

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 19 octobre 2010

Présidence de Mme RÖTHENBACHER
Juges : M. Neu et Mme Thalmann
Greffière : Mme de Quattro Pfeiffer

* * * * *

Cause pendante entre :

X._____, à Moudon, recourante, représentée par Me Jean-Marie Agier,
avocat au Service juridique d'Intégration handicap, à Lausanne,

et

OFFICE DE L'ASSURANCE-INVALIDITÉ POUR LE CANTON DE VAUD, à
Vevey, intimé.

Art. 42 LPGA, 52 LPGA, 17 LAI, 23 al. 1 LAI, 57 al. 1 let. g LAI, 57a LAI et 73bis al. 1 RAI

E n f a i t :

A. X._____, née en 1966, a travaillé comme spécialiste en exportation auprès de la Banque Z._____ de 1993 à 1997, pour un salaire mensuel de 5'254 francs. Atteinte d'une dégénérescence tapéto-rétinienne héréditaire et évolutive, elle a déposé, le 25 juillet 1994, une demande de prestations de l'assurance-invalidité (ci-après : AI) tendant à un reclassement professionnel.

Après une première tentative de reclassement auprès de la Faculté des sciences sociales et politiques de l'Université de Lausanne, l'assurée a dû abandonner ses études en raison de son handicap. Un rapport intermédiaire établi le 15 juillet 1998 par l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : OAI) exposait ce qui suit :

« Nous avons ensuite visité le Centre [...], école qui dispense une formation de naturopathe. Ce projet de réadaptation n'est pas seulement approprié par rapport au handicap de l'assurée (malvoyance progressive), mais également par le fait que les structures d'enseignement, ainsi que les moyens auxiliaires (étiquetage en braille sur les produits) s'avèrent très favorables à la réussite d'une telle formation.

Dotée d'un esprit entrepreneurial et commercial suffisamment développé, nous estimons que Mlle X._____ pourra prétendre au terme de sa première année de pratique à un revenu mensuel oscillant entre Fr. 5'000.- et Fr. 6'000.- ».

L'auteur de ce rapport a indiqué, dans un courriel du 3 septembre 1998, que suite aux affirmations du directeur de l'école de naturopathie précitée selon lesquelles un revenu mensuel de 5'000 à 6'000 fr. était tout à fait réaliste au terme d'une expérience professionnelle de douze à dix-huit mois, il avait contacté quatre naturopathes pratiquant depuis un à deux ans lesquels ne touchaient en réalité que 3'000 fr. par mois bruts en moyenne. Il concluait dès lors à la nécessité de rechercher une nouvelle alternative.

Par courrier du 9 septembre 1998, l'assurée a prié l'OAI de prendre en charge cette formation, l'informant qu'elle était disposée à accepter un salaire inférieur et à renoncer ainsi à une reconstitution complète de sa capacité de gain.

Suite à un entretien téléphonique avec l'assurée du 11 septembre 1998, il a été relevé ce qui suit :

« [...] m'a expliqué sa situation. Lui explique que l'AI ne peut accepter un marché tel que celui qu'elle nous propose. Cependant, ce qui compte pour nous, ce sont les possibilités de gain qu'elle aura à l'issue de cette formation, soit frs 90.- de l'heure à raison de 4-5 clients par jour. Si elle n'atteint pas le montant de frs 5-6000.- par mois, cela ne sera pas dû à son handicap puisque la formation est adaptée mais à des facteurs liés à l'exercice d'une activité indépendante (qualités personnelles, professionnelles, commerciales, etc), facteurs dont l'AI n'a pas à tenir compte. De même, l'AI ne supportera pas les conséquences d'un revenu moindre durant la phase de démarrage de l'activité. Ce n'est donc pas le principe de l'équivalence qui fera obstacle à son projet de formation de naturopathe. Me demande quand elle recevra une décision quant à sa demande. Lui dis env. la semaine prochaine ».

