

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 4 mars 2014

Présidence de M. MERZ
Juges : Mme Rossier et Petremand, assesseurs
Greffière : Mme Pellaton

Cause pendante entre :

C. _____, à Morges, recourant, représenté par Me Claudio Venturelli,
avocat à Lausanne,

et

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

**Art. 53 al. 3, 55 LPGA ; art. 58 al. 3 PA ; art. 22-24 LAI ; art. 21-
21ter RAI ; art. 5 al. 2 LAVS**

E n f a i t :

A. C. _____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1953, de nationalité suisse, au bénéfice d'une formation d'ingénieur-agronome, a déposé en juin 2011 une demande de prestations de l'assurance-invalidité (ci-après : AI) en faisant valoir diverses atteintes à la santé. Par communication du 1^{er} juin 2012, l'Office de l'assurance-invalidité pour le canton de Vaud (ci-après : l'OAI ou l'intimé) lui a octroyé, en tant que mesures professionnelles, un reclassement professionnel selon l'art. 17 LAI. Ainsi, l'OAI a déclaré prendre en charge les coûts de reclassement professionnel auprès de B. _____ avec un taux de présence de 100 % du 15 mai 2012 au 30 septembre 2012. Il a annoncé à l'assuré qu'il toucherait pendant la durée de la mesure des indemnités journalières. A ce sujet, il recevrait une décision séparée.

Par décision non datée, rendue au nom de l'OAI, une indemnité journalière d'un montant de 171 fr. 20 par jour a été octroyée à l'assuré en tant qu'indemnité de base pour la période du 15 mai 2012 au 30 septembre 2012. Il y est retenu un revenu annuel déterminant de 77'890 fr., respectivement un revenu journalier moyen de 214 francs.

B. Par acte du 4 août 2012, l'assuré a formé personnellement une « opposition » auprès de la Cour de assurances sociales du Tribunal cantonal contre cette décision qui lui aurait été notifiée par lettre du 30 juillet 2012. Il a fait valoir que les montants calculés ne répondaient pas à ce qui lui avait été indiqué. Il a demandé au tribunal un délai supplémentaire pour compléter son recours.

Dans un courrier du 12 octobre 2012, l'agence d'assurances sociales (ci-après : l'agence), qui avait procédé au calcul du montant de l'indemnité journalière pour l'OAI, a expliqué au nouveau mandataire de l'assuré sur quels chiffres, respectivement quelle période de revenu, elle s'était basée pour son calcul.

C. Par une nouvelle communication du 15 octobre 2012, l'OAI s'est adressé à l'assuré au sujet d'une indemnité journalière « durant le délai d'attente » selon l'art. 18 RAI. Il lui a expliqué que le reclassement auprès de B._____ s'était terminé le 30 septembre 2012. Jusqu'à la mise sur pied de son prochain reclassement, l'assuré avait droit à une indemnité journalière durant le délai d'attente, soit dès le 1^{er} octobre 2012. Pour le montant de cette indemnité, l'OAI a à nouveau renvoyé à une décision séparée de la caisse de compensation compétente.

Ladite décision d'indemnité journalière a été rendue au nom de l'OAI le 22 octobre 2012, fixant à nouveau l'indemnité de base à 171 fr. 20, tout en retenant un revenu annuel déterminant de 77'890 francs.

D. Le complément au recours annoncé par l'assuré a été adressé au Tribunal, par son mandataire, dans le délai imparti, en date du 9 novembre 2012. Ce dernier a précisé que ce complément valait également recours contre la décision du 22 octobre 2012. Il conclut à la réforme des décisions querellées en ce sens que le revenu annuel déterminant soit arrêté à 136'266 francs.

E. L'OAI a répondu, après prolongation de délai, par acte du 24 janvier 2013 en renvoyant aux déterminations du 18 janvier 2013 de l'agence. Par ailleurs, il a indiqué avoir rendu conformément à l'art. 53 al. 3 LPGA, en date du 7 janvier 2013, une nouvelle décision d'indemnité journalière, adressée au mandataire du recourant, par laquelle il donnait partiellement droit aux prétentions du recourant. Selon son dispositif, cette décision « annule et remplace les décisions du mois de juin 2012 et du 22 octobre 2012 ». Il y est retenu un revenu annuel déterminant de 91'319 fr. et donc un revenu journalier moyen de 251 fr. et une indemnité journalière de 200.80 francs. Cette décision contient une indication des voies de droit (recours auprès de la Cour de céans). En définitive, la partie intimée préavise pour l'admission partielle du recours, la confirmation de la décision litispendante du 7 janvier 2013 et le rejet des autres prétentions de l'assuré.

Invité à se prononcer sur la réponse de l'OAI, le mandataire du recourant, après plusieurs prolongations de délai, a formulé une réplique en date du 22 avril 2013 et présenté de nouvelles pièces. Il confirme les conclusions prises dans son recours du 9 novembre 2012.

