai 1996, le recours a été admis. Les juges de première instance ont retenu que les lésions dont souffrait l'assuré étaient la conséquence directe et adéquate de l'infirmité congénitale. Il s'agissait donc d'une affection secondaire de celle-ci, prise en charge par l'AI.

C. L'OFAS a interjeté devant cette Cour un recours de droit administratif demandant l'annulation du jugement cantonal. Il a fait valoir qu'il manquait au dossier les informations cliniques nécessaires pour qu'on puisse retenir que la chute a été incontestablement provoquée par l'épilepsie.

Par l'intermédiaire de son avocat, G. F. a demandé le rejet du recours. De son côté, l'office AI a proposé qu'il soit admis.

Cette Cour a complété l'instruction du litige en demandant une information écrite au docteur D., médecin-chef de neurologie, qui a pris position dans sa réponse du 23 janvier 1998. Toutes les parties ont eu alors la possibilité de s'exprimer sur le résultat de l'enquête.

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

1. Dans le prononcé contesté, l'autorité judiciaire cantonale a correctement exposé que les assurés mineurs ont droit aux mesures médicales nécessaires au traitement des infirmités congénitales, conformément à l'art. 13 al. 1 LAI. Les juges de première instance ont aussi rappelé qu'il incombe au Conseil fédéral d'établir par voie d'ordonnance une liste des infirmités pour lesquelles ces mesures sont accordées (al. 2). Sont réputées infirmités congénitales au sens de l'art. 13 LAI les infirmités présentes à la naissance accomplie de l'enfant (art. 1 al. 1 OIC). Celles-ci sont énumérées dans la liste annexée à l'ordonnance. Le Département fédéral de l'intérieur peut qualifier des infirmités congénitales évidentes, qui ne figurent pas dans la liste en annexe, d'infirmités congénitales au sens de l'art. 13 LAI (art. 1 al. 2 OIC). Sont réputés mesures médicales nécessaires au traitement d'une infirmité

congénitale tous les actes dont la science médicale a reconnu qu'ils sont indiqués et qu'ils tendent au but thérapeutique visé d'une manière simple et adéquate (art. 2 al. 3 OIC). On peut se référer à cet exposé.

2. Dans le cas concret, il est évident que l'assuré souffre d'épilepsie, infirmité congénitale mentionnée sous chiffre 387 de la liste annexée à l'OIC. En date du 3 décembre 1991, on lui a d'ailleurs reconnu le droit aux mesures médicales nécessaires au traitement de cette infirmité durant une période allant du 8 juillet 1991 au 31 mars 1996.

En revanche, il s'agit de déterminer si le traitement des lésions aux dents consécutives à la chute d'un épileptique bénéficiant de mesures de réadaptation selon l'art. 13 LAI doit aussi être pris en charge par l'assurance-invalidité.

a. Selon la jurisprudence, il est admis que, dans des cas rares, le droit aux mesures médicales selon l'art. 13 LAI peut s'étendre aussi au traitement d'atteintes à la santé secondaires qui, tout en ne rentrant plus dans la liste des symptômes spécifiques de l'infirmité congénitale, constituent néanmoins souvent, selon l'expérience des médecins, la conséquence de l'infirmité elle-même. On reconnaît alors un lien de causalité adéquate qualifié entre l'infirmité congénitale et les troubles secondaires. Mais la reconnaissance de ce lien est soumise à une appréciation restrictive si l'on considère que, selon la norme à laquelle se réfère la disposition de l'art. 13 LAI, le droit de l'intéressé aux mesures médicales est limité au traitement de l'infirmité congénitale en tant que telle. Dans le cas d'un assuré affecté d'une dystrophie musculaire progressive au thorax et aux membres inférieurs qui, à la suite d'une chute d'une chaise roulante, s'était fracturé le fémur droit, le Tribunal fédéral des assurances a refusé d'admettre qu'une telle fracture puisse constituer une conséquence fréquente d'une dystrophie musculaire; elle supposait en effet un accident qui s'est réalisé concrètement avec la chute. Cet événement a eu une importance prépondérante, au point de représenter la cause indépendante et déterminante du dommage (ATF 1965 p. 159 consid. 2b et 160 consid. 3; cf. aussi *Maurer*, Schweizerisches Unfallversicherungsrecht, p. 279 ss; *Valterio*, Droit et pratique de l'assurance-invalidité, p. 122; *Scartazzini*, Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale, thèse Genève 1991, p. 235 ss).

