

Jurisprudence et pratique administrative

AVS

Assurance-vieillesse et survivants

AI

Assurance-invalidité

PC

Prestations complémentaires à l'AVS/AI

APG

Allocations pour perte de gain

AF

Allocations familiales

PP

Prévoyance professionnelle

Pratique	
AVS: Franchisage (franchising)	149
AVS: Concubins. Changement de jurisprudence	151
AVS: Droit aux rentes de ressortissants du Kosovo	151
AVS: Bonifications pour tâches d'assistance	152
AVS: Droit d'option des caisses de compensation professionnelles concernant l'affiliation des assurés au bénéficiaire d'une retraite anticipée (art. 118 al. 2 RAVS)	153
AVS: Rassemblement des extraits de CI à l'intention des assurés (ARC 97)	153
AVS: Rassemblement des copies de CI à l'intention des offices AI	154
AC: Assurance-chômage; modifications au 1 ^{er} janvier 2000	154
Informations	
En bref	155
Nouvelles personnelles	157
Mutations au sein des organes d'application et de jurisprudence	158
Droit	
AVS. Concubinage Arrêt du TFA du 18 juin 1999 en la cause C. L. et P. C.	159
AI. Mesures médicales de réadaptation / infirmités congénitales Arrêt du TFA du 14 janvier 1999 en la cause G. B.	170
AI. Moyens auxiliaires Arrêt du TFA du 23 novembre 1998 en la cause E. R.	176
AI. Evaluation de l'invalidité / revenu après l'invalidité Arrêt du TFA du 24 mars 1999 en la cause G. N.	182
AI. Procédure; indemnité de dépens Arrêt du TFA du 26 février 1999 en la cause M. F.	186

Pratique VSI 5/1999 – septembre / octobre 1999

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

Administration
Office central fédéral des imprimés et du matériel
3000 Berne

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

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

Franchisage (franchising)

(Extrait du bulletin n° 69 à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'application des PC)

Introduction

Pour les contrats de franchisage, la délimitation indépendant/salarié ne s'opère pas toujours aisément. En outre, il y a souvent pour les entreprises qui déploient leur activité sur tout le territoire suisse un problème de coordination entre les différentes caisses de compensation.

Nature du contrat de franchisage

Le contrat de franchisage est un contrat mixte qui présente à la fois des caractéristiques du contrat de vente, de mandat, de société et de licence et de know-how. Le franchisage est une invention américaine. L'un des premiers systèmes de franchisage a été mis sur pied par Coca-Cola. Il existe de nombreux systèmes de franchisage pour la commercialisation *de produits* tels les boissons, les articles de ménage, les textiles (par ex. Benetton), les cosmétiques, mais aussi pour la commercialisation de *services* standardisés comme dans l'hôtellerie (Hilton, Sheraton) ou dans la restauration rapide (McDonalds).

Economiquement, le but principal du franchisage est de commercialiser sous un même concept de marketing un produit (marchandise, services ou les deux à la fois) qui a une renommée suprarégionale, voire mondiale par son nom, sa même marque et sa présentation. Le franchisé profite du savoir-faire du franchiseur et de son implantation sur le marché. Le franchiseur s'épargne tous les coûts inhérents à la mise en place d'un réseau de distribution.

Franchisage et AVS

L'expérience montre qu'il existe une pluralité de contrats de franchisage qui peuvent difficilement se couler dans un même moule. Le groupe de travail formé de représentants des caisses de compensation et de l'OFAS a examiné ces différents contrats pour déterminer quelles sont leurs caractéristiques communes:

- **Corporate Identity (CI)**
= identification immédiate de l'entreprise par les tiers et au sein de l'entreprise; utilisation uniforme des marques distinctives de l'entreprise

(par ex. logo, couleur de l'entreprise) sur les bâtiments et pour leur aménagement intérieur.

- Marketing
- Contrat à durée déterminée
Le contrat à durée déterminée implique que le débiteur (en l'espèce le franchisé) fournisse une prestation durable ou répétée aussi longtemps que la dette n'est pas effacée. La dette ne s'éteint pas avec l'accomplissement de la prestation, mais seulement avec l'échéance de la période ou pour un autre motif (par ex. résiliation).
- Redevances diverses
- Exclusivité dans le domaine
- Forte dépendance vis-à-vis du franchiseur

En conséquence, le franchisage est un contrat à durée indéterminée *par lequel le franchiseur* cède un concept d'organisation, de commercialisation et de formation continue, des instructions, un savoir-faire et le droit d'usage de droits commerciaux protégés. Le *franchisé* agit en son nom et pour son propre compte. Il paie pour obtenir le franchisage et est tenu d'atteindre un certain chiffre d'affaire. Il doit respecter des instructions. Souvent, il a une obligation d'acheter de la marchandise.

Le groupe de travail est parvenu à la conclusion qu'il était impossible de décider sur la base des éléments énumérés si l'activité des franchisés était de façon générale plutôt salariée ou plutôt indépendante. Pour pouvoir qualifier l'activité des franchisés, il faudra donc avoir recours dans chaque cas particulier aux critères généraux de délimitation (nos 1013 ss DSD). Le groupe de travail n'a pas jugé nécessaire d'établir de nouveaux critères spécifiques à l'activité des franchisés.

Le problème pour les contrats de franchisage se trouve en fait ailleurs. Comme nous l'avons déjà relevé, la plupart des franchiseurs travaillent dans toute la Suisse. Il est donc possible que plusieurs caisses de compensation soient appelées à examiner des contrats de franchisage identiques. En règle générale, les caisses de compensation intéressées n'ont connaissance que de cas qui entrent dans leur domaine de compétence. Souvent, elles ne savent pas si et combien d'autres caisses sont concernées. Il n'est pas exclu que ces caisses aboutissent à des conclusions différentes en ce qui concerne le statut des franchisés d'une même entreprise. Il faut éviter cela, car le franchiseur et les franchisés ne peuvent concevoir que les franchisés d'une même entreprise soient traités différemment. Cela provoque l'incompréhension et aboutit à des recours. En outre, il est inutile que plusieurs caisses de compensation soient amenées parallèlement à examiner et à trancher des situations

identiques. Le groupe de travail souhaite dans ce cas que ce soit la caisse de compensation du franchiseur/employeur qui traite le cas et transmette aux autres caisses les informations nécessaires.

Conclusion

Les conclusions du groupe de travail se résument ainsi: pour les contrats de franchisage, il ne faut pas seulement mettre l'accent sur la qualification de l'activité, mais aussi sur la coordination et l'information entre les caisses. S'il y a un plus grand nombre de contrats pour un même franchiseur, sa caisse de compensation porte une responsabilité particulière.

Concubins. Changement de jurisprudence

(Extrait du bulletin n° 68 à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'application des PC)

A l'avenir, celui qui vit en concubinage ne devra plus payer de cotisations AVS pour son partenaire qui s'occupe exclusivement de la tenue du ménage. Le Tribunal fédéral des assurances vient en effet de modifier sa jurisprudence (ATF du 18 juin 1999 en la cause C. L. et P. C., publié à la page 157 de ce fascicule). Dorénavant, les tâches ménagères accomplies par le concubin ou la concubine ne seront plus assimilées à une activité lucrative salariée. Ces personnes seront considérées comme non actives dans l'AVS.

Pour garantir un traitement uniforme, les caisses de compensation doivent appliquer la nouvelle jurisprudence à partir du *1er juillet 1999* à tous les concubins qui assument la tenue du ménage. Ces derniers sont donc considérés comme non actifs à partir de cette date. Dès lors que, en règle générale, ils auront déjà acquitté la cotisation minimale – avec la part patronale –, les caisses peuvent partir du principe qu'ils ont rempli pour 1999 leur obligation de cotiser au sens de l'art. 28^{bis} RAVS.

Droit aux rentes de ressortissants du Kosovo

(Extrait du bulletin n° 70 à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'application des PC)

Actuellement, le contrôle de l'identité et de l'état civil de personnes du Kosovo se révèle difficile. Souvent, les documents concernant des faits déterminants pour l'état civil ne peuvent être fournis et il en va de même d'autres

pièces nécessaires pour l'examen du droit à une rente. Ainsi par ex. les Kosovoar(e)s de souche albanaise expulsé(e)s du Kosovo le printemps dernier qui ne possèdent aucune pièce d'identité parce que tous les documents leur ont été retirés au moment de l'expulsion. D'autre part, même si les documents utiles existeraient encore, il n'est souvent pas possible de les obtenir à cause des dysfonctionnements dans le trafic postal avec le Kosovo.

Cela étant, les règles suivantes sont applicables pour les prestations en cours ainsi que pour les nouvelles demandes de prestations devant être versées en Suisse.

Les prestations en cours continuent d'être versées jusqu'à nouvel avis. Les rentes pour des enfants et orphelins en formation continuent d'être versées pour la durée de validité de l'attestation de formation (cf. N° 4303 DR) qui figure déjà au dossier.

Des problèmes peuvent surgir dans le cadre de l'examen de *nouvelles demandes*. Selon la pratique des autorités d'état civil suisses, les pièces d'identité produites par des personnes ressortissantes du Kosovo sont prises en compte pour l'authentification d'événements déterminants pour l'état civil, à condition que le contenu de ces pièces ne soit pas contradictoire et qu'il n'existe pas de doute grave quant à la véracité des indications principales qu'elles contiennent. Il paraît judicieux d'appliquer cette pratique également en matière d'AVS/AI. Par contre, si aucune pièce ne peut être fournie, les nouvelles demandes sont mises en attente pour le moment. Aucune rente ne doit être versée.

En cas de doute, les cas sont à soumettre à l'OFAS.

Bonifications pour tâches d'assistance

(Extrait du bulletin n° 70 à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'exécution des PC)

Selon la circulaire sur les bonifications pour tâches d'assistance, de telles bonifications ne sont accordées qu'à partir de 1997. Dans un arrêt de principe (qui sera publié sous peu), le Tribunal fédéral des assurances a cassé cette pratique parce que fondée sur aucune base légale et a constaté que si toutes les conditions de fond étaient remplies, des bonifications pour tâches d'assistance devaient également être accordées pour des périodes antérieures à l'entrée en vigueur de la 10^e révision de l'AVS, et ce dans le cadre du délai de péremption quinquennal de l'art. 29^{septies} al. 5 LAVS.

Cette jurisprudence vaut pour toutes les demandes qui n'ont pas encore fait l'objet d'une décision passée en force. La circulaire sur les bonifications pour tâches d'assistance sera modifiée en conséquence.

Droit d'option des caisses de compensation professionnelles concernant l'affiliation des assurés au bénéfice d'une retraite anticipée (art. 118 al. 2 RAVS)

(Extrait du bulletin n° 70 à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'application des PC)

L'art. 118 al. 2 RAVS autorise les caisses de compensation professionnelles, avec l'approbation préalable de l'OFAS, à affilier, à certaines conditions, comme personnes non actives les assurés au bénéfice d'une retraite anticipée. La liste des caisses de compensation professionnelles à qui notre office a accordé cette autorisation figure en annexe des directives sur l'affiliation des assurés et des employeurs aux caisses de compensation (DAC).

A partir du 1^{er} janvier 2000, notre office autorise les caisses susmentionnées à affilier les préretraités:

65 Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber

87 Ausgleichskasse für Gewerbe, Handel und Industrie in Graubünden

106.1 Agence FRSP-CIAM, Genève

Rassemblement des extraits de CI à l'intention des assurés (ARC 97)

(Extrait du bulletin n° 70 à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'application des PC)

A dater du 1^{er} janvier 1999, les assurés peuvent obtenir gratuitement un rassemblement des extraits de CI. Selon les directives en la matière (n° 2514 D CA/CI), la requête correspondante doit être déposée par écrit en indiquant le numéro d'assuré. Pratiquement, cela revient à dire que les caisses de compensation ne doivent pas donner suite aux demandes qui leur parviennent par e-Mail. En pareil cas, le demandeur sera prié de présenter une nouvelle

requête par voie de correspondance, comme cela est déjà le cas au sujet des demandes téléphoniques.

Rassemblement des copies de CI à l'intention des offices AI

(Extrait du bulletin n° 70 à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'application des PC)

Effectivement les offices AI peuvent, depuis le printemps 1998, se procurer eux-mêmes des copies de CI via la Centrale de compensation. Ils conservent naturellement, la faculté de s'adresser à la caisse cantonale de compensation, mais pour autant que cette dernière y consente. Dans le cas de rassemblements d'extraits de CI ordonnés par des caisses cantonales de compensation à l'intention des offices AI, l'annonce à la Centrale doit se faire avec le nombre-clé ARC 93 ou 98. *En l'occurrence, le nombre-clé ARC 97 ne saurait entrer en ligne de compte.* Il en va de même lors des rassemblements de copies de CI à l'usage spécifique des caisses de compensation, copies qui ne sont nullement destinées à être transmises aux assurés.

AC

Assurance-chômage; modifications au 1^{er} janvier 2000

(Extrait du bulletin n° 68 à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'application des PC)

L'année passée, le Conseil fédéral a décidé d'augmenter le montant maximum du gain assuré dans l'assurance-accidents obligatoire. Il passera de 97 200 à 106 800 francs au 1^{er} janvier 2000. Cela vaut également pour l'assurance-chômage (cf. VSI 1998 p. 284). Entre-temps, l'Assemblée fédérale a approuvé dans le programme de stabilisation d'autres modifications qui entreront en vigueur à la même date. En particulier, le taux de cotisations AC pour les parts de salaire comprises entre 106 801 francs jusqu'à deux fois et demie le montant maximum du gain assuré dans l'assurance-accidents obligatoire, passera de 1% à 2%.

Au 1^{er} janvier 2000, les taux de cotisations AC seront ainsi les suivants:

- 3% sur le salaire jusqu'à 106 800 francs;
- 2% sur le salaire de 106 801 à 267 000 francs.

Association suisse des caisses de compensation professionnelles

L'assemblée générale de l'Association suisse des caisses de compensation professionnelles, qui s'est déroulée le 24 juin 1999 à Lucerne, a été placée sous le signe de la passation des pouvoirs. Dans son allocution de bienvenue, le président sortant, Kurt Bolli (Caisse de compensation Assurance), a parlé de quelques projets en cours et remercié ceux qui l'avaient soutenu tout au long de ses neuf années de présidence. *Roger Quennoz* (Caisse de compensation EXFOUR) a été choisi pour lui succéder. L'assemblée, qui s'est prononcée sur les affaires statutaires, a approuvé les statuts révisés. Un large auditoire a ensuite écouté un exposé de Walter Kroy sur le thème «L'avenir est différent – de l'engrenage au réseau, scénarios pour les années 2000 à 2020: technique, économie, être humain et société».

