

S1 22 57 – S1 22 58

JUGEMENT DU 27 JANVIER 2023

**Tribunal cantonal du Valais
Cour des assurances sociales**

Composition : Candido Prada, président ; Jean-Bernard Fournier et Christophe Joris, juges ; Pierre-André Moix, greffier

en la cause

X _____, recourant,

et

Y _____, recourant

tous deux représentés par Maître Z _____, avocat,

contre

CAISSE DE COMPENSATION DU CANTON DU VALAIS, 1951 Sion, intimée

(Allocations pour perte de gain, Covid-19)

Faits

A. Y _____ et X _____ sont deux des quatre associés de la A _____ (CHE-xxx), laquelle est active dans l'organisation et la réalisation de vols en parapente biplace.

Le 14 mars 2020, contraints de renoncer à leur activité en raison de la pandémie Covid-19, X et Y _____ ont déposé une demande d'allocations pour perte de gain auprès de la Caisse de compensation du canton du Valais (CCC).

Par pli du 26 mai 2020, les intéressés, représentés par B _____ SA, ont estimé que les APG versées jusqu'alors étaient basées sur des chiffres erronés. Ils ont dès lors requis que ces allocations soient calculées en fonction de leurs revenus 2019, éventuellement 2018.

Le 22 février 2021, X _____ s'est adressé à la CCC pour son associé et lui-même en expliquant que les déclarations d'impôts des années 2015 à 2018 avaient été mises en attente en raison d'un contrôle fiscal et que désormais les taxations définitives de ces années étaient disponibles, celle concernant 2019 devant encore être établie. Il a implicitement conclu à la prise en compte du revenu 2019 pour fixer les APG et a joint à son envoi des copies de sa déclaration d'impôts 2019 ainsi que celle de son associé Y _____.

B. Par décisions du 27 avril 2021 adressées séparément aux deux assurés, la CCC a expliqué que la réception après le 16 septembre 2020 d'une décision de taxation définitive ne pouvait être prise en compte, ce qui était le cas des intéressés, leurs taxations définitives pour les années 2015 à 2019 étant parvenues à l'administration postérieurement à cette date. Dès lors, le revenu déterminant pour fixer les APG était celui qui avait été utilisé pour la fixation des acomptes de cotisations AVS pour l'année 2019. Ainsi, les montants journaliers de 73 fr. 60 (X _____) et 100 fr. (Y _____) qui avaient déjà été versés étaient confirmés.

Le 17 mai 2021, X et Y _____, représentés par B _____ SA, ont formé opposition contre cette décision auprès de la CCC, concluant au calcul des APG requises sur la base de leur revenu 2019, selon la taxation définitive 2019, ou subsidiairement selon la taxation 2018. Ils ont fait valoir qu'ils n'avaient pas été invités à produire jusqu'au 16 septembre 2020 une taxation définitive, que le principe d'égalité de traitement n'était pas respecté, les assurés taxés définitivement au 16 septembre 2020

étant traités différemment de ceux qui ne l'étaient pas encore. Enfin, la décision présentait un effet rétroactif, ni l'exigence d'une taxation définitive, ni le délai du 16 septembre 2020 n'étant fixés dans la législation en vigueur au moment du versement des allocations.

La CCC a rejeté les griefs des intéressés par décisions sur opposition du 11 février 2022. Elle a maintenu sa position selon laquelle les taxations définitives des années 2015 à 2019 lui étaient parvenues après le 16 septembre 2020 et que dès lors l'adaptation des allocations sur la base de la taxation fiscale 2018 ou 2019 ne pouvait avoir lieu. Elle a ainsi confirmé les bases de calcul déjà retenues, à savoir la dernière décision définitive de cotisation disponible, soit celle de 2014. Par conséquent, les bases de calcul s'élevaient à xx1 fr. pour Y _____ et à xx2 fr. pour X _____.