b. Dans le cas présent, l'Office recourant a fait valoir à juste titre qu'on ne pouvait déterminer, sur la base des actes du dossier, si la chute subie par l'assuré en date du 28 août 1993 était vraiment imputable à l'infirmité congénitale dont il souffre. Il est maintenant difficilement possible d'éclaircir ce point sous l'angle de la causalité naturelle, étant donné le temps qui s'est écoulé depuis l'événement en question, soit près de six ans. A ce stade de la

procédure, le problème ne peut être apprécié qu'en procédant à l'examen de la question de l'existence ou non d'un lien de causalité adéquate. A cette fin, le Tribunal fédéral des assurances a demandé une instruction complémentaire en posant au docteur D., médecin-chef de neurologie, des questions d'ordre médical, notamment celle de savoir si des dents cassées et une fracture du maxillaire inférieur résultant d'une chute constituent la conséquence fréquente de crises d'épilepsie congénitale. La réponse à cette question, dans laquelle le spécialiste interrogé conclut à une fréquence de 10 %, ne permet pas de se rallier à l'avis des juges de l'instance inférieure. Indépendamment du fait que le taux retenu par le docteur D., vu les circonstances, n'apparaît pas suffisant au sens de la jurisprudence précédemment mentionnée, il convient de relever que les données statistiques sur lesquelles s'appuie l'avis du médecin sont particulièrement généreuses si on les compare à celles issues de la documentation médicale relative à d'autres affaires soumises à l'examen de la Cour. Dans ces conditions, on ne peut admettre l'existence d'un lien de causalité adéquate qualifié au sens où les lésions aux dents pourraient constituer une conséquence fréquente de l'infirmité congénitale dont il s'agit. A cet égard, dans un arrêt récent prononcé sur une question de droit analogue, le Tribunal fédéral des assurances a établi qu'il n'y avait pas de lien de causalité adéquate qualifié entre une lésion aux dents subie après une chute et l'infirmité de myopathie congénitale avec troubles moteurs cérébraux (arrêt non publié du 22 janvier 1998, en la cause F., I 218/97). En substance, défendre le raisonnement adopté par le Tribunal cantonal des assurances conduirait à reconnaître pratiquement toujours la responsabilité de l'AI pour les accidents subis par des bénéficiaires de prestations selon l'art. 13 LAI atteints de troubles analogues à ceux dont souffre l'assuré, c'est-à-dire finalement de toutes les infirmités qui peuvent entraîner des répercussions sur l'équilibre du corps humain. (I 222/96)

AI. Evaluation de l'invalidité d'une personne exerçant une activité indépendante

Arrêt du TFA du 30 mars 1998 en la cause A.P.

(Traduction)

Art. 28 al. 2 LAI. Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer à coup sûr les deux revenus hypothétiques, il faut fixer le degré d'invalidité selon la méthode d'évaluation extraordinaire. Pour ce faire, on commence par comparer les activités pour déterminer quel est l'empêchement provoqué par l'atteinte à la santé dans le cas d'espèce; après quoi, on évalue les effets de cet empêchement sur la capacité de gain.

Art. 28 cpv. 2 LAI. Se entrambi i redditi da paragonare non possono essere determinati in maniera attendibile, la valutazione dell'invalidità deve essere eseguita secondo il metodo di valutazione straordinario: dapprima, sulla base di un confronto tra le attività, si stabilisce l'inabilità dovuta all'infermità nella situazione specifica; in seguito questo va valutato in relazione alle incidenze sul guadagno.

A. A. P., née en 1941, souffre d'une affectation cardiaque coronarienne avec hypertension artérielle, diverticulose colique et d'un syndrome des vertèbres lombaires dû à l'obésité. Depuis le 1^{er} mars 1992, elle exploite un restaurant à son compte, avec le concours de son ami. Le 27 avril 1995, elle a présenté une demande de prestations AI afin d'obtenir une rente. L'office AI a requis un certificat médical du Dr A. (daté du 18 mai 1995), s'est fait produire les comptes annuels 1992/93 et 1993/94 du restaurant et a examiné sur place la situation économique (rapport du 26 juin 1995). A l'issue de la procédure de décision provisoire, l'office AI, se fondant sur les pièces précitées, a refusé l'octroi d'une rente par décision du 8 septembre 1995.

B. A. P. a recouru contre cette décision en produisant les comptes annuels 1994/95 du restaurant et a conclu à l'octroi d'une demi-rente. La commission cantonale de recours a requis de l'administration fiscale cantonale les dossiers fiscaux pour les années 1991 à 1993 et a demandé à l'assurée de lui fournir des pièces détaillées sur les dépenses du personnel afférentes aux exercices 1992/93, 1993/94 et 1994/95. La recourante s'est exécutée le 3 juin 1996. Par décision du 25 août 1997, la commission cantonale de recours a rejeté le recours.