Echange de vues CC/OFAS

Le 120^e échange de vues entre les caisses de compensation et l'OFAS s'est déroulé le 8 septembre à Olten, sous la présidence de l'association des caisses de compensation professionnelles. La discussion a porté sur les problèmes liés au recouvrement des arriérés de cotisations d'affiliés résidant à l'étranger. Les caisses de compensation professionnelles autorisées à enregistrer les personnes non actives se sont vu refuser l'abaissement de 60 à 55 ans de la limite d'âge pour leur assujettissement. On a encore abordé les effets du passage à la période de taxation annuelle sur les prestations complémentaires, la réorganisation de l'informatique et des télécommunications au sein de la Confédération et leurs conséquences possibles pour l'AVS/AI (Telezas). Enfin, les participants ont été informés de la situation actuelle et des étapes prévues concernant l'AVS/l'AI d'une part, Internet et Intranet d'autre part, ainsi que des modifications relatives à la nouvelle subordination de la caisse fédérale à la Caisse suisse de compensation.

Commission des cotisations

A l'invitation de l'Etablissement cantonal zurichois des assurances sociales, la Commission des cotisations s'est réunie le 14 septembre à Zurich. Alfons Berger, sous-directeur de l'OFAS, présidait la séance. La commission s'étant déjà penchée le 17 mars 1999 sur les principes fondamentaux de la

révision de la perception des cotisations (cf. VSI 1999 p. 73), il s'agissait pour l'essentiel tout d'abord de débattre la formulation des règlements. De là l'affaire ira à la Commission fédérale AVS/AI. L'entrée en vigueur du nouveau texte est prévue pour le 1^{er} janvier 2001. La discussion a porté ensuite sur la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, selon laquelle les transactions sont en principe admissibles dans une procédure en réparation du dommage. La commission est d'avis que cette jurisprudence pose un réel problème et qu'elle contrevient en particulier à l'égalité de traitement. Dans l'intérêt de l'AVS et de la légalité, les caisses de compensation doivent s'abstenir à l'avenir également de procéder à des transactions. La commission a eu droit enfin à des informations sur le changement de système prévu pour les cotisations personnelles. L'OFAS a attiré l'attention sur la nécessité de fixer les cotisations personnelles pour la période 2000/2001 année par année.

Commission des rentes

La 24^e séance de la Commission des rentes s'est déroulée à Berne le 15 septembre, sous la présidence d'Alfons Berger, sous-directeur de l'OFAS. La discussion a d'abord porté sur le supplément 3 aux directives concernant les rentes (DR), qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2000. La plupart des modifications concernent des dispositions devant être adaptées au nouveau droit du divorce qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2000. Les parents divorcés ou non mariés pourront désormais exercer l'autorité parentale en commun, ce qui influe sur le calcul des bonifications pour les tâches éducatives. Les parents divorcés ou non mariés qui détiennent en commun l'autorité parentale peuvent conclure ensemble par écrit à qui d'entre eux les bonifications pour tâches éducatives seront accordées. Il a ensuite été question des précisions à apporter au supplément 2 à la circulaire concernant le splitting en cas de divorce (valable dès le 1^{er} janvier 2000). Enfin, la circulaire concernant les bonifications pour tâches d'assistance devra également être adaptée au 1^{er} janvier 2000. Contrairement à la pratique antérieure, un arrêt de principe du TFA reconnaît un droit à des bonifications pour tâches d'assistance expirant après cinq ans même pour la période précédant l'entrée en vigueur de la 10^e révision de l'AVS.

Commission fédérale de l'AVS/AI

La Commission fédérale de l'AVS/AI a siégé le 20 septembre sous la présidence d'Otto Piller, directeur de l'OFAS. Elle a traité d'abord la question du

changement du système de calcul des cotisations personnelles AVS/AI/APG prévu pour le 1^{er} janvier 2001. Elle s'est exprimée en faveur du passage à la procédure de calcul annuelle basée sur le revenu de l'année courante. Puis, il a fallu adopter des dispositions transitoires. Parmi les deux variantes au choix, la commission a opté pour un passage direct au nouveau système.

Nouvelles personnelles

Départ de Willy Sutter, Caisse de compensation des grands magasins

Willy Sutter, qui était entré à la Caisse de compensation des grands magasins en 1981 comme gérant suppléant, avait été appelé le 1^{er} janvier 1985 par le comité de direction de la caisse à succéder à René Meier, décédé d'une crise cardiaque. La gérance de la Caisse de compensation pour les allocations familiales des grands magasins lui était confiée à cette même date. Les membres de l'Association des caisses de compensation professionnelles (groupe de Zurich) le choisirent comme suppléant durant une année, puis comme réviseur. La situation économique des sociétés membres de l'Association des grands magasins suisses ayant entraîné un recul des cotisations, la Caisse de compensation des grands magasins a été intégrée dans la Caisse de compensation de la Fédération suisse des importateurs et du commerce en gros (VSIG), et dissoute le 31 décembre 1998 par décision du comité de direction.

Willy Sutter s'est chargé de la liquidation de la caisse et des tâches connexes. C'est ainsi qu'a pris fin, en avril 1999, son activité exercée durant de nombreuses années au service de la Caisse de compensation des grands magasins.

Nous remercions vivement Willy Sutter de s'être investi sans compter dans son travail et lui présentons tous nos vœux pour un avenir couronné de succès.

Association suisse des caisses de compensation professionnelles

Mutations au sein des organes d'application et de jurisprudence

Nouveau domicile de la caisse de compensation du canton de Bâle-Ville (12) depuis le 18 octobre 1999: Caisse de compensation de Bâle-Ville, Wettsteinplatz 1, 4058 Bâle; téléphone 061/685 22 22, fax 061/685 23 23. Adresse postale: case postale, 4021 Bâle.

Depuis le 7 juillet 1999, l'établissement des assurances sociales du canton de Schaffhouse peut être atteint sous de nouveaux numéros:

- établissement des assurances sociales (numéro principal): 052/632 61 11,
- caisse de compensation: 052/632 61 11,
- office AI: 052/632 61 50
- caisse de chômage: 052/632 61 80,
- fax principal: 052/632 61 99.

AVS. Concubinage

Arrêt du TFA du 18 juin 1999 en la cause C. L. et P. C. (traduit de l'allemand)

Art. 5 al. 2, art. 10 al. 1 LAVS. La femme qui vit maritalement avec un homme (union libre) et qui, en échange de la tenue du ménage, reçoit de son partenaire des prestations en nature (sous forme de nourriture et de logement) plus éventuellement un argent de poche, doit être considérée comme personne sans activité lucrative du point de vue des cotisations. Les prestations en nature de même que l'argent de poche ne constituent donc pas un salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS (changement de jurisprudence).

Art. 5 cpv. 2, art. 10 cpv. 1 LAVS. La donna che vive in concubinato con un uomo occupandosi esclusivamente dell'economia domestica comune e ricevendo da quest'uomo per il suo lavoro prestazioni in natura (sotto forma di vitto e alloggio) ed eventualmente anche una somma per le piccole spese, secondo il diritto contributivo è considerata persona che non esercita un'attività lucrative. Le prestazioni in natura e l'eventuale somma per le piccole spese non costituiscono quindi salario determinante ai sensi dell'art 5 cpv. 2 LAVS (modifica della giurisprudenza).

Par décision du 21 mars 1997, la caisse de compensation a invité P.C. à payer des cotisations AVS/AI/APG/AC/AF d'un montant de 2823 fr. 85 (y compris les frais administratifs) pour les années 1995 et 1996 pour le motif qu'il vivait en communauté domestique avec C. L. et leur enfant commun, et qu'il devait dès lors s'acquitter de cotisations sur le salaire en nature (versé sous forme nourriture et de logement et d'un argent de poche raisonnable) à sa partenaire qui n'exerçait aucune activité à l'extérieur. Par jugement du 13 octobre 1997, l'autorité de recours a rejeté le recours de C. L. et de P. C. Elle a remis en question la jurisprudence du TFA, mais a estimé qu'il appartenait à ce dernier de modifier, le cas échéant, sa pratique. C. L. et P. C. ont attaqué ce jugement par un recours de droit administratif que le TFA a admis. Extrait des considérants:

2. La question litigieuse est de savoir s'il y a lieu de modifier la jurisprudence (ATF 110 V 1 = RCC 1984 p. 399) en ce sens que la femme vivant en concubinage et qui, en échange de la tenue du ménage, reçoit de son partenaire des prestations en nature (sous forme de nourriture et de logement), ainsi que, le cas échéant, un argent de poche, doit être considérée pour cette activité non plus comme salariée, mais comme personne sans activité lucrative pour le paiement des cotisations.

Un tel changement de pratique ne se justifie, au regard du postulat qui prône la sécurité juridique, que si la nouvelle solution correspond à une

meilleure connaissance de la ratio legis, à des mutations de la situation extérieure ou à une évolution de la conception juridique (ATF 124 V 124 consid. 6a, 387 consid. 4c et les références citées).

3a. Selon la jurisprudence actuelle, les prestations d'entretien qu'un homme accorde à une femme qui vit avec lui en union libre et tient son ménage, étaient considérées sur le plan des cotisations comme un salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS. Cette règle était fondée sur l'idée que la femme vivant en concubinage n'était pas tenue, contrairement à la femme mariée, de tenir le ménage et que, pour sa part, l'homme qui vit avec cette femme n'a aucune obligation envers celle-ci, en particulier celle de l'entretenir (ATF 110 V 2 = RCC 1984 p. 399 consid. 3b et les références citées; SVR 1995 AVS n° 53 p. 143 consid. 2a).

D'autre part, le TFA a exposé dans un arrêt publié dans la RCC 1990 p. 452 consid. 3d que la jurisprudence relative à la perception des cotisations chez les couples de concubins était justifiée pour l'essentiel dans l'intérêt de la personne qui tenait le ménage. Elle lui garantissait une protection sociale du fait que les cotisations inscrites sur son compte individuel étaient généralement plus élevées que si elle avait le statut de personne sans activité lucrative; le partenaire qui tient le ménage ne devait prendre à sa charge que la moitié des cotisations et était également assujéti à l'assurance-accidents obligatoire et à l'assurance-chômage.

b. La jurisprudence part du fait que la législation civile ne connaît pas la notion de concubinage (union libre) et ne contient aucune règle spécifique à ce sujet. Il faut certes constater une certaine évolution des conceptions de la société dans l'appréciation éthique et morale de telles unions. Mais, il ne saurait être question d'une reconnaissance *de jure* dans ce sens que la jurisprudence aurait créé une institution juridique comparable à la communauté conjugale. Du point de vue des assurances sociales, il ne s'agit donc pas de prendre en considération une institution juridique spécifique, mais seulement d'apprécier le concubinage en tant que fait réel à la lumière du droit des assurances sociales en vigueur. La pratique actuelle n'a pas considéré du point de vue des assurances sociales qu'il existait un contrat de travail (fictif), mais seulement que – à défaut d'une meilleure solution – les prestations en nature accordées par l'homme à sa partenaire devaient être assimilées à un revenu provenant d'une activité dépendante. Le principe constitutionnel garantissant l'égalité de l'homme et de la femme ne change rien à l'affaire, car la situation serait identique si, dans une communauté de ce genre, l'homme s'occupait du ménage et si la femme exerçait une activité lucrative. Au demeurant, une modification de la jurisprudence provoquerait des difficul-

tés pratiques dans la délimitation de l'activité non lucrative de la partenaire et de l'activité lucrative (salariée) de la ménagère; dans ses enquêtes sur la réalité de la situation, l'administration devrait le plus souvent se fier aux déclarations des intéressés eux-mêmes. Ainsi donc, des considérations pratiques s'opposent également à l'admission du statut de personne sans activité lucrative dans ce cas (ATF 110 V 4 ss = RCC 1984 p. 399 consid. 4a et b).

c. Cette jurisprudence a été confirmée dans RCC 1988 p. 534, 1990 p. 452, ATF 116 V 177 = RCC 1991 p. 181 et SVR 1995 AVS n° 52 p. 143 (voir aussi ATF 123 I 245 consid. 5a et ARV 1996/97 n° 32 p. 180 consid. 5).

d. Dans la RCC 1990 p. 452, le TFA a constaté que le but de la protection sociale était relégué à l'arrière-plan, lorsque le partenaire qui tient le ménage exerce au dehors une activité lucrative importante. C'est pourquoi la Cour de céans a nié l'obligation de cotiser sur le revenu en nature en pareil cas. Il a considéré comme importante une activité lucrative qui procure un gain correspondant au moins au taux du salaire en nature des art. 10 ss RAVS (dans la teneur en vigueur à l'époque). Si le partenaire qui s'occupe du ménage réalise à l'extérieur un revenu qui atteint au moins ces taux, il y a lieu d'admettre qu'il est en mesure de subvenir lui-même à ses propres besoins, de sorte qu'il ne se justifie pas de percevoir des cotisations supplémentaires sur le salaire en nature (RCC 1990 p. 452). Il y a lieu d'assimiler au concubin travaillant dans cette mesure le partenaire dont il est établi qu'il a décidé d'exercer une activité lucrative importante, en s'annonçant à l'office de l'emploi pour obtenir un poste de travail et qui remplit les conditions mises à l'octroi d'allocations de chômage (RCC 1990 p. 452 consid. 3d in fine).

