

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 27 septembre 2021

Composition : Mme PASCHE, présidente
Mmes Di Ferro Demierre et Dessaux, juges
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

J._____, à [...], recourante, représentée par Nafra Conseils et Cie Sàrl,

et

CAISSE CANTONALE VAUDOISE DE COMPENATION AVS, à Vevey,
intimée.

Art. 2 al. 3^{bis} et 5 al. 2 ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ; art. 11 LAPG ; art. 7 al. 1 RAPG

E n f a i t :

A. a) J. _____ (ci-après : l'assurée ou la recourante) exerce depuis février 2018 une activité indépendante dans le domaine du nettoyage.

Le 26 mars 2020, elle a déposé auprès de la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS (ci-après : la Caisse ou l'intimée) une demande d'allocation pour perte de gain en lien avec le coronavirus.

La Caisse a versé à l'assurée des allocations pour perte de gain du 17 mars au 31 août 2020, à hauteur de 27 fr. 20 par jour, par décomptes des 21 avril, 1^{er} mai, 19 mai, 10 juillet, 4 août et 1^{er} septembre 2020.

b) Le 9 septembre 2020, l'assurée, désormais représentée par Nafra Conseils & Cie Sàrl, a déposé auprès de la Caisse une « demande de révision » de ses décomptes de cotisations AVS relatifs à l'année 2019, produisant une copie de sa déclaration d'impôts et de ses comptes de l'année 2019, dont il ressortait qu'elle avait réalisé un revenu de 72'859 francs. Elle a par ailleurs sollicité la modification des montants d'allocations pour perte de gain qu'elle a reçues.

Par courriels des 15 et 18 septembre 2020, la Caisse a indiqué que seule la taxation fiscale définitive pouvait être prise en compte, pour autant qu'elle lui soit transmise avant le 16 septembre 2020, comme cela était prévu par la circulaire de l'Office fédéral des assurances sociales [OFAS] sur l'allocation pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ci-après : CCPG).

Par décompte du 25 septembre 2020, la Caisse a versé à l'assurée des allocations pour perte de gain à hauteur de 27 fr. 20 par jour pour la période du 1^{er} au 16 septembre 2020.

Par décision du 28 septembre 2020, la Caisse a fixé de manière provisoire les cotisations personnelles de l'assurée pour l'année 2019 sur la base d'un revenu déterminant de 80'600 fr., à savoir un revenu net de 72'859 fr. et des cotisations personnelles de 7'781 francs.

Le 28 septembre 2020 également, l'assurée a demandé une décision formelle relative au refus de la Caisse de modifier ses allocations pour perte de gain.

Lors d'un entretien téléphonique du 1^{er} octobre 2020, il a été convenu avec le mandataire de l'assurée que son courrier du 9 septembre 2020 serait considéré comme une opposition au décompte du 1^{er} septembre 2020.

Par décision sur opposition du 8 octobre 2020, la Caisse a rejeté l'opposition de l'assurée. Elle a exposé que sa décision d'octroi d'allocations se basait sur la décision d'acomptes du 7 février 2019, qui faisait mention d'un revenu de 12'000 fr., ce qui correspondait à une allocation pour perte de gain de 27 fr. 20 par jour. Elle a relevé qu'aucune demande de modification d'acomptes ne lui était parvenue entre le 7 février 2020 [recte : 2019] et le 17 mars 2020, que la dernière décision définitive de taxation portait sur l'année 2018 et faisait état d'un revenu nul et que la décision de taxation [pour l'année 2019] ne lui avait pas été communiquée avant le 16 septembre 2020.

B. Par acte de son mandataire du 6 novembre 2020, J. _____ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à son annulation et au versement des montants arriérés, calculés sur la base d'un revenu de 72'859 francs. Elle a en substance reproché à la Caisse de refuser de prendre en compte son revenu 2019, précisant que la décision de taxation définitive n'avait pas pu être rendue avant le 16 septembre 2020 et qu'elle était en cours d'élaboration, comme cela ressortait d'une attestation produite en annexe.