Par duplique du 11 juin 2013, l'OAI a renvoyé aux déterminations de l'agence du 30 mai 2013, jointes à son envoi, auxquelles il se rallie intégralement.

Par mémoire du 9 septembre 2013, l'assuré a déposé des remarques et documents supplémentaires ; il a confirmé ses conclusions initiales.

Par acte du 21 octobre 2013, l'OAI s'est prononcé sur le mémoire du 9 septembre 2013, en se ralliant aux déterminations de l'agence du 9 octobre 2013 qu'il a jointes à son acte. Il a ainsi maintenu les conclusions selon sa réponse du 24 janvier 2013.

Par mémoire du 25 novembre 2013, le recourant a déclaré n'avoir pas d'autres déterminations à déposer et qu'il maintenait ses conclusions.

Dans la mesure utile, les arguments des parties seront repris par la suite.

E n d r o i t :

1. a) Selon l'art. 69 al. 1 let. a LAI (loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité, RS 831.20), les décisions des offices AI peuvent directement faire l'objet d'un recours devant le tribunal des assurances du domicile de l'office concerné. La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois est ainsi compétente pour statuer sur un recours contre une décision de l'Office AI du canton de Vaud (cf. art. 57 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales,

RS 830.1], 83b LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01], 93 LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]).

Même si le recourant a déclaré dans son acte du 4 août 2012 vouloir déposer une « opposition », son acte doit être reçu en tant que recours qui est le moyen de droit idoine contre les décisions de l'OAI. La mauvaise désignation du moyen de droit ne le rend pas irrecevable.

La motivation de l'acte du 4 août 2012 est certes très succincte (sur l'exigence de motivation d'un recours cf. art. 61 let. b LPGA). Cependant, la décision attaquée ne contenait pas de motivation sur la fixation des chiffres qui y sont retenus. Cette motivation n'a été livrée par la partie intimée qu'avec son courrier du 12 octobre 2012. Le recourant a complété sa motivation en fonction, par acte du 9 novembre 2012.

b) La date exacte de la notification de la première décision non datée de l'OAI concernant le montant de l'indemnité journalière n'est pas connue. Même si l'allégation, non prouvée, de l'administration était admise, selon laquelle la décision aurait déjà été notifiée fin juin ou début juillet 2012 (cf. déterminations de l'agence du 18 janvier 2013), le dépôt du recours par acte du 4 août 2012 respecterait le délai de recours de 30 jours, vu les fêtes du 15 juillet au 15 août (cf. art. 60 et 38 al. 4 let. b LPGA).

c) L'assuré pouvait également déposer un recours contre la deuxième décision de l'OAI du 22 octobre 2012, ce que l'intimé a admis ; il a également respecté le délai de recours à ce sujet.

Les deux recours, qui concernent exactement les mêmes questions de droit et les mêmes parties et ne se distinguent que par la période concernée (avant, respectivement dès le 1^{er} octobre 2012), sont joints et sont ainsi traités conjointement.

d) La partie intimée a rendu en date du 7 janvier 2013, suite au recours et avant de déposer sa propre réponse, une nouvelle décision. Selon cette décision, elle fait partiellement droit aux conclusions du recourant.

Selon l'art. 53 al. 3 LPGA, un assureur peut reconsidérer une décision contre laquelle un recours a été formé, jusqu'à l'envoi de son préavis à l'autorité de recours (en l'espèce, décision litispendante du 7 janvier 2013). Dans cette mesure, les procédures contre les deux premières décisions seraient devenues sans objet, si les autorités avaient entièrement donné raison au recourant dans leur nouvelle décision (Ueli KIESER, ATSG – Kommentar, 2^e éd, Zurich 2009, n° 87 ad art. 61 LPGA et n° 47 ad art. 53 LPGA ; Andrea PFLEIDERER, in : Waldmann/Weissenberger, VwVG, Zurich 2009, n° 48 ad art. 58 PA). Ce n'est cependant pas le cas en l'espèce.

Dès lors, le Tribunal doit continuer à procéder conformément à ce que prévoit l'art. 58 al. 3 PA (loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021), applicable par renvoi de l'art. 55 LPGA, dans la mesure où le recourant n'a par la suite pas déclaré qu'il se contentait du résultat de la décision litispendante. Ainsi, le litige subsiste, la nouvelle décision ne réglant pas toutes les questions à la satisfaction du recourant ; le tribunal saisi doit donc entrer en matière sur le recours dans la mesure où le recourant n'a pas obtenu satisfaction, sans que ce dernier doive attaquer le nouvel acte administratif (cf. aussi arrêt de la Cour de céans ACH 20/12 du 21 mai 2012 consid. 2). Si le tribunal compte rendre une décision moins favorable au recourant (*reformatio in peius*) que celle rendue litispendante, il doit en aviser ce dernier préalablement pour lui donner la possibilité de retirer son recours (cf. TFA du 5 décembre 1991 consid. 5a in : RCC 1992 p. 122 [ZAK 1992 p. 117] ; ATF 113 V 237 consid. 1a ; 107 V 250 consid. 3 ; PFLEIDERER, *op. cit.*, n° 52 à 54 ad art. 58 PA). Par ailleurs, si la décision litispendante de l'administration comporte elle-même une *reformatio in peius* – ce qui n'est pas le cas en l'espèce –, il ne peut être accordé à cette décision qu'une valeur de proposition faite au

tribunal de rendre un jugement moins favorable au recourant (cf. TFA du 9 mai 1994 consid. 4a in : Pratique VSI 1994 p. 280 et les références).