e. Dans l'ATF 116 V 177, le TFA a admis une certaine flexibilité afin de permettre de tenir compte de circonstances spéciales dans des cas particuliers. C'est ainsi qu'il est possible de déroger à la règle générale, lorsque les circonstances économiques sont modestes et que l'évaluation du revenu en nature de l'un des partenaires selon l'art. 11 RAVS par rapport à la situation économique de l'autre partenaire soumis à cotisations paraît manifestement disproportionnée. En pareils cas, il faut considérer comme revenu en nature sur lequel les cotisations paritaires sont dues le montant résiduel du revenu brut du partenaire soumis aux cotisations après déduction du minimum vital fixé conformément au droit sur la poursuite pour dettes (ATF 116 V 180 consid. 4). Selon l'arrêt publié dans la RCC 1990 p. 452 (comme mention plus haut) il n'y a pas d'obligation de percevoir des cotisations sur le revenu en nature, lorsque le partenaire qui s'occupe du ménage exerce au dehors une importante activité lucrative ou, d'une manière générale, selon SVR 1995 AVS n° 52 p. 143, lorsqu'il y a lieu d'admettre qu'il dispose de res-

sources en propre pour subvenir à son entretien. Toutefois, la jurisprudence ne va pas jusqu'à exiger que l'on examine la participation effective aux travaux ménagers; elle admet au contraire que, conformément à la répartition traditionnelle des rôles, l'ensemble des travaux domestiques incombent à la femme.

f. aa. Dans le cas H 164/94 G. (arrêt du 21 décembre 1994, publié dans SVR 1995 AVS n° 52 p. 143), l'OFAS avait requis dans son préavis du 14 novembre 1994 un changement de jurisprudence de l'ATF 110 V 1 = RCC 1984 p. 399, en ce sens que la femme sans activité lucrative vivant maritalement ne soit plus considérée comme salariée, mais comme non active; éventuellement, il fallait motiver différemment la jurisprudence actuelle en indiquant les conséquences pour les autres branches des assurances sociales. La question d'un changement de jurisprudence n'a pas été tranchée à cette occasion, parce que l'assurée bénéficiait d'une rente et qu'il n'y avait plus lieu de percevoir des cotisations sur les prestations en nature.

bb. Dans le préavis en question (qui a été exposé dans l'arrêt G. précité conformément aux considérations qui suivent), l'OFAS a relevé tout d'abord le peu d'adhésion que rencontrait la pratique en vigueur. Beaucoup de femmes considéraient que le statut d'employée de ménage tel qu'il résultait du traitement du concubinage par le droit de l'AVS, était déplacé, voire indigne; on rencontrait aussi la même critique et opposition dans la doctrine. D'autre part, la pratique actuelle n'était que partiellement applicable. Les caisses de compensation n'avaient pas la possibilité de rechercher d'office les cas de concubinage. L'affiliation des femmes vivant en union libre en tant que personnes de condition salariée relevait davantage du hasard, ce qui paraissait pour le moins douteux du point de vue de l'égalité de droit. Sous l'angle juridique également, la conception qui était à la base de la jurisprudence actuelle serait dépassée. La répartition traditionnelle des rôles (qui veut que l'homme exerce une activité lucrative, la femme s'occupant du ménage) ne correspondait plus aux conceptions et aux modes de vie actuels, ce qui a eu pour effet notamment de supprimer l'attribution des rôles dans le droit matrimonial révisé. Bien que le droit matrimonial ne soit pas applicable aux rapports de concubinage, la décision de principe du législateur ne devait pas être considérée d'entrée de cause comme sans importance pour l'union libre. Deux personnes qui vivent en concubinage n'étaient pas des employés de ménage, mais des personnes vivant en principe sur un pied d'égalité. Au demeurant, on pouvait se demander si cette jurisprudence qui n'a concerné jusqu'ici que les cas où la femme non active vivait avec un homme exerçant une activité lucrative s'appliquait aussi aux cas où les rôles sont inversés, et comment fallait-il procéder lorsque des proches ou plusieurs

personnes vivaient en communauté domestique. La jurisprudence qui attribue automatiquement la tenue du ménage à la femme devait être qualifiée discriminatoire du point de vue des sexes, au moins dans le cas où l'homme était au chômage et qu'il avait ainsi la possibilité d'apporter sa contribution à l'exécution des tâches quotidiennes du ménage.

Bien qu'il existât aussi des arguments en faveur du maintien de la pratique actuelle, en particulier une meilleure couverture des assurances sociales pour la femme non active vivant en concubinage, les arguments pour un changement de jurisprudence l'emportaient aux yeux de l'OFAS. A défaut, il faudrait au moins revoir la motivation de la jurisprudence actuelle en présentant la qualification de salariées appliquée aux femmes vivant en concubinage comme une solution ouverte à défaut de réglementation légale en vue de leur assurer une protection, et en indiquer les conséquences pour les autres branches d'assurances sociales. Enfin, il fallait «légitimer» le statut des femmes vivant en communauté quasi conjugale vis-à-vis des assurances sociales par rapport aux femmes mariées sans activité lucrative, et examiner dans quels autres cas il convenait de tenir compte des tâches ménagères en matière d'assurances sociales.

4. La jurisprudence a soulevé des critiques, voire des oppositions dans la doctrine. *Thomas Koller*; Die eidgenössische Alters- und Hinterlassenversicherung im Verhältnis zum schweizerischen Eherecht, thèse Berne 1983, considère comme «peu réaliste» («kaum lebensnah») l'admission de rapports de service entre partenaires non mariés à propos des tâches ménagères; il serait plus approprié de traiter la femme non mariée comme non active (p. 39 s.). *Nathalie Koller*; La situation de la femme dans l'AVS, thèse, Lausanne 1986, p. 80 s., partage la même opinion. *Thomas Locher*; Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 2^e éd. 1997, expose qu'il peut certes exister des arguments en faveur de la pratique actuelle du tribunal dans le but d'assurer une protection sociale aussi complète que possible, mais que cette solution était «quasi insoutenable» d'un point de vue dogmatique (p. 109 n° 22). *Jean-Louis Duc*, Notions et solutions du droit privé dans le domaine des assurances sociales, in Droit privé et assurances sociales, Fribourg 1990, ressent un «sentiment de malaise» à propos de la jurisprudence en question (p. 40). *Hanspeter Käser*; Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2^e édit., 1996 observe que l'on peut déduire de la jurisprudence instaurée par l'ATF 110 V 5 = RCC 1984 p. 402 consid. b («à défaut d'une meilleure solution») que chaque fois qu'une meilleure solution peut être effectivement trouvée, les prestations en nature accordées à la femmes ne sont pas considérées comme revenu d'une activité lucrative (p. 92 chif. 3.71). *Ueli Kieser*; Rahmenbedingungen der richterlichen Rechtsfortbildung in der

AHV, in SZS 1998 p. 219 constate que la LAVS ne règle pas les rapports de concubinage, ce qui permettait au TFA d'aménager sa jurisprudence en fonction de l'évolution de la réalité. *Katerina Baumann/Margareta Lauterburg*, Sind eins und eins wirklich zwei? Zivilstandsbedingte Ungleichbehandlungen in der Sozialversicherung, in: F – Frauenfragen 2–3/97 p. 33 défendent l'idée selon laquelle le recours à un salaire de ménagère fictif était devenu superflu depuis l'introduction des bonifications pour tâches éducatives et d'assistance.

5a. Dans un jugement exécutoire du 28 mai 1996 (publié dans Plädoyer 1997 n° 1 p. 66 ss), le Tribunal administratif du canton de Glaris a exposé de manière très approfondie le statut AVS de la concubine qui s'occupe exclusivement du ménage et a étudié la jurisprudence du TFA. Il est arrivé à la conclusion que l'octroi de la nourriture et du logement ne constituait pas une rémunération pour l'activité d'une personne de condition salariée, que la concubine devait être qualifiée de personne sans activité lucrative et que son partenaire ne pouvait pas être considéré comme son employeur.

b. Le Tribunal administratif du canton de Glaris a relevé, pour l'essentiel, que le droit matrimonial en vigueur n'attribue plus un rôle précis aux conjoints. Selon l'art. 163 du CC révisé, mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille. Ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, son travail au foyer, les soins qu'il voue aux enfants ou l'aide qu'il prête à son conjoint dans sa profession ou son entreprise (art. 163 al. 2 CC). Comme pour la célébration du mariage (art. 117 al. 2 CC), la répartition des rôles pendant le mariage et des obligations réciproques qui en découlent reposent sur le consentement des conjoints. Sur ce point, il n'existe pas une différence importante par rapport aux obligations contractuelles des partenaires vivant en communauté quasi conjugale, qui a été créée et qui perdure par consentement. Il existe néanmoins une différence dans la mesure où la célébration du mariage fixe de manière évidente le moment à partir duquel les obligations réciproques des époux prennent effet, alors que, dans l'union libre, il est beaucoup moins clair de savoir à partir de quand il y a lieu d'admettre l'existence incontestable d'obligations réciproques. On ne saurait admettre en revanche que la communauté quasi conjugale ne crée aucune obligation de ce genre. Il en résulte que, depuis la révision du droit matrimonial, la différence entre communauté conjugale et l'union libre a beaucoup perdu de son importance (Plädoyer 1997 n° 1 p. 68 consid. 3c).

6a. L'autorité de première instance précise dans sa décision qu'elle ne peut pas suivre le juge glaronais, car il appartient au TFA de modifier, le cas

échéant, sa jurisprudence. Pour le surplus, elle a présenté de nouveaux arguments à l'encontre de la jurisprudence actuelle. C'est ainsi que, depuis l'introduction des prescriptions sur les bonifications pour tâches éducatives lors de la 10^e révision de l'AVS, le but de la protection sociale avait au moins partiellement disparu, du moins lorsqu'il s'agit de femmes ou d'hommes qui n'ont pas eu d'activité lucrative parce qu'ils se sont occupés des enfants. D'autre part et comme le montre le présent cas, la pratique des caisses de compensation n'accorde pas une égalité de traitement, puisque la concubine a été enregistrée comme personne salariée seulement après le déménagement de X. à Y.

b. Les recourants font valoir pour l'essentiel qu'ils vivent avec leur fille G. en famille en faisant ménage commun. Le droit de garde sur G. revenait, selon le droit en vigueur, exclusivement à C. L. Mais les deux parents étaient tenus dans la même mesure d'assumer l'entretien de l'enfant. C. L. et P. C. avaient partagé les tâches qui en résultent, de telle sorte que le père exerçait une activité extérieure afin d'obtenir le revenu nécessaire, tandis que la mère s'occupait des soins de l'enfant et de l'entretien du ménage. C. L. n'était rémunérée par P. C. ni en tant que partenaire partageant sa vie, ni comme mère de l'enfant. Elle ne touchait aucune prestation en nature et se contentait d'accomplir la part de l'obligation d'entretien parental non rémunérée. De ce fait, P. C. n'était pas l'employeur de sa partenaire de vie. En assimilant les prestations en nature accordées par l'homme à sa partenaire au revenu provenant d'une activité salariée (comme le prévoit la jurisprudence actuelle), il a échappé au TFA qu'aucun salaire, en particulier aucun salaire en nature n'était versé. L'assimilation à une femme de ménage et à une bonne d'enfants n'était pas seulement injurieux pour la partenaire, mais elle était au surplus dépourvue de toute motivation valable et relevait par conséquent de l'arbitraire.

La jurisprudence critiquée conduit à ce qu'un couple non marié est soumis, tant qu'il vit en ménage commun, à des charges disproportionnellement plus lourdes qu'un couple marié. En plus des cotisations de salarié que paie habituellement celui qui exerce une activité lucrative, il faut prélever sur le revenu familial des cotisations d'employeur et de salarié sur le prétendu salaire en nature versé à la personne non active. Si C. L. vivait séparée de P. C., elle pourrait exiger de cotiser comme personne sans activité lucrative. On ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas en faire autant pendant la vie commune.

c. Dans son préavis, la caisse de compensation fait remarquer que les recourants se contredisent eux-mêmes en soutenant, d'une part, que la tenue

du ménage empêcherait C. L. d'exercer une activité à l'extérieur, tout en faisant valoir simultanément que P. C. n'occupait pas une femme de ménage, mais fournissait par son activité lucrative sa contribution à l'entretien de la famille. Les recourants ne se rendent pas compte qu'ils ne sauraient être considérés, d'un point de vue juridique, comme une famille, bien qu'ils aient l'impression d'en constituer une.

d. L'OFAS estime qu'il faut revoir la qualification sur le plan de l'AVS du statut de la femme qui n'exerce pas d'activité lucrative et qui vit en concubinage. Il reprend pour l'essentiel les arguments qu'il avait développés dans le cas H 164/94 G. (voir consid. 3f/bb ci-dessus): manque d'acceptation, application incomplète, forte évolution des mentalités et des modes de vie (repris en partie dans le nouveau droit matrimonial), problématique du droit judiciaire dans le domaine des rapports de concubinage non réglé par la loi, extension discutable et problématique de la pratique actuelle à d'autres cas (renversement de la répartition des rôles entre les concubins, vie commune de personnes du même sexe, cohabitation de plusieurs personnes en communauté d'habitat), nouveaux développements de la législation (art. 2 al. 1 let. g OLAA dans sa teneur du 15 décembre 1997 et introduction des bonifications pour tâches éducatives selon l'art. 29^{sexies} LAVS).

7. Il résulte des arguments exposés qu'au regard des nouvelles tendances de la législation, de l'évolution des valeurs sociales, du manque d'acceptation, des lacunes d'application et des critiques justifiées de la doctrine, la jurisprudence actuelle ne saurait être maintenue. Les conditions prévues pour un changement de pratique (voir consid. 2 ci-dessus) sont réunies. L'«assimilation» introduite dans l'ATF 110 V 1 = RCC 1984 p. 399 «à défaut de meilleure solution» doit être supprimée en ce sens que les partenaires d'une union libre n'exerçant pas d'activité lucrative doivent être considérés, du point de vue de l'AVS, comme personnes non actives. Dans le détail, il convient d'observer ce qui suit:

a. Il est de jurisprudence constante que, lorsque le législateur arrête des réglementations dans le domaine du droit des assurances sociales avec rattachement à des faits relevant du droit de la famille (par ex. le mariage), il a en vue, en raison de leur importance, les institutions que connaît le droit familial (ATF 121 V 127 consid. 2c/aa et références citées). Le TFA a toujours soutenu le principe selon lequel le droit de la famille constitue une condition de base du droit des assurances sociales et que, partant, il est en principe prioritaire (ATF 121 V 128 consid. 2c/cc et références citées).

