

## **BGE 147 V 242**

Bundesgericht (BGE), 2019-05-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_147 V 242](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147_V_242)

FR: ATF 147 V 242

IT: DTF 147 V 242

### **Regeste**

Regeste Art. 21 ter Abs. 4 IVG und Art. 9 Abs. 2 HVI; monatliche Vergütung für von Dritten erbrachte Dienstleistungen. Soweit Art. 9 Abs. 2 HVI vorsieht, dass die monatliche Vergütung für von Dritten erbrachte Dienstleistungen den Betrag des monatlichen Bruttoeinkommens nicht übersteigen darf, enthält dieser keine Lücke für selbstständig erwerbende Versicherte, die das Bundesgericht zu füllen hätte. Die Vergütung auf Monatsbasis gewährleistet einen engen Zusammenhang zwischen der Leistung, die dem Versicherten für die Ausübung seiner unselbstständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit gewährt wird, und dem unmittelbar daraus erzielten Einkommen (E. 8.2).

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

En instance fédérale, le litige porte uniquement sur l'étendue du remboursement par l'assurance-invalidité, pour la période du 1<sup>er</sup> février 2019 au 28 février 2024, des frais liés à l'invalidité causés par les services de tiers au sens de l'art. 21 ter al. 2 LAI dont A. a besoin, en lieu et place d'un moyen auxiliaire, pour exercer son activité d'architecte indépendante. BGE 147 V 242 S. 244

#### **E. 4.1**

En ce qui concerne les moyens auxiliaires, qui font partie des mesures de réadaptation prévues par l'art. 8 LAI, l'art. 21 al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, LAI prévoit que 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 maintenir ou améliorer sa capacité de gain, pour étudier, apprendre un métier ou suivre une formation continue, ou à des fins d'accoutumance fonctionnelle. Selon l'art. 21 ter LAI ("prestations de remplacement"), l'assurance peut allouer des indemnités d'amortissement à l'assuré qui a acquis, à ses frais, un moyen auxiliaire auquel il a droit (al. 1); l'assurance peut allouer des contributions à l'assuré qui a recours, en lieu et place d'un moyen auxiliaire, aux services de tiers (al. 2). L'art. 21 ter al. 4 LAI précise que le Conseil fédéral fixe le montant des indemnités et contributions prévues aux al. 1 et 2. Selon l'art. 14 al. 1 let. c RAI (RS 831.201), la liste des moyens auxiliaires visée par l'art. 21 LAI fait l'objet d'une ordonnance du Département fédéral de l'intérieur (ci-après: le DFI), qui édicte également des dispositions complémentaires concernant les contributions aux frais causés par les services spéciaux de tiers dont l'assuré a besoin en lieu et place d'un moyen auxiliaire. Faisant usage de cette (sous-)délégation de compétence, le DFI a édicté l'ordonnance du 29 novembre 1976 concernant la remise de moyens auxiliaires par l'assurance-invalidité (OMAI; RS 831.232.51). Aux termes de l'art. 9 OMAI, l'assuré a droit au remboursement des frais liés à l'invalidité, qui sont dûment établis et causés par les services spéciaux de tiers dont il a besoin, en lieu et place d'un moyen auxiliaire, pour aller à son travail (al. 1 let. a), exercer

une activité lucrative (al. 1 let. b) ou acquérir des aptitudes particulières qui permettent de maintenir des contacts avec l'entourage (al. 1 let. c); le remboursement mensuel ne doit dépasser ni le revenu mensuel de l'activité lucrative de l'assuré ni une fois et demie le montant minimal de la rente ordinaire de vieillesse (al. 2).

#### **E. 4.2**

Selon la circulaire de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) concernant la remise de moyens auxiliaires par l'assurance-invalidité (CMAI), dans sa version en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2019, en cas de services fournis par des tiers, l'AI ne prend en charge que les frais effectivement déboursés, contre présentation d'une facture établie par l'assuré (ch. 1033). Le remboursement mensuel de services fournis par des tiers ne doit dépasser ni le montant du revenu mensuel brut de l'assuré, ni une fois et demie le montant minimum BGE 147 V 242 S. 245 de la rente simple ordinaire de vieillesse (ch. 1034). Selon le ch. 6.3 de l'annexe 1 CMAI, le montant mensuel maximal des prestations de tiers (mais pas au-delà du revenu mensuel brut) est de 1'778 fr. en 2019. (...)

