

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 20 décembre 2021

Composition : Mme PASCHE, présidente
Mme Di Ferro Demierre et M. Piguet, juges
Greffière : Mme Rochat

Cause pendante entre :

, à Morges, recourante,

et

Q. _____, à Aarau, intimée.

Art. 2 al. 3 et 5 al. 2 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19

E n f a i t :

A. T._____ (ci-après également : l'assurée ou la recourante) exploite comme indépendante la raison de commerce [...], active dans le domaine de la restauration.

Par demande du 5 novembre 2020, elle a déposé auprès de Q._____ Caisse de compensation (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 5 novembre 2020 au 30 avril 2021, à hauteur de 112 fr. par jour, selon décomptes des 2 décembre 2020, 13 janvier, 3 février, 25 mars, 22 avril et 3 mai 2021.

Le 11 mai 2021, l'assurée a requis de la Caisse que le revenu déterminant pour le calcul de l'indemnité soit fixé sur la base de sa taxation fiscale définitive pour 2019. Elle a joint à son courrier deux décisions datées du 18 novembre 2020 de taxation définitive pour 2017 et 2018, ainsi qu'une décision du 16 décembre 2020 de taxation définitive pour 2019.

Considérant que l'écriture de T._____ constituait une opposition au décompte de prestations du 3 mai 2021, la Caisse l'a rejetée par décision sur opposition du 25 mai 2021. Elle a rappelé que pour les ayants droit qui avaient déjà perçu une indemnité fondée sur la version de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020, la base de calcul restait la même. Comme l'assurée avait perçu des allocations pour perte de gain avant le 17 septembre 2020, un nouveau calcul pour la période contestée prenant un compte une base plus récente était donc exclu.

B. Par acte du 27 mai 2021, T._____ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la Cour des assurances sociales du

Tribunal cantonal, concluant implicitement à ce que le montant des allocations pour perte de gain en cas de coronavirus soit fixé sur la base de la décision définitive de taxation pour l'année 2019. Elle a expliqué que son revenu en 2019 était très supérieur aux années précédentes et qu'elle se retrouvait injustement pénalisée pour le calcul de l'allocation perte de gain parce qu'elle n'avait pu produire que tardivement la décision de taxation définitive pour les années 2017 à 2019 en raison de son emménagement, en février 2019, dans le canton de Vaud.

Dans sa réponse du 7 juin 2021, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle a rappelé, en substance, qu'au vu des teneurs successives de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, la base de calcul restait la même pour les ayants droit qui avaient déjà perçu une indemnité fondée sur la version de l'ordonnance en vigueur jusqu'à 16 septembre 2020, considérant implicitement que la décision de taxation pour l'année 2019 qui avait été rendue le 16 décembre 2020 ne pouvait être prise en compte.

La recourante a répliqué le 23 juin 2021 en rappelant les arguments déjà développés dans le cadre de ses précédentes écritures.

Le 5 juillet 2021, l'intimée a indiqué qu'elle renonçait à commenter la réplique du 23 juin 2021 et a renvoyé pour le surplus à ses déterminations du 7 juin 2021.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent aux allocations pertes de gain en lien avec le coronavirus, sous réserve de dérogations expresses (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 ; RS 830.31]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours auprès du tribunal des

assurances compétent (art. 56 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'espèce, le recours a été interjeté 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 respecte pour le surplus les formalités prévues par la loi (cf. art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable.

2. A teneur de la décision sur opposition attaquée, est seule litigieuse la question du revenu déterminant pour le calcul de l'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus.