La communauté similaire au mariage, le concubinage, n'est pas réglée dans le CC (ATF 121 V 127 consid. 2c/aa: voir: Die Übersicht über die bun-

desgerichtliche Praxis in VPB 58/II [1994] n° 28 p. 247 ss consid. 8b avec références à la jurisprudence et à la doctrine; voir aussi *Suzette Sandoz*, Le Tribunal fédéral et l'union libre pendant la procédure de divorce, in SJ 1998 p. 710 s. et p. 718; *Yvo Schwander*, Sollen eheähnliche und andere familiäre Gemeinschaften in der Schweiz gesetzlich geregelt werden?, in AJP 1994 p. 918 ss; *Catherine Noir-Masnata*, Les effets patrimoniaux du concubinage et leur influence sur le devoir d'entretien entre époux séparés, thèse, Lausanne 1982). Le concubinage n'est pas sans effets juridiques entre les partenaires (ATF 123 V 222 consid. 2e et les références à la doctrine citées).

Alors que les formes de vie commune sont actuellement moins proches que jadis du statut de droit civil, la doctrine critique l'aménagement du droit des assurances sociales en fonction de l'état civil et, se fondant sur le principe de l'égalité devant la loi, propose comme critère déterminant l'analogie des situations de vie (arrêt G. du 3 mars 1999 non encore publié [H 281/97] consid. 3e/bb; *Katerina Baumann/Margareta Lauterburg*, ad op. cit. p. 29 ss).

Il convient néanmoins de partir du fait – comme dans l'ATF 110 V a = RCC 1984 p. 401 – que la législation civile ne connaît pas la notion de concubinage et ne contient aucune règle spécifique à ce sujet. Cela a notamment amené le TFA à constater que, dans le domaine des prestations régies par le droit des assurances sociales, la dissolution d'une union libre ne constituait pas une «raison semblable» à la séparation de corps ou au divorce au sens de l'art. 14 al. 2 LACI (ATF 123 V 219). La notion de «membre de la famille travaillant dans l'entreprise» selon l'art. 22 al. 2 let. c OLAA ne concerne pas le partenaire vivant en concubinage (ATF 121 V 125). Au demeurant, la LAVS ne traite pas les personnes (non mariées) vivant en union libre de la même manière que les personnes mariées. C'est ainsi que le plafonnement des rentes (art. 35 LAVS), le partage du revenu, les bonifications pour tâches éducatives et d'assistance (art. 29^{quinquies} al. 3 à 5, 29^{sexies} al. 3 et 29^{septies} al. 6 LAVS), le droit aux rentes de veuves et de veufs (art. 23 et 24a LAVS) et la libération du paiement des cotisations (art. 3 al. 3 LAVS) sont réservés aux seules personnes mariées ou qui ont été mariées. Plus précisément, le partage du revenu et les bonifications en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997 sont liés à l'état civil du mariage et ne sont pas applicables aux couples de concubins (voir aussi arrêt G. du 3 mars 1999 [H 281/97] pas encore publié): l'art. 28 al. 4 RAVS, qui prévoit que si une personne mariée doit payer des cotisations comme personne sans activité lucrative, ses cotisations sont déterminées sur la base de la moitié de la fortune et du revenu sous forme de rente du couple, est conforme à la loi et à la constitution. Dès lors, pour répondre à la question juridique qui se pose en l'espèce, il s'agit

d'apprécier les faits du dossier à la lumière des critères du droit des assurances sociales en vigueur, compte tenu des évolutions juridiques et sociales reconnues et rappelées au début du consid. 7; rien n'interdit non plus de prendre en considération les modifications apportées par la 10^e révision de l'AVS (en particulier des art. 3 et 29^{sexies} LAVS).

b. Jusqu'à maintenant, le TFA ne s'est pas exprimé expressément sur la question de savoir si l'art. 5 al. 2 LAVS était directement applicable aux prestations en nature entre partenaires vivant en concubinage ou s'il existait une lacune de la loi qui devait être comblée par une application analogique de l'art. 5 al. 2 LAVS. De la formulation utilisée dans l'ATF 11 V 5 = RCC 1984 p. 402 consid. 4b, selon laquelle il n'est pas question d'un contrat de travail fictif, mais seulement d'assimiler les prestations en nature au revenu provenant d'une activité dépendante, il convient de déduire – comme l'a fait le Tribunal administratif du canton de Glaris dans son jugement du 28 mai 1996 – que l'application de l'art. 5 al. 2 LAVS ne résulte pas d'une interprétation large de la loi, mais repose sur un raisonnement par analogie afin de combler une lacune. De même, le procédé utilisé par le TFA ne s'apparente pas à de l'interprétation, car ce dernier ne s'est pas occupé de la teneur, de la systématique, ni des travaux préparatoires de l'art. 5 al. 2 LAVS, mais a déduit du besoin réel d'une couverture sociale de la partenaire qui tient le ménage la nécessité de rechercher une réglementation juridique et trouva celle-ci dans l'application analogique et indirecte de l'art. 5 al. 2 LAVS.

c. Le TFA a justifié l'application de l'art. 5 al. 2 LAVS dans l'obligation de la partenaire vivant en concubinage de tenir le ménage, obligation fondée en l'absence d'une disposition légale sur un contrat. Cette différence décisive entre communauté conjugale et quasi conjugale a perdu de son importance depuis la révision du droit matrimonial (art 163 al. 2 CC dans sa teneur du 5 octobre 1984 en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1988), parce que la répartition des rôles durant le mariage repose sur l'accord des conjoints (art. 163 al. 2 CC). Eu égard aux changements de mentalités, qui ont trouvé leur expression dans la loi, il ne se justifie plus de considérer, du point de vue de l'AVS, les partenaires qui s'occupent des tâches ménagères comme des femmes de ménage.

d. Comme le montre le cas d'espèce, la pratique en vigueur est lacunaire et difficilement applicable. Les caisses de compensation ne sont pas à même de détecter les cas de concubinage; seul le hasard permet de saisir de soumettre à cotisations le salaire en nature d'une partenaire s'occupant du ménage.

e. La société actuelle présente d'autres formes de vie commune avec une répartition des rôles fort différente de l'une à l'autre et dont la qualification du point de vue de l'AVS peut conduire à des inégalités juridiques.

f. Dans l'intervalle, la législation a enregistré trois innovations qui plaident en faveur d'un changement de pratique.

aa. Eu égard au fait qu'une activité non lucrative librement choisie affaiblit, par l'effet du système, la protection sociale conférée par les assurances sociales, le législateur a apporté avec la 10^e révision de l'AVS une correction dans trois cas pour les personnes sans activité lucrative, à savoir en cas de mariage (splitting selon l'art. 29^{quinquies} al. 3 LAVS), d'éducation d'enfants et d'assistance à des personnes âgées (bonifications selon l'art. 29^{sexies} et 29^{septies} LAVS). Par ces réformes, le but de la protection sociale (SVR 1995 AVS n° 52 p. 143) que poursuivait la jurisprudence actuelle est relativisée, d'une part; d'autre part, il ne se justifie plus de maintenir dans un but de protection sociale une jurisprudence, alors que le législateur a sciemment renoncé à introduire une réglementation spéciale pour un groupe déterminé de personnes non actives (les partenaires vivant en concubinage sans tâches éducatives ni soins à des personnes âgées).

bb. La 10^e révision de l'AVS a abrogé l'ancien art. 3 al. 2 let. b LAVS, qui prévoyait notamment que les femmes mariées sans activité lucrative n'étaient pas tenues de payer des cotisations. Le nouvel al. 3 introduit en lieu et place de cette disposition dispose que sont réputés avoir payé eux-mêmes des cotisations pour autant que leur conjoint ait versé des cotisations équivalant au moins au double de la cotisation minimale: notamment les conjoints sans activité lucrative d'assurés exerçant une activité lucrative. La qualification de la partenaire s'occupant du ménage de personne sans activité lucrative se justifie donc également sous cet aspect.

cc. Pour des raisons pratiques et conceptuelles (RAMA 1988 p. 88), le Conseil fédéral a prévu, le 15 décembre 1997, avec effet dès le 1^{er} janvier 1998, à l'art. 2 al. 1 let. g OLAA que les partenaires vivant en concubinage qui, en cette qualité, sont tenus de cotiser à l'AVS, ne sont pas assujettis obligatoirement à l'assurance-accidents.

g. Pour être complet, il convient de mentionner encore les conséquences du changement de pratique sur l'assurance-chômage. Est tenu de verser des cotisations à cette assurance celui qui touche un salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS (ATF 122 V 251 consid. 2b et références citées). Une femme qui vit en union libre avec un homme, tient le ménage commun et reçoit des prestations d'entretien de son partenaire exerce, selon la pratique

actuelle, une activité soumise à cotisations (consid. 3a non publié dans ATF 123 V 219, mais reproduit in ARV 1998 n° 4 p. 26, et références citées). Cette protection d'assurance disparaît si l'on admet qu'il n'y a pas d'activité lucrative. Cette conséquence est toutefois atténuée par la prise en compte comme périodes de cotisations, des périodes consacrées à l'éducation d'enfants (art. 13 al. 2^{bis} LACI), qui vaut aussi pour les concubines (*Nussbaumer*; *Arbeitslosenversicherung*, in SSVR p. 71 n° 80). (H 329/97)

Al. Mesures médicales de réadaptation / infirmités congénitales

Arrêt du TFA du 14 janvier 1999 en la cause G. B.

(traduit de l'italien)

Selon l'art. 1 al. 2 phrase 2 OIC, 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. La disposition a pour but d'assurer une adaptation rapide aux progrès de la médecine et, par conséquent, de permettre que de nouvelles affections congénitales puissent être reconnues comme telles sans devoir attendre une révision de la liste correspondante par les soins de l'exécutif. Cette règle ne signifie naturellement pas que toutes les affections manifestement congénitales qui sont annoncées et qui ne sont pas contenues dans l'annexe OIC doivent être reconnues comme telles par le Département.

Le syndrome de Rubinstein-Taybi n'est pas susceptible de figurer comme tel dans la liste des affections congénitales reconnues par la LAI et ne peut donc pas non plus être qualifié d'affection congénitale évidente au sens de l'art. 1 al. 2 phrase 2 OIC. En ce qui concerne le syndrome de Rubinstein-Taybi, on peut en particulier supposer que ses manifestations relèvent des chiffres 123, 177, 313 et 342 de l'annexe OIC.

Secondo l'art. 1 cpv. 2 seconda frase OIC, il Dipartimento dell'interno ha la facoltà di qualificare delle infermità congenite evidenti, che non figurano nell'elenco in allegato, come infermità congenite secondo l'art. 13 LAI. La disposizione ha lo scopo di assicurare un pronto adeguamento ai progressi della medicina e, quindi permettere che nuove affezioni congenite possano essere riconosciute come tali senza dover attendere una revisione dell'apostita lista tramite l'esecutivo. Detta regola non significa naturalmente che tutte le affezioni chiaramente congenite che vengono annunciate e che non sono contenute nell'Allegato all'AIC debbano essere riconosciute come tali dal Dipartimento.

La syndrome di Rubinstein-Taybi non è suscettibile di figurare come tale nell'elenco delle affezioni congenite riconosciute dalla LAI e non può pertanto nemmeno essere qualificata come evidente ai sensi dell'art. 1 cop. 2 seconda frase OIC. Per la syndrome di Rubinstein-Taybi è segnatamente ipotizzabile che le sue manifestazioni ricadano sotto le cifre 123, 177, 313 e 342 OIC Allegato.

A. G. B., née le 15 août 1984, a bénéficié de mesures pédo-thérapeutiques, médicales et de formation scolaire spéciale, ainsi que d'une contribution aux frais de soins spéciaux pour mineurs impotents de l'assurance-invalidité. Par décision du 22 avril 1992, on lui a reconnu aussi le droit à la couverture des frais et des moyens auxiliaires pour le traitement d'une infirmité ophtalmologique congénitale selon le chiffre 425 de l'annexe OIC, avec effet du 1^{er} janvier 1992 au 31 août 1995, c'est-à-dire jusqu'à l'âge de 11 ans révolus.

L'Office AJ (OAI), par décision du 8 mars 1996, a refusé d'accorder à l'assurée d'autres mesures médicales relatives à la myopie dont elle était atteinte, en raison du fait que les critères minimums pour la reconnaissance d'une infirmité congénitale selon le chiffre 425 de l'annexe OIC après l'âge de 11 révolus, n'étaient pas remplis.

B. Représentée par son père, l'intéressée a fait recours auprès du Tribunal fédéral des assurances (TFA) en demandant la reconnaissance des prestations pour le traitement de la myopie dont elle souffrait, alléguant que celle-ci était causée par le syndrome de Rubinstein-Taybi.

Par jugement du 14 octobre 1997, l'autorité judiciaire a admis le recours au sens où, ayant confirmé la décision contestée, elle a néanmoins renvoyé l'affaire à l'administration, afin qu'elle engage auprès du Département fédéral de l'intérieur une procédure tendant à établir si le syndrome de Rubinstein-Taybi pouvait être reconnu comme infirmité congénitale susceptible d'être inscrite dans l'annexe OIC, et qu'elle rende ensuite une nouvelle décision.

C. Par recours de droit administratif interjeté auprès de cette Cour, l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) conclut au rétablissement de la décision de l'OAI. Les motifs invoqués sont mentionnés ci-après, dans la mesure de ce qui est nécessaire.

Tandis que G. B., toujours par l'intermédiaire de son père, propose le rejet du recours, l'Office AJ demande qu'il soit admis.

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

1a. Comme on l'a fait valoir dans le jugement contesté, selon l'art. 13 al. 1 LAI, les assurés ont droit aux mesures médicales nécessaires au traitement

des infirmités congénitales jusqu'à l'âge de 20 ans révolus. L'al. 2 de cette disposition prévoit que le Conseil fédéral établit par voie d'ordonnance une liste des infirmités pour lesquelles ces mesures sont accordées. Il peut exclure la prise en charge du traitement d'infirmités peu importantes. La liste des infirmités congénitales fait l'objet d'une ordonnance spéciale, l'OIC (art. 3 RAI). Selon l'art. 1 OIC, sont réputées infirmités congénitales au sens de l'art. 13 LAI les infirmités présentes à la naissance accomplies de l'enfant (al. 1) et énumérées dans la liste en annexe (al. 2), ou qualifiées d'infirmités congénitales évidentes par le Département fédéral de l'intérieur (al. 2 phrase 2).

b. En particulier, au chapitre XVII de la liste annexée à l'OIC concernant les organes des sens, on mentionne au chiffre 425 en tant qu'infirmités congénitales les anomalies congénitales de réfraction avec acuité visuelle de 0,2 ou moins à un œil ou 0,4 ou moins aux deux yeux (après correction du vice de réfraction).

