

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 28 février 2011

Présidence de Mme DI FERRO DEMIERRE, juge unique
Greffier : M. Simon

Cause pendante entre :

Z._____, à Lausanne, recourant,

et

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

Art. 22 al. 1 et art. 23 al. 1 LAI

E n f a i t :

A. Z._____ (ci-après: l'assuré), né en 1976, ferblantier de formation, a notamment travaillé en 2002 pour le compte de l'agence de placement R._____ SA. Le 21 juin 2004, il a déposé auprès de l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après: l'OAI) une demande de prestations tendant à l'octroi de mesures médicales de réadaptation spéciales et d'une rente, se prévalant de troubles oculaires.

Dans un extrait du compte individuel de l'assuré, la caisse cantonale vaudoise de compensation a indiqué pour 2002 un revenu de 4'685 fr. auprès de R._____ SA de août à novembre 2002, de 3'024 fr. de janvier à mars 2002 auprès de L._____ SA et de 2'076 fr. de mars à avril 2002 en tant qu'allocation pour perte de gain. De janvier 2003 à décembre 2007, il est mentionné que l'assuré est une personne sans activité lucrative.

Dans un questionnaire pour l'employeur rempli le 28 juin 2004, l'agence de placement R._____ SA a relevé que l'assuré avait travaillé du 29 juillet 2002 au 18 octobre 2002, date à laquelle il aurait dû reprendre une mission et ne s'est pas présenté. R._____ SA a indiqué que l'assuré avait réalisé un salaire de 4'240 fr. 15, en 2002.

Dans un rapport initial du 6 octobre 2005, se référant à des documents médicaux, l'OAI a notamment retenu que l'assuré présentait une incapacité de travail entière du 23 mars 2004 au 3 mars 2005.

Le 4 août 2008, à la demande de l'agence communale d'assurances sociales de la ville de Lausanne, R._____ SA a indiqué que l'assuré avait été engagé dans cette agence du 29 juillet au 11 octobre 2002.

Par communication du 11 juillet 2008, l'OAI a informé l'assuré qu'il allait prendre en charge les frais d'orientation professionnelle

résultant d'un stage de trois mois auprès de l'ORIPH de Morges (actuellement: ORIF). Ce stage, de réadaptation, a été effectué à partir du 2 mars 2009. Il était précisé dans cette communication que l'assuré recevrait une décision séparée pour les indemnités journalières.

Le 11 juillet 2008, l'OAI a demandé à la caisse cantonale AVS, agence de Lausanne (ci-après: la caisse), de calculer l'indemnité journalière en faveur de l'assuré et d'adresser une décision à ce dernier, avec copie à l'OAI, sur la base d'une incapacité de travail d'au moins 50% depuis le 23 mars 2004.

Par décision du 17 avril 2009, l'OAI a refusé à l'assuré le droit aux indemnités journalières durant son stage. Il a relevé que le montant d'une indemnité journalière se calcule sur la base du revenu de l'activité exercée en l'absence d'atteinte à la santé et que, l'assuré présentant une incapacité de travail depuis le 23 mars 2004 et n'ayant exercé aucune activité lucrative en 2003 et 2004 - raison pour laquelle il était affilié comme personne sans activité lucrative depuis 2003 -, son revenu déterminant pour le calcul des indemnités était nul.

B. Par acte du 18 mai 2009, Z._____ fait recours contre cette décision au Tribunal cantonal et demande le droit d'obtenir l'indemnité journalière. Il se prévaut de ses problèmes de santé et allègue avoir en 2002 effectué un cours à l'armée du 27 mars au 19 avril et travaillé pour diverses missions temporaires en tant que ferblantier, principalement pour l'agence R._____ SA. Il se prévaut de l'application du droit au moment des faits, la loi révisée au 1^{er} janvier 2008 ne lui étant donc pas applicable s'agissant des indemnités journalières auxquelles il a droit en raison du stage.

Le 13 août 2009, la caisse propose le rejet du recours et la confirmation de la décision attaquée. Elle fait valoir que l'assuré a fixé l'ouverture du droit dès le début de la mesure de réadaptation, qui a débuté le 2 mars 2009, de sorte que le droit aux indemnités journalières doit être déterminé selon le droit valable en 2009, la date de la

survenance de l'incapacité de travail n'étant pas déterminante, pas plus que les anciennes règles ou les dispositions transitoires. Cette autorité ajoute que le refus d'octroi des indemnités se justifie dès lors que l'assuré n'exerçait pas d'activité lucrative au moment de la survenance de l'incapacité de travail.