L'auteur de cette fiche a transcrit dans une communication interne du même jour les propos suivants :

« Je crois qu'on peut y aller, [...] m'ayant dit qu'il a répondu oralement aux questions que vous lui avez posées dans votre lotus du 27.8.98. Il est venu me voir le 9 ct pour m'expliquer la situation de cette assurée et m'informer de la lettre que cette dernière allait m'envoyer (v. lettre du 9.9 de l'assurée et ma note d'entretien tél. de ce jour avec elle). Je lui ai posé les mêmes questions que vous et il y a également répondu. Le principe de l'équivalence n'est donc pas un obstacle. A moins que vous ayez un argument contre qui m'ait échappé, vous pouvez enregistrer la communication de prise en charge de cette formation ».

L'assurée a ainsi suivi une formation de naturopathe, achevée avec succès, durant laquelle elle a bénéficié d'indemnités journalières. Elle s'est ensuite installée comme indépendante dès le 1^{er} janvier 2003.

Selon le rapport final de l'OAI du 17 décembre 2002, la perspective salariale annuelle de l'assurée dans sa nouvelle activité était évaluée à 48'000 fr. après quelques années de pratique. Il était également précisé que l'intéressée aurait pu prétendre à un revenu annuel de 71'500 fr. si elle avait poursuivi son ancienne activité d'employée de banque en 2002 et 2003.

Une fiche d'examen établie le 1^{er} décembre 2003 par l'OAI a la teneur suivante :

« Du point de vue économique, les revenus des indépendants sont très variables. Nous savons que [l'assurée] pourrait viser durant les deux premières années, un revenu brut se situant entre Fr. 36'000.-- et Fr. 40 000.--. La Réa a donc retenu un revenu d'invalidé moyen de Fr. 38'000.--.

Sans atteinte à la santé et dans son ancienne activité d'employée de banque, notre assurée pourrait aujourd'hui prétendre à un revenu annuel de Fr. 71'500.--.

Tenant compte du revenu moyen d'invalidé de Fr. 38'000.--, le préjudice économique et de 46.85%, ce qui ouvre donc le droit au quart de rente.

Après quelques années de pratique, [l'assurée] pourrait réaliser un salaire annuel de Fr. 48'000.--. Si l'on tient compte de ce gain, le droit à la rente ne serait dès lors pas ouvert.

A vu des perspectives de gain que pourrait réaliser notre assurée à moyen et long terme (ch.m. 4012 de la CMRP), peut-on lui notifier un refus de rente ? ».

Il ressort d'une communication interne de l'OAI du 3 janvier 2005 qu'une enquête de salaire a été effectuée auprès d'une kinésologue. Selon celle-ci, il ne serait pas possible de réaliser un revenu mensuel de 5'000 à 6'000 fr. sans être notoire ou enseignant, le bénéfice net annuel ne dépassant généralement pas 40'000 francs. Il était également relevé que sur les dix-sept personnes interrogées qui avaient suivi une formation identique, aucune n'en vivait véritablement.

Par décision du 19 janvier 2005, l'OAI a dénié le droit de l'assurée à une rente d'invalidité, pour le motif que sa réadaptation professionnelle avait été achevée avec succès.

L'assurée a fait opposition à cette décision le 9 février 2005, arguant qu'après s'être renseignée auprès de ses anciens employeurs, elle aurait pu réaliser un salaire annuel de 84'712 fr. 50 si elle n'avait pas connu de problèmes de santé.

Par décision sur opposition du 10 novembre 2005, l'OAI a confirmé sa décision du 19 janvier précédent, estimant qu'il y avait lieu de

s'en tenir aux indications fournies par la Banque Z._____, dernier employeur de l'assurée, selon lesquelles celle-ci aurait perçu un salaire annuel de 71'500 fr. en 2002 et 2003 si elle était restée en bonne santé, soit de 73'182 fr. en 2005. Comparé avec le revenu de 48'000 fr. auquel elle pouvait prétendre en tant que kinésiologue, il en résultait un taux d'invalidité de 34%, insuffisant pour ouvrir le droit à une rente. Cette décision sur opposition, non contestée, est entrée en force.