C. A. P. a déposé un recours de droit administratif en renouvelant les conclusions prises devant l'autorité de première instance; subsidiairement, elle a conclu à l'octroi d'un quart de rente, voire au renvoi de l'affaire à l'autorité cantonale pour nouvelle évaluation. L'office AI a renoncé à se prononcer.

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

1. ...

2a. L'autorité cantonale de recours a rappelé fort justement les dispositions légales applicables dans le présent cas, à savoir celles concernant la définition de l'invalidité (art. 4 al. 1 LAI), l'étendue du droit à la rente (art. 28 al. 1 et 1^{bis} LAI), la détermination du degré d'invalidité des personnes exerçant une activité lucrative selon la méthode générale de la comparaison des revenus (art. 28 al. 2 LAI), ainsi que la jurisprudence relative à la tâche du médecin dans l'évaluation de l'invalidité (ATF 115 V 134 cons. 2; ATF

114 V 314 cons. 3c; ATF 105 V 158 cons. 1 = RCC 1980 p. 263). Il suffit donc de s'y référer.

Il convient de préciser que la méthode générale de la comparaison des revenus peut être menée à chef non seulement par une juxtaposition de revenus hypothétiques calculés aussi exactement que possible ou par une comparaison de valeurs approximatives exprimées en chiffres (comparaison de valeur chiffrées), mais aussi par une juxtaposition de pourcentages (comparaison des pourcentages; ATF 114 V 313).

b. L'autorité de première instance a, d'autre part, relevé à juste titre que, lorsqu'il n'était pas possible de déterminer à coup sûr les deux revenus hypothétiques, il fallait – en s'inspirant de la méthode spécifique pour les non-actifs (selon art. 28 al 3 LAI en liaison avec les art. 26^{bis} et 27 al. 1 RAI) – procéder à une comparaison des activités et déterminer le degré d'invalidité d'après les effets de la capacité de rendement diminuée sur la situation économique dans le cas concret. Ce faisant, et contrairement à la méthode spécifique pour les non-actifs, l'invalidité n'est pas évaluée directement sur la base d'une comparaison des activités. On commence par déterminer, au moyen de cette comparaison, quel est l'empêchement provoqué par l'atteinte à la santé; après quoi, on apprécie séparément les effets de cet empêchement sur la capacité de gain. Une certaine diminution de rendement fonctionnelle peut certes, dans le cas d'une personne active, entraîner une perte de gain de la même importance, mais n'a pas nécessairement cette conséquence. Si l'on voulait, dans le cas des personnes exerçant une activité lucrative, se fonder exclusivement sur la comparaison des activités, on violerait le principe légal selon lequel l'invalidité de cette catégorie d'assurés doit être déterminée d'après l'incapacité de gain (méthode d'évaluation spécifique; ATF 104 V 136 cons. 2c = RCC 1979 p. 228).

3a. Dans sa décision litigieuse, l'office a constaté que l'invalidité devait être déterminée selon la méthode générale de la comparaison des revenus. Pour justifier le refus d'une rente, il a admis que l'assurée présentait certes une importante diminution de sa capacité de travail depuis avril 1994, mais que celle-ci n'avait pas entraîné une «perte de gain justifiant un droit à des prestations». Par cette formulation générale et abstraite, l'administration n'a pas respecté le droit d'être entendu découlant de la constitution et l'obligation de motiver la décision prévue à l'art. 75 al. 3 RAI. En effet, pour une évaluation correcte de l'invalidité selon la méthode de la comparaison des revenus, il est indispensable que l'on détermine avec soin et de manière concrète les montants ou les pourcentages à prendre en compte et que les données y relatives figurent dans le dossier, afin que l'assuré puisse connaî-

tre les bases économiques sur lesquelles l'administration s'est fondée pour arriver à un certain degré d'invalidité (ATF 114 V 313 cons. 3a).