Dans sa réponse du 18 août 2009 au sujet du recours formé par l'assuré, l'OAI déclare se rallier à la position de la caisse.

C. Dans sa réplique du 6 octobre 2009, le recourant précise ses conclusions, tendant à l'octroi d'une indemnisation durant les jours où il a été en incapacité de travail à 100%, à partir du 23 mars 2004, ainsi qu'à l'octroi d'indemnités journalières dès le 2 mars 2009, date de sa reconversion professionnelle à l'ORIF de Morges, sur la base du montant de son dernier salaire. Depuis le 17 août 2009, il allègue avoir commencé, dans le cadre d'une reconversion professionnelle, une formation de dessinateur constructeur industriel à l'ORIF afin d'obtenir un nouveau CFC et fait valoir que trois de ses collègues bénéficient d'indemnités journalières, ce qui est constitutif d'une injustice. Se prévalant en outre de sa motivation au travail, il demande le paiement des indemnités journalières, afin de pouvoir effectuer sa formation en étant rémunéré et de pouvoir vivre correctement.

Le 23 octobre 2009, la caisse expose que la situation de l'assuré ne lui permet pas de bénéficier d'indemnités journalières, en application des nouvelles dispositions légales qui ne lui sont pas favorables. En l'absence de fait nouveau pouvant être pris en considération, elle confirme la teneur de son précédent courrier.

Dans sa duplique du 30 octobre 2009, l'OAI déclare se rallier à la position de la caisse.

E n d r o i t :

1. a) En vertu de l'art. 1 al. 1 LAI (loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité, RS 831.20), les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-invalidité (art. 1a à 26bis et 28 à 70 LAI), à moins que cette loi ne déroge expressément à la LPGA. Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision attaquée (art. 60 al. 1 LPGA) et répondant en outre aux conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

b) La LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36) est applicable dans le cas présent, qui concerne un recours contre une décision en matière d'assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal est compétente pour statuer (art. 93 let. a LPA-VD). La présente cause relève de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD), vu la valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr. s'agissant du montant des indemnités journalières réclamées.

2. a) Selon un principe général, le droit matériel applicable est déterminé par les règles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1.2; 127 V 466 consid. 1; TF 9C_255/2010 du 21 janvier 2011 consid. 3.2; TF 9C_381/2010 du 20 décembre 2010 consid. 2).

Selon l'art. 22 al. 1 LAI (dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008, suite à la 5^{ème} révision de l'AI, RO 2007 5129), l'assuré a droit à une indemnité journalière pendant l'exécution des mesures de réadaptation prévues à l'art. 8 al. 3, si ces mesures l'empêchent d'exercer une activité lucrative durant trois jours consécutifs au moins, ou s'il présente, dans son activité habituelle, une incapacité de travail (art. 6 LPGA) de 50% au moins.

Selon l'art. 23 al. 1 LAI (dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008, suite à la 5^{ème} révision de l'AI, RO 2007 5129), l'indemnité 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; toutefois, elle s'élève à 80% au plus du montant maximum de l'indemnité journalière fixée à l'art. 24 al. 1.

Les dispositions transitoires de la modification de la LAI du 6 octobre 2006 (5^{ème} révision de l'AI) prévoient une garantie des droits acquis s'agissant des indemnités journalières versées pour des mesures de réadaptation en cours. Les indemnités journalières versées selon l'ancien droit pour des mesures de réadaptation accordées selon l'ancien droit continueront d'être versées jusqu'à l'achèvement de ces mesures. Si d'autres mesures de réadaptation sont accordées immédiatement après l'achèvement des mesures de réadaptation accordées selon l'ancien droit, les indemnités journalières versées selon l'ancien droit continueront d'être versées jusqu'à l'achèvement de ces mesures supplémentaires.

b) L'art. 20sexies RAI (règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité, RS 831.201, dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008) prévoit que sont considérés comme exerçant une activité lucrative les assurés qui exerçaient une activité lucrative immédiatement avant la survenance de l'incapacité de travail (art. 6 LPGA); ou qui (al. 1 let. a) peuvent rendre vraisemblable que, après la survenance de l'incapacité de travail, ils auraient entamé une activité lucrative d'une assez longue durée (al. 1 let. b). Sont assimilés aux assurés exerçant une activité lucrative les assurés au chômage qui ont droit à une prestation de l'assurance chômage ou avaient droit à une telle prestation au moins jusqu'à la survenance de l'incapacité de travail (al. 2 let. a) et les assurés qui, après avoir cessé leur activité lucrative suite à une maladie ou à un accident, sont au bénéfice d'un revenu de substitution sous forme d'indemnités journalières (al. 2 let. b).

