

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 1<sup>er</sup> février 2022

---

Composition : Mme PASCHE, présidente  
Mme Dessaux et M. Piguët, juges  
Greffière : Mme Berseth

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

I. \_\_\_\_\_, à [...], recourante,

et

**CAISSE CANTONALE VAUDOISE DE COMPENSATION AVS**, à Vevey,  
intimée.

---

**Art. 11 LAPG; art. 2 al. 2, 2 al. 3<sup>bis</sup> Ordonnance sur les pertes de gain COVID-19**

**E n f a i t :**

**A.** I. \_\_\_\_\_ (ci-après : l'assurée ou la recourante) est affiliée en qualité de photographe indépendante à la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS (ci-après : la Caisse AVS ou l'intimée) depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2013.

Par décision du 7 février 2019, la Caisse AVS a fixé les acomptes de cotisations personnelles de l'assurée pour l'année 2019 en se fondant sur un revenu déterminant de 10'500 francs.

Entre mars 2020 et septembre 2020, l'assurée a déposé plusieurs formulaires de demande d'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus (COVID-19), faisant état de l'impossibilité de prendre part à des manifestations, annulées compte tenu des règles sanitaires. La Caisse AVS a alloué des indemnités calculées sur la base d'un revenu déterminant de 10'500 fr., soit 24 fr. par jour.

Le 9 octobre 2020, l'assurée a transmis à la Caisse AVS les documents nécessaires à l'adaptation de ses acomptes de cotisations personnelles, afin de tenir compte de l'évolution de ses revenus.

Par décision du 26 octobre 2020, la Caisse AVS a procédé à un nouveau calcul des cotisations provisoirement réclamées pour l'année 2019, fondées sur un revenu déterminant de 43'600 francs.

Le 27 février 2021, l'assurée a transmis à la Caisse AVS un formulaire de demande d'allocation pour perte de gain COVID-19 pour la période du 1<sup>er</sup> janvier au 31 mars 2021.

Par décompte du 4 mars 2021, la Caisse AVS a servi une allocation correspondant à 31 jours pour janvier 2021 et 28 jours pour février 2021, rémunérés à hauteur de 24 fr. par jour.

Le 6 avril 2021, l'assurée s'est opposée au décompte d'allocation précité, contestant en particulier le montant de l'indemnité journalière de 24 francs. Elle estimait que, dès lors qu'elle avait demandé la rectification de ses acomptes de cotisations, le montant de l'allocation versée depuis janvier 2021 devait être calculé sur le nouveau gain déterminant fixé par décision du 26 octobre 2020.

Le 19 avril 2021, la Caisse AVS a rendu une décision définitive de cotisations personnelles pour l'année 2019, tenant compte d'un revenu déterminant de 42'600 francs.

Le 12 mai 2021, l'assurée a transmis à la Caisse AVS sa décision de taxation fiscale pour l'année 2019.

Par décision sur opposition du 3 août 2021, la Caisse AVS a rejeté l'opposition formée par l'assurée. Elle a estimé que, dans la mesure où l'assurée avait déjà perçu des indemnités sur la base de la législation en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020, le montant de l'indemnité allouée à l'époque devait continuer à s'appliquer, sans que puisse être prise en compte une adaptation ultérieure du revenu de l'activité fondée sur une taxation fiscale définitive ou une modification du montant des cotisations pour 2019 intervenue après le 17 mars 2020. Devait ainsi être pris en considération le revenu déterminant de 10'500 fr., tel que défini par la décision d'acomptes de cotisations pour l'année 2019 du 7 février 2019.

**B.** Par acte du 31 août 2021, l. \_\_\_\_\_ a recouru contre la décision sur opposition du 3 août 2021, dont elle a implicitement conclu à la réforme en ce sens que le montant de ses allocations perte de gain soit fixé sur la base de ses revenus réels, tels qu'ils ressortaient de la décision de taxation définitive pour l'année 2019.

Dans sa réponse du 12 octobre 2021, la Caisse AVS a conclu au rejet du recours, considérant que le régime légal ne lui permettait pas de modifier la base de calcul de l'allocation due à l'assurée ensuite de sa demande du 27 février 2021.

### **E n d r o i t :**

**1.** **a)** Les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; 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 du 20 mars 2020 sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus [Ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ; 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 al. 1 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 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.** Est litigieuse en l'espèce la question du revenu déterminant pour le calcul de l'allocation perte de gain COVID-19 de la recourante pour les mois de janvier et février 2021.

**3. a)** Selon l'art. 2 al. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (dans sa teneur en vigueur depuis le 17 septembre 2020), 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 loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10), si elles doivent interrompre leur activité lucrative 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.

Aux termes de l'art. 2 al. 3<sup>bis</sup> de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, 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.

**b)** L'art. 5 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, qui fixe les règles relatives au montant du revenu déterminant pour le calcul de l'allocation perte de gain, a subi plusieurs modifications au fil du temps.

Dans sa teneur en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020, l'art. 5 al. 2 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 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 déposât une demande de nouveau calcul d'ici à cette date.