#### **E. 6**

La recourante revendique sur le fond l'existence d'une lacune de l' art. 9 al. 2 OMAI qu'il incomberait au Tribunal fédéral de combler par voie jurisprudentielle, en ce sens qu'une architecte indépendante aurait droit à une "annualisation" du montant du remboursement déterminé sur une base mensuelle. Elle fait valoir que l' art. 9 al. 2 OMAI ne tient en effet pas compte des situations "spéciales" des architectes indépendants, à l'inverse de celle d'un salarié dont le revenu et les frais d'interprétariat en langue des signes sont réguliers. Elle relève qu'en raison de la nature mixte de son activité, les frais mensuels d'interprétariat peuvent être très importants à certaines occasions ponctuelles (suivi de chantier, mise en place d'un projet, défense orale lors d'un concours d'architecture), tandis qu'à d'autres moments elle n'aurait pas recours aux services de tiers (sous-traitance de l'établissement de plans, travaux purement techniques, etc.). La rémunération d'une architecte indépendante interviendrait en outre à des échéances propres au domaine de la construction, sans proximité chronologique avec les périodes de travail ayant nécessité le recours à une interprète. A titre subsidiaire, elle fait valoir qu'une application stricte de l' art. 9 al. 2 OMAI porterait gravement atteinte aux principes constitutionnels de l'égalité de traitement ( art. 8 Cst. ) et de l'interdiction de l'arbitraire ( art. 9 Cst. ) puisque son droit aux prestations se trouverait, en raison de sa qualité d'indépendante, "de facto drastiquement limité par l'irrégularité de ses besoins combinée à la segmentation mensuelle censément prescrite par l' art. 9 al. 2 OMAI ". Elle demande dès lors à être placée dans une situation correspondant à celle qui serait la sienne si son activité professionnelle permettait que son besoin de recourir au service de tiers soit régulier. Les remboursements seraient ainsi décomptés chaque mois et le droit aux prestations prendrait immédiatement fin dès la limite annuelle atteinte, cela jusqu'au début de l'année de référence suivante.

#### **E. 7.1**

Le Tribunal fédéral peut examiner à titre préjudiciel la légalité et la constitutionnalité d'ordonnances du Conseil fédéral. Il examine BGE 147 V 242 S. 246 en principe librement la légalité et la constitutionnalité des ordonnances (dites dépendantes) de cette autorité qui reposent sur une délégation législative. Lorsque celle-ci est relativement imprécise et que, par la force des choses, elle donne au Conseil fédéral un large pouvoir d'appréciation, cette clause s'impose au Tribunal fédéral en vertu de l' art. 190 Cst. Dans un tel cas, le Tribunal

fédéral doit se borner à examiner si les dispositions incriminées sortent manifestement du cadre de la délégation de compétence donnée par le législateur à l'autorité exécutive ou si, pour d'autres motifs, elles sont contraires à la loi ou à la Constitution; il n'est pas habilité à substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral ( ATF 144 II 313 consid. 5.2; ATF 143 II 87 consid. 4.4; ATF 141 II 169 consid. 3.4; ATF 140 V 485 consid. 2.3). Il ne revient en particulier pas au Tribunal fédéral d'examiner l'opportunité de l'ordonnance ( ATF 137 III 217 consid. 2.3) ou de prendre position au sujet de l'adéquation politique, économique ou autre d'une disposition d'une ordonnance ( ATF 144 II 454 consid. 3.3; ATF 143 II 87 consid. 4.4; ATF 139 II 460 consid. 2.3). La légalité d'un règlement édicté sur la base d'une sous-délégation doit être appréciée selon les mêmes principes que ceux qui s'appliquent à une ordonnance du Conseil fédéral reposant sur une délégation de la loi ( ATF 144 II 313 consid. 5.2; ATF 104 Ib 364 consid. 2c).