c) L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a établi le 15 mai 2009 le bulletin à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'exécution des PC No. 246, concernant le droit à l'indemnité journalière AI et la délimitation entre personne exerçant une activité

lucrative et personne n'exerçant pas d'activité lucrative. Il en ressort ce qui suit:

1. La 5^{ème} révision de l'AI a notamment pour objectif, sous l'angle des indemnités journalières, de corriger les incitations négatives, entraînant dans son sillage l'abolition du minimum garanti. Le droit aux indemnités journalières ne doit plus être octroyé qu'aux personnes qui ont exercé une activité lucrative avant leur incapacité de travail. Ce faisant, l'indemnité journalière doit se borner à compenser la perte effective de revenu entraînée par l'exécution des mesures de réadaptation (cf. également message 5^{ème} révision AI, FF 2005 p. 4292). Autrement dit, les personnes sans activité lucrative n'ont plus droit aux indemnités journalières de l'AI. Toutefois, dans la mesure où elles font ménage commun avec des enfants ou des membres de leur famille et sont confrontées à des frais supplémentaires engendrés par l'exécution des mesures de réadaptation, elles peuvent prétendre à une allocation pour frais de garde et d'assistance (art. 11a LAI).

2. C'est à l'art. 20sexies que l'on procède, s'agissant de l'indemnité journalière de l'AI, à une délimitation entre les personnes exerçant une activité lucrative d'une part, les personnes n'exerçant pas d'activité lucrative d'autre part. Tant l'alinéa 1 que l'alinéa 2 de l'art. 20sexies font référence au moment de la survenance de l'incapacité de travail. La question du statut inhérent à l'exercice d'une activité lucrative s'apprécie dès lors au moment de l'incapacité de travail, et non au moment du droit à l'indemnité journalière. L'incapacité de travail est définie à l'art. 6 LPGA, et doit être clairement différenciée de l'incapacité de gain (art. 7 LPGA). Le moment de l'incapacité de travail selon l'art. 20sexies RAI obéit à l'art. 28 al. 1 let. b LAI, et coïncide avec le début du délai d'attente d'une année ouvrant droit à la rente (VSI 2003 p. 292 consid. 3a/bb avec références). A cet égard, c'est l'office AI qui est compétent pour dire si, s'agissant du droit à l'indemnité journalière, une personne doit être considérée comme exerçant une activité lucrative.

3. Selon l'art. 20sexies al. 1 let. a et b RAI, sont considérés comme exerçant une activité lucrative les assurés qui soit exerçaient une activité lucrative immédiatement avant la survenance de l'incapacité de travail, soit peuvent rendre vraisemblable que, après la survenance de l'incapacité de travail, ils auraient entamé une activité lucrative d'une assez longue durée. Avec le recul, il appert qu'en pratique, l'art. 20sexies al. 1 let. b RAI, a été interprété de manière trop extensive dans la pratique. S'agissant de la délimitation entre personne exerçant une activité lucrative ou n'exerçant pas une telle activité, une simple déclaration d'intention de l'assuré ne saurait suffire pour admettre son statut de personne exerçant une activité lucrative. En effet, cela reviendrait à devoir fonder le calcul de l'indemnité journalière sur un revenu hypothétique. Il importe bien davantage - sous l'angle de la question de savoir si, sans atteinte à la santé, un assuré aurait repris une activité lucrative - de se référer au principe général du droit des assurances sociales de la vraisemblance prépondérante. La preuve de la vraisemblance au sens de l'art. 20sexies al. 1 let. b RAI, est dès lors réputée avoir été apportée si au regard du dossier, l'administration aboutit à la certitude que sans atteinte à la santé, l'assuré aurait selon toute vraisemblance repris l'activité lucrative indiquée selon le critère de l'expérience générale de la vie. Pour l'appréciation ainsi requise, les circonstances concrètes du cas d'espèce - tant sur un plan personnel, familial, social que professionnel - jouent un rôle essentiel.

4. Sont exclues du cercle des bénéficiaires d'indemnités journalières les personnes qui, au moment de l'incapacité de travail, ne peuvent attester de manière crédible qu'elles auraient exercé une activité lucrative salariée ou indépendante. La question du statut inhérent à l'exercice d'une activité lucrative doit par conséquent être examinée au moment de l'incapacité de travail, et non seulement au moment du droit à l'indemnité journalière. Ce serait aller trop loin et qui plus est, ne serait guère compatible avec le correctif voulu par le législateur dans le système des indemnités journalières, que d'avoir des assurés qui acquièrent le statut de personne exerçant une activité lucrative alors qu'elles étaient considérées comme personnes n'exerçant pas d'activité lucrative au sens

de la LAVS déjà avant l'incapacité de travail et que plusieurs années se sont écoulées entre le moment de l'incapacité de travail et les mesures de réadaptation.