Selon la circulaire sur les mesures médicales de réadaptation de l'AI publiée par l'OFAS (CMMR), valable à partir du 1^{er} janvier 1994, les insuffisances d'acuité visuelle dont la cause, selon l'ophtalmologue, est une anomalie de réfraction (par exemple, forte myopie ou astigmatisme grave) doivent être rangées sous 425 OIC. Le traitement est en principe pris en charge jusqu'à l'accomplissement de la 11^e année. Les cas qui, jusque-là, ne présentent pas d'amélioration ou une amélioration de peu d'importance doivent être considérés comme des cas résistant au traitement. Pour de tels cas, l'AI peut accorder des lunettes et des contrôles ophtalmiques aussi après l'accomplissement de la 11^e année pour autant que les critères visuels pour la reconnaissance d'une infirmité congénitale soient encore remplis, toutefois jusqu'à la majorité au maximum (chiffres 425.1 et 425.2 CMMR).

2a. Selon la jurisprudence, le Tribunal fédéral des assurances examine en principe librement la légalité des dispositions d'application publiées par le Conseil fédéral, en contrôlant en particulier celles qui reposent sur une délégation législative. Dans la mesure où cette délégation est relativement imprécise et, en conséquence, attribue un large pouvoir discrétionnaire, le TFA ne peut toutefois substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité habilitée à publier la réglementation en cause, mais doit se limiter à examiner si celle-ci dépasse manifestement le cadre de la compétence déléguée, si elle est propre à réaliser objectivement le but fixé par la loi ou si, pour d'autres raisons, elle est contraire à la loi ou à la constitution. A ce propos, une norme exécutive viole l'art. 4 cst lorsqu'elle n'est pas fondée sur des motifs sérieux et objectifs, qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité et qu'elle opère des distinctions juridiques que ne justifient pas les faits à régler ou,

au contraire, néglige d'établir celles qui sont nécessaires, donnant lieu à une égalisation inadmissible (cf. ATF 123 II 44 consid. 2b, 475 consid. 4a; ATF 123 V 84 consid. 4a = VSI 1997 p. 267; ATF 122 V 93 consid. 5a/bb avec références).

b. Concrètement, selon l'art. 13 al. 2 LAI, le Conseil fédéral, comme on l'a dit, a la compétence d'établir, parmi les infirmités congénitales au sens médical, la liste de celles pour lesquelles des mesures médicales de l'AI doivent être accordées (infirmités congénitales au sens de la LAI; ATF 122 V 119 consid. 3a/cc). Cette autorité dispose en l'occurrence d'un large pouvoir d'appréciation qui lui permet d'opter pour une règle générale (art. 1 OIC) ou, dans le cas de certaines infirmités, pour des critères particuliers, en prenant éventuellement en considération aussi des aspects d'ordre pratique (ATF 105 V 22 consid. b = RCC 1979 p. 429).

Selon l'art. 1 al. 2 phrase 2 OIC, le Conseil fédéral a délégué au Département fédéral de l'intérieur la faculté de qualifier des infirmités congénitales évidentes, qui ne figurent pas dans la liste en annexe, d'infirmités congénitales au sens de l'art. 13 LAI. La disposition a pour objet d'assurer une adaptation rapide aux progrès de la médecine et, ainsi, de permettre que de nouvelles affections congénitales puissent être reconnues comme telles sans qu'on doive attendre une révision de la liste correspondante par l'exécutif (cf. RCC 1965 p. 386). Cette règle ne signifie naturellement pas que toutes les affections clairement congénitales qui sont annoncées et qui ne sont pas contenues dans l'annexe OIC, doivent être reconnues comme telles par le Département. Comme c'est le cas pour le Conseil fédéral, cette autorité exécutive dispose en effet d'un large pouvoir d'appréciation à cet égard (*Meyer-Blaser*, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum IVG, art. 13, p. 100; arrêt non publié du 27 décembre 1995 en la cause J., I 332/95), étant entendu que celui-ci doit être exercé sur la base de critères défendables et de motifs sérieux et objectifs, excluant toute solution arbitraire ou discriminatoire (ATF 114 V 91 consid. 2b; ATF 108 consid. 3b; ATF 105 V 22 consid. b = RCC 1979 p. 429 et 258 consid. 2 = RCC 1980 p. 214; arrêts non publiés du 6 mai 1998 en la cause L. I 540/97, et du 1^{er} septembre 1987 en la cause S. I 517/86).

3. G. B. souffre de différents troubles parmi lesquels une forte myopie bilatérale (acuité visuelle de 0,6 à 1 à chaque œil) imputable, selon les médecins, à un syndrome rare, dit de Rubinstein-Taybi, dont elle est affectée depuis sa naissance. Il est clair que ce syndrome ne figure pas dans la liste des affections congénitales annexée à l'OIC et qu'il n'a jusqu'ici jamais été qualifié d'infirmité congénitale évidente par le Département fédéral de l'intérieur.

Dans le prononcé contesté, les juges de première instance ont correctement exposé les motifs pour lesquels on ne peut accorder à l'assurée, pour le traitement de sa myopie, des mesures médicales sur la base du chiffre 425 annexe OIC mentionné, la déficience diagnostiquée n'atteignant pas, au moment déterminant de la prise de la décision litigieuse (cf. ATF 121 V 366 consid. 1b), les limites d'acuité visuelle prévues par cette disposition. Dans cette mesure, ils ont donc approuvé à juste titre la décision de refus de l'OAI. Le tribunal cantonal a toutefois reproché à l'administration de n'avoir pas examiné si les prestations demandées ne pourraient pas être allouées directement en rapport avec le syndrome de Rubinstein-Taybi. Sur la base de l'art. 1 al. 2 phrase 2 OIC, ils lui ont donc enjoint d'engager auprès du Département fédéral de l'intérieur la procédure tendant à l'éventuelle reconnaissance de ce syndrome comme infirmité congénitale.

Dans son recours, l'autorité de surveillance, rappelant les limites imposées à l'examen judiciaire des normes exécutives, conteste l'obligation faite à l'OAI, affirmant en substance que le syndrome dont est affectée l'assurée, par sa nature polysymptomatique et non traitable comme telle, ne peut être inclus dans la liste annexée à l'OIC.

4. Un examen attentif de l'affaire montre qu'il convient de se ranger à la thèse du recours.

a. Il ressort des actes médicaux du dossier que le syndrome de Rubinstein-Taybi est un ensemble de malformations qui se manifeste par des troubles de nature très diverse tels que retard du développement intellectuel et de la croissance, microcéphalie, malformations cardiaques, malformations craniofaciales et des membres (cf. aussi *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, Berlin/New York 1998, 258^e éd. p. 1394). Il en résulte que ce syndrome, indépendamment de son caractère congénital ou non, comme c'est le cas aussi pour d'autres pathologies présentant des symptômes multiples et qu'on ne peut traiter directement dans leur ensemble, telles que par exemple la trisomie 21 (cf. chiffres 6, 10 et 390.2 CMMR; cf. ATF 114 V 24 consid. 2c = RCC 1988 p. 487; arrêts non publiés du 30 décembre 1994 en la cause J. I 196/94, et du 22 février 1994 en la cause K. I 257/93) ou les syndromes de Prader-Willi, de Kallmann et de Poland (cf. chiffres 10, 462 et 190 CMMR), n'est pas susceptible de figurer comme tel dans la liste des affections congénitales reconnues par la LAI et ne peut donc pas non plus être qualifié d'évident au sens de l'art. 1 al. 2 phrase 2 OIC (arrêt non publié du 6 mai 1998 en la cause L. I 540/97). Cette liste se fonde en effet sur un critère fonctionnel, c'est-à-dire que sa systématique permet de tenir compte, dans l'intérêt évident de l'assuré, des symptômes isolés en tant que tels, in-

dépendamment de leur étiologie, plutôt que des pathologies dans leur ensemble. Par ailleurs, le recourant souligne à juste titre que, également dans les cas d'affections polysymptomatiques, il est de toute façon possible de reconnaître des mesures médicales appropriées au traitement des troubles en cause, à condition toutefois que ceux-ci, séparément, correspondent à la notion d'infirmité congénitale selon l'annexe OIC et que les conditions prévues au chiffre correspondant soient données (cf. chiffres 6 et 10 CMMR). Pour le syndrome dont il s'agit ici, on peut en particulier supposer que ses manifestations relèvent des chiffres 123, 177, 313 et 342 de l'annexe OIC.

b. Dans le cas concret, le point controversé est en particulier la prise en charge du traitement de la myopie dont l'intéressée est affectée, myopie qui, selon les médecins consultés, est imputable au syndrome de Rubinstein-Taybi.

Or, on ne voit pas comment ce trouble pourrait être pris en charge par l'OAI, puisque les critères déjà cités d'acuité visuelle exigés par le chiffre 425 annexe OIC ne sont pas remplis. En effet, selon la norme réglementaire et les directives susmentionnées – dont cette Cour a déjà eu l'occasion, même si ce n'est pas spécifiquement sur ce point, de confirmer la légitimité (arrêt non publié du 21 mars 1983 en la cause Z. I 642/81) –, les insuffisances d'acuité visuelle dont la cause est une anomalie de réfraction telle que la myopie doivent être, indépendamment de leur étiologie, rangées sous chiffre 425 annexe OIC (cf. chiffre 425.1 CMMR). L'OFAS souligne à juste titre que l'auteur de la liste des affections congénitales au sens de la LAI a clairement voulu, dans le chiffre mentionné, mettre à la charge de l'assurance le traitement d'une symptomatologie ophtalmologique déterminée, indépendamment de ses causes. Il serait donc contraire à cette intention – dont la conformité avec la loi n'est pas mise en question ici et qui, par ailleurs, a déjà été vérifiée par cette Cour (arrêt non publié du 4 août 1988 en la cause B. I 87/88; cf. aussi, implicitement, RCC 1984 p. 347 consid. 1c, relativement à la formulation du chiffre 425 annexe OIC en vigueur jusqu'au 31 décembre 1985) – d'en prendre en charge le traitement dans le cas où elle se manifeste en rapport avec le syndrome de Rubinstein-Taybi, alors que les conditions réglementaires spécifiques posées pour ce trouble (cf. consid. 1b) ne sont pas remplies.

5. Il en découle que la non-inclusion du syndrome de Rubinstein-Taybi dans la liste des infirmités congénitales annexée à l'OIC ne peut être déclarée, selon la jurisprudence mentionnée (cf. consid. 2a/b), contraire à la loi, discriminatoire ou injustifiée, mais qu'elle est au contraire fondée sur des motifs objectifs et défendables. En conséquence, étant donné que l'en-

gagement d'une procédure de reconnaissance selon l'art. 1 al. 2 phrase 2 OIC ne s'impose pas – procédure qui, vu ce qui précède, serait a priori dépourvue de toute actualité, et qu'ainsi le fait d'y renoncer ne constitue pas un déni de justice (cf. arrêt non publié du 1^{er} septembre 1987 en la cause S., I 517/86) –, le recours de l'OFAS doit être admis, et le jugement de première instance, dans la mesure où il renvoie le dossier à l'administration en lui enjoignant de procéder à des vérifications ultérieures, annulé. (I 544/97)

AI. Moyens auxiliaires

Arrêt du TFA du 23 novembre 1998 en la cause E. R.

(traduction de l'allemand)

Art. 21 al 1, 26^{bis} al. 1 et 2, 27 al. 1 LAI; art 14 al. 1, 24 al. 1 et 2 RAI; chiff. 5.07 de l'annexe OMAI. La limitation conventionnelle du libre choix du fournisseur pour la remise et l'adaptation d'appareils acoustiques à des personnes qui détiennent un brevet fédéral d'audioprothésiste ou d'un certificat étranger équivalent reconnu par l'OFET est conforme au fédéral.

Si un assuré s'est procuré des appareils acoustiques auprès d'un audioprothésiste non conventionnel, le pouvoir de substitution n'entre pas en considération, car il ne s'agit pas d'un échange du droit aux prestations, mais de fournisseurs de prestations (reconnu et non reconnu).

Art. 21 cpv. 1, art. 26^{bis} cpv.1 et 2, art. 27 cpv. 1 LAI, art. 14 cpv. 1, art. 24 cpv. 1 et 2 OAI; lett. 5.07 allegato OMAI. La restrizione convenzionale del libero diritto di scelta della consegna e dell'adattamento degli apparecchi acustici a persone in possesso dell'attestato professionale federale di audioprotesisti o di un certificato estero equivalente riconosciuto dall'UFSEL è legale.

Qualora l'assicurato ritirasse un apparecchio acustico da un audioprotesista non autorizzato viene a cadere il diritto di scambio, trattandosi nella fattispecie non dello scambio di diritti alle prestazioni, bensì dello scambio di fornitori di prestazioni (autorizzati e non autorizzati).

A. E. R., née en 1945, est atteinte d'une surdité neurosensorielle bilatérale de degré moyen, d'origine endogène. Le 26 avril 1990, elle a demandé à l'AI l'octroi d'appareils acoustiques. Le 8 novembre 1990, la caisse de compensation lui a remis en prêt deux appareils auditifs. En mars 1996, E. R. a acheté auprès de l'établissement de l'audioprothésiste en cause dans la pré-

sente affaire deux appareils mini-«dans l'oreille» pour le prix de 3000 francs et a demandé à l'office AI – désormais compétent – de prendre en charge les frais en question. Après exécution de la procédure préalable, l'office AI a rejeté la demande de prestations par décision du 5 juin 1996, pour le motif que les appareils acoustiques ne pouvaient être pris en charge par l'AI que s'ils étaient adaptés par un fournisseur conventionnel. L'audioprothésiste choisi par l'assurée n'était pas un fournisseur conventionnel.