## **E. 7.2**

Selon la jurisprudence, il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause. De tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi, étant précisé que le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation ( ATF 146 V 87 consid. 7.1; ATF 144 V 313 consid. 6.1 et les références). L'interprétation de la loi peut conduire à la constatation d'une lacune. Une lacune authentique (ou proprement dite) suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point alors qu'il aurait dû le faire et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. En revanche, si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune proprement dite BGE 147 V 242 S. 247 appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle qui découle notamment du principe de la séparation des pouvoirs, de corriger les silences qualifiés et les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution ( ATF 142 IV 389 consid. 4.3.1 et les références).

## **E. 8.1**

En adoptant l'art. 21 ter al. 4 LAI ( art. 21 bis al. 3 LAI jusqu'au 31 décembre 2011), le législateur a délégué au Conseil fédéral la fixation du montant des prestations au sens de l'al. 2 de la disposition de façon étendue et sans prescription ("le Conseil fédéral fixe le montant des indemnités et contributions prévues aux al. 1 et 2 [...]"; "Der Bundesrat setzt die Höhe der Beiträge nach den Absätzen 1 und 2 [...]"; "Il Consiglio federale stabilisce l'importo dei sussidi di cui ai capoversi 1 e 2 [...]"). Pour le gouvernement fédéral, à l' art. 9 al. 2 OMAI , le DFI a édicté une prescription d'évaluation ("Bemessungsvorschrift" [ ATF 118 V 200 consid. 3c]) en fixant une limitation maximale au remboursement mensuel correspondant au "revenu mensuel de l'activité lucrative de l'assuré" et à une fois et demie le montant minimal de la rente ordinaire de vieillesse. Cette limitation vise à assurer qu'il existe un rapport entre l'étendue de la contribution de l'assurance-invalidité aux prestations de service de tiers et le revenu réalisé par la personne assurée. Cette exigence que "la dépense en faveur des prestations de service soit en rapport avec le gain réalisé par

l'invalidé" avait déjà été exprimée lors des travaux préparatoires de la 1<sup>re</sup> révision de la LAI (cf. Message du 27 février 1967 relatif à un projet de loi modifiant la loi sur l'assurance-invalidité, FF 1967 I 677) au cours des discussions sur l'introduction de la prise en charge par l'assurance-invalidité des frais supplémentaires occasionnés par les prestations de service de tiers (Procès-verbal de la Commission fédérale d'experts pour la révision de l'assurance-invalidité des 1<sup>er</sup>, 2 et 3 février 1966, ch. 13.4, p. 17 ss). Le lien entre le montant pris en charge et le revenu de l'intéressé n'a cependant pas été repris à l'art. 9 al. 2 OMAI à son origine - celui-ci prévoyait que "le remboursement mensuel maximum correspond au montant d'une allocation pour impotent grave" (RO 1976 2664, 2667) -, mais a été introduit par la modification de l'OMAI du 21 septembre 1982, en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1983 (RO 1982 1931, 1932; cf. aussi RCC 1982 p. 407 ss). Le BGE 147 V 242 S. 248 critère du "revenu du travail mensuel" a alors été prévu afin de garantir la proportionnalité entre le revenu mensuel de l'activité lucrative et le remboursement des prestations de services (Procès-verbal de la sous-commission des questions d'AI de la Commission fédérale de l'AVS/AI du 15 septembre 1982, p. 8-9). Il s'agit donc d'éviter qu'au regard d'une activité lucrative modeste, l'assuré puisse bénéficier de contributions relativement importantes à titre de prestations de tiers, à hauteur de une fois et demie le montant minimum de la rente ordinaire de vieillesse (SILVIA BUCHER, *Eingliederungsrecht der Invalidenversicherung*, 2011, p. 222 n. 394).