3. **a)** Selon l'art. 2 al. 3^{bis} de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020), les personnes considérées comme indépendantes au sens de l'art. 12 LPGA qui n'étaient pas concernées par l'al. 3 avaient 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) Selon l'art. 2 al. 3^{bis} de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (dans sa teneur en vigueur depuis le 17 septembre 2020 ; RO 2020 4571), les personnes considérées comme indépendantes au sens de l'art. 12 LPGA ont droit à l'allocation pour autant qu'elles soient assurées obligatoirement au sens de la LAVS, si leur activité lucrative est significativement limitée en raison de mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19 ordonnées par une autorité, et si elles subissent une perte de gain ou une perte de salaire et si elles ont touché pour cette activité au moins 10'000 fr. à titre de revenu soumis aux cotisations AVS en 2019.

4. a) 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) précisait 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'appliquait par analogie. Après la fixation du montant de l'allocation, cette dernière ne pouvait faire l'objet d'un nouveau calcul que si une taxation fiscale plus récente était 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.

b) L'art. 5 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (dans sa teneur en vigueur depuis le 17 septembre 2020) précise que pour déterminer le montant du revenu déterminant pour l'allocation, l'art. 11 al. 1 LAPG s'applique par analogie (al. 2). Pour les ayants droit exerçant une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 2, al. 1^{bis}, let. b, ch. 2, al. 3 ou 3^{bis}, qui ont déjà perçu une allocation en vertu de la version de la présente ordonnance qui était en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020, la base de calcul reste la même (al. 2^{bis}). Pour les ayants droit exerçant une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 2, al. 1^{bis}, let. b, ch. 2, al. 3, 3^{bis} ou 3^{quinquies}, le revenu soumis aux cotisations AVS en 2019 est déterminant pour le calcul de l'allocation. Une fois le montant de l'allocation fixé, un nouveau calcul se fondant sur une base de calcul plus récente est exclu (al. 2^{ter}).

d) 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.

e) En vertu de l'art. 7 al. 1 RAPG (règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain ; RS 834.11), 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.

5. a) Selon le ch. 1065 de la CCPG (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, dans sa teneur en vigueur depuis le 17 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. Pour les ayants droit qui ont déjà perçu une indemnité fondée sur la version de l'ordonnance en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020, la base de calcul reste la même.

b) Le ch. 1065.1 de la CCPG (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020) précisait, lorsque l'indemnité avait été fixée sur la base des revenus utilisés pour les acomptes de cotisation 2019 et que ceux-ci n'avaient pas été adaptés depuis la dernière décision définitive de cotisation, que les revenus de la dernière décision définitive de cotisation devaient être pris en compte sur demande du bénéficiaire. Si, au moment de la demande, la taxation fiscale pour 2019 était déjà disponible, c'est celle-ci qui devait être prise en compte. La demande de nouveau calcul, respectivement de révision ou de reconsidération devait être adressée à la caisse de compensation au plus tard le 16 septembre 2020.

c) Le ch. 1065.1 de la CCPG (dans sa teneur en vigueur depuis le 17 septembre 2020) précise que, pour les personnes exerçant une activité lucrative indépendante, on se base sur le revenu de l'activité

lucrative qui détermine les acomptes de cotisations pour calculer le montant de l'allocation conformément au ch. 1041.5.

6. a) Les tribunaux – Tribunal fédéral ou tribunaux cantonaux – peuvent examiner à titre préjudiciel la légalité et la constitutionnalité d'ordonnances du Conseil fédéral. Ils examinent en principe librement la légalité et la constitutionnalité des ordonnances, dites dépendantes, de cette autorité qui reposent sur une délégation législative. Ils analysent, dans un premier temps, si l'ordonnance reste dans les limites des pouvoirs conférés par la loi au Conseil fédéral, mais ils ne peuvent pas contrôler si la délégation elle-même est admissible. Si l'ordonnance est conforme à la loi, ils examinent, dans un second temps, sa conformité à la Constitution, à moins que la loi ne permette d'y déroger. Lorsque la délégation législative 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. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101). Dans un tel cas, les tribunaux doivent 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 ; ils ne sont pas habilités à substituer leur propre appréciation à celle du Conseil fédéral. Ils se limitent à vérifier si la disposition litigieuse est propre à réaliser objectivement le but visé par la loi, sans se soucier, en particulier, de savoir si elle constitue le moyen le plus approprié pour atteindre ce but. Il ne revient pas aux tribunaux d'examiner l'opportunité de l'ordonnance ou de prendre position au sujet de l'adéquation politique, économique ou autre d'une disposition d'une ordonnance (ATF 146 II 56 consid. 6.2.2 et les références).