C. Représentés par Me Z _____, les intéressés ont interjeté recours cédans le 15 mars 2022 contre ces décisions sur opposition. Ils ont soutenu que les montants retenus pour fixer les APG, soit ceux de l'année 2014, ne correspondaient pas à la réalité de leurs revenus effectivement réalisés en 2019 et que c'était le revenu réel fixé par la taxation définitive de cette année-là qui devait être pris en compte, soit 83 240 fr. pour les deux assurés. De plus, la date butoir du 16 septembre 2020 n'était prévue que dans une circulaire administrative et pas dans l'ordonnance Covid-19 sur les pertes de gain, de sorte qu'elle ne saurait leur être opposable. Enfin, c'était en raison d'une expertise diligentée par l'administration cantonale des finances qu'ils avaient dû attendre quatre ans pour recevoir leur taxation définitive, et ils n'étaient ainsi pas responsables de cette situation.

Dans ses réponses du 26 avril 2022, la CCC s'est contentée de répéter les arguments déjà développés dans ses décisions sur opposition du 11 février 2022.

Les recourants ont répliqué le 13 juin 2022, soulignant que les directives de l'OFAS n'étaient pas opposables aux administrés et que l'ordonnance en vigueur au moment des faits ne fixait pas d'échéances pour obtenir des décisions. Ils ont ainsi maintenu leurs conclusions.

La CCC s'est déterminée le 17 août 2022 en citant l'article 5 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, état au 6 juillet 2020, laquelle prévoit la date butoir du 16 septembre 2020 dans son alinéa 2.

Considérant en droit

1.1 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 (article 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]).

Postés le 15 mars 2022, les présents recours contre les décisions sur opposition du 11 février précédent ont été interjetés dans le délai légal de trente jours devant l'instance compétente (article 56, 57 et 58 LPGa ; article 81a alinéa 1 de la loi cantonale du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives [LPJA, RS/VS 172.6]) ; ils répondent par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (article 61 lettre b LPGa), de sorte que la Cour doit entrer en matière.

1.2 Les recours reposent sur des faits de même nature, sont étroitement liés, portent sur des questions juridiques communes, de sorte qu'il se justifie de joindre les causes et de les liquider dans un seul jugement (ATF 131 V 59 consid. 1).

2.1 Le litige porte sur les montants des APG octroyés aux recourants en raison de la pandémie Covid-19 et plus particulièrement sur la base de calcul utilisée pour les fixer.

2.2 Depuis le 13 mars 2020, le Conseil fédéral a édicté plusieurs ordonnances visant à surmonter l'épidémie du COVID-19, en se fondant sur la loi sur les épidémies (LEp) ou sur l'article 185 alinéa 3 Cst. féd. Les ordonnances édictées sur la base de cette disposition constitutionnelle ont une durée limitée dans le temps.

L'ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus (COVID-19) (ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, RS 830.31) est entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020, pour une durée de six mois, soit jusqu'au 16 septembre 2020. Cette ordonnance a été plusieurs fois modifiée, afin d'être adaptée aux décisions prises par le Conseil fédéral en matière de lutte contre la pandémie de Covid-19.

Conformément à l'article 2 alinéa 3 en relation avec l'article 2 alinéa 1bis lettre c de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa teneur au 23 avril 2020, ont droit à l'allocation, pour autant qu'elles soient assurées obligatoirement au sens de la LAVS, les personnes considérées comme indépendantes au sens de l'article 12 LPGa qui

subissent une perte de gain en raison d'une mesure prévue à l'article 6 alinéa 1 et 2 de l'ordonnance du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19).

Selon l'alinéa 3bis de l'article 2 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, introduit pour éviter les cas de rigueur (décision du Conseil fédéral du 16.04.2020), en relation avec l'article 2 alinéa 1bis lettre c, ont également droit à l'allocation, les personnes considérées comme indépendantes au sens de l'article 12 LPG qui sont assurées obligatoirement au sens de la LAVS et qui ne sont pas concernées par l'alinéa 3, pour autant 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.