B. L'assurée a déposé une nouvelle demande de prestations de l'AI le 11 juillet 2007 tendant à un reclassement professionnel, subsidiairement à une rente, motivée par l'aggravation de son affection visuelle.

Un stage d'observation de trois mois a été organisé auprès du Centre de réadaptation professionnelle pour handicapés de la vue à Bâle, dans le but de d'évaluer les aptitudes de l'assurée à la réadaptation professionnelle et sa capacité de travail compte tenu de ses limitations visuelles. Par décision du 11 février 2009, l'OAI a alloué à l'assurée une indemnité journalière de 52 fr. du 19 janvier 2009, date de son entrée en stage, jusqu'à la fin de la durée de réinsertion.

Dans un courrier adressé le 16 février 2009 à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, l'assurée a déclaré faire opposition à cette décision et demandé sur quelles bases les indemnités journalières avaient été calculées.

Le 18 mars 2009, le conseil de l'assurée a demandé à la cour de céans de considérer le courrier de sa cliente du 16 février précédent comme valant opposition à la décision de l'OAI du 20 février 2009 [recte : 11 février 2009] et de le transmettre à la Caisse de compensation des banques suisses (ci-après : la caisse de compensation) afin que celle-ci procède à un nouveau calcul de l'indemnité journalière sur la base du dernier revenu réalisé auprès de la Banque Z._____.

La caisse de compensation a répondu, le 19 mai 2009, qu'elle s'était fondée sur le dernier revenu d'indépendant soumis aux cotisations AVS, soit celui de 2008, s'élevant à 23'400 francs. Il en résultait un revenu journalier déterminant de 65 fr., correspondant à une indemnité journalière de 52 francs. La caisse considérait que le reclassement professionnel de l'assurée avait été mené à bien, raison pour laquelle aucune autre prestation de l'AI ne lui avait été versée. Elle préavisait en conséquence pour le rejet du recours.

Dans son écriture du 9 juillet 2009, le conseil de l'assurée a constaté que la procédure n'avait pas été respectée, dans la mesure où la décision d'indemnités journalières du 11 février 2009 n'avait pas été précédée d'un projet de décision ni fait l'objet d'une opposition. Il concluait dès lors à l'annulation de cette décision et au renvoi de la cause à l'office intimé pour que celui-ci rende un projet de décision sur la question du montant de l'indemnité.

L'OAI s'est déterminé le 7 septembre 2009, faisant valoir qu'il n'était pas tenu de notifier un projet de décision s'agissant du calcul du montant de l'indemnité journalière, qui relevait de la compétence de la caisse de compensation. Il concluait par conséquent au rejet du recours.

Dans ses déterminations du 15 octobre 2009, le conseil de l'assurée a maintenu que le salaire déterminant pour calculer les indemnités journalières de sa cliente était celui qu'elle réalisait auprès de la Banque Z._____.

E n d r o i t :

1. a) La recourante fait valoir que la procédure administrative a été violée. Elle soutient que la décision attaquée aurait soit dû faire l'objet d'une opposition, conformément à l'art. 52 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1), soit dû être précédée d'un projet de décision, en application de l'art. 57a

al. 1 LAI (loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité, RS 831.20).

b) Ce raisonnement est erroné. En effet, le Tribunal fédéral a jugé que la procédure d'opposition au sens de l'art. 52 LPGA avait été supprimée dans tous les domaines relevant de la compétence des offices AI ou des caisses de compensation selon la LAI, suite à l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2007, de l'art. 57a LAI (cf. ATF 134 V 97 ; TF 8C_693/2008 du 27 novembre 2008). Tel est précisément le cas en l'espèce, dès lors que le calcul des indemnités journalières, contesté par la recourante, relève de la compétence des caisses de compensation (cf. art. 60 al. 1 let. b LAI).