e) Il n'est pas connu jusqu'à quelle date le recourant a touché ou touchera une indemnité journalière sur la base de la communication du 15 octobre 2012. Dès lors, il ne peut être exclu que la valeur litigieuse dépasse le montant de 30'000 fr., raison pour laquelle le Tribunal statue dans la composition de trois juges (art. 94 al. 1 et 4 LPA-VD).

2. Le litige porte sur la fixation du montant de l'indemnité journalière, respectivement du revenu annuel et ainsi du revenu journalier moyen selon lesquels l'indemnité est déterminée (cf. les dispositions citées ci-après au consid. 2.2).

a) Aux termes de l'art. 22 LAI, l'assuré a droit à une indemnité journalière pendant l'exécution des mesures de réadaptation prévues à l'art. 8 al. 3 LAI, 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 (al. 1). L'indemnité journalière se compose de l'indemnité de base, à laquelle tous les assurés ont droit, et d'une prestation pour enfant (al. 2).

L'assuré qui présente une incapacité de travail de 50 % au moins et qui doit attendre le début d'une formation professionnelle initiale ou d'un reclassement professionnel a droit, durant le délai d'attente, à une indemnité journalière (art. 18 al. 1 RAI [règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité, RS 831.201], se basant sur la délégation selon l'art. 22 al. 6 LAI).

b) En vertu de l'art. 23 al. 1 LAI, 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 LAI. Selon cette dernière disposition, le montant maximum

de l'indemnité journalière est égal au montant maximum du gain assuré journalier fixé dans la LAA (loi du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents, RS 832.0). L'indemnité journalière est réduite lorsqu'elle dépasse le revenu déterminant, allocation pour enfant et allocation de formation légales comprises (art. 24 al. 2 LAI). Si l'assuré avait droit jusqu'à sa réadaptation à une indemnité journalière en vertu de la LAA, l'indemnité journalière y est au moins égale (art. 24 al. 4 LAI).

Selon l'art. 23 al. 3 LAI, le calcul du revenu de l'activité lucrative au sens de l'art. 23 al. 1 LAI se fonde sur le revenu moyen sur lequel les cotisations prévues par la LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10) sont prélevées (revenu déterminant).

Les art. 21 ss RAI se prononcent sur les bases de calcul. Selon l'art. 21 al. 2 et 3 RAI (l'alinéa 1 a été abrogé au 1^{er} janvier 2008), lors de l'établissement du revenu déterminant au sens de l'art. 23 al. 3 LAI, ne sont pas pris en compte les jours durant lesquels l'assuré n'a pu obtenir aucun revenu d'une activité lucrative ou seulement un revenu diminué en raison d'une maladie, d'un accident, d'une période de chômage, d'une période de service au sens de l'art. 1 LAPG, de maternité ou d'autres motifs n'impliquant pas une faute de sa part (al. 2). Lorsque la dernière activité lucrative exercée par l'assuré sans restriction due à des raisons de sa santé 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 (al. 3, dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012, RO 2011 5679).

L'art. 21bis RAI, intitulé « Assurés ayant un revenu régulier », retient que les personnes qui ont un rapport de travail stable et dont le revenu n'est pas soumis à de fortes fluctuations sont considérées comme assurés ayant un revenu régulier, même si elles ont interrompu leur activité en raison d'une maladie, d'un accident, d'une période de chômage ou de service ou pour tout autre motif qui n'implique pas une faute de leur part (al. 1). Un rapport de travail est réputé stable lorsqu'il a été conclu

pour une durée indéterminée ou pour une année au moins (al. 2). Le revenu déterminant est converti en revenu journalier (al. 3 première phrase ; la phrase suivante se prononce sur la manière de calculer le revenu journalier). Les éléments de salaires versés régulièrement une fois par année ou à des intervalles de plusieurs mois, tels que les provisions et les gratifications, sont ajoutés au revenu déterminé selon l'al. 3 (al. 4).

Si un assuré peut démontrer que, sans la survenance de l'invalidité, il aurait entrepris durant la période de réadaptation une autre activité lucrative que celle exercée en dernier lieu sans restriction due à des raisons de santé, l'indemnité journalière est calculée d'après le revenu qu'il aurait pu obtenir avec cette nouvelle activité (art. 21bis al. 5 RAI dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012, RO 2011 5679).