L'article 2 alinéa 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 a été complété le 19 juin 2020 (entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17.03.2020, RO 2020 2223) par la mention suivante : l'article 5 alinéa 2 2e phrase s'applique par analogie au calcul du revenu déterminant de l'année 2019.

2.3 L'article 5 alinéa 1 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 prévoit que l'indemnité journalière est égale à 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation. L'article 5 alinéa 2 1ère phrase précise que pour déterminer le montant de ce revenu, l'article 11 alinéa 1 LAPG s'applique par analogie. Il ressort pour l'essentiel de cette disposition que le revenu moyen est le revenu déterminant pour le calcul des cotisations dues conformément à la LAVS.

Aux termes de l'article 5 alinéa 2 2e phrase de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa teneur au 19 juin 2020 (RO 2020 2223), 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.

2.4 L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a émis des lignes directrices relatives à l'application de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 dans la circulaire sur l'allocation pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus – Corona-perte de gain (CCPG). Cette circulaire, valable à partir du 17 mars 2020, a été modifiée, au gré des adaptations de l'ordonnance.

De telles directives de 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 et 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 n'en tienne pas 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 administratives établissent des normes qui ne sont pas conformes aux dispositions légales applicables (ATF 145 V 84 cons. 6.1.1 et les références citées).

La détermination du revenu précédant le début du premier droit à l'allocation, pour les personnes exerçant une activité indépendante, est réglée au chapitre 5.2 CCPG (ch. 1065 à 1068 CCPG).

Selon le chiffre 1065 CCPG, dans sa version en vigueur depuis le mois de mai 2020, en principe, la base de calcul de l'indemnité pour les indépendants correspond 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. Dans sa version applicable dès le 19 juin 2020, le chiffre 1065.1 CCPG précise que si 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, 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 définitive 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.

Selon le chiffre 1068 CCPG, dans sa version applicable dès le 19 juin 2020, une adaptation ultérieure du revenu de l'activité lucrative, fondée sur une taxation fiscale définitive 2019, reçue après le 16 septembre 2020, n'a pas d'influence sur le montant de l'allocation. Il en va de même pour les changements du montant des acomptes de cotisation pour 2019 intervenus après le 17 mars 2020 (sous réserve du ch. 1065.1).

Dans son communiqué de presse du 19 juin 2020 relatif aux adaptations apportées à cette date à l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, le Conseil fédéral a rappelé que pour calculer le montant de l'allocation pour perte de gain COVID-19 des personnes exerçant une activité lucrative indépendante, les caisses de compensation se basent sur le revenu retenu pour établir les décomptes provisoires de cotisations (acomptes de cotisations) de 2019 ou sur la dernière décision définitive de cotisations. Il a par ailleurs expressément précisé que « toute adaptation rétroactive, en raison d'une nouvelle taxation fiscale définitive, de l'allocation pour perte de gain COVID-19 ayant déjà fait l'objet d'une décision est exclue après le 16 septembre 2020, date d'expiration de la validité de l'ordonnance. »

2.5 La loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19, RS 818.102), adoptée par l'Assemblée fédérale le 25 septembre 2020, a, à son article 15 (entré en vigueur avec effet rétroactif au 17.09.2020), fourni la base légale nécessaire pour la prolongation de l'allocation pour perte de gain COVID-19 au-delà du 16 septembre 2020 (échéance de la validité de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 fondée sur le droit de nécessité), tout en redéfinissant les conditions d'octroi.

Conformément à l'article 15 de la loi COVID-19, dans sa teneur au 26 septembre 2020 (modifiée depuis lors), le Conseil fédéral peut prévoir le versement d'allocations pour perte de gain aux personnes qui doivent interrompre ou limiter de manière significative leur activité lucrative à cause de mesures prises pour surmonter l'épidémie de COVID-19. Seules les personnes frappées par une perte de gain ou de salaire et qui, dans leur entreprise, ont subi une perte de chiffre d'affaires d'au moins 55 % par rapport au chiffre d'affaires moyen des années 2015 à 2019 sont considérées comme ayant dû limiter de manière significative leur activité lucrative (alinéa 1). Ont également droit à l'allocation notamment les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'article 12 LPG et les personnes qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur (alinéa 2).