b. En revanche, l'autorité de recours a procédé à une analyse détaillée des comptes annuels 1992/93 et 1993/94 demandés par l'administration, ainsi que des comptes annuels 1994/95 produits par la recourante et des données complémentaires concernant les charges du personnel. Se fondant sur ces pièces, elle a déterminé de manière précise et chiffrée les deux revenus comparatifs entrant en ligne de compte: soit 54 695 fr. 60 (revenu sans invalidité) et 47 907 fr. 45 (revenu avec invalidité). Ce faisant, l'autorité de première instance a sans aucun doute satisfait aux exigences découlant de l'art. 4 Cst. concernant la motivation d'une décision cantonale sur recours (voir ATF 117 Ib 492 cons. 6b/bb et références citées; ARV 1997 n° 44 p. 243; RKUV 1988 no U 36 p. 44 s. ainsi que ATF 120 V 378, arrêt non publié, cons. 1a). De ce fait, la violation du droit d'être entendu commise par l'administration est réparée. Le fait que le premier juge ait été amené à se baser sur d'autres éléments (connus de la recourante) que l'administration après avoir établi les faits selon le principe de l'instruction d'office (art. 85 al. 2 lit. e LAVS en liaison avec l'art. 69 LAI), sans avoir offert à la recourante la possibilité de se prononcer, ne constitue pas une violation du droit d'être entendu, contrairement à l'opinion exprimée dans le recours de droit administratif. En effet, la motivation fort explicite de l'évaluation de l'invalidité à laquelle l'autorité de première instance a procédé n'a pas étendu l'objet du recours (voir ATF 122 V 36 cons. 2a), et son jugement n'est pas fondé sur des considérants juridiques qui n'auraient pas été mentionnés dans la procédure précédente ou que les parties n'auraient pas fait valoir et avec lesquels la recourante n'aurait pas dû compter (ATF 116 V 185 cons. 1a in fine = RCC 1991 p. 224; ATF 115 Ia 96 cons. 1b et références citées).

4. L'autorité de première instance a admis que les recettes et les gains provenant de l'exploitation du restaurant et figurant dans les comptes de résultats n'étaient pas «à ce point différents» qu'ils ne puissent servir à évaluer l'invalidité et qu'il faille recourir à la méthode d'évaluation spécifique. Raison pour laquelle elle a fixé le taux d'invalidité en appliquant la méthode générale de la comparaison des revenus, ceux-ci étant déterminés le plus précisément possible. Il n'est pas possible d'approuver la méthode d'évaluation choisie pour les motifs suivants.

a. Pour fixer le revenu sans invalidité, le premier juge s'est basé sur le gain d'exploitation moyen des deux premiers exercices annuels 1992/93 (52 240 fr. 30) et 1993/94 (133 950 fr. 85), alors que pour déterminer le revenu avec invalidité, il a admis un gain d'exploitation fictif calculé à partir du gain d'exploitation effectif pour l'exercice annuel 1994/95 et la moitié de

l'augmentation des frais de personnel plus pour ce même exercice. Une telle comparaison des résultats d'exploitation réalisés dans une entreprise artisanale avant et après la survenance d'un sinistre relevant de l'assurance-invalidité ne permet de tirer des conclusions valables sur la diminution de la capacité de gain due à l'invalidité que dans les cas où l'on peut exclure avec une vraisemblance prépondérante que les résultats de l'exploitation ont été influencés par des facteurs étrangers à l'invalidité. En réalité, les résultats d'exploitation d'une entreprise artisanale dépendent souvent de nombreux paramètres difficiles à apprécier, tels que la situation conjoncturelle, la concurrence, l'aide ponctuelle de membres de la famille, des personnes intéressées dans l'entreprise ou des collaborateurs. Généralement, les documents comptables ne permettent pas, en pareils cas, de distinguer la part du revenu qu'il faut attribuer à ces facteurs (étrangers à l'invalidité) et celle qui revient à la propre prestation de travail de l'assuré. Il n'en va guère différemment en l'espèce.

La recourante fait valoir à juste titre que le gain d'exploitation du premier exercice annuel 1992/93, qui a été de près de 60 % inférieur à celui du second exercice 1993/94 ne saurait constituer un élément quelque peu représentatif du revenu qu'elle aurait pu réaliser sans son invalidité. Il est évident que le faible gain d'exploitation du premier exercice, de 52 240 francs, qui est même inférieur de près de 30% à celui de l'exercice 1994/95 (77 817 francs), quand bien même la recourante avait réduit son activité dans l'exploitation d'une bonne moitié depuis son atteinte à la santé survenue en avril 1994, s'explique par différents facteurs en rapport avec la reprise du restaurant et le passage à une activité lucrative indépendante (part élevée des amortissements sur les nouveaux investissements, frais de réparation et de remplacement spéciaux sur l'inventaire de reprise, erreurs de gestion dues à un manque d'expérience, etc.). On ne peut donc se fonder sur ce premier exercice. Mais si, pour déterminer le revenu hypothétique sans invalidité, on ne devait tenir compte que du gain d'exploitation réalisé au cours du deuxième exercice, soit 133 950 francs, on léserait le principe découlant de la définition de l'invalidité (art. 4 al. 1 LAI) qui veut que l'invalidité soit évaluée d'après l'incapacité de gain présumée permanente ou de longue durée.

