

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 18 janvier 2022

Composition : Mme DESSAUX, présidente
Mmes Di Ferro Demierre et Pasche, juges
Greffière : Mme Chaboudez

Cause pendante entre :

B. _____, à [...], recourant, représenté par Me Christian Bruchez, avocat à Genève,

et

P. _____, à [...], 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. Le 21 avril 2020, B._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a déposé une demande d'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus auprès de P._____ (ci-après : la Caisse ou l'intimée), au motif qu'il subissait une perte de gain indirectement liée aux mesures ordonnées par le Conseil fédéral, dans son activité indépendante consistant en l'exploitation d'une boulangerie avec tea-room.

Le 4 mai 2020, la Caisse a refusé de lui verser des indemnités car ses revenus déterminants en 2019 dépassaient la limite supérieure de 90'000 francs. Elle a précisé qu'il était possible à l'assuré de demander une décision susceptible d'opposition.

B. Le 17 juillet 2020, l'assuré a déposé une nouvelle demande auprès de la Caisse, en vue du versement d'allocations pour perte de gain en cas de coronavirus pour la période du 17 mars 2020 au 16 septembre 2020, faisant à nouveau valoir qu'il subissait une perte de gain indirectement liée aux mesures ordonnées par le Conseil fédéral.

Par décision du 17 novembre 2020, la Caisse a refusé de lui octroyer des allocations pour perte de gain au motif que ses revenus déterminants pour 2019 dépassaient la limite supérieure de 90'000 francs.

L'assuré s'est opposé à cette décision en date du 19 novembre 2020. Il a transmis sa décision de taxation fiscale pour l'année 2019, datée du 23 septembre 2020, qui faisait état d'un revenu net de 60'967 fr. et d'un revenu provenant de l'activité indépendante principale de 70'277 francs. Il a également produit une copie de son bilan et de son compte pertes et profits, dont il ressortait que le résultat de l'exercice 2019 avait été un bénéfice de 87'423 francs. Après déduction des charges « AVS privée », le bénéfice net imposable était de 70'277 fr. 40.

Par décision sur opposition du 1^{er} avril 2021, la Caisse a rejeté l'opposition formée par l'assuré et confirmé sa décision de refus

d'allocation pour perte de gain. Elle a relevé que selon la décision de taxation de l'année 2018, qui lui était parvenue le 4 novembre 2019, le revenu déterminant pour le calcul de l'AVS s'élevait à 119'690 fr. et que c'est sur ce montant qu'elle avait fixé les acomptes de cotisations pour l'année 2019, étant précisé qu'aucune demande d'adapter cette base d'acomptes n'était intervenue avant le 17 mars 2020. Il n'était pas possible de procéder à un nouveau calcul sur la base de la décision de taxation définitive pour 2019 puisque celle-ci lui était parvenue le 9 novembre 2020, soit après le délai fixé au 16 septembre 2020. La Caisse a précisé qu'un recours était pendant auprès du Tribunal fédéral dans une affaire similaire jugée par le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich et que la décision à rendre pourrait avoir des répercussions sur la situation juridique de l'assuré.

C. Par acte de son mandataire du 3 mai 2021, B._____ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à son annulation et à l'octroi d'allocations pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus et au renvoi de la cause à la Caisse pour qu'elle statue sur le montant de ces allocations. Il a préalablement requis que la cause soit suspendue jusqu'à droit jugé par le Tribunal fédéral sur l'arrêt EE.2020.00006 rendu par le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich le 29 octobre 2020. Il a fait valoir que la disposition limitant au 16 septembre 2020 la possibilité de réévaluer le revenu déterminant violait le principe d'égalité de traitement, dès lors qu'elle faisait dépendre le droit à l'allocation d'un élément temporel échappant au contrôle du candidat à l'allocation, soit l'émission de l'avis de taxation fiscale par les autorités compétentes. Par ailleurs, dans la mesure où l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 avait été prolongée au 31 décembre 2021, la limite fixée au 16 septembre 2020 ne trouvait aucune justification légale.

Par avis du 4 mai 2021, la juge instructrice a invité la Caisse à se déterminer sur la requête de suspension de cause.

Le 21 mai 2021, la Caisse a déposé une réponse au recours, dans laquelle elle a conclu au rejet du recours et au retrait de l'effet suspensif. Elle a en substance fait valoir qu'il n'incombait pas aux autorités administratives ou aux tribunaux de corriger une éventuelle inégalité de droit, mais qu'il s'agissait de la tâche du législateur, rappelant que l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 avait été promulguée dans le cadre du droit d'urgence.

Dans un avis du 26 mai 2021, la juge instructrice a relevé que la Caisse ne s'était pas déterminée sur la requête incidente de suspension de cause, mais que cette omission n'était pas déterminante dans la mesure où le Tribunal fédéral avait statué dans la cause zurichoise EE.2020.00006 par un arrêt TF 9C_752/2020 du 9 mars 2021.

Dans sa réplique du 8 septembre 2021, le recourant a relevé que toutes les autorités judiciaires avaient l'obligation d'examiner si une ordonnance indépendante n'entraîne pas en collision avec d'autres normes constitutionnelles, notamment celles qui garantissent des droits fondamentaux. Le Tribunal fédéral avait d'ailleurs précisé dans un arrêt TF 2D_32/2020 du 24 mars 2021 que les ordonnances adoptées par le Conseil fédéral dans le cadre de la pandémie de COVID-19, en leur qualité d'ordonnances indépendantes, pouvaient faire l'objet d'un contrôle préjudiciel de constitutionnalité.

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], art. 1 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]). En vertu de ces dispositions, les décisions sur opposition et

celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 et 58 LPGA), 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 droit du recourant à des allocations pour perte de gain en lien avec le coronavirus pendant la période du 17 mars au 16 septembre 2020.

3. a) Selon l'art. 2 al. 3bis 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 (loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité ; RS 834.1) 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 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 ; 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. Il convient de préciser en préambule que la requête de retrait de l'effet de suspensif formulée par la Caisse dans sa réponse au recours – pour autant qu'elle puisse être admise en tant que demande de mesures provisionnelles puisqu'il aurait appartenu à la Caisse de retirer elle-même l'effet suspensif au recours dans sa décision sur opposition en application de l'art. 52 al. 4 LPGA – est en tous les cas dépourvue d'objet dès lors que la décision contestée consiste en un refus de prestations. La notion d'effet suspensif n'a en effet pas de sens dans le cas d'une décision négative (ATF 126 V 407 consid. 3 ; 123 V 39 consid. 3).

6. 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 et refuser de l'appliquer si elle viole les droits fondamentaux. 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 147 I 333 consid. 1.5 ; 146 II 56 consid. 6.2.2 ; 141 II 169 consid. 3.4 et les références citées).

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).

7. a) Dans la décision attaquée, l'intimée s'est fondée, pour déterminer le montant du revenu moyen de l'activité lucrative, sur le revenu ressortant de la décision de taxation de l'année 2018, à savoir 119'690 fr., sur lequel elle a fixé les acomptes de cotisations pour 2019. Elle a en outre expliqué qu'elle n'était pas autorisée à se fonder sur la décision de taxation fiscale pour l'année 2019, reçue après le 16 septembre 2020.

b) En ce qui concerne l'affaire portée devant le Tribunal fédéral qui avait initialement motivé la requête de suspension de procédure, il faut constater que la Haute Cour n'a pas tranché au fond la question litigieuse de savoir si des décisions de taxation pour l'année 2019 établies ultérieurement au 16 septembre 2020 devaient être prises en compte pour le droit et le calcul des allocations pour perte de gain en cas de coronavirus sur la base de l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les

pertes de gain COVID-19 (dans sa version en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020).

c) Le recourant estime que tel est le cas. Il demande qu'il soit tenu compte du revenu qu'il a effectivement réalisé en 2019, c'est-à-dire 70'277 fr., qui ressort de sa décision de taxation fiscale pour l'année 2019, établie en date du 23 septembre 2020.

d) En l'occurrence, il convient de faire droit à la demande du recourant.

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.

8. a) Bien fondé, le recours doit être admis, la décision attaquée annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour qu'elle examine les autres conditions du droit à l'allocation pour perte de gain en application de l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 puis, le cas échéant, qu'elle fixe, sur la base de la décision définitive de taxation pour 2019, le montant de l'allocation pour perte de gain en lien avec le coronavirus auquel le recourant peut prétendre.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f bis LPGA).

c) Vu le sort de ses conclusions, la partie 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 2'000 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
prononce :**

- I.** Le recours est admis.

- II.** La décision sur opposition rendue le 1^{er} avril 2021 est annulée, la cause étant renvoyée à P._____ pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

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

- IV.** P._____ versera à B._____ une indemnité de 2'000 fr. (deux mille francs) 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 :

- Me Christian Bruchez (pour B. _____),
- P. _____,
- 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 :