3. a) Dans le cas présent, est litigieux le versement par l'OAI d'indemnités journalières en faveur du recourant pour la période durant laquelle ce dernier a effectué son stage de réadaptation professionnelle auprès de l'ORIPH. L'ouverture du droit correspond au début de ce stage, soit le 2 mars 2009. Le droit aux indemnités journalières est donc déterminé par le droit valable en 2009, soit notamment compte tenu de la 5^{ème} révision de la LAI (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008), la date de survenance de l'incapacité de travail (fixée au 23 mars 2004) n'étant pas déterminante. L'application des dispositions transitoires de la 5^{ème} révision de la LAI ne se justifie pas non plus, l'assuré n'ayant pas de droit existant à des indemnités journalières antérieurement au 1^{er} janvier 2008.

On ajoutera que le principe de la *lex mitior*, soit l'application du droit le plus favorable au prévenu en cas de modification du droit entre les faits et le jugement pénal, n'est en principe pas applicable en droit des assurances sociales (TFA U 437/05 du 27 mars 2006 consid. 4.3.5 et les références citées; TFA H 114/01 du 23 janvier 2002 consid. 5; voir aussi TF 9C_80/2010 du 6 octobre 2010 consid. 5), de sorte qu'il n'y a pas de raisons de ne pas appliquer à l'égard du recourant les dispositions applicables dès le 1^{er} janvier 2008 s'agissant de son droit aux indemnités journalières litigieuses, même si elles ne lui sont pas favorables.

b) Il ressort des renseignements économiques figurant au dossier que l'assuré n'a travaillé qu'en 2002 pour l'agence de placement R._____ SA (extrait du compte individuel de l'assuré auprès de la caisse cantonale vaudoise de compensation, questionnaire pour l'employeur, indications de R._____ SA du 4 août 2008). Ledit extrait de compte indique en outre que l'assuré a été une personne sans activité lucrative de janvier 2003 à décembre 2007, ce que rien au dossier, pas même les allégations de l'assuré dans son recours puis dans sa réplique, ne permet de contredire. Ainsi, le recourant n'exerçait pas d'activité lucrative au

moment de la survenance de son incapacité de travail (art. 23 al. 1 LAI), soit le 23 mars 2004, de sorte qu'il n'a pas droit à des indemnités journalières pour le stage qu'il a débuté le 2 mars 2009.

Les arguments du recourant ne lui sont d'aucun secours et ne permettent pas de modifier l'issue de ce qui précède. En effet, l'importance de ses problèmes de santé n'est pas déterminante, pas plus que sa motivation – certes louable – à trouver du travail. Peu importe au demeurant que des collègues du recourant, comme ce dernier le prétend, bénéficient d'indemnités journalières, la situation de ces personnes n'étant pas en soi comparable à celle de l'assuré au point d'exiger un traitement similaire. Seul compte, pour le droit aux indemnités journalières litigieuses en faveur du recourant, le fait de savoir quel était son revenu au moment de la survenance de son incapacité de travail.

c) Pour le surplus, la décision attaquée rendue par l'OAI ne porte que sur le droit à des indemnités journalières en raison du stage de l'assuré. En ce sens, la conclusion du recourant tendant à l'octroi d'une indemnisation durant les jours où il a été en incapacité de travail à 100%, à partir du 23 mars 2004, ne peut être examinée dans le présent litige, car elle sort de l'objet du litige défini par la décision litigieuse (ATF 125 V 413; TF 9C_255/2009 du 28 mai 2009 consid. 1).

Il s'ensuit que le recours doit être rejeté, ce qui conduit à la confirmation de la décision attaquée.

4. En dérogation à l'art. 61 let. a LPA-VD, la procédure de recours en matière de contestations portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'AI devant le tribunal cantonal des assurances est soumise à des frais de justice (art. 69 al. 1bis LAI). En l'espèce, les frais de justice doivent être arrêtés à 200 fr. et mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 49 al. 1 LPA-VD).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, le recourant n'obtenant pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA; art. 55 al. 1 LPA-VD).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision rendue le 17 avril 2009 par l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud est confirmée.
- III.** Un émolument de justice de 200 fr. (deux cents francs) est mis à la charge du recourant Z._____.
- IV.** Il n'est pas alloué de dépens.

La juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- Z._____
- 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).

Le greffier :