Fondée désormais sur l'article 15 de la loi COVID-19, l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 a ainsi subsisté, tout en étant adaptée aux changements introduits par la loi. On notera que l'alinéa 3bis de l'article 2 de cette ordonnance, dans sa teneur au 19 juin 2020, a été abrogé en date du 11 septembre 2020 déjà, avec effet au 17 septembre 2020 (RO 2020 3705), soit encore sous l'ère du droit de nécessité. Cette disposition a ensuite été remaniée (cf. notamment art. 2 alinéa 3, 3bis, 3ter) en date du

4 novembre 2020, avec effet au 17 septembre 2020 (RO 2020 4571), après l'adoption et selon les nouveaux critères de la loi COVID-19.

L'article 5 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 a également été modifié le 4 novembre 2020, avec effet au 17 septembre 2020. Dans sa teneur à cette date, l'alinéa 2bis de cette disposition prévoit que pour les ayants droit exerçant une activité lucrative indépendante au sens notamment de l'article 2 alinéa 3 ou 3bis, qui ont déjà perçu une allocation en vertu de la version de l'ordonnance qui était en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020, la base de calcul reste la même. Conformément à l'alinéa 2ter, pour les ayants droit exerçant une activité lucrative indépendante au sens notamment de l'article 2 alinéa 3 ou 3bis, 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.

Dans son communiqué de presse du 11 septembre 2020, le Conseil fédéral a précisé que toutes les prestations octroyées sur la base de l'ordonnance en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020 (autrement dit sur la base de l'ordonnance fondée sur le droit de nécessité) prendraient automatiquement fin à cette date. S'agissant des personnes qui se trouvaient dans les situations nouvellement décrites, il a relevé que celles-ci pourraient continuer de recevoir une indemnisation après le 16 septembre 2020 par le biais de l'allocation Corona-perte de gain, mais qu'elles devraient déposer une nouvelle demande auprès de leur caisse de compensation. Cette exigence a été codifiée à l'article 10c (droit transitoire) de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 le 4 novembre 2020 (RO 2020 4571). A son alinéa 2, applicable au cas d'espèce, cet article prévoit en effet que le droit aux allocations dues en vertu de la version de l'ordonnance qui était en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020 est éteint, respectivement que les personnes qui, à l'entrée en vigueur de la modification du 4 novembre 2020, avaient droit à de telles allocations et qui font valoir un droit à des allocations en vertu de la version de l'ordonnance en vigueur à partir du 17 septembre 2020 doivent déposer une nouvelle demande.

3.1. En l'espèce, les recourants exercent une activité de parapente en tandem et ils ont dû, pour se conformer aux exigences du Conseil fédéral, cesser leur activité dès le 17 mars 2020. Ils remplissent ainsi les conditions d'octroi des APG, seul étant litigieux les montants de ces dernières pour chacun des recourants.

Ceux-ci estiment qu'à partir du moment où leur décision de taxation définitive 2019 était disponible, les APG devaient être fixées sur cette base, nonobstant le fait que cette information soit parvenue à la caisse de compensation après le 16 septembre 2020.

Le Tribunal fédéral a, dans un arrêt très récent destiné à la publication (9C_663/2021 du 6 novembre 2022), considéré qu'il convenait de distinguer la période allant du 17 mars au 16 septembre 2020, d'une part, et celle allant du 17 septembre 2020 au 30 juin 2021, d'autre part. Dans sa version en vigueur pendant la première période, l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 disposait qu'un nouveau calcul de l'allocation après sa fixation ne pouvait être effectué que si une taxation fiscale plus récente était envoyée à l'ayant droit avant le 16 septembre 2020 et que celui-ci déposait une demande dans ce sens avant cette date. Les versions de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, en vigueur durant la période suivante (du 17 septembre 2020 au 30 juin 2021), excluaient, une fois les indemnités fixées, tout nouveau calcul fondé sur une base de calcul plus récente.