b. Pour fixer le revenu avec invalidité, l'autorité de première instance a ajouté au gain d'exploitation effectif de l'exercice 1994/95 la moitié des frais de personnel qui ont augmenté de près de 60 000 francs par rapport à l'exercice précédent. Or, il n'existe aucun point de repère objectif qui permettrait de déterminer avec certitude dans quelle mesure l'augmentation des frais de personnel provient de la diminution de la capacité de travail de la recourante. Ainsi, le fait que depuis l'exercice 1994/95 il n'y ait plus d'employé de bar,

mais, en compensation, un renforcement du personnel de cuisine et mieux rétribué s'explique par une modification de la politique du personnel au sein de l'entreprise, et non pas par une diminution de l'activité de la recourante pour des raisons de santé. Car, selon la comparaison des activités figurant dans le rapport d'enquête du 26 juin 1995, parmi les activités entrant dans le domaine de ses tâches, la recourante est surtout handicapée dans les travaux de bar.

c. En prenant en compte le gain d'exploitation effectivement réalisé au cours de l'exercice 1994/95, soit 77 817 francs pour fixer le revenu avec invalidité, le premier juge s'est basé sur l'activité économique réelle de la recourante pour évaluer son invalidité. Or, ce qui est déterminant pour une telle évaluation ce n'est pas la prestation effective fournie par un assuré, mais l'activité économique qu'on peut encore raisonnablement attendre de lui. Les pièces médicales versées au dossier contiennent tout au plus une évaluation médico-théorique de la capacité de gain, mais ne fournissent aucune indication sur les activités que la recourante, en tant que co-tenancière d'un restaurant, ne peut plus accomplir et celles qu'elle peut normalement encore effectuer en totalité ou en partie. On peut dès lors se demander si le gain d'exploitation réalisé au cours de l'exercice 1994/95 correspond à la capacité de travail résiduelle de la recourante. A fortiori, il n'est pas possible de déterminer de manière tant soit peu sûre la part du gain qui revient à la prestation de travail fournie par la recourante et celle qui doit être attribuée à une activité plus intense de son ami.

5. Dans ces conditions, les résultats d'exploitation que l'autorité de première instance a pris en considération pour effectuer une comparaison de revenus aussi exacte que possible ne constituent en l'espèce aucune base valable pour l'évaluation de l'invalidité. Il n'est pas possible dans le présent cas de déterminer la diminution de la capacité de gain due à la maladie de la recourante dans son restaurant exploité comme une société simple en procédant à une comparaison des revenus basée sur les résultats d'exploitation. Il faut donc renvoyer la cause à l'administration pour qu'elle détermine le degré d'invalidité selon la méthode d'évaluation spécifique et qu'elle se prononce ensuite sur le droit à une rente. Pour ce faire, il faudra déterminer si et dans quelle mesure la recourante est partiellement ou totalement incapable d'accomplir les tâches qui relèvent de l'exploitation d'un restaurant et les tâches qui entrent dans son domaine d'activité et qu'on peut encore raisonnablement exiger qu'elle effectue en totalité ou en partie. Etant donné que la recourante souffre de plusieurs atteintes à sa santé, dont les conséquences sur la capacité de travail doivent être appréciées globalement d'un point de vue médical, il paraît indiqué de demander une expertise à un centre d'observation médical. (I 432/97)

Nouveaux textes législatifs et nouvelles publications officielles

	Source N° de commande Langues, prix
Message concernant la modification de la loi fédérale sur le régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile (LAPG), du 1 ^{er} avril 1998	OCFIM* d/f/i
Forum 1998 über das Rentenalter/sur l'âge de la retraite. Referate – Exposés des conférenciers. Forschungsbericht Nr. 16/98 in der Reihe Beiträge zur Sozialen Sicherheit	OCFIM* 318.010.16/98, df Fr. 18.25
Armut und Lebensbedingungen im Alter. Forschungsbericht Nr. 17/98 in der Reihe Beiträge zur Sozialen Sicherheit (Spezialauswertung im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms 29 «Wandel der Lebensformen und Sozialen Sicherheit»)	OCFIM* 318.010.17/98, d Fr. 24.70
Statistique des revenus AVS 1995. Les revenus soumis à cotisations AVS/AI/APG	OCFIM* 318.126.95 f Fr. 14.40
Mémento AVS/AI «Ressortissants grecs», état au 1 ^{er} janvier 1998	GR, gdfi**
Mémento AVS/AI «Ressortissants portugais», état au 1 ^{er} janvier 1998	P, pdfi**
Mémento AVS/AI «Ressortissants turcs», état au 1 ^{er} janvier 1998	TR, tdfi**

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

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