En outre, selon l'art. 73bis al. 1 RAI (règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité, RS 831.201), le préavis visé à l'art. 57a LAI ne porte que sur les questions qui relèvent des attributions des offices AI au sens de l'art. 57 al. 1 let. a à d LAI. La prise de décisions relatives aux prestations de l'AI, prévue à l'art. 57 al. 1 let. g LAI, n'est ainsi pas soumise à la procédure de préavis.

c) Demeure ouverte la question du droit d'être entendu. Consacré aux art. 29 al. 2 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101) et 42 LPGA, ce principe comprend notamment le droit de toute partie de prendre connaissance du dossier et de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision soit prise touchant sa situation juridique (ATF 136 I 265 consid. 3.2 ; ATF 135 II 286 consid. 5.1). Par exception au principe de la nature formelle du droit d'être entendu, une violation de ce dernier est considérée comme réparée lorsque la partie lésée jouit de la possibilité de s'exprimer librement devant une autorité de recours disposant du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure et pouvant ainsi contrôler librement l'état de fait et les considérations juridiques de la décision attaquée (ATF 133 I 201 consid. 2.2 ; ATF 129 I 129 consid. 2.2.3 ; TF 8C_104/2010 du 20 septembre 2010 consid. 3.2). La réparation de la violation du droit d'être entendu doit toutefois rester l'exception (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa ; TF 1C_104/2010 du 29 avril 2010 consid. 2.1) et n'est admissible que dans l'hypothèse

d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux de l'assuré (ATF 124 V 180 consid. 4b ; TF 1C_104/2010 du 29 avril 2010 consid. 2.1). Néanmoins, même en cas de violation grave du droit d'être entendu, un renvoi de la cause pour des motifs d'ordre formel à l'instance précédente peut être exclu, par économie de procédure, lorsque cela retarderait inutilement un jugement définitif sur le litige, ce qui n'est dans l'intérêt ni de l'intimé, ni de l'assuré dont le droit d'être entendu a été lésé (ATF 136 V 117 consid. 4.2.2.2 ; ATF 133 I 201 consid. 2.2).

En l'espèce, il appert que l'assurée a suffisamment eu la possibilité de s'exprimer dans la présente procédure, de sorte qu'un renvoi de la cause à l'autorité inférieure n'apparaît pas judicieuse au regard des intérêts des parties. Il convient donc de considérer l'éventuel vice de procédure comme étant réparé au sens de la jurisprudence précitée et d'entrer en matière sur le fond.

2. a) Le litige porte sur le revenu à prendre en considération pour la fixation des indemnités journalières dues à la recourante pour sa nouvelle réadaptation professionnelle.

De l'avis de la caisse de compensation, est déterminant le revenu réalisé par la recourante en sa qualité de naturopathe indépendante, dès lors que sa réadaptation a été achevée avec succès et qu'elle a travaillé dans cette activité durant six ans. La recourante soutient au contraire qu'il convient de se fonder sur le dernier salaire perçu en tant qu'employée de banque auprès de la Banque Z._____.

b) Selon l'art. 23 al. 1 LAI, l'indemnité journalière de base s'élève à 80% du revenu que l'assuré percevait pour la dernière activité lucrative exercée sans restriction due à des raisons de santé. L'art. 21 al. 3 RAI dispose que lorsque la dernière activité pleinement exercée par l'assuré remonte à plus de deux ans, il y a lieu de se fonder sur le revenu que l'assuré aurait tiré de la même activité, immédiatement avant la réadaptation, s'il n'était pas devenu invalide.