## **E. 8.2**

Selon le texte clair de l'art. 9 al. 2 OMAI, la limite du remboursement des frais occasionnés par les services d'un tiers est déterminée par "le revenu mensuel de l'activité lucrative de l'assuré", soit sur une base mensuelle et non pas annuelle, comme le souhaiterait la recourante. A cet égard, il n'y a pas de raison objective de penser que cette règle ne s'appliquerait qu'à des personnes de condition salariée alors que l'auteur de la disposition d'exécution aurait omis - dans le sens d'une lacune - de prendre en considération la situation des indépendants dont les revenus peuvent être moins réguliers. On peut déduire de l'historique et du but de la disposition que le législateur, soit pour lui le DFI, entendait assurer un lien étroit entre la prestation allouée à l'assuré pour l'exercice de son activité lucrative - comme en l'espèce - et le revenu en découlant "immédiatement" (dans ce sens également ATF 118 V 200 consid. 3a [prise en considération des revenus obtenus pendant la période où les services de tiers ont été effectués]). La référence à une base mensuelle de remboursement en fonction du revenu mensuel permet de garantir un tel lien. Cette référence n'est du reste pas discutée par la doctrine (MEYER/REICHMUTH, *Bundesgesetz über die Invalidenversicherung*, 3<sup>e</sup> éd. 2014, p. 245 s.; ERWIN MURER, *Invalidenversicherungsgesetz [Art. 1-27 bis IVG]*, 2014, p. 944 ss, spéc. p. 950 n. 472; BUCHER, loc. cit.).

## **E. 9**

Cela dit, au-delà de la reconnaissance du droit à la prise en charge des services en cause pour la période considérée, le 3 mai 2019, l'office intimé a indiqué un montant mensuel maximum en fonction des revenus réalisés par la recourante durant les quatre années antérieures à cette date. Or il ne ressort pas clairement de la communication assortissant la décision administrative s'il entendait par là avoir déterminé le montant du remboursement de façon fixe, une fois pour toutes. Il convient dès lors d'apporter les précisions suivantes en relation avec la notion de "revenu mensuel de l'activité lucrative" au sens de l'art. 9 al. 2 OMAI, en ce qui concerne une personne de condition indépendante.

### **E. 9.1**

En droit des assurances sociales, l' art. 12 LPGA contient une définition de la notion de personnes exerçant une activité lucrative indépendante qui renvoie tacitement aux art. 5 ss LAVS ainsi qu'à la pratique de l'AVS (JEAN-PHILIPPE DUNAND, in Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales [LPGA], 2018, n° 4 ad art. 12 LPGA et la référence; ANNINA JANETT, in Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG], 2020, n° 4 ad art. 12 LPGA ). Dans le domaine des moyens auxiliaires visant la réadaptation ( art. 21 ss LAI ), le Tribunal fédéral a ainsi déjà jugé que la personne assurée exerce une activité lucrative lorsque, sans tenir compte des éventuelles rentes, elle réalise un revenu annuel équivalent ou supérieur au montant correspondant à la cotisation minimale pour les personnes sans activité lucrative au sens de l' art. 10 al. 1 LAVS ( ATF 130 V 360 consid. 3.2.1; arrêts 9C\_573/2016 du 20 février 2017 consid. 4.1; 9C\_767/2009 du 10 février 2010 consid. 4 et les références, in SVR 2010 IV n° 60 p. 182; cf. ch. marg. 1019 CMAI), soit un revenu annuel minimum de 4'702 fr. en 2019 (ch. 6.1 de l'annexe 1 CMAI, dans sa version en vigueur au 1 er janvier 2019). Dans ce contexte, le revenu d'une activité indépendante est défini à l' art. 17 RAVS (RS 831.101), qui, reprenant les termes de l' art. 18 LIFD (RS 642.11) et renvoyant aux al. 2 et 4 de cette disposition, formalise une harmonisation de la notion de revenu d'une activité indépendante entre le droit de l'AVS et le droit fiscal ( ATF 134 V 250 consid. 3.2 et les références). Selon l' art. 9 al. 3 LAVS , en relation avec l' art. 23 al. 1 RAVS , le revenu provenant d'une activité indépendante et le capital propre engagé dans l'entreprise sont ainsi déterminés par les autorités fiscales cantonales en se fondant sur la taxation passée en force de l'impôt fédéral direct (calcul postnumerando; pour les détails, voir ch. marg. 1203 ss des directives de l'OFAS sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG [DIN], valables dès le 1 er janvier 2011). Il est ensuite communiqué aux caisses de compensation et inscrit au compte individuel sous l'année pour laquelle les cotisations sont fixées (art. 30 ter al. 4 LAVS). Les caisses de compensation sont liées par les données des autorités fiscales cantonales ( art. 23 al. 4 RAVS ). BGE 147 V 242 S. 250