L'art. 21ter RAI, intitulé « Assurés ayant un revenu irrégulier », prévoit que si l'assuré n'a pas de revenu régulier au sens de l'art. 21bis RAI, le revenu déterminant est établi d'après le gain obtenu durant les trois derniers mois sans interruption pour raison de santé et converti en revenu journalier (al. 1). S'il n'est pas possible de déterminer un revenu de cette manière, on tiendra compte du revenu obtenu sur une plus longue durée, mais pas supérieure à douze mois (al. 2) (cf. aussi les ch. 3033 ss de la Circulaire de l'Office fédéral des assurances sociales concernant les indemnités journalières de l'assurance invalidité [CIJ], valable à partir du 1^{er} janvier 2012, auxquels se réfère l'assuré).

Les art. 21quater et 21quinquies RAI se rapportent aux assurés exerçant, uniquement ou de manière complémentaire, une activité indépendante.

Selon l'art. 21sexies RAI, un examen a lieu, durant la réadaptation, d'office tous les deux ans pour établir si le revenu déterminant pour le calcul de l'indemnité journalière s'est modifié.

3. a) En l'espèce, les décisions attaquées de juin/juillet 2012 et du 22 octobre 2012 n'indiquent pas comment a été établi le revenu annuel

déterminant, respectivement l'indemnité journalière. Des explications ressortent du courrier de l'agence à l'intention du recourant du 12 octobre 2012 et de ses déterminations du 18 janvier 2013.

Selon ceux-ci, le recourant est considéré comme étant en incapacité de travail à au moins 50 % à partir de septembre 2010. Le calcul de l'indemnité journalière devait donc être basé sur le revenu réalisé par le recourant immédiatement avant cette date et avant la période d'indemnisation par l'assurance-chômage. En l'occurrence, le recourant exerçait alors une activité salariée pour le compte d'un employeur étranger, la N._____, non assujettie à l'AVS. Ce statut particulier, défini dans le cadre de l'art. 6 LAVS, obligeait le recourant à payer personnellement ses cotisations à la Caisse AVS. Le recourant avait donc été affilié personnellement en qualité de salarié d'une maison étrangère auprès de la Caisse AVS pendant la période du 1^{er} juin 2009 au 31 mai 2010 ; dès le 1^{er} juin 2010 le recourant avait bénéficié des prestations de l'assurance-chômage.

L'agence s'est alors initialement basée sur la moyenne des revenus soumis à cotisations AVS/AI/APG et réalisés par le recourant pendant les cinq mois de janvier à mai 2010. Les salaires versés avaient été très variables d'un mois à l'autre. Pour cette raison, l'agence a pris en compte cette période de cinq mois, soit le total du revenu réalisé auprès de l'employeur précité pour l'année 2010.

Il en résultait le calcul suivant :

Revenu déterminant selon décision définitive de cotisation personnelle du 23 juin 2010 : 32'300 fr. (32'361 fr. avant arrondi)

Annualisation : $(32'361 \text{ fr}/5 \text{ mois}) \times 12 \text{ mois} = 77'666 \text{ fr.}$

Indexation valeur 2012 : 77'890 fr.

b) Dans son écriture du 9 novembre 2012, le recourant a fait valoir que le revenu qu'il avait réalisé pendant la période du 1^{er} janvier 2010 au 31 mai 2010 n'était pas représentatif. Son revenu net réalisé auprès de son dernier employeur, la N._____, s'élevait à 91'056 fr. 85 durant la période de juin 2009 à mai 2010. À tout le moins ce montant, augmenté des charges sociales usuellement retenues en Suisse, aurait dû être pris en compte par la partie intimée.

Le recourant était toutefois d'avis que son activité exercée auprès de son dernier employeur n'était pas représentative pour les revenus qu'il aurait été en mesure de réaliser à l'heure actuelle sans atteinte à la santé. En effet, il s'agissait d'une activité qui était exercée au service d'un employeur étranger. Les niveaux de salaires étaient donc évidemment inférieurs à ce qui lui aurait été offert par un employeur ayant son siège en Suisse, par la Confédération suisse, ou encore par les Nations Unies, pour lesquelles il avait travaillé auparavant.