Dans sa réponse du 13 janvier 2021, la Caisse a conclu au rejet du recours. Elle a relevé que la version 6 de la CCPG, valable jusqu'au 16 septembre 2020, précisait explicitement qu'une adaptation des allocations pour perte de gain basée sur une taxation fiscale définitive pour l'année 2019 reçue après le 16 septembre 2020 n'était pas possible. Elle a fait savoir qu'un recours sur cette question était pendant auprès du Tribunal fédéral et a proposé de suspendre l'instruction jusqu'à ce que celui-ci rende sa décision.

Dans sa réplique du 9 janvier [recte : février] 2021, la recourante a maintenu sa position et s'est opposée à une suspension de la cause.

Par avis du 23 février 2021, la juge instructrice a suspendu la cause jusqu'à droit connu sur le sort du recours déposé auprès du Tribunal fédéral, dans la mesure où la présente affaire semblait poser des questions juridiques similaires.

Le 17 mars 2021, la Caisse a transmis à la Cour de céans le courrier de la recourante du 6 mars 2021 qui lui demandait de modifier ses allocations pour perte de gain sur la base de sa taxation fiscale définitive pour l'année 2019, datée du 21 janvier 2021 et produite en annexe. La Caisse maintenait son refus.

Par avis du 10 mai 2021, la juge instructrice a informé les parties de la reprise de l'instruction de la cause, à la suite de l'arrêt rendu le 9 mars 2021 par le Tribunal fédéral dans la cause 9C_752/2020.

Par détermination du 20 mai 2021, la Caisse a constaté que l'arrêt précité ne tranchait pas la question litigieuse sur le fond et a proposé d'attendre le résultat des débats parlementaires prévus sur ce point.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable au régime des allocations pour perte de gain (art. 1 LAPG [loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité ; RS 834.1]). Les décisions et les décisions sur opposition prises par les caisses cantonales de compensation peuvent faire l'objet d'un recours au tribunal des assurances du canton où la caisse de compensation a son siège (art. 56 al.1 LPGA et 24 al. 1 LAPG), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur le montant des allocations pour perte de gain en cas de coronavirus auxquelles la recourante a droit durant la période du 17 mars au 16 septembre 2020, singulièrement sur la prise en compte de sa décision de taxation fiscale 2019 comme base de calcul.

3. a) Selon l'art. 2 al. 3^{bis} de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus [COVID-19] ; RS 830.31), dans sa teneur en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020 (RO 2020 2223), les personnes considérées comme indépendantes au sens de l'art. 12 LPGA qui ne sont pas concernées par l'al. 3 ont droit à l'allocation pour autant qu'elles soient assurées obligatoirement au sens de la LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10), qu'elles subissent une perte de gain en raison des mesures prises par le Conseil fédéral afin de lutter contre le coronavirus et que leur revenu déterminant pour le calcul des cotisations AVS de l'année 2019 se situe entre 10'000 et 90'000 francs.

b) L'art. 5 al. 2 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020 ; RO 2020 2223) précise que pour déterminer le montant du revenu, l'art. 11 al. 1 LAPG s'applique par analogie. Après la fixation du montant de l'allocation, cette dernière ne peut faire l'objet d'un nouveau calcul que si une taxation fiscale plus récente est envoyée à l'ayant droit d'ici au 16 septembre 2020 et que celui-ci dépose une demande de nouveau calcul d'ici à cette date.

c) Conformément à l'art. 11 al. 1 LAPG, le revenu moyen acquis avant l'entrée en service est le revenu déterminant pour le calcul des cotisations dues conformément à la LAVS. Le Conseil fédéral édicte des dispositions relatives au calcul de l'allocation et fait établir par l'Office fédéral des assurances sociales des tables dont l'usage est obligatoire et dont les montants sont arrondis à l'avantage de l'ayant droit.

d) En vertu de l'art. 7 al. 1 RAPG (règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain ; RS 834.11 ; dans sa teneur en vigueur jusqu'au 30 juin 2021), l'allocation est calculée, pour les personnes exerçant une activité indépendante, d'après le revenu, converti en revenu moyen, qui a servi de base à la dernière décision de cotisations à l'AVS rendue avant l'entrée en service. L'allocation est ajustée sur demande si, par la suite, une nouvelle décision de cotisation est prise pour l'année pendant laquelle le service a été accompli.