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 a appliqué strictement l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ainsi que les directives de l'OFAS et s'est fondée, pour déterminer le montant de l'indemnité journalière, sur le calcul qui avait servi à fixer l'indemnité versée sur la base de l'ordonnance en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020.

La recourante demande implicitement que le revenu déterminant pour fixer le droit à l'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus à compter du 5 novembre 2020 soit calculé sur la base de la décision définitive de taxation établie pour la période fiscale 2019.

b) Dans un arrêt CASSO APG 42/20 - 12/2021 du 17 mai 2021, entré en force faute d'avoir été déféré devant le Tribunal fédéral par la caisse intimée et par l'Office fédéral des assurances sociales, la Cour de céans a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la problématique relative à la prise en considération de la décision définitive de taxation établie pour la période fiscale 2019 pour déterminer le revenu à prendre en compte pour le calcul de l'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus. Cet arrêt reposait sur les considérations suivantes (consid. 6c) :

« **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 réglementer 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 141 I 153 consid. 5.1 ; 140 I 77 consid. 5.1 ; 137 V 334 consid. 6.2.1 ; 134 I 23 consid. 9.1).

bb) En édictant l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, le Conseil fédéral avait posé le principe que la base de calcul de l'allocation pour les indépendants devait correspondre en principe au revenu réalisé en 2019, tout 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. Dans leur teneur en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020, l'art. 5 al. 2 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ainsi que le ch. 1065.1 de la CCPG étaient cependant 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 dépendait d'un facteur purement aléatoire, à savoir la célérité mise par les autorités fiscales pour établir ladite taxation. La personne concernée n'avait toutefois aucune prise sur la procédure de taxation car elle ne disposait 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) – revenait à privilégier, arbitrairement et sans motif légitime, les personnes dont le dossier avait été traité par les autorités fiscales avant cette date par rapport à celles dont la taxation n'avait

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

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

c) Les principes exposés au considérant précédent sont également applicables pour le calcul des allocations pour perte de gain en cas de coronavirus versées dès le 5 novembre 2020. Dans leur teneur en vigueur depuis le 17 septembre 2020, les art. 5 al. 2^{bis} et 2^{ter} ainsi que les ch. 1065 et 1065.1 de la CCPG consacrent également une inégalité de traitement au sens de l'art. 8 al. 1 Cst., dans la mesure où ils ne permettent pas à un certain nombre de bénéficiaires de se prévaloir de la décision définitive de taxation relative à la période fiscale 2019. Certes, le Conseil fédéral a, par ce biais, voulu exclure qu'une décision d'allocation puisse être révisée après le 16 septembre 2020 ou après le calcul de l'allocation. Ce faisant, il a adopté une solution législative qui n'est manifestement pas compatible avec les principes constitutionnels qui doivent guider l'action de l'Etat.

Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que les personnes considérées comme indépendantes au sens de l'art. 12 LPGA peuvent se prévaloir de la décision définitive de taxation relative à l'année 2019 dès que celle-ci est disponible pour le calcul de l'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus.

8. 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 pour la période courant du 5 novembre 2020

au 30 avril 2021, en tenant compte de la décision définitive de taxation pour la période fiscale 2019 produite le 11 mai 2021.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f bis LPGA), ni d'allouer de dépens, la partie recourante ayant procédé sans mandataire qualifié (ATF 127 V 205 consid. 4b).

**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 25 mai 2021 par Q._____ est annulée, la cause lui étant renvoyée pour nouvelle décision au sens des considérants.

III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- T._____,
- Q._____,
- 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 :