Le recourant considérait ainsi qu'il fallait retenir, en application de l'art. 21bis al. 5 RAI, un revenu plus élevé. Lorsqu'il était au service d'une institution des Nations Unies entre 2004 et 2005, il avait eu un revenu mensuel moyen net de 11'354.29 francs. De plus, il était toujours membre de la Division Politique IV de la Confédération suisse. Dans cette mesure il était toujours théoriquement éligible à une mission à l'étranger. S'il n'avait pas été atteint dans sa santé, il aurait ainsi pu postuler auprès de la Confédération et « obtenir sans aucun doute » un poste pour une mission à l'étranger, avec traitement sur la base de la classe de salaire 24 selon l'art. 36 OPers (ordonnance fédérale du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération, RS 172.220.111.3). En effet, il avait déjà été engagé pour une telle mission, dans la classe de salaire mentionnée, du 24 octobre 2005 au 6 mars 2007. Il avait alors touché un salaire de base annuel brut de 120'847 francs. En se référant à la table de l'art. 36 OPers, il pouvait espérer aujourd'hui recevoir un salaire annuel brut de 136'266 francs. La partie intimée aurait dû retenir ce montant pour le calcul de l'indemnité journalière.

Subsidiairement, le recourant s'est référé à un extrait de son compte individuel AVS (pièce demandeur n° 20) et a fait valoir que de 2001 à 2009, années précédant l'incapacité de travail déterminante, la moyenne de ses revenus annuels se montait à 107'697 francs. Il convenait donc de retenir au moins ce dernier montant sur la base d'une appréciation en équité.

c) Suite au recours et aux arguments qui y sont développés, la partie intimée a estimé qu'il apparaissait effectivement plus correct de considérer l'ensemble de la dernière période d'activité auprès de la N. _____ pour déterminer le revenu de base. Pour cette raison, l'agence a établi une décision litispendante, conformément à l'art. 53 al. 3 LPGA, en retenant un revenu de 91'056 fr. sur les 12 mois d'activité, et fixant ainsi, après indexation à la valeur 2012, le montant de 91'319 fr. comme revenu annuel déterminant.

Toutefois, selon l'agence, il était, contrairement aux allégations du recourant, inexact de rajouter à ce montant les « charges sociales usuellement retenues » en Suisse, puisque, selon l'art. 23 al. 3 LAI, il fallait prendre en compte le revenu soumis à l'AVS.

Par ailleurs, la partie intimée a admis que le recourant avait réalisé, durant une certaine période de sa carrière professionnelle, des revenus nettement plus élevés que ceux qui correspondaient à sa dernière activité. Elle a toutefois relevé que lors de la survenance de l'incapacité de travail, le recourant se trouvait au bénéfice d'indemnités de l'assurance-chômage. Selon elle, il était donc aussi possible que le recourant eût dû, sans atteinte à la santé, accepter un travail même s'il fût moins rémunéré. Pour cette raison, elle considérait que la réalisation d'un revenu nettement plus élevé que celui finalement retenu dans la décision du 7 janvier 2013 n'était pas vraisemblable. Il n'y avait donc pas lieu de procéder à une correction en application de l'art. 21bis al. 5 RAI.

d) Dans sa réplique du 22 avril 2013, le recourant s'est opposé au point de vue de la partie intimée concernant l'art. 21bis al. 5 RAI. Le

fait qu'il ait été au chômage n'était pas déterminant à lui seul. Il suffisait de se référer à son parcours professionnel pour constater qu'il exerçait des missions à l'étranger depuis plus de 10 ans. De par leur nature, il s'agissait de missions de durée déterminée, ce qui expliquait qu'elles soient entrecoupées de courtes périodes de chômage entre deux, lorsqu'il rentrait en Suisse. Ainsi, la thèse soutenue par la partie intimée, selon laquelle il aurait dû accepter un travail convenable, même si moins rémunéré, paraissait peu crédible. Au contraire, dans la mesure où il était membre d'un pool d'experts suisses depuis octobre 2005, il recevait par courriel régulièrement de nombreuses propositions de missions. A l'appui de ses dires, le recourant a produit des courriels envoyés entre le 6 novembre 2012 et le 11 avril 2013 par le Département fédéral des affaires étrangères (ci-après : DFAE) pour une dizaine de missions à l'étranger (ex-Yougoslavie, Asie et Afrique). Il était également membre du Corps suisse d'aide en cas de catastrophes. À ce titre, il avait accès à l'ensemble des missions et des postes y relatifs sur le portail du DFAE. Vu qu'il s'agissait de missions dans des pays étrangers, exercées souvent dans des conditions difficiles et parfois dangereuses, les candidats n'étaient pas légion et la probabilité de décrocher un poste était évidemment largement supérieure à celle relative à une candidature à un poste en Suisse. Cela était d'autant plus vrai compte tenu de sa grande expérience. Depuis 1988 à tout le moins, il avait enchaîné mission sur mission. Sur le plan de la vraisemblance, il paraissait ainsi incontestable qu'il aurait repris ses missions à l'étranger s'il n'en avait pas été empêché par son état de santé. Il y avait encore des postes à disposition avec une rémunération telle que celle qu'il avait touchée pour sa mission entre 2005 et 2007 en classe de salaire 24 de la Confédération.