4. a) D'après le ch. 1041.3 de la CCPG (état au 3 juillet 2020), il y a lieu de se référer en principe, pour déterminer si le revenu est situé dans les limites indiquées (entre 10'000 et 90'000 fr.), au revenu de l'activité lucrative qui est retenu pour le décompte des cotisations 2019 (acomptes de cotisation).

b) Selon le ch. 1065 de la CCPG (dans sa version en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020), la base de calcul de l'indemnité pour les indépendants correspond en principe au revenu réalisé en 2019. Pour ce faire, c'est le revenu retenu pour le décompte des cotisations 2019 (acomptes de cotisation) qui est déterminant. Par contre, si, au moment

où l'indemnité est déterminée, la taxation fiscale définitive pour 2019 est déjà disponible, celle-ci doit être prise comme base de calcul.

c) Le ch. 1065.1 de la CCPG, introduit par la modification du 13 mai 2020 et en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020, précise toutefois, lorsque l'indemnité a été fixée sur la base des revenus utilisés pour les acomptes de cotisation 2019 et que ceux-ci n'ont pas été adaptés depuis la dernière décision définitive de cotisation, que les revenus de la dernière décision définitive de cotisation doivent être pris en compte sur demande du bénéficiaire. Si, au moment de la demande, la taxation fiscale pour 2019 est déjà disponible, c'est celle-ci qui doit être prise en compte. La demande de nouveau calcul, respectivement de révision ou de reconsidération doit être adressée à la caisse de compensation au plus tard le 16 septembre 2020.

5. a) L'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020 applicable en l'espèce, constitue un acte normatif que le Conseil fédéral a adopté en début de pandémie de coronavirus en se fondant sur l'art. 185 al. 3 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101). Le Tribunal fédéral, ainsi que les autres autorités, peuvent en revoir la constitutionnalité à titre préjudiciel (ATF 132 I 229 consid. 9-11 ; 125 II 326 consid. 3) et refuser de l'appliquer si elle viole les droits fondamentaux (ATF 141 I 20 consid. 4 et 132 I 229 consid. 10.1 et 11.2). Les ordonnances indépendantes se distinguent sous cet angle des ordonnances de substitution dites « dépendantes » que le Conseil fédéral adopte sur la base d'une délégation législative et qui peuvent profiter, dans certaines circonstances, de l'immunité constitutionnelle prévue à l'art. 190 Cst., dans la mesure où leur contenu est déterminé par une loi fédérale que le Tribunal fédéral ne peut en principe refuser d'appliquer (ATF 146 II 56 consid. 6.2.2 ; 141 II 169 consid. 3.4 ; TF 2D_32/2020 du 24 mars 2021 consid. 1.5, prévu pour publication).

b) Les directives émises par l'OFAS ne créent pas de nouvelles règles de droit mais sont destinées à assurer l'application uniforme des

prescriptions légales, en visant à unifier, voire à codifier la pratique des organes d'exécution. Elles ont notamment pour but d'établir des critères généraux, d'après lesquels sera tranché chaque cas d'espèce, cela aussi bien dans l'intérêt de la praticabilité que pour assurer une égalité de traitement des ayants droit. Selon la jurisprudence, ces directives n'ont d'effet qu'à l'égard de l'administration dont elles donnent le point de vue sur l'application d'une règle de droit et non pas une interprétation contraignante de celle-ci. Cela ne signifie toutefois pas que le juge ne doive pas en tenir compte. Au contraire, il doit les prendre en considération lors de sa décision, lorsqu'elles offrent une interprétation satisfaisante des dispositions légales applicables et adaptée au cas d'espèce. Il ne s'en écarte que dans la mesure où les directives établissent des normes qui ne sont pas conformes aux dispositions légales applicables (ATF 145 V 84 consid. 6.1.1 et les références).