B. Par voie de recours, E. R. a demandé que l'AI soit tenue de rembourser le coût d'acquisition des deux appareils. L'autorité de recours de première instance s'est fait produire la convention tarifaire de l'AI du 31 juillet 1995 conclue avec différentes organisations d'audioprothésistes et, après avoir admis le recours, a renvoyé la cause à l'office AI pour qu'il complète les faits dans le sens des considérants et se prononce sur le droit de l'assurée à la prise en charge des frais relatifs à la remise de deux appareils acoustiques. L'autorité de recours a estimé que l'assurée, en invoquant la figure juridique du pouvoir de substitution, avait droit au remboursement des frais des appareils acoustiques acquis chez un fournisseur non conventionnel si, au moment où la décision litigieuse a été rendue, elle pouvait prétendre à des appareils présentant les mêmes caractéristiques fonctionnelles que ceux qui sont remis et adaptés par un fournisseur conventionnel. Le dossier ne permettait pas de dire si un tel droit existait, raison pour laquelle la cause devait être renvoyée à l'administration pour qu'elle complète les faits déterminants.

C. Par recours de droit administratif, l'OFAS a conclu à l'annulation du jugement attaqué.

E. R. n'émet aucune conclusion dans sa prise de position, alors que l'office AI a conclu à l'admission du recours de droit administratif.

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

1. Selon la jurisprudence du TFA, une décision de renvoi prise par une autorité cantonale de recours constitue une décision finale au sens de l'art. 128 en liaison avec l'art. 97 al. 1 OJ et l'art. 5 PA, décision susceptible d'être portée devant le TFA par un recours de droit administratif. Seul est attaquant en principe le dispositif d'un jugement, mais non pas sa motivation. Toutefois, si le dispositif d'une décision de renvoi se réfère expressément aux considérants, ceux-ci deviennent partie intégrante du dispositif et acquièrent l'autorité formelle de chose jugée dans la mesure où ils font partie de l'objet du litige. En conséquence, si le jugement n'est pas attaqué, les motifs auxquels se réfère le dispositif lient l'autorité à laquelle la cause est ren-

voyée. Si ces considérants se rapportent à l'objet du litige, il y a lieu d'admettre qu'ils peuvent aussi faire l'objet du recours (ATF 120 V 237 consid. 1a et les références citées). Dans la présente espèce, les considérants auxquels se réfère le dispositif de la décision de renvoi prise par l'autorité de première instance concernent le droit aux deux appareils acoustiques. Pour juger de celui-ci, l'autorité de recours a ordonné un complément de l'état des faits. Les considérants y relatifs se rapportent ainsi à l'objet du litige de la procédure en première instance. Il y a donc lieu d'entrer en matière et d'examiner le recours sur le fond.

2. Dans les procédures de recours concernant l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, le pouvoir d'examen du TFA n'est pas limité à la violation du droit fédéral, y compris à l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, mais s'étend aussi à l'opportunité de la décision attaquée; le tribunal n'est pas lié par les constatations de faits de l'autorité de première instance et peut s'écarter des conclusions des parties, à l'avantage ou au détriment de celles-ci (art. 132 OJ).

3a. Aux termes de l'art. 21 al. 1 LAI, l'assuré a droit, d'après une liste que dressera le Conseil fédéral, aux moyens auxiliaires dont il a besoin pour exercer une activité lucrative ou accomplir ses travaux habituels, pour étudier ou apprendre un métier ou à des fins d'accoutumance fonctionnelle. Le Conseil fédéral a délégué à l'art. 14 al. 1 RAI la compétence d'établir la liste des moyens auxiliaires au Département fédéral de l'intérieur (DFJ), lequel a édicté l'ordonnance du 29 novembre 1976 sur la remise des moyens auxiliaires par l'AI (OMAI) avec en annexe la liste des moyens auxiliaires auxquels les assurés ont droit en principe. Selon le chiff. 5.07 de l'annexe OMAI, les assurés ont droit à la remise d'appareils acoustiques en cas de déficience de l'ouïe, lorsqu'un tel appareil améliore notablement la capacité auditive et les possibilités de communication de l'assuré avec son entourage.

b. En vertu de l'art. 26^{bis} al. 1 LAI, l'assuré a le libre choix entre le personnel paramédical, les établissements et les ateliers qui appliquent des mesures de réadaptation, ainsi que les fournisseurs de moyens auxiliaires, autant qu'ils satisfont aux prescriptions cantonales et aux exigences de l'assurance. Le Conseil fédéral peut, après avoir entendu les cantons et les associations intéressées, établir des prescriptions suivant lesquelles les personnes et établissements indiqués au 1^{er} al. de l'art. 26^{bis} LAI sont autorisés à exercer leur activité à la charge de l'assurance (art. 26^{bis} al. 2 LAI). Comme pour le libre choix du médecin, l'art. 26^{bis} al. 1 LAI prévoit aussi le libre choix des assurés quant au fournisseur de moyens auxiliaires; toutefois, ce droit est beaucoup plus restreint que pour le médecin. D'une part, le droit

au libre choix des fournisseurs des moyens auxiliaires (et des fournisseurs d'autres prestations) est accordé à condition que ces fournisseurs «satisfont aux prescriptions cantonales et aux exigences de l'assurance» (art. 26^{bis} al. 1, dernière phrase LAI). D'autre part, le Conseil fédéral est en droit, en vertu de la compétence que lui confère l'art. 26^{bis} al. 2 LAI, d'édicter des prescriptions sur les personnes et établissements autorisés à remettre des moyens auxiliaires (ou d'autres prestations). Ainsi qu'il ressort de l'art. 24 al. 1 RAI, le Conseil fédéral a délégué cette compétence au DFJ, mais ce dernier n'a fait aucun usage de cette sous-délégation. Dès lors, la réserve des prescriptions de droit fédéral en matière d'autorisation selon l'art. 26 al. 2 LAI n'entre pas en considération pour ce qui est des moyens auxiliaires.

c. Aux termes de l'art. 27 al. 1 LAI, le Conseil fédéral est autorisé à conclure des conventions avec le corps médical, avec les associations des professions médicales et paramédicales, avec les établissements et ateliers qui appliquent les mesures de réadaptation et avec les fournisseurs de moyens auxiliaires, afin de régler leur collaboration avec les organes de l'assurance et de fixer les tarifs. Le Conseil fédéral a délégué la compétence de conclure des conventions à l'OFAS (art. 24 al. 2 RAI). Dès lors, les exigences professionnelles minimales prévues par les conventions conclues par l'OFAS en application de l'art. 24 al. 2 RAI en liaison avec l'art. 27 al. 1 LAI l'emportent sur les prescriptions d'autorisation que le DFJ peut édicter sur la base de l'art. 24 al. 1 RAI en liaison avec l'art. 26^{bis} al. 2 LAI (RCC 1988 p. 100 consid. 2) et se substituent à ces dernières dans les cas où, comme pour les moyens auxiliaires, le DFJ n'a pas établi de prescriptions. Dans ces conditions, le libre choix des assurés prévu à l'art. 26^{bis} al. 1 LAI en ce qui concerne les fournisseurs de moyens auxiliaires (et d'autres prestations) est soumis à la condition complémentaire que ledit fournisseur satisfait aux exigences professionnelles fixées dans une convention. Cette condition concerne toutes les personnes (et établissements) qui fournissent des moyens auxiliaires, qu'ils aient adhéré ou non à la convention.

4a. L'OFAS a conclu avec différentes associations d'audioprothésistes la convention du 31 juillet 1995, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 1995, qui règle la remise des appareils acoustiques dans le domaine de l'AI. L'art. 1 de cette convention contient notamment les dispositions suivantes: «1.3 Ne peuvent procéder à l'adaptation et à la remise d'appareils auditifs, ainsi qu'aux examens et mesures nécessaires dans ce but que les personnes en possession du brevet fédéral d'audioprothésiste ou un certificat équivalent délivré par une instance étrangère et reconnu par l'OFIAMT. Ces dernières devront remplir les conditions fixées dans l'annexe de la convention tari-

faire et accepter par écrit et sans réserve la présente convention. 1.4 (...) 1.5 Les personnes qui désirent être reconnues en tant que fournisseurs agréés doivent faire une demande à l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS). Ces requêtes sont remises aux groupements pour consultation. Dans les cas particuliers, elles seront soumises à la Commission paritaire de confiance (chiffre 9). L'OFAS remettra au requérant un rapport écrit quant à la décision prise. Tous les frais en découlant sont à la charge du requérant.»

b. La limitation qui résulte de cette réglementation conventionnelle en ce qui concerne le libre choix des personnes aptes à remettre et à adapter des moyens auxiliaires, personnes qui doivent être en possession du diplôme fédéral d'audioprothésiste ou d'un brevet étranger reconnu équivalent par l'OFIAMT (depuis le 1^{er} janvier 1998: Office fédéral de l'économie et du travail [OFET]) correspond à la réglementation légale et est ainsi conforme au droit fédéral. Le système instauré par la loi, qui prévoit une reconnaissance des fournisseurs d'appareils acoustiques, entend en effet assurer un approvisionnement en appareils de qualité irréprochable et à un coût avantageux. L'objectif poursuivi en réservant la remise et l'adaptation des appareils acoustiques à des fournisseurs conventionnels est donc dans l'intérêt des assurés eux-mêmes, car ils sont ainsi protégés contre un approvisionnement provenant de personnes ou d'établissements non qualifiés qui pratiquent leur négoce à des prix surfaits. En outre, l'organisation du marché instaurée par le système légal de la remise et de l'adaptation des moyens auxiliaires par des fournisseurs reconnus conventionnellement est parfaitement conforme du point de vue du droit sur les cartels. Selon l'art. 3 al. 1 let. b LCart, les prescriptions qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux et qui leur confèrent ainsi une position privilégiée par rapport à d'autres concurrents sont licites. La limitation de la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31 al. 1 cst) qui en résulte est compatible avec le droit des cartels tant que les avantages de droit public accordés à certaines entreprises ne créent pas des inégalités discriminatoires (*Schmidhauser*; Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz, N 11 ad art. 3 LCart). Il ne saurait être question en l'espèce d'une telle inégalité, car le critère prévu pour être reconnu comme fournisseur conventionnel de moyens auxiliaires est la détention du certificat de capacité fédéral d'audioprothésiste ou d'un certificat étranger équivalent. Pour défendre l'intérêt public et plus particulièrement pour protéger la population contre des risques qui proviennent de certaines activités économiques, la libre concurrence est limitée dans de nombreux domaines économiques par l'exigence d'un certificat de capacité; il en est notamment ainsi dans les professions économiques visées par l'art. 33 al. 1 cst

(médecins, pharmaciens, avocats), dans la restauration, dans le secteur des taxis, etc. (voir la liste dressée par *Rhinow*, in *Kommentar BV*, art. 31 N 197).

5. Il est établi et non contesté que l'audioprothésiste auprès duquel l'intimée a acquis les appareils acoustiques en mars 1996 n'est pas reconnu comme fournisseur conventionnel et n'est ainsi pas habilité à remettre de tels appareils pour le compte de l'AI. Il échappe donc au libre choix des assurés, qui est limité aux fournisseurs conventionnels; dès lors, l'AI n'a aucune obligation de prendre à sa charge les appareils acoustiques remis et adaptés par lui.

Contrairement au point de vue exprimé par l'autorité de première instance, le droit de l'AI ne permet pas de déduire la figure juridique du pouvoir de substitution en faveur de l'intimée: Le TFA a établi le principe suivant dans le domaine des moyens auxiliaires: si le moyen auxiliaire que s'est procuré l'assuré de son propre chef remplit aussi la fonction d'un moyen auxiliaire qui lui revient, rien ne s'oppose à ce qu'on lui accorde des contributions pour frais et amortissement; celles-ci doivent être calculées sur la base du coût d'acquisition du moyen auxiliaire auquel il a droit en principe (pouvoir de substitution; ATF 120 V 292 consid. 3c; ATF 111 V 313 consid. 2b = RCC 1986 p. 196, ATF 107 V 93 = RCC 1982 p. 364; RCC 1988 p. 182 consid. 2b; RCC 1986 p. 552 consid. 3a; *Meyer-Blaser*; *Zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz im staatlichen Leistungsrecht*, thèse, Berne 1985, p. 87 ss; voir aussi art. 2 al. 5 OMAI en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1989). L'OFAS, partie recourante dans la présente procédure, fait remarquer à juste titre que le pouvoir de substitution est admissible dans les cas où deux prestations d'assurance différentes, mais échangeables quant à leur fonction, entrent en considération, car le pouvoir de substitution suppose, selon la jurisprudence, un droit aux prestations légal et actuel (ATF 129 V 280 consid. 4). Dans le présent cas, il ne s'agit pas de substituer deux prestations, mais de remplacer deux fournisseurs de prestations (l'un autorisé, l'autre pas); il n'existe pas un droit à des prestations susceptible de substitution. Il ne s'agit donc pas d'un cas de substitution. Mais il convient surtout d'observer que, pour la remise et l'adaptation d'appareils acoustiques, le libre choix est impérativement limité, soit dans les conditions du droit lui-même (voir consid. 4b). Partant, le pouvoir de substitution ne saurait trouver place dans le présent domaine de la réglementation, sans quoi l'on éluderait le caractère impératif de cette limitation et le but législatif poursuivi par le système prévu par l'art. 27 LAI, à savoir fixer conventionnellement les exigences minimales auxquelles doivent satisfaire, le cas échéant, les fournisseurs de prestations et les prix. (I 136/98)

AI. Evaluation de l'invalidité / Revenu après invalidité

Arrêt du TFA du 24 mars 1999 en la cause G. N.

(traduit de l'allemand)

Art. 28 al. 2 LAI. Si, en raison de son atteinte à la santé, un assuré doit entreprendre une activité dans une nouvelle entreprise, on tiendra compte aussi, le cas échéant, des années de service manquantes pour déterminer le revenu hypothétique avec invalidité.

Art. 28 cpv. 2 LAI. Se un assicurato in seguito ad invalidità è costretto ad intraprendere un'attività lavorativa presso una nuova azienda, il reddito d'invalido ipotetico va calcolato tenendo conto anche degli anni di servizio eventualmente mancanti.