Dans sa teneur en vigueur entre le 17 septembre 2020 et le 30 juin 2021, l'art. 5 al. 2 de ladite ordonnance stipulait que pour déterminer le montant du revenu déterminant pour l'allocation, l'art. 11 al. 1 LAPG s'appliquait par analogie (al. 2). Pour les ayants droit exerçant une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 2, al. 1<sup>bis</sup>, let. b, ch. 2, al. 3 ou 3<sup>bis</sup>, qui avaient 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 restait la même (al. 2<sup>bis</sup>). Pour les ayants droit exerçant une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 2, al. 1<sup>bis</sup>, let. b, ch. 2, al. 3, 3<sup>bis</sup> ou 3<sup>quinq</sup>, le revenu soumis aux cotisations AVS en 2019 était 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 était exclu (al. 2<sup>ter</sup>).

Enfin, dans sa teneur applicable depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2021, l'art. 5 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 indique 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<sup>bis</sup>, let. b, ch. 2, al. 3 ou 3<sup>bis</sup>, 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<sup>bis</sup>). Pour les ayants droit exerçant une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 2, al. 1<sup>bis</sup>, let. b, ch. 2, al. 3, 3<sup>bis</sup> ou 3<sup>quinq</sup>, non visés à l'al. 2<sup>bis</sup>, le revenu soumis aux cotisations AVS en 2019 est déterminant pour le calcul de l'allocation (al. 2<sup>ter</sup>). Si, pour les ayants droit exerçant une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 2, al. 1<sup>bis</sup>, let. b, ch. 2, al. 3, 3<sup>bis</sup> ou 3<sup>quinq</sup>, la taxation fiscale 2019 indique un revenu de l'activité lucrative supérieur à la base de calcul prévue à l'al. 2<sup>bis</sup> ou 2<sup>ter</sup>, les allocations futures sont calculées, à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2021, en fonction de la taxation fiscale 2019 (al. 2<sup>ter0</sup>).

**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 du règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG ; 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.

**4.** **a)** Selon le ch. 1065 de la CCPG (Circulaire sur l'allocation pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus - Corona-perte de gain, du Département fédéral de l'Intérieur, Office fédéral des assurances sociales [OFAS]), 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 cotisations) 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 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.

**c)** En vertu du ch. 1065.2 de la CCPG, le revenu retenu dans la taxation fiscale 2019 - si elle est disponible - doit, pour le calcul des allocations dues à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2021, être pris en compte d'office si cela est plus avantageux pour l'assuré. Cette nouvelle base de calcul n'a aucun effet sur les prestations dont le droit est né avant le 1<sup>er</sup> juillet 2021.

**5.** **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 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. 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).

**6. a)** Dans la décision attaquée, l'intimée a procédé à une stricte application des directives de l'OFAS et a déterminé le montant du

revenu moyen de l'activité lucrative sur la base de la décision d'acomptes du 7 février 2019, qui fait mention d'un revenu de 10'500 francs. Elle a en outre fait valoir qu'elle n'était pas autorisée à se fonder sur la décision définitive de taxation établie pour la période fiscale 2019 durant toute la période courant du 17 septembre 2020 au 30 juin 2021.

De son côté, la recourante demande que le montant du revenu déterminant soit fixé sur la base de la décision définitive de taxation fiscale établie pour l'année 2019.

**b)** Dans un arrêt CASSO APG 42/20 - 12/2021, entré en force faute d'avoir été déféré devant le Tribunal fédéral par la caisse intimée et par l'OFAS, 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 de la Constitution fédérale (RS 101) 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 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 fiscale de l'année 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 la Cour de céans avait-elle admis qu'il fallait retenir que la limitation dans le temps de la possibilité de se prévaloir de la décision définitive de taxation fiscale pour 2019 ne reposait sur aucun motif sérieux et objectif et qu'elle était, partant, contraire au principe de l'égalité de traitement.

**dd)** Depuis lors, la Cour de céans a rendu plusieurs arrêts dans le même sens, eux aussi entrés en force faute d'avoir été contestés (CASSO APG 35/20 – 21/2021; 15/21 – 19/2021; 13/21 – 16/2021).

**c)** Les principes exposés au considérant qui précède s'imposent également pour le calcul des allocations pour perte de gain en cas de coronavirus versées à compter du 17 septembre 2020, applicables en l'espèce, puisque la recourante demande les allocations pour les mois de janvier et février 2021. Dans leur teneur en vigueur depuis cette date, les art. 5 al. 2<sup>bis</sup> et 2<sup>ter</sup> ainsi que les ch. 1065, 1065.1 et 1065.2 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.

**d)** Quant aux modifications de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2021 aux termes desquelles les assurés peuvent désormais se prévaloir de la décision définitive de taxation relative à 2019 pour demander le versement des allocations pour perte de gain en cas de coronavirus à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2021, elles démontrent tout au plus le malaise du Conseil fédéral par rapport à la solution qu'il a adoptée pour les allocations dues avant cette date.

**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 pour la période courant du 1<sup>er</sup> janvier au 28 février 2021 en tenant compte de la décision définitive de taxation pour la période fiscale 2019.

**b)** Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA).

**c)** La recourante ayant agi sans l'assistance d'un mandataire professionnel, elle n'a pas droit à une indemnité de dépens.

**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 3 août 2021 par la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS 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 :

- I. \_\_\_\_\_, à [...],
- Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS, à Vevey,
- Office fédéral des assurances sociales, à Berne,

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 :