A l'époque, il avait eu un traitement brut de 120'847 fr., alors que le maximum de la classe 24 de l'époque s'élevait à 128'560 francs. Son salaire représentait donc 94 % du maximum de la classe 24 en 2006. Dans la mesure où il demandait que soit pris en compte un revenu annuel de 136'266 fr., cela correspondait à environ 94 % (exactement 93.84 %) du maximum de la classe 24 en 2012 qui atteignait 145'206 francs.

e) Dans ses déterminations du 30 mai 2013, la partie intimée a relevé que les engagements du recourant dans le cadre de missions du Corps suisse d'aide humanitaire ou du DFAE avaient été au nombre de deux au total entre 2001 et fin 2011. Le dernier de ces deux engagements datait de plus de cinq ans. Un engagement pour une mission à l'étranger en 2012 sans atteinte à la santé était purement hypothétique et en aucun cas de l'ordre de la vraisemblance.

De la table présentée par la partie intimée dans ses déterminations, qui trouve sa confirmation dans un extrait du compte individuel AVS de l'assuré, il ressort plusieurs périodes de chômage (notamment 05.2003 - 05.2004 ; 12.2004 - 01.2005 ; 06.2005 - 10.2005 ; 03.2007 - 01.2009 avec gains intermédiaires à l'Etat de Fribourg), trois périodes d'activité pour des employeurs étrangers (06.2004 - 12.2004 ; 01.2005 - 05.2005 ; 06.2009 - 05.2010) et un engagement à l'Etat de Fribourg pendant quelques mois (jusqu'en avril 2009).

f) Dans son mémoire du 9 septembre 2013, le recourant a exposé que les démarches pour trouver une nouvelle mission à l'étranger prenaient plusieurs mois, ce qui expliquait les périodes de chômage entre les différentes missions. S'il n'avait pas subi l'atteinte à la santé, qui avait été constatée après son retour de sa dernière mission en juin 2010 et avait mené à plusieurs opérations, il aurait trouvé une nouvelle mission à accomplir pour l'Etat suisse ou une autre organisation non-gouvernementale. Le recourant a évoqué les salaires qu'il avait touchés entre 2001 et 2007 et constaté qu'entre 2002 et 2007 ses salaires étaient égaux ou supérieurs à 130'000 francs.

Le recourant a également renvoyé à des copies de formulaires de preuves de recherches d'emploi qu'il a rempli à l'intention de l'assurance-chômage. Ces formulaires concernent des recherches d'emploi pour environ 35 postes pendant la période du 1^{er} mars 2010 au 28 juin 2010. Selon le recourant, les salaires offerts auraient été au moins identiques, voire supérieurs, à celui payé par la Confédération au maximum de la classe 24. Il a renvoyé, en tant qu'exemple, à un poste à

la «V._____» qui aurait été rémunéré par 180'000 US-Dollars par année.

Le revenu que lui avait versé la N._____ entre juin 2009 et mai 2010 était selon lui une exception au regard des autres rémunérations.

4. Le point litigieux concerne donc la question de savoir quel revenu (effectif ou hypothétique) est déterminant pour fixer l'indemnité journalière.

a) Selon le ch. 3009 CIJ, 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 (cf. aussi Michel VALTERIO, Droit de l'assurance vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité, Genève 2011, p. 522 n. 1960). Pour les personnes devenues invalides par suite d'accidents, est déterminant, en règle générale, le revenu perçu avant l'accident.

La partie intimée s'est fondée, selon son ultime décision du 7 janvier 2013, sur le revenu que le recourant a touché auprès de son dernier employeur pendant une année. En définitive, elle semble ainsi avoir procédé selon l'art. 21ter al. 2 RAI, vu que le recourant avait un revenu soumis à de fortes fluctuations auprès de cet employeur.

Le recourant soutient qu'elle aurait dû retenir un revenu annuel plus élevé en application de l'art. 21bis al. 5 RAI. Il aurait en effet démontré que sans l'atteinte à la santé, il aurait pu obtenir un salaire annuel bien plus élevé que les 91'319 fr. qui ont été admis par la partie adverse.

Certes, l'art. 21bis al. 5 RAI porte le titre d' « assurés ayant un revenu régulier », ce qui n'a pas été le cas du recourant lors de son

dernier emploi. Eu égard au but de l'art. 21bis al. 5 RAI, soit de tenir compte de situations spéciales, il ne semble toutefois pas d'emblée exclu d'appliquer cette disposition aussi aux assurés ayant eu en dernier lieu un revenu irrégulier.

b) Les deux parties sont d'avis que la question de savoir si, selon l'art. 21bis al. 5 RAI, le recourant aurait pu entreprendre une autre activité lucrative avec une rémunération plus élevée, ne s'apprécie pas selon le principe de la vraisemblance prépondérante ; selon eux, il suffit que cela ait été rendu « vraisemblable », dans le sens de la simple vraisemblance (cf. d'une part TF 9C_942/2009 du 15 mars 2010 consid. 3.3 qui ne se réfère qu'au texte allemand de l'art. 21bis al. 5 RAI : « macht ... glaubhaft » ; et d'autre part, les textes français : « peut démontrer » et italien : « rende verosimile » et l'arrêt TFA du 23 décembre 1997 consid. 4d in : Pratique VSI 1999 p. 226 [pour la traduction en français] et AHI-Praxis 1999 p. 218 [pour l'arrêt rendu en allemand] au sujet de versions non concordantes et de l'exigence de la vraisemblance prépondérante pour une disposition comparable qui utilisait les termes de « rendent vraisemblable », « glaubhaft machen » et « rendono plausibile »).