S'agissant de la période allant jusqu'au 16 septembre 2020, le Tribunal fédéral a estimé que la solution retenue échappait à la critique. L'ordonnance litigieuse se fondait sur le droit de nécessité (article 185 de la Constitution fédérale) et, au vu de l'urgence de la situation, le Conseil fédéral disposait d'une marge de manœuvre importante ; il avait dû intervenir rapidement et adopter des règles simples. Il en allait autrement de la période allant du 17 septembre 2020 au 30 juin 2021. La situation n'était alors plus aussi urgente qu'auparavant. Dans la pesée des intérêts, le respect des droits constitutionnels revêt dès lors un poids prépondérant. Il convient en particulier de tenir compte du fait que les personnes concernées n'avaient aucune influence sur la date de traitement de leur déclaration d'impôt. Le Tribunal fédéral a ainsi considéré que la solution retenue pour la période postérieure au 17 septembre 2020 contrevenait en définitive au principe d'égalité de traitement (consid. 11.4).

3.2 Dès lors, en application de cette jurisprudence, il convient de distinguer deux périodes d'indemnisation dans les allocations à verser aux recourants.

La CCC a déterminé les APG des recourants en se fondant sur la dernière décision de taxation relative aux cotisations AVS en force, soit celle portant sur l'année 2014 (montants retenus : xx1 fr. pour Y _____ et xx2 fr. pour X _____). Ce mode de faire ne prête pas le flanc à la critique. En effet, à la date du 16 septembre 2020, l'intimée n'était pas en possession de la taxation fiscale définitive ou provisoire des années 2015

à 2019, de sorte qu'elle ne pouvait en faire usage pour fixer les revenus déterminants dans le cadre du calcul des APG.

Pour la période courant du 17 mars 2020 au 16 septembre suivant, il convient ainsi de confirmer les chiffres retenus par la CCC.

En revanche, il en va différemment pour les APG servies postérieurement au 16 septembre 2020, en application de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral développée ci-dessus. Pour ces prestations, le montant de référence devra être déterminé en se basant sur les décisions de taxation définitives 2019 des recourants, établies le 18 février 2021 pour Y _____ et le 11 mars 2021 pour X _____.

Compte tenu de ce qui précède, les recours sont partiellement admis, le montant des indemnités étant confirmé pour la période courant du 17 mars au 16 septembre 2020 et la cause étant renvoyée à la CCC pour nouveau calcul des indemnités dues à partir du 17 septembre 2020, dans le sens des considérants.

4.1 Il n'est pas perçu de frais de justice, la procédure portant sur un litige en matière de prestations (art. 61 lettre fbis LPGa).

4.2 Les recourants obtenant partiellement gain de cause ont droit à des dépens, à la charge de la CCC (art. 61 let. g LPGa, 91 al. 1 et 2 LPJA et 40 al. 1 LTar). Les frais d'un conseil juridique comprennent les honoraires, calculés selon les articles 27 et suivants LTar, auxquels s'ajoutent les débours (art. 4 al. 3 LTar). Les dépens sont arrêtés forfaitairement entre 550 et 11 000 fr., TVA comprise (art. 27 al. 5 et 40 al. 1 LTar). En l'espèce, Me Z _____ a déposé deux recours de cinq pages sensiblement identiques ainsi que deux brèves déterminations. Les dépens sont donc arrêtés à 800 fr., débours et TVA compris, pour chaque recourant, et mis à la charge de la CCC.

Prononce

1. Les recours sont partiellement admis et les causes renvoyées à la CCC pour nouveau calcul des allocations pour perte de gain à partir du 17 septembre 2020.
2. Il n'est pas perçu de frais.
3. La CCC versera à Y _____ et X _____ une indemnité de 800 fr. chacun pour leurs dépens.

Sion, le 27 janvier 2023