### **E. 9.2**

Il est incontesté que les revenus provenant d'une activité lucrative indépendante peuvent être irréguliers et soumis à des fluctuations plus ou moins importantes. Or la relation prévue par l' art. 9 al. 2 OMAI entre le remboursement des services d'un tiers auxquels recourt l'assuré pour exercer son activité lucrative et le gain réalisé par celui-ci avec l'aide dudit tiers (consid. 8 supra) vaut pour tout assuré qui travaille, que ce soit à titre dépendant ou indépendant. Il en découle que la fixation définitive à l'avance du montant à rembourser à ce titre à une personne de condition indépendante sans prendre en considération, le cas échéant, l'évolution concrète de ses revenus n'est pas admissible. Une telle approche statique contrevient à la disposition en cause, qui suppose un lien de proportionnalité entre le remboursement mensuel et le montant du revenu mensuel obtenu au moyen, aussi, du recours aux services de tiers. Aussi, lorsqu'il existe des éléments en faveur d'une amélioration des revenus de l'assuré exerçant une activité indépendante au cours de l'année pendant laquelle il recourt aux services d'un tiers, l'organe d'exécution de l'assurance-invalidité ne peut se contenter de renvoyer à une limitation du remboursement fixée de manière statique (en référence, en l'occurrence, à des revenus antérieurs à la période considérée). Il est tenu de réserver la fixation définitive ultérieure du revenu

mensuel à prendre en considération - et donc du remboursement définitif -, en fonction des éléments et des données concrètes fournies par l'assuré sur ces revenus pour l'année déterminante, dont par exemple sa taxation fiscale établie une fois connu le résultat de l'exercice clos au terme de la période fiscale. En d'autres termes, l'organe de l'assurance-invalidité peut fixer le revenu probable de l'année civile durant laquelle le revenu mensuel déterminant sera acquis par l'assuré, en se fondant par exemple sur le dernier revenu communiqué par les autorités fiscales à la caisse de compensation (compte individuel AVS). Cependant, il doit réserver la fixation définitive ultérieure en cas d'augmentation du revenu effectivement obtenu pour l'année considérée. Une telle adaptation ultérieure, en fonction des revenus effectivement réalisés pendant la période en cause, permet de placer l'assuré de condition indépendante - telle la recourante - dans la même situation qu'un salarié (au sens de l' art. 10 LPG A ), dès lors que le revenu alors pris en considération coïncide avec celui effectivement réalisé pendant l'année civile en question. On tient ainsi compte de la capacité économique effective de la personne assurée, qu'elle soit salariée ou indépendante. BGE 147 V 242 S. 251

### **E. 9.3**

Dans ce contexte, et s'agissant du grief tiré d'une violation de l'égalité de traitement en relation avec celui de l'arbitraire, on constate que le recours irrégulier d'un architecte aux services du tiers interprète ne découle pas des caractéristiques d'une activité dépendante ou indépendante mais du choix de l'activité professionnelle en cause. Si la recourante exerçait une activité d'architecte salariée, elle serait également contrainte de solliciter les services d'un interprète au rythme des activités saisonnières et des besoins particuliers des clients. Pour s'acquitter des frais d'interprétariat, l'indépendant opère en revanche des prélèvements en cours d'exercice, avant de connaître le bénéfice net qui résulte des comptes établis après la fin de l'exercice. Aussi, pour définir le revenu effectivement acquis d'un indépendant, l'on doit nécessairement tenir compte du résultat de l'exercice clos au terme de l'année civile. A ce défaut, on omettrait le fait que des prélèvements mensuels inférieurs au bénéfice net entraînent la constitution de réserves, tandis que des prélèvements supérieurs impliquent la dissolution de réserves. Par sa simple référence à l'irrégularité de son recours aux services de tiers, la recourante n'établit dès lors pas en quoi elle remplirait les conditions d'une situation "spéciale" qui nécessiterait une réglementation particulière. On ne saurait ainsi suivre la recourante lorsqu'elle semble demander que l'on prenne en considération seulement certains mois de l'année pour fixer son droit à la prise en charge de ses frais d'interprétariat.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.