Le point de savoir quel degré de vraisemblance s'applique finalement à l'art. 21bis al. 5 RAI, la simple vraisemblance ou la vraisemblance prépondérante (sur ces notions cf. aussi ATF 130 III 321 consid. 3.3), souffre de demeurer indécise, vu ce qui suit.

c) Après étude des pièces versées au dossier et des allégations faites par les parties, la Cour constate que les revenus ont effectivement fluctué selon les employeurs. Comparé à d'autres missions à l'étranger, le recourant a ainsi eu un revenu sensiblement plus bas lors de sa dernière activité pour la N._____. On pourrait donc se demander, s'il est correct de se fonder uniquement sur le revenu obtenu auprès de ce dernier employeur.

Il apparaît toutefois que le recourant avait eu après son dernier emploi pour le DFAE (entre octobre 2005 et mars 2007), lors

duquel son revenu était plus élevé que celui auprès de la N._____, une longue période de chômage (entre mars 2007 et janvier 2009). En automne 2008, il a certes eu partiellement une occupation auprès de l'État de Fribourg, qui a par la suite été prolongée jusqu'en avril 2009. Il ressort cependant de l'extrait du compte individuel AVS que le revenu auprès de l'État de Fribourg était également déjà largement inférieur à celui obtenu auprès du DFAE (11'342 fr. en tout pour les mois d'octobre à décembre 2008 et 15'993 fr. en tout pour les mois de janvier à avril 2009).

Malgré les allégations du recourant selon lesquelles grâce à son expérience et ses liens il aurait pu retrouver en peu de temps un emploi au moins aussi bien rémunéré que celui auprès du DFAE, la période de chômage a été longue et il a accepté un emploi avec un revenu plus modeste auprès de l'État de Fribourg, puis finalement l'emploi pour une durée déterminée d'une année jusqu'au 31 mai 2010 auprès de la N._____.

Par ailleurs, malgré ses nombreuses recherches d'emploi effectuées entre début mars 2010 et fin juin 2010, le recourant n'a pas pu démontrer qu'il aurait par la suite effectivement eu un emploi mieux rémunéré que celui auprès de la N._____. Comme l'agence l'a relevé à juste titre dans ses déterminations du 9 octobre 2013, les nombreuses recherches n'ont pas abouti à un seul engagement concret ; on ne peut notamment pas conclure des échanges de courriels qu'un engagement auprès de la V._____ s'était réellement concrétisé. Du reste, la Cour observe que la maladie qui a mené à l'incapacité de travail n'a été constatée qu'en juin 2010. Auparavant, il n'y avait donc pas de motifs dus à la maladie qui l'aurait empêché de trouver un nouveau travail. Cela vaut d'autant plus pour la longue période de chômage dès mars 2007.

Au vu de ce qui précède, il n'apparaît pas vraisemblable, que cela soit au degré de simple vraisemblance ou de vraisemblance prépondérante, que le recourant, qui est au bénéfice d'une formation d'ingénieur-agronome, âgé en 2012 de presque 60 ans, aurait eu, sans atteinte à la santé, un emploi mieux rémunéré que chez son dernier

employeur (N._____). Pour cette raison, il n'y a pas lieu de retenir, selon l'art. 21bis al. 5 RAI, voire selon l'art. 21 al. 3 RAI, un revenu annuel déterminant au-delà de 91'319 fr., que cela soit selon la conclusion principale de 136'266 fr., ou selon la conclusion subsidiaire de 107'697 fr., ni un autre montant au-dessus de 91'319 francs.

d) Il faut encore examiner, s'il est correct de se fonder sur les 12 mois d'emploi auprès de la N._____, comme l'a finalement fait la partie intimée dans sa décision du 7 janvier 2013 ou s'il ne faut pas retenir un montant plus bas.

Selon l'art. 21ter RAI, si le recourant n'a pas de revenu régulier, le revenu déterminant est établi d'après le gain obtenu durant les trois derniers mois (al. 1). Toutefois, s'il n'est pas possible de déterminer un revenu de cette manière, il est tenu compte du revenu obtenu sur une plus longue durée, mais pas supérieure à 12 mois (al. 2). Aux termes du ch. 3036 CIJ, le choix de la période déterminante incombe à la caisse de compensation ; la période doit toutefois être choisie de manière à permettre la fixation d'un salaire moyen propre aux circonstances.