A. G. N., né en 1955, a travaillé comme plâtrier dans l'entreprise X depuis février 1972. Le 16 juin 1974, il subit au cours d'un match de football une distorsion de l'articulation du genou gauche, qui a été suivie de diverses rechutes. A partir du 17 août 1995, l'assuré n'a plus travaillé qu'à mi-temps pour des raisons de santé. Depuis avril 1996, il n'exerce plus aucune activité lucrative. Le 20 septembre 1995, G. N. a présenté une demande de prestations à l'AI. L'office AI s'est fait transmettre le dossier de l'assurance-accidents. Il prit également des renseignements auprès de l'entreprise X (questionnaire du 23 octobre 1995) et obtint les rapports médicaux du Dr A. des 4 octobre 1995, 1^{er} mai, 19 août et 5 novembre 1996, ainsi que le rapport du 5 mai 1997 du Dr B. du service de néphrologie de l'Hôpital Y. Après examen des possibilités de réadaptation professionnelle et l'exécution de la procédure de décision préalable, l'office AI accorda à G. N., par décision du 14 août 1997, un quart de rente dès le 1^{er} octobre 1995 en raison d'une invalidité de 40%.

B. Par jugement du 30 juillet 1998, l'autorité de recours de première instance a rejeté le recours interjeté contre la décision administrative.

C. G. N. a déposé un recours de droit administratif en concluant à l'annulation du jugement de première instance et au renvoi de cause à l'office AI pour nouvelle décision. Alors que l'office AI demande le rejet du recours de droit administratif, l'OFAS a renoncé à se prononcer.

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

1. L'autorité cantonale de recours a exposé à satisfaction de droit les dispositions légales déterminantes sur l'étendue (art. 28 al. 1 et 1^{bis} LAI) et le

début du droit à la rente (art. 29 LAI), ainsi que sur l'évaluation de l'invalidité des personnes exerçant une activité lucrative selon la méthode de comparaison des revenus (art. 28 al. 2 LAI). Il suffit dès lors de s'y référer. Il convient aussi d'approuver les considérations de l'autorité cantonale sur l'importance des évaluations médicales de la capacité de travail pour déterminer le degré d'invalidité (ATF 115 V 134 consid. 2; ATF 114 V 314 consid. 3c; ATF 105 V 158 consid. 1 = RCC 1980 p. 263).

2. Selon le rapport de sortie de la Clinique de réhabilitation Z., du 28 février 1997, le recourant souffre d'un décollement traumatique du ménisque médian du ligament dans la partie moyenne avec mobilité accrue du ménisque latéral et rupture antérieure du ligament gauche. On a également diagnostiqué une insuffisance rénale en rapport avec une glomérolosclérose, une hyperprolactinémie, de l'obésité et un abus de nicotine. Pour évaluer la capacité de travail de travail résiduelle du recourant, l'autorité de première instance, se fondant sur le rapport du Dr A., orthopédiste, du 19 août 1996, le rapport médical de sortie de la Clinique de réhabilitation Z. du 28 février 1997 et de son rapport sur les résultats des examens professionnels du 4 mars 1997, a considéré à juste titre qu'on ne pouvait plus raisonnablement exiger de lui qu'il continue à exercer la profession de plâtrier qu'il avait apprise, mais qu'il conservait une capacité de travail à plein temps pour une activité adaptée à son état, telle qu'un travail auxiliaire léger alternant des phases d'activité assise et debout et comportant la possibilité de se reposer de temps en temps et la nécessité de ne pas devoir soulever ou transporter des charges de plus de 5 à 10 kg. L'assuré fait valoir dans son recours de droit administratif que la commission de recours aurait considéré à tort que le certificat du Dr C. du 8 septembre 1997, selon lequel il souffre en outre de douleurs dorsales «depuis la dernière évaluation de l'AI», n'avait aucune incidence sur la procédure en cours; on ne saurait suivre cet argument. En effet, selon la jurisprudence constante, le juge des assurances sociales vérifie généralement la validité des décisions administratives sur la base des faits connus jusqu'au moment où la décision (litigieuse) a été rendue; les faits qui modifient ultérieurement le contexte initial font normalement l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 121 V 366 consid. 1b et les références citées). Contrairement aux allégués du recourant, on ne saurait déduire de la teneur du certificat médical en question que les douleurs dorsales auraient influencé la capacité de travail avant la prise de décision. Le médecin propose d'ailleurs lui-même de revoir le taux d'invalidité dans le cadre d'une procédure de révision, que le recourant est libre de solliciter. Les pièces médicales figurant au dossier fournissent des renseignements suffisamment fiables sur la situation existante jusqu'à la date décisive

où fut prise la décision administrative, soit le 14 août 1997, qu'il n'est pas nécessaire de procéder à des examens supplémentaires comme le requiert le recourant. En particulier, l'évaluation du Dr A. du 19 août 1996 et celle du 5 novembre 1996, ainsi que les conclusions de la Clinique de réhabilitation Z. ne contiennent aucune contradiction. Dans son rapport complémentaire, l'orthopédiste relève tout au plus qu'à son avis, la capacité de travail de l'assuré est réduite par l'obésité, des problèmes de médecine interne, les douleurs du genou et par une insuffisance rénale relevée par le médecin traitant, ce qui d'ailleurs n'a pas été confirmé le 5 mai 1997 sur le plan néphrologique. Pour le surplus, il y a lieu de suivre l'avis de l'autorité de première instance qui estime que la remarque figurant dans le rapport de sortie de la Clinique de réhabilitation Z., selon laquelle le recourant ne peut plus exploiter sa capacité de travail sur le marché libre du travail concerne son activité de plâtrier, sans quoi l'on ne comprendrait pas pourquoi, selon les constatations des médecins, il pourrait encore exercer la journée durant une activité manuelle simple en position assise moyennant quelques pauses. Dans le cas contraire, on ne comprendrait pas non plus l'avis du conseiller d'orientation professionnelle de la Clinique de réhabilitation, qui considère que l'on peut exiger l'exécution de travaux industriels à plein temps (perforer, aléser, trier sur tapis roulant, surveiller les machines) que le recourant pourrait mener à bien en alternant la position assise et debout.

3a. S'agissant de la comparaison des revenus à laquelle il faut procéder pour déterminer le degré d'invalidité (art. 28 al. 2 LAI), pour fixer le revenu que l'assuré aurait vraisemblablement réalisé sans son invalidité, l'autorité de recours s'est basée sur le salaire de 31 fr. 40 touché en 1995 selon les renseignements fournis par son dernier employeur, le 23 octobre 1995. Si l'on convertit ce salaire horaire en revenu mensuel, il en résulte, pour un horaire usuel à l'entreprise de 8,5 heures par jour et de 21,7 jours par mois (cf. 40b OACI), un salaire mensuel de 5792 francs pour l'année 1995. Comme le relève le recourant à juste titre, pour déterminer le revenu sans invalidité, il convient – comme pour fixer le revenu avec invalidité – de tenir compte de l'évolution nominale des salaires en 1996 de 1,3% (Die Volkswirtschaft, 1998 cahier 1, annexe p. 28, tableau B 10.2), ce que l'autorité de première instance semble avoir omis de faire. De ce fait, le revenu mensuel s'établit à 5867 francs. Comme le recourant avait droit en outre à un 13^e salaire de son ancien employeur, il faut également le prendre en considération pour fixer le revenu sans invalidité (cf. RCC 1989 p. 483 consid. 3a), qui se monte ainsi à 76 271 francs par année.

b. Pour déterminer le revenu que le recourant peut encore raisonnablement réaliser en dépit de son atteinte à la santé, l'administration et l'auto-

rité de première instance se sont référées à l'Enquête suisse sur la structure des salaires (ESS) en 1994; selon cette étude, la valeur moyenne des salaires pour des hommes occupés à des tâches simples et répétitives (niveau d'exigence 4) dans le secteur privé et public (pour un horaire hebdomadaire de 40 heures) s'établit à 4225 francs (tableau A 1.3.1). Sur la base d'un horaire hebdomadaire moyen de 41 h 9 et compte tenu d'une hausse nominale annuelle de 1,3% en 1995 et 1996 (Die Volkswirtschaft, 1998 cahier 1, annexe p. 27, tableaux B 9.2 et B 10.2), le revenu de 1996 se monte à 4541 francs par mois ou 54 492 francs pour l'année. Si l'on admet avec le recourant qu'il peut encore travailler dans l'industrie et les arts et métiers, mais pas dans le secteur public, le tableau A 1.1.1 de l'ESS (valeur moyenne des salaires pour des hommes occupés à des tâches simples et répétitives dans le secteur privé) indique un montant de 4127 francs, ce qui correspond, pour un horaire hebdomadaire moyen de 41 h 9, à un revenu de 4323 francs par mois. Compte tenu de l'évolution nominale des salaires, on arrive ainsi pour 1996 à un montant mensuel de 4436 francs ou annuel de 53 232 francs. Il faut en outre considérer que les personnes atteintes dans leur santé, qui sont handicapées même pour accomplir des tâches auxiliaires légères, sont désavantagées sur le plan de la rémunération par rapport aux travailleurs jouissant d'une pleine capacité de travail et pouvant être engagés comme tels; c'est pourquoi ces personnes doivent généralement compter sur des salaires inférieurs à la moyenne (ATF 124 V 321 ss consid. 3b/bb = Pratique VSI 1999 p. 51; ATF 114 V 310 consid. 4b non publié; VSI 1998 p. 179 consid. 3a). Cette réduction de salaire concerne aussi bien les assurés qui exercent à plein temps une activité adaptée à leur handicap que ceux qui sont engagés à temps partiel (RCC 1989 p. 483 consid. 3b). Si l'on admet un taux de rémunération situé au-dessous des valeurs de l'Enquête sur la structure des salaires de l'Office fédéral de la statistique, la réduction doit être déterminée dans chaque cas concret sur la base du handicap réel que subit l'assuré dans le domaine d'activité qui lui est encore accessible, à l'exclusion de toute réduction générale de 25% (VSI 1998 p. 179 consid. 3a). C'est ainsi que, par ex., une réduction du revenu de 10% seulement par rapport au salaire indiqué dans le tableau statistique pour un assuré qui pouvait encore effectuer des travaux auxiliaires légers à mi-temps sans autre handicap a été considérée comme appropriée (VSI 1998 p. 177 consid. 3a; *Meyer-Blaser*, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, Zurich 1997, p. 210; voir aussi *Jürg Scheidegger*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Verwendung von Tabellenlöhnen bei der Invaliditätsgradermittlung, St-Gall 1999, p. 113.). Dans le cas d'espèce, il y a lieu au surplus de tenir compte du fait que le recourant à besoin d'effectuer plus de pauses qu'un travailleur en bonne santé. D'autre part, le recourant fait remarquer à bon droit que l'assuré qui a perdu sa place de tra-

vail pour des raisons de santé ne peut obtenir un salaire moyen dans une activité adaptée à son état, car le marché du travail qui lui reste ouvert ne peut être que celui des personnes qui débutent dans une entreprise (voir ESS p. 81 ss). Au demeurant, l'importance des années de service diminue dans le secteur privé en fonction de l'appauvrissement du profil des exigences (ESS p. 21). Une réduction du revenu de 25% par rapport au salaire statistique moyen, telle que l'ont admise l'administration et l'autorité de première instance, paraît appropriée dans le présent cas compte tenu de toutes les circonstances. De ce fait, le revenu hypothétique annuel avec invalidité s'élève à 40 869 francs (secteur privé et public) ou 39 924 francs (secteur privé), ce qui donne un taux d'invalidité de 47%. Partant, le jugement attaqué doit être confirmé dans son ensemble. (I 593/98)

AI. Procédure; indemnité de dépens

Arrêt du TFA du 26 février 1999 en la cause M.F.

(traduit de l'allemand)

Art. 4 al. 1 Cst; art 85 al. 2 let. f LAVS; art. 69 LAI. Savoir si et à quelles conditions une partie a droit à une indemnité de dépens est une question qui, dans le domaine de l'AVS et de l'AI, doit être jugée en vertu du droit fédéral; c'est en revanche à la lumière du droit cantonal que doit s'apprécier le montant de l'indemnité de dépens.

L'autorité de recours de première instance a admis une indemnité de dépens calculée sur la base d'un tarif horaire de 160 francs pour un avocat exerçant son activité comme indépendant, alors qu'elle a choisi comme base de calcul de ladite indemnité un tarif horaire de 100 francs dans le cas d'une assistance juridique assurée par un avocat employé par l'Association suisse des invalides (ASI). Ce mode de faire ne viole pas le principe de l'interdiction de l'arbitraire consacré par l'art. 4 Cst.

Art. 4 cpv. 1 Cost.; art. 85 cpv. 2 lett. f LAVS; art. 69 LAI. Nell'ambito della AVS/AI la decisione se e a quali condizioni sussista un diritto alle spese ripetibili viene presa conformemente al diritto federale, mentre il calcolo delle suddette spese viene fatto in base al diritto cantonale.

L'autorità di ricorso di prima istanza assegna, nel caso di avvocati liberi professionisti, un'indennità per le spese ripetibili calcolata secondo una tariffa di 160 franchi all'ora, mentre nel caso di rappresentanza da parte di un avvocato impiegato presso l'Associazione Svizzera degli Invalidi (ASI) l'indennità viene calcolata in base ad una tariffa di 100 franchi all'ora. Ciò consente di conformarsi al divieto d'arbitrio ai sensi dell'art. 4 cpv. 1 Cost.

A. Par décision du 3 septembre 1997, l'office AI a alloué à M. F., née en 1974, une somme de 65 444 fr. 65 à titre de frais supplémentaires de transformation de sa maison nécessités par son invalidité.

B. Représentée par l'Association suisse des invalides (ASI), l'assurée a formé recours contre la décision précitée. L'office AI a annulé cette décision par une décision en reconsidération du 6 novembre 1997 et a admis toutes les prétentions de M. F. en lui allouant une somme de 67 844 fr. 25. L'autorité de recours de première instance a rayé l'affaire du rôle en tant qu'elle était devenue sans objet et a alloué à M. F. une indemnité de dépens de 500 francs à la charge de l'office AI (décision du 12 novembre 1997). La même autorité a en outre rejeté une demande d'interprétation par décision du 25 novembre 1997.

C. Toujours représentée par l'ASI, M. F. a formé recours de droit administratif contre cette décision, concluant à ce qu'une indemnité de dépens plus élevée lui soit équitablement allouée pour le procédure cantonale. L'autorité de première instance ne soutient pas cette manière de voir, sans présenter de conclusion expresse. L'office AI renonce à présenter un préavis, tout comme l'OFAS.