Le revenu de la dernière activité exercée en l'absence d'atteinte à la santé est le dernier que la personne assurée a perçu avant d'être atteinte dans sa santé physique, mentale ou psychique. Peu importe, à cet égard, si l'activité correspondait ou non aux capacités et à la formation de la personne assurée (CIJ 3009). Dans l'hypothèse où, à la suite de l'aggravation progressive de son état de santé, la personne assurée a été contrainte d'abandonner sa profession pour accepter un emploi moins bien rétribué, l'indemnité journalière est calculée selon le revenu acquis dans la profession apprise (CIJ 3010).

c) Aux termes de l'art. 8 al. 1 LAI, les assurés invalides ou menacés d'une invalidité ont droit à des mesures de réadaptation pour autant que ces mesures soient nécessaires et de nature à rétablir, maintenir ou améliorer leur capacité de gain ou leur capacité d'accomplir leurs travaux habituels (let. a) et que les conditions d'octroi des différentes mesures soient remplies (let. b). Le droit aux mesures de réadaptation n'est pas lié à l'exercice d'une activité lucrative préalable. Lors de la fixation de ces mesures, il est tenu compte de la durée probable de la vie professionnelle restante (al. 1bis). Selon l'al. 3, les mesures de réadaptation comprennent notamment les mesures d'ordre professionnel (orientation professionnelle, formation professionnelle initiale, reclassement, placement, aide en capital). Cette disposition est précisée par l'art. 6 RAI, qui définit la notion de reclassement et précise les frais pris en charge par l'assureur social.

L'assuré a droit au reclassement dans une nouvelle profession si son invalidité rend cette mesure nécessaire et si sa capacité de gain peut ainsi, selon toute vraisemblance, être maintenue ou améliorée (art. 17 LAI). Tel n'est en principe pas le cas si l'assuré ne subit pas, même en l'absence d'une telle mesure de reclassement, une diminution de sa capacité de gain de l'ordre de 20% au moins (ATF 130 V 488 consid. 4.2 ; ATF 124 V 108 consid. 2b). La perte de gain est calculée selon les mêmes principes que ceux appliqués lors de la détermination du degré d'invalidité dans le cas du droit à une rente (RCC 1984 p. 95 ; Pratique VSI 2000 p. 63). La rééducation dans la même profession est assimilée au

reclassement (art. 17 al. 2 LAI). Selon l'art. 16 LPGA, la réadaptation est prioritaire par rapport à l'octroi de la rente, laquelle est versée dans la mesure où la réadaptation a échoué (cf. ATF 126 V 241 consid. 5 ; ATF 108 V 210 consid. 1d). Les assurés ont droit aux mesures de réadaptation dès qu'elles sont indiquées en raison de leur âge et de leur état de santé (art. 10 al. 2 LAI ; cf. TAF C-6773/2008 du 2 septembre 2010 consid. 4.1 et les références citées).

d) Le reclassement se définit comme l'ensemble des mesures de réadaptation de nature professionnelle qui sont nécessaires et suffisantes pour procurer à l'assuré une possibilité de gain approximativement équivalente à celle que lui offrait son activité avant la survenance de l'invalidité. La notion d'« équivalence approximative » entre l'activité antérieure et l'activité envisagée ne se réfère pas en premier lieu au niveau de formation en tant que tel, mais aux perspectives de gain après la réadaptation (ATF 130 V 488 consid. 4.2 ; ATF 124 V 108 consid. 2a ; TF 9C_644/2008 du 12 décembre 2008 consid. 3). En règle générale, l'assuré n'a pas droit aux meilleures mesures possibles dans les circonstances de son cas, car la loi ne garantit la réadaptation que dans la mesure où elle est à la fois nécessaire et suffisante (ATF 130 V 163 consid. 4.3.3 ; ATF 124 V 108 consid. 2a, Pratique VSI 2000 p. 25 ; TF 9C_290/2008 du 27 janvier 2009 consid. 2.1). En particulier, il ne peut prétendre à une formation d'un niveau nettement supérieur à celui de son ancienne activité, sauf si la nature et la gravité de l'invalidité sont telles que seule une formation d'un niveau supérieur permet de mettre à profit d'une manière optimale la capacité de travail à un niveau professionnel plus élevé. Comme toute mesure de réadaptation, les mesures de reclassement doivent par ailleurs être adéquates et il doit exister une proportion raisonnable entre les frais qu'elles entraînent, leur durée et le résultat que l'on peut en attendre (TF 9C_644/2008 du 12 décembre 2008 consid. 3 et les références citées). Un reclassement n'est pas nécessaire par l'invalidité notamment lorsque l'assuré est suffisamment réadapté et qu'il est possible qu'il prenne un emploi correspondant à ses aptitudes, sans formation supplémentaire (TAF C-6773/2008 du 2 septembre 2010 consid. 4.2 et les références citées).