Eu égard au fait que le revenu auprès du dernier employeur était soumis à des fluctuations considérables (entre 4'464 fr. 80 et 9'433 fr. 20), il apparaît opportun que la partie intimée se soit basée sur 12 mois d'emploi. Grâce à cela, il a été tenu au mieux compte du revenu que le recourant « percevait pour la dernière activité lucrative exercée », tel que le prévoit l'art. 23 al. 1 LAI pour le calcul de l'indemnité.

e) Le recourant soutient encore qu'il faudrait ajouter au 91'319 fr. les « charges sociales usuellement retenues » en Suisse. Il n'invoque aucun argument à ce sujet.

Sur ce point, il y a également lieu de renvoyer à l'art. 23 LAI, al. 1, mais aussi al. 3 : L'indemnité de base s'élève à 80 % du revenu que l'assuré percevait pour la dernière activité lucrative exercée. Le calcul de

ce revenu se fonde sur le revenu sur lequel les cotisations prévues par la LAVS sont prélevées.

Ce revenu comprend donc uniquement le revenu soumis à l'AVS (Ulrich MEYER, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung, 2^e éd., Zurich 2010, ad art. 23 p. 255). Selon l'art. 5 al. 2 LAVS, le salaire déterminant, sur lequel sont prélevés les cotisations AVS, comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail.

Les charges sociales sont prélevées en Suisse sur ledit salaire déterminant. Dans cette mesure, le revenu à prendre en considération pour la fixation des indemnités journalières selon l'art. 23 al. 3 LAI contient déjà la part de charges sociales usuellement retenues sur les salaires et il n'y a surtout pas lieu de rajouter une telle part au revenu brut de l'assuré déterminant pour le calcul de l'indemnité journalière, que cela soit la part de charges sociales que le salarié doit verser ou celle de l'employeur assujetti à l'AVS. Le recourant n'a par ailleurs pas démontré, voire même prétendu, que son dernier employeur, qui n'était pas assujetti à l'AVS suisse, lui aurait versé au-delà des 91'319 fr. d'autres montants en compensation, vu la charge de cotisations du recourant plus élevée (cf. le taux de cotisation selon l'art. 6 LAVS).

f) Pour le reste, le recourant ne conteste pas en soi les calculs du revenu annuel déterminant sur la base des 12 mois et de l'indemnité journalière qui en résulte. Compte tenu du dossier, des règles applicables et des tables de l'OFAS pour la fixation des indemnités journalières AI, il y a donc lieu de maintenir le revenu annuel déterminant de 91'319 fr., le revenu journalier moyen de 251 fr. et ainsi l'indemnité de base de 200 fr. 80 selon la décision de l'OAI du 7 janvier 2013.

5. En définitive, il convient de prendre acte de ce que les décisions entreprises (la décision non datée ainsi que la décision du 22 octobre 2012) sont annulées et remplacées par la décision rectificative du 7 janvier 2013, de rejeter le recours en tant qu'il porte sur la décision rectificative du 7 janvier 2013 et de confirmer cette dernière décision (cf. arrêt de la Cour de céans ACH 20/12 précité consid. 2 et 6).

Le recourant, qui est représenté par un mandataire professionnel et obtient partiellement gain de cause, dans la mesure où l'intimé a rendu une nouvelle décision litispendante faisant en partie droit à ses conclusions, peut prétendre au remboursement d'une partie de ses dépens (cf. art. 61 let. g LPGA). Le remboursement ne peut comprendre les dépens occasionnés au-delà de la décision litispendante et de la réponse de la partie intimée du 24 janvier 2013 et doivent en conséquence être arrêtés à 1'500 fr. Les frais judiciaires, à prélever selon l'art. 69 al. 1bis LAI et arrêtés à 400 fr., sont mis à la charge, à part égale, du recourant et de l'OAI, vu le sort du litige.

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

- I.** Les recours du 4 août 2012 contre la décision non datée de l'OAI et du 9 novembre 2012 contre la décision du 22 octobre 2012 de cet office sont joints.

- II.** Il est pris acte de ce que les décisions attaquées, l'une non datée et l'autre du 22 octobre 2012, sont annulées et remplacées par la décision rectificative de l'OAI du 7 janvier 2013.

- III. Le recours est rejeté en tant qu'il porte sur la décision rectificative du 7 janvier 2013.
- IV. La décision de l'OAI rendue litispendante du 7 janvier 2013 est confirmée.
- V. Une indemnité de 1'500 fr. (mille cinq cents francs), à verser à C. _____ à titre de dépens est mise à la charge de l'OAI.
- VI. Les frais judiciaires, arrêtés à 400 fr. (quatre cents francs), sont mis à la charge des deux parties à raison de 200 fr. (deux cents francs) chacune.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Claudio Venturelli, avocat (pour C. _____),
- 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 :