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

1a. Est seul litigieux dans le cas particulier le point de savoir si l'indemnité de dépens qui a été octroyée par l'autorité de recours de première instance à la recourante est trop faible.

b. Le jugement attaqué est une décision au sens de l'art. 5 LPA (art. 98 let. g OJ). Au surplus, le droit à des indemnités de dépens dans le cadre de recours concernant des causes de l'AI au sens de l'art. 69 LAI en corrélation avec l'art. 85 al. 2 let. f LAVS repose sur le droit public fédéral, de sorte qu'un jugement d'autorités cantonales portant sur les indemnités de dépens peut être attaqué par la voie du recours de droit administratif (cela se déduit de l'art. 101 let. b OJ en corrélation avec l'art. 97 al. 1, 98 let. g ainsi qu'avec l'art. 128 OJ). Par conséquent, il convient selon la jurisprudence d'entrer en matière sur le recours de droit administratif (SVR 1995 AI n° 51 p. 143 consid. 1b; ATF 114 V 85 consid. 1 = RCC 1988 p. 543; RCC 1980 p. 114 s. consid. 2).

2. Etant donné que la décision attaquée ne porte pas sur l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, le TFA doit seulement examiner si les juges de première instance ont violé le droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, s'ils ont constaté les faits pertinents de manière manifestement inexacte ou incomplète ou s'ils ont encore violé des règles essentielles de procédure (art. 132 en corrélation avec l'art. 104 let. a et b et l'art. 105 al. 2 OJ).

3a. Aux termes de l'art. 85 al. 2 let. f. LAVS le recourant qui obtient gain de cause a droit au remboursement de ses frais et dépens, ainsi que de ceux de son mandataire, dans la mesure fixée par le juge. Le point de savoir si et à quelles conditions une partie a droit à l'indemnité de dépend s'apprécie donc selon le droit fédéral. Ce dernier ne contient cependant pas de prescription sur le montant des indemnités de dépens et, en particulier, pas de tarif, à tout le moins dans le domaine de l'AVS – et par suite également dans le domaine de l'AI où par le truchement de l'art. 69 LAI les prescriptions de la LAVS s'appliquent par analogie. La réglementation de cette question est réservée au droit cantonal. Ce n'est en principe pas une question qui relève de la compétence du TFA (art. 128 OJ en corrélation avec art. 97 al. 1 OJ et art. 5 LPA). Il ne peut examiner le montant d'une indemnité de dépens que si l'application des dispositions cantonales déterminantes pour sa fixation a conduit à une violation du droit fédéral (art. 104 let. a OJ). Le TFA a admis que seul peut pratiquement entrer en considération en la matière l'interdiction de l'arbitraire découlant de l'art. 4 al. Cst. (ATF 114 V 86 consid. 4a et les références citées = RCC 1988 p. 543; cf. aussi ATF 117 V 405 consid. 2a). Selon la jurisprudence, une indemnité est arbitraire si elle viole gravement et de manière manifeste une norme ou un principe de droit incontesté, si elle ne peut être objectivement motivée ou si elle va de manière choquante à l'encontre de l'idée de justice (ATF 110 V 364 = RCC 1985 p. 173). L'arbitraire peut se présenter sous deux formes: soit il consiste en une violation claire et grave du droit cantonal relatif au montant des indemnités de dépens; soit il outrepassa la marge d'appréciation consentie par le droit fédéral et le droit cantonal (RAMA 1993 n° U 172 p. 143 consid. 4b).

b. Conformément à la pratique, l'autorité cantonale de recours chargée de fixer l'indemnité de dépens doit jouir d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 114 V 87 consid. 4b = RCC 1988 p. 543; ATF 111 V 49 = RCC 1985 p. 493 et ATF 110 V 365 = RCC 1985 p. 173). Il y a abus de ce pouvoir lorsque l'autorité – tout en restant dans les limites du pouvoir qui lui est confié – se laisse guider par des considérations non objectives, étrangères au but des prescriptions applicables ou lorsqu'elle viole des principes généraux du droit, tels que l'interdiction de l'arbitraire ou de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi ou celui de la proportionnalité (ATF 114 V 87 consid. 4b = RCC 1988 p. 543; ATF 110 V 365 = RCC 1985 p. 173; *Imboden/Rhinow*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5^e éd., vol. I, p. 417).

4a. Les juges de première instance ont alloué à la recourante une indemnité de dépens de 500 francs. Aux termes de la décision du 25 novembre 1997, cette somme tient compte de 5 heures de travail pour une rétribu-

tion horaire de 100 francs. Les juges de première instance précisent dans leur préavis qu'ils appliquent ce tarif horaire lorsque les mandataires ne sont pas des avocats, mais des fiduciaires ou des conseillers juridiques. Le même tarif est retenu lorsque le mandat est assumé par des associations ou des assurances de protection juridiques, dans la mesure où ils représentent les assurés en tant qu'institutions et indépendamment du fait que c'est alors un avocat ou une avocate, un juriste ou une juriste ou encore une personne sans formation juridique qui engage l'association ou l'assurance de protection juridique par sa signature. Pour les avocats à leur compte en revanche, c'est un tarif horaire de 160 francs qui est retenu, ceci également lorsque ces avocats indépendants sont mandatés par des associations ou par des institutions. Cela se justifie du fait que les associations ou les institutions ne sont pas soumises aux règles sévères que sont celles des lois sur le barreau, qu'elles ne sont pas passibles de peines disciplinaires en cas de violation de ces règles et que seule leur organisation interne détermine si ce sont des avocates, des avocats ou d'autres collaborateurs spécialisés qui les engageront par leur signature. De ce fait, les avocates et les avocats engagés par des associations n'assument pas envers leurs clients une plus grande responsabilité que des collaborateurs spécialisés n'ayant pas de formation juridique. Il en résulte que la structure des coûts assumés par des associations ou des assurances de protection juridique n'est pas la même que celle des avocates ou des avocats exerçant leur activité à leur compte. Les institutions susmentionnées sont en effet en mesure de réduire de manière plus ou moins sensible les risques liés à leurs coûts d'exploitation par le biais des cotisations, des subventions et des primes dont elles bénéficient, alors que les avocats exerçant à leur compte n'ont, pour toute source de revenu, que leurs honoraires.

b. L'ASI prétend de son côté au contraire que le fait de ne pas appliquer le même tarif aux avocats engagés par les associations que celui qui est retenu pour les avocats travaillant à leur compte n'est pas compatible avec le principe de l'égalité de traitement de l'art. 4 cst. L'ASI relève – et c'était un cas qui concernait cette association – que dans l'ATF 122 V 280 publié dans la Pratique VSI 1997 p. 33, le TFA a estimé justifié de retenir les mêmes tarifs pour les avocats engagés par l'association que pour les avocats exerçant à leur compte.

c. Il est vrai que dans l'ATF 122 V 280 = VSI 1997 p. 33, le TFA a retenu le même tarif pour l'ASI que pour les avocats exerçant à leur compte. Il faut voir toutefois que cette indemnité avait été allouée dans le cadre d'un procès de dernière instance qui ne tombait pas sous le coût des tarifs cantonaux d'indemnités de dépens. Cela ne permet pas de conclure que les tarifs

cantonaux prévus pour les avocats ayant le statut d'employés sont impérativement les mêmes que pour les avocats exerçant à leur compte. Au vu du large pouvoir d'appréciation dont jouissent les instances cantonales en matière de fixation des indemnités de dépens, il ne faut pas exclure qu'un autre système tarifaire que celui qui est retenu par le TFA dans un cadre limité puisse échapper, considéré sous l'angle de l'art. 4 Cst., au grief d'arbitraire. Le fait d'indemniser différemment des avocats travaillant comme employés d'associations d'une part et d'avocats travaillant à leur propre compte d'autre part ne doit pas d'entrée de cause apparaître comme arbitraire. Il faut bien plutôt examiner si des arguments déterminants peuvent justifier une telle différence de traitement.

d. Il faut convenir avec l'instance inférieure que les avocats engagés par les associations ne sont pas soumis à des règles aussi sévères que leurs collègues exerçant leur activité de manière indépendante. Cela est vrai en particulier des sanctions disciplinaires qui peuvent être infligées et auxquelles les institutions échappent en tant que personnes morales. Il est vrai aussi qu'au gré de leur organisation interne, les associations peuvent être amenées à confier la représentation d'intérêts à des collaborateurs spécialisés non juristes. Mais il s'agit ici d'une situation toute différente de celle qui se présente lorsque les associations mandatent des avocats extérieurs exerçant à leur compte et auxquels elles confient la prise en charge de certains intérêts dans le cadre de litiges précis. Il ne faut pas non plus écarter sans autre l'argument touchant à la structure des coûts des associations et des assurances de protection juridique, d'une part, et des avocats indépendants, d'autre part. Les associations ne couvrent pas seulement leurs frais au moyen des honoraires perçus lors de procès, mais également grâce aux cotisations de leurs membres, aux subventions, aux dons et autres sources de revenus. Elles offrent en outre souvent à leurs membres d'autres prestations de service que celles constituant à leur assurer l'assistance d'un mandataire à bon compte ou à titre gratuit, et cela n'est pas sans incidence sur leur situation financière globale. Les assurances de protection juridique peuvent également s'efforcer d'équilibrer leurs finances en fixant leurs primes en conséquence. De son côté au contraire, l'avocat indépendant n'est pour l'essentiel tributaire que des seuls honoraires perçus pour les mandats qu'il assume. C'est là pratiquement l'unique source financière qui lui permet de couvrir les frais liés à son étude. Pour les assumer, il ne peut en particulier pas compter sur des cotisations de membres, sur des primes ou sur d'autres rentrées d'argent. L'avocat indépendant n'assume de ce fait pas seulement une plus grande responsabilité, mais il fait également face à un risque financier plus élevé que les associations ou les assurances de protection juridique.

e. Ce sont des réflexions du même type qui ont conduit le Tribunal fédéral des assurances (TFA) dans l'ATF 120 Ia 170 consid. 3a, à ne pas considérer comme arbitraire le fait de n'allouer qu'une indemnité destinée à couvrir ses débours et non des dépens usuels à une partie du fait qu'elle était assistée par un avocat employé par une assurance de protection juridique. Le TFA a, lui aussi, estimé que les avocats ayant le statut d'employés ne tombent pas sous le coup des mêmes règles professionnelles que les avocats exerçant la profession en tant qu'indépendants. C'est ainsi par exemple que les premiers ont le droit de faire autant de publicité qu'ils l'entendent pour l'entreprise qui les emploie et qu'ils sont autorisés à utiliser l'infrastructure mise à disposition par la société d'assurance au service de laquelle ils travaillent. Ils sont au surplus équitablement rétribués par cette dernière. Les règlements cantonaux sur les tarifs sont cependant prévus pour les avocats qui exercent leur activité à leur compte – les honoraires qu'ils perçoivent constituent leur unique source de revenus. Ces avocats assument en général des mandats où l'enjeu financier est variable et ils font face à des frais d'infrastructure plus élevés. Ces éléments justifient une indemnisation différenciée de ces deux catégories d'avocats. En résumé, le TFA arrive à la conclusion (ATF 120 Ia 171 consid. 3b) qu'il n'y a pas de droit constitutionnel pour l'avocate concerné au cas particulier à la fixation d'indemnités de dépens selon le tarif prévu par le règlement cantonal applicable aux avocats indépendants. Les dépens devaient donc être fixés de manière individuelle.

f. Il ressort des remarques qui précèdent que la pratique d'indemnisation en matière de dépens qui a été adoptée par l'autorité de recours de première instance repose sur des motifs matériellement compréhensibles et raisonnables. Le jugement attaqué respecte donc les limites de la liberté d'appréciation fixées par le droit fédéral. L'on ne saurait au surplus conclure à une grave et évidente violation du droit cantonal, étant donné que l'art. 34 al. 1 de la loi relative au Tribunal des assurances qui a été appliquée en première instance reconnaît également un large pouvoir d'appréciation au juge. Le jugement attaqué résiste donc au grief d'arbitraire.

5. Etant donné que la présente cause ne porte pas sur l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, la présente procédure est onéreuse (art. 134 OJ a contrario). La partie qui succombe doit donc assumer les frais de procédure (art. 156 al. 1 OJ). (I 580/97)

Nouveaux textes législatifs et nouvelles publications officielles

	Source* N° de commande Langues, prix
Tables des cotisations. Assurance facultative des ressortissants suisses résidant à l'étranger. Valable dès le 1 ^{er} janvier 2000	OCFIM 318.101.1 fdi
6,55% cotisations sur le salaire déterminant jusqu'à Fr. 8900.-. Table auxiliaire sans force obligatoire. Valable dès le 1 ^{er} janvier 2000.	OCFIM 318.112.1 fdi
Tables des cotisations. Indépendants et non-actifs. Valable dès le 1 ^{er} janvier 2000.	OCFIM 318.114 fdi
Conversion des salaires nets en salaires bruts. Valable dès le 1 ^{er} janvier 2000.	OCFIM 318.115 fd
Tables pour la fixation des allocations journalières APG. Valables dès le 1 ^{er} juillet 1999	OCFIM 318.116 fd
Tables pour la fixation des indemnités journalières AI. Valables dès le 1 ^{er} juillet 1999	OFCIM 318.116.1 fd
Statistique des assurances sociales suisses 1999	OCFIM 318.122.99 f/d
Assurance-invalidité. Loi fédérale, règlement, ordonnance, index alphabétique. Etat au 1 ^{er} janvier 1999	OCFIM 318.500 fdi Fr. 17.15
Protection de l'enfance. Répertoire des services d'aide et de consultation existant en Suisse en matière de maltraitance infantile	OCFIM 318.809 fdi
Initiative parlementaire «Droit des assurances sociales»: Rapport de la Commission du Conseil national de la sécurité sociale et de la santé publique, du 26 mars 1999	OCFIM 85.227 f/d/i
Prévoyance professionnelle (lois et ordonnances)	OCFIM, f/d/i
Message concernant une modification de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (révision de l'assurance facultative)	OCFIM 99.038 f/d/i
Mémento «Appareils acoustiques de l'AI», état au 1 ^{er} mai 1999	4.08, f/d/i**

* OCFIM = Office central fédéral des imprimés et du matériel, 3000 Berne; tél. 031/325 50 50, téléfax 031/325 50 58

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