6. a) Dans la décision attaquée, l'intimée a appliqué strictement les directives de l'OFAS et s'est fondée, pour déterminer le montant du revenu moyen de l'activité lucrative, sur la décision d'acompte du 7 février 2019 qui fait mention d'un revenu de 12'000 fr., expliquant notamment qu'elle n'était pas autorisée à se fonder sur une décision de taxation fiscale reçue après le 16 septembre 2020.

b) La recourante demande que le montant du revenu moyen de l'activité lucrative soit fixé sur la base du revenu qu'elle a effectivement réalisé en 2019, c'est-à-dire 72'859 fr., qui a été confirmé par la décision de taxation fiscale pour l'année 2019 établie en date du 21 janvier 2021.

c) En l'occurrence, il convient de faire droit à la demande de la recourante.

aa) Selon la jurisprudence, une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'il omet

de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 145 I 173 consid. 5.1 ; 142 I 195 consid. 6.1 ; 141 I 235 consid. 7.1 et les références citées).

bb) En édictant l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, le Conseil fédéral a posé le principe que la base de calcul de l'allocation pour les indépendants devait correspondre en principe au revenu réalisé en 2019. En limitant dans le temps la possibilité de se prévaloir de la décision définitive de taxation pour 2019 pour fixer le montant du revenu moyen de l'activité lucrative déterminant pour le calcul de l'allocation, l'art. 5 al. 2 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ainsi que le ch. 1065.1 de la CCPG sont manifestement contraires au principe de l'égalité de traitement, tel qu'il est consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. En effet, la faculté pour la personne exerçant une activité indépendante qui requiert le versement de l'allocation pour perte de gain en lien avec le coronavirus de se prévaloir de la décision définitive de taxation pour 2019 dépend d'un facteur purement aléatoire, à savoir la célérité mise par les autorités fiscales pour établir ladite taxation. La personne concernée n'a toutefois aucune prise sur la procédure de taxation car elle ne dispose d'aucun moyen pour contraindre les autorités fiscales à rendre une décision de taxation dans un délai précis. De fait, l'introduction d'une limite temporelle au 16 septembre 2020 pour la production de la décision définitive de taxation pour 2019 – laquelle constitue d'ailleurs une dérogation au régime général des allocations pour perte de gain (cf. art. 7 al. 1 RAPG) – revient à privilégier, arbitrairement et sans motif légitime, les personnes dont le dossier a été traité par les autorités fiscales avant cette date par rapport à celles dont la taxation n'a été entreprise que postérieurement. La crainte d'une éventuelle surcharge de l'autorité administrative liée aux demandes de réexamen des décisions d'allocation afin de tenir compte des décisions définitives de taxation pour 2019 ne saurait justifier une

violation de ce principe fondamental de l'Etat de droit qu'est l'égalité de traitement.

cc) Aussi faut-il retenir que la limitation dans le temps de la possibilité de se prévaloir de la décision définitive de taxation pour 2019 ne repose sur aucun motif sérieux et objectif et est, partant, contraire au principe de l'égalité de traitement.

7. a) Bien fondé, le recours doit être admis, la décision attaquée annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour qu'elle fixe le montant de l'allocation pour perte de gain en lien avec le coronavirus auquel la recourante peut prétendre en tenant compte de la décision définitive de taxation pour 2019.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. a LPGA dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020, applicable conformément à l'art. 82a LPGA).

Vu le sort de ses conclusions, la recourante a droit à une indemnité de dépens à titre de participation aux honoraires de son conseil (art. 61 let. g LPGA). Il convient d'arrêter cette indemnité à 800 fr., débours et TVA compris (art. 10 et 11 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]), et de la mettre intégralement à la charge de la partie intimée.

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

I. Le recours est admis.

II. La décision sur opposition rendue le 8 octobre 2020 par la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS est annulée, la cause lui étant renvoyée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.

IV. La Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS versera à J._____ une indemnité de 800 fr., à titre de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Nafra Conseils et Cie Sàrl (pour la recourante),
- Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS,
- 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 :