Un assuré est considéré comme étant suffisamment réadapté si, après exécution d'un reclassement, le gain qu'il peut obtenir équivaut au revenu qu'il percevait avant la survenance de l'invalidité (Pratique VSI 2000 p. 29).

e) En l'occurrence, l'OAI s'est fourvoyé en partant du principe que la recourante pourrait réaliser un revenu mensuel de l'ordre de 5'000 à 6'000 fr. en tant que naturopathe après sa réadaptation, même après plusieurs années de pratique. En effet, l'instruction effectuée au terme des mesures de reclassement a démontré que ce type d'activité ne pouvait vraisemblablement pas procurer un tel revenu. L'OAI n'en disconvient d'ailleurs pas puisqu'il a retenu, dans sa décision sur opposition de refus de rente du 10 novembre 2005, que le salaire raisonnablement exigible après quelques années de pratique s'élevait à 48'000 fr. et qu'il en découlait un degré d'invalidité de 34 pour-cent. Ce taux étant par ailleurs suffisamment élevé au regard de la jurisprudence pour ouvrir le droit à de nouvelles mesures de reclassement (cf. supra, consid. 2c), la réadaptation professionnelle ne saurait être considérée comme réussie.

En outre, dès lors qu'un calcul du degré d'invalidité a été effectué, il suppose un revenu d'invalidé qui est, en l'espèce, celui réalisé en tant que naturopathe, soit celui qui a servi de base à l'indemnité journalière. Or, l'art. 23 al. 1 LAI prévoit la prise en compte du revenu perçu pour la dernière activité lucrative exercée sans restriction due à des raisons de santé. Est donc déterminante en l'occurrence l'activité exercée auprès de la Banque Z._____, soit le dernier revenu de valide. Il est en effet incohérent de calculer un taux d'invalidité en considérant que le revenu d'invalidé qui a servi à ce calcul devienne, pour les besoins du calcul des indemnités journalières, le revenu de valide.

3. Au vu de ce qui précède, le recours, bien fondé, doit être admis et le dossier de la cause renvoyé à l'OAI afin qu'il procède au calcul des indemnités journalières sur la base du revenu réalisé par la recourante en tant qu'employée à la Banque Z._____.

La recourante, qui obtient gain de cause avec le concours d'un mandataire autorisé, a droit à des dépens, dont le montant doit être déterminé, sans égard à la valeur litigieuse, d'après l'importance et la complexité du litige (art. 61 let. g LPGA et 55 al. 1 LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]). En l'espèce, il convient d'arrêter le montant des dépens à 2'500 fr. et de les mettre à la charge de l'OAI, qui succombe (art. 55 al. 2 LPA-VD).

Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires in casu (art. 52 LPA-VD).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I. Le recours déposé le 16 février 2009 par X. _____ est admis.
- II. La décision rendue le 11 février 2009 par l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud est annulée, le dossier étant renvoyé à l'office pour un nouveau calcul des indemnités journalières dues à la recourante dans le sens des considérants.
- III. L'intimé doit verser à la recourante la somme de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens.
- IV. Le présent arrêt est rendu sans frais.

La présidente :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Jean-Marie Agier, avocat (pour X. _____),
- Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud,
- Office fédéral des assurances sociales,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :