

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 23 octobre 2018

Composition : M. NEU, juge unique
Greffière : Mme Berseth Béboux

Cause pendante entre :

S._____, à [...], recourant,

et

P._____, à [...], intimée.

Art. 1a al. 1, 4, 9, 10, 16 et 16a LAPG ; art. 1, 4, 5 et 6 RAPG

E n f a i t :

A. S._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) a effectué 61 jours de service militaire dans le cadre d'un service d'avancement, du 25 septembre au 24 novembre 2017.

Le 16 janvier 2018, N._____, employeur de l'assuré, a transmis à la P._____ (ci-après : la caisse AVS ou l'intimée) trois formulaires de demande d'allocations perte de gain couvrant la période précitée. N._____ a indiqué avoir appris de l'assuré qu'il ne travaillait plus pour le compte d'A._____ (ci-après : A._____) et qu'il ne percevait pas non plus d'indemnités de chômage, de sorte que N._____ était devenu pour l'instant son employeur principal. Sur la base de ces éléments, la caisse AVS a alloué à l'assuré une allocation perte de gain de 111 fr. par jour.

Par courrier électronique du 1^{er} février 2018, l'assuré a requis de la caisse AVS des explications sur le mode de calcul de son allocation perte de gain, et singulièrement sur le fondement légal ayant conduit à ne pas prendre en compte le revenu réalisé auprès du R._____ (ci-après : R._____).

Le 15 février 2018, la caisse AVS a fait savoir à l'assuré que l'inclusion des salaires versés par le R._____ n'aurait eu aucune incidence sur les prestations versées, de sorte qu'une reconsidération du montant de l'allocation n'était pas justifiée.

Sur requête de l'assuré et après intervention de l'Office fédéral des assurances sociales, la caisse AVS a rendu une décision formelle le 10 avril 2018, confirmant son courrier du 15 février 2018.

Le 8 mai 2018, l'assuré s'est opposé à la décision précitée, déplorant ne pas avoir reçu les explications requises s'agissant du fondement du calcul de l'allocation litigieuse (période et salaires pris en

considération, bases légales). Faisant valoir que durant les douze mois précédant son entrée en service, il avait travaillé auprès de trois employeurs (A._____, N._____ et R._____), il a demandé à ce que les revenus de ces trois rapports de travail soient pris en considération pour déterminer l'allocation à laquelle il avait droit.

Par décision du 27 juin 2018, la caisse AVS a rejeté l'opposition de l'assuré et confirmé sa décision du 10 avril 2018, l'allocation perte de gain étant maintenue à 111 fr. par jour. La caisse AVS a retenu que selon les informations transmises par N._____ le 16 janvier 2018, l'assuré ne travaillait plus pour A._____ et ne percevait pas d'indemnités de chômage. N._____ étant devenue l'employeur principal, c'était sur la base des salaires versés par cette dernière que l'allocation perte de gain devait être calculée. La caisse AVS a encore répété qu'un calcul incluant le salaire versé par le R._____ n'aurait eu aucune incidence sur les prestations versées.

B. Par acte du 23 juillet 2018, S._____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud contre la décision sur opposition précitée, dont il a conclu en substance à l'annulation, suivie du renvoi du dossier à l'intimée pour un nouveau calcul prenant en compte la moyenne des revenus des trois emplois occupés au cours des douze mois précédant son entrée en service. Il a au demeurant fait grief à la caisse de ne pas avoir donné suite à ses multiples demandes d'explications s'agissant du calcul de l'allocation.

Dans une réponse du 3 septembre 2018, l'intimée a conclu au rejet du recours et au maintien de la décision entreprise.

Par réplique du 24 septembre 2018, le recourant a maintenu ses conclusions dans le sens du renvoi de la cause à l'intimée pour nouveau calcul des allocations. Il a joint à son écriture un lot de pièces, parmi lesquelles figurent sept contrats de travail de durée déterminée conclus avec le R._____ et des copies de fiches de salaires établies par A._____, N._____ et le R._____.

Par duplique du 15 octobre 2018, l'intimée a maintenu ses conclusions.

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 ; RSV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

c) Vu la valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. Est litigieux en l'espèce le montant de l'allocation perte de gain servie au recourant pendant sa période de service militaire courant du 25 septembre au 24 novembre 2017. Doit en particulier être tranché le point de savoir quelle est la période déterminante pour le calcul de l'allocation et quels sont les salaires, respectivement les rapports de travail, à prendre en considération.

3. A teneur de l'art. 1a al. 1 LAPG, les personnes qui effectuent un service dans l'armée suisse ont droit à une allocation pour chaque jour de solde.

Toutes les personnes qui font du service ont droit à une allocation de base (art. 4 LAPG), laquelle diffère selon que l'intéressé

effectue son école de recrues ou un service qui lui est assimilé au sens de l'art. 9 LAPG, ou qu'il s'agit d'autres périodes de service qui ne sont pas visées par cette disposition. S'agissant de ces dernières périodes, l'art. 10 LAPG distingue les personnes ayant exercé une activité lucrative avant le service (al. 1) de celles qui n'en ont pas exercé (al. 2). Selon l'art. 1 RAPG (règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain ; RS 834.11), sont réputées exercer une activité lucrative les personnes qui ont exercé une telle activité pendant au moins quatre semaines au cours des douze mois précédant l'entrée en service.

Pour le recourant ayant exercé une activité lucrative salariée avant son service, l'art. 10 al. 1 LAPG prévoit que l'allocation journalière de base s'élève alors à 80% du « revenu moyen acquis avant le service », réservant le cas d'application de l'art. 16 al. 1 à 3 LAPG, disposition qui trouve à s'appliquer en l'espèce s'agissant d'un assuré sans enfant à charge accomplissant un service en vue de l'obtention d'un grade supérieur au sens de l'art. 16 al. 1 let a LAPG. En pareil cas, l'allocation journalière totale ne peut être inférieure à 45% du montant maximal total prévu à l'art. 16a LAPG, lequel est de 245 fr. par jour. Ainsi, dans le cas d'espèce, le montant minimal de l'allocation à laquelle le recourant pouvait prétendre correspond à 45% de 245 fr., soit 110 fr. 25, arrondi à 11 francs (art. 11 al. 2 LAPG).

Cela étant, traitant du calcul de l'allocation, l'art. 11 LAPG dispose que 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 édictant des dispositions relatives au calcul de l'allocation. Cette disposition de la loi est précisée aux art. 4 à 9 du règlement. Ainsi, l'art. 4 al. 1 RAPG dispose, s'agissant de l'allocation des salariés, que l'allocation est calculée sur la base du dernier salaire déterminant acquis avant l'entrée en service et converti en gain journalier moyen. En outre, l'on distingue la détermination du gain journalier moyen selon que les salariés ont un revenu régulier (art. 5 RAPG) ou irrégulier (art. 6 RAPG). Dans cette dernière hypothèse, le revenu journalier moyen est établi d'après le gain obtenu pendant les trois mois précédant l'entrée

en service (art. 6 al. 1). Le gain d'une période plus longue étant pris en considération si le revenu moyen ainsi déterminé n'est pas approprié (art. 6 al. 2).

Ces dispositions sont précisées par les Directives concernant le régime des allocations pour perte de gain pour les personnes faisant du service et en cas de maternité (DAPG) édictées par l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : Directive de l'OFAS). S'agissant de la détermination du revenu journalier moyen acquis avant le service, elles se fondent sur la systématique de la loi, distinguant personnes actives et non actives (ch. 5.1), puis traitant du revenu déterminant des personnes salariées (ch. 5.2) en distinguant celles au bénéfice d'un revenu régulier (ch. 5.2.2) de celles qui ont un revenu irrégulier ou soumis à de fortes fluctuations (ch. 5.2.3), et prévoyant enfin un mode de calcul dans des cas particuliers (ch. 5.2.4). Les dispositions de ces directives seront évoquées ci-après dans la mesure utile.

4. En l'espèce, il est établi que le recourant a entrepris son service militaire le 25 septembre 2017, après avoir exercé une activité lucrative de quatre semaines au moins pour le compte de trois employeurs différents durant la période déterminante de douze mois avant l'entrée en service. Ainsi, durant cette période, il a travaillé :

- du 19 septembre 2016 au 30 avril 2017 pour le compte d'A._____, pour un salaire mensuel brut régulier de 4'750 fr.,
- de septembre à décembre 2016, puis en février, mars, juin et août 2017 au service de N._____, avec une rémunération irrégulière, versée à l'heure de travail et selon toute vraisemblance sur appel, pour des salaires mensuels bruts compris entre 236 fr. 65 et 2'368 fr. 95,
- en janvier 2017 (9 jours), avril 2017 (7 jours), mai 2017 (20 jours), juin 2017 (11 jours) et septembre 2017 (5 jours) pour le R._____, pour une rémunération fluctuante, allouée à la journée, le salaire brut global contractuel relatif à cette période s'élevant à 15'955 francs.

On peine à comprendre le raisonnement tenu par la caisse AVS pour fonder sa décision. Soutenant ne devoir prendre en considération que la rémunération obtenue au service de N._____ dès lors qu'il s'agirait de l'employeur principal, au seul service duquel l'assuré restait employé lors de l'entrée en service, l'intimée paraît avoir arrêté le revenu déterminant en se fondant sur le dernier salaire d'août 2017 reçu de N._____, salaire qui ne permettait pas d'allouer une prestation journalière supérieure au montant minimal de l'allocation, qui est de 111 fr. pour l'intéressé. Le gain journalier fondé sur le dernier mois avant le service aurait ainsi été calculé en application de l'art. 5 RAPG, traitant des salariés avec revenu régulier dans le cadre d'un rapport de travail de durée indéterminée ou pour une année au moins au sens de l'al. 1 let a de cette disposition.

Ce raisonnement ne saurait être suivi. En effet, outre qu'il ne résulte d'aucune norme qu'il faille ne prendre en compte que le dernier employeur ou l'employeur principal, on ne saurait retenir le cas d'application de l'art. 5 RAPG que si le revenu en question n'est pas soumis à de fortes fluctuations, la rémunération à l'heure, au jour ou au mois devant demeurer sensiblement la même, ce qui ne fut manifestement pas le cas de celle servie par N._____ (2'368 fr. 95 en septembre 2016, 799 fr. 15 en octobre 2016, 441 fr. 65 en novembre 2016, 591 fr. en décembre 2016, aucun revenu en janvier 2017, 249 fr. 10 en février 2017, 236 fr. 65 en mars 2017, aucun revenu en avril et mai 2017, 238 fr. 50 en juin 2017, aucun revenu en juillet 2017, 720 fr. 25 en août 2017). En outre, le recourant a également travaillé pour deux autres employeurs, avec des revenus réguliers s'agissant de l'emploi auprès d'A._____, et des revenus irréguliers dans le cadre de l'activité pour le compte du R._____.

Compte tenu de ces éléments, il fallait bien plutôt considérer le cas d'application de l'art. 6 RAPG relatif aux salariés avec revenu irrégulier. A cet égard, le ch. 5.2.3 (n° 5030) de la Directive de l'OFAS précise que les personnes qui exercent simultanément deux ou plusieurs activités salariées sont considérées comme ayant un revenu soumis à de fortes fluctuations, tombant sous le cas d'application de l'art. 6 RAPG. Or,

en pareil cas, le revenu journalier moyen acquis avant l'entrée en service est déterminé sur la base du gain obtenu pendant trois mois consécutifs, converti en revenu journalier, étant précisé que si cette méthode ne permet pas d'obtenir un revenu journalier moyen adéquat, est prise en compte une période plus longue qui ne doit pas dépasser douze mois (n° 5032).

En l'occurrence, le plus adéquat s'avère de prendre en compte la période maximale des douze mois, seule à même d'offrir une pondération correcte, non seulement de l'ensemble des activités au service des trois employeurs, mais des variations somme toute importantes entre les salaires perçus pour chacun des mois en question.

5. En définitive, la décision entreprise s'avère mal fondée, ce qui justifie d'admettre le recours dans le sens des conclusions du recourant tendant à la prise en compte de l'ensemble des revenus perçus durant les douze mois précédant son entrée en service, rémunération globale dont le douzième constituera le revenu mensuel moyen déterminant et, partant, le revenu journalier moyen qui déterminera à son tour l'allocation journalière disputée.

La décision attaquée est dès lors annulée, la cause étant renvoyée à l'intimée afin qu'elle procède à un nouveau calcul de l'allocation perte de gain du recourant, conformément aux considérants qui précèdent, et rende une nouvelle décision.

La procédure étant gratuite, n'y a pas lieu de percevoir de frais, ni d'allouer de dépens, le recourant ayant agi sans le concours d'un mandataire professionnel.

**Par ces motifs,
le juge unique
p r o n o n c e :**

- I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 27 juin 2018 par la Caisse AVS de la Fédération vaudoise des entrepreneurs est annulée et la cause lui est renvoyée pour nouvelle décision au sens des considérants.

- III. Il n'est pas perçu de frais de justice ni alloué de dépens.

Le juge unique :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- S. _____,
- 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 :