

Jurisprudence et pratique administrative

AVS

Assurance-vieillesse et survivants

AI

Assurance-invalidité

PC

Prestations complémentaires à l'AVS/AI

APG

Allocations pour perte de gain

AF

Allocations familiales

Pratique	
AVS/AI/APG: Circulaire concernant la prise en charge des taxes et droits sur l'acheminement postal des lettres et des colis ainsi que sur le trafic des paiements postaux (CTDP)	165
AVS: Octroi de bonifications pour tâches d'assistance	166
AVS: Calcul anticipé des rentes – Diverses questions	167
Informations	
Nouvelles personnelles	168
Droit	
AVS. Extension de la qualité d'assuré Arrêt du TFA du 31 mars 2000 en la cause N. E.	170
AVS. Obligation de cotiser de l'assuré sans activité lucrative dont le conjoint a lui-même versé des cotisations à l'AVS Arrêt du TFA du 7 décembre 2000 en la cause J. B.	175
Cotisations AVS; délimitation entre activité lucrative indépendante et dépendante dans le cas d'une personne donnant des cours Arrêt du TFA du 6 avril 2001 en la cause M. L.	178
Cotisations AVS des assurés n'exerçant aucune activité lucrative; prise en compte de la valeur de rachat d'assurances sur la vie Arrêt du TFA du 5 mars 2001 en la cause F. P.	183
Cotisations AVS/AI/APG. Personnes sans activité lucrative. Pension alimentaire Arrêt du TFA du 7 mai 2001 en la cause M. G.	186
Cotisations AVS. Responsabilité de l'employeur Arrêt du TFA du 6 novembre 2000 en la cause F. B.	194
AVS. Computation de la durée du mariage Arrêt du TFA du 9 juin 1999 en la cause H. Z.	200
PC. Délai de carence Arrêt du TFA du 6 novembre 2000 en la cause W. Z.	202

Pratique VSI 4/2001 – juillet/août 2001

Editeur
Office fédéral des assurances sociales
Effingerstrasse 20, 3003 Berne
Téléphone 031 322 90 11
Téléfax 031 322 78 41

Distribution
OFCL/EDMZ, 3003 Berne
www.admin.ch/edmz

Rédaction
Service d'information OFAS
René Meier, tél. 031 322 91 43
E-mail: rene.meier@bsv.admin.ch

Prix d'abonnement
fr. 27.- + 2,3% TVA
(paraît six fois par année)
Prix au numéro fr. 5.-

Nouvelles publications concernant l'AVS/AI, les APG, les PC et les allocations familiales

	Source* N° de commande Langues, prix
Rapport annuel 1999 de l'OFAS sur l'AVS/AI/APG, approuvé par le Conseil fédéral le 12 mars 2001	BBL/EDMZ 318.121.99 f/d/T ¹
Mémento «Renonciation au prélèvement des cotisations à l'AVS, à l'AI, aux APG et à l'AC sur les revenus accessoires de minime importance». Etat au 1 ^{er} janvier 2001	2.04, f/d/i ²
Mémento «Calcul anticipé de la rente». Etat au 1 ^{er} janvier 2001	3.06, f/d/i ²
Mémento «Assurance-vieillesse, survivants et invalidité facultative». Etat au 1 ^{er} avril 2001	10.02, f/d/i/a/e ²

¹ OFCL/EDMZ, 3003 Berne, fax 031 325 50 58; e-mail:

verkauf.zivil@bbl.admin.ch; Internet: *www.admin.ch/edmz*.

² A retirer auprès des caisses de compensation ou des offices AI; les mémentos sont disponibles sur Internet à l'adresse *www.avs-ai.ch*.

Circulaire concernant la prise en charge des taxes et droits sur l'acheminement postal des lettres et des colis ainsi que sur le trafic des paiements postaux (CTDP)

(Extrait du Bulletin n° 100 à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'exécution des PC)

Lors d'une première rencontre avec les représentants de la Poste, consécutive aux nouveautés introduites le 1^{er} janvier 2001, nous avons été complimés pour la façon irréprochable et compétente avec laquelle les organes AVS/AI ont négocié le changement et il est légitime que nous vous fassions partager cette satisfaction.

Les premières exploitations tirées des formules remplies par vos soins démontrent que dans le domaine des envois en nombre (n° 7005 CTDP) il n'est pas approprié d'extrapoler les chiffres de l'enquête en valeurs annuelles. Dès lors il a été convenu avec la Poste que ces envois en nombre seront déposés dorénavant accompagnés d'un bordereau de dépôt. Ce dernier sera rempli lors des envois *des caisses de compensation et des offices AI* de la manière suivante:

<i>Expéditeur</i>	P.P.-AVS/AI/APG Centrale de compensation 18, av. Ed.-Vaucher 1211 Genève 2
<i>Numéro débiteur de l'expéditeur</i>	32124717
<i>Déposant</i>	Adresse de la caisse de compensation ou de l'office AI

Si l'envoi concerne uniquement une autre tâche, c'est la caisse de compensation concernée qui sera indiquée comme expéditeur. Dans ce cas, le numéro débiteur de l'expéditeur sera soit remplacé par le propre numéro de la caisse, soit laissé en blanc. Les taxes correspondantes seront alors facturées directement.

Les indications concernant les envois en nombre fournies dans la formule d'enquête ne doivent pas être modifiées. Le décompte correct se fera d'entente entre la Poste et l'OFAS. Quant aux envois en nombre des autres

tâches, ils seront facturés sur la base de la formule d'enquête, *sans extrapolation à des valeurs annuelles*.

En ce qui concerne les indications à donner dans la formule d'enquête, nous aimerions revenir sur les deux points suivants:

- Dans le champ «*Office postal de dépôt*» il y a lieu d'indiquer le lieu de destination et, dans les localités d'une certaine importance, le numéro d'acheminement postal spécifique. Le champ «*Pris en charge par l'office postal*» ne sera rempli que lorsque la Poste vient chercher le courrier au siège de la caisse de compensation.
- Le nombre des envois indiqué dans la formule globale de chaque caisse de compensation doit inclure le nombre des envois de toutes les autres tâches (cf. n^{os} 8011 et 8012 CTDP).

Pour vous permettre d'apporter dans les formules les compléments encore nécessaires, celles-ci sont à votre disposition jusqu'au 4 mai 2001. Les modifications ultérieures nous seront communiquées par écrit.

Nous vous réitérons nos vifs remerciements pour la collaboration efficace et engagée dont vous avez fait preuve à l'occasion du passage au nouveau système de prise en charge des taxes et droits sur l'acheminement postal des lettres et des colis ainsi que sur le trafic des paiements postaux.

Octroi de bonifications pour tâches d'assistance

(Extrait du Bulletin n° 101 à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'exécution des PC)

Jusqu'à présent, le droit aux bonifications pour tâches d'assistance était exclu lorsque la personne nécessitant des soins bénéficiait d'une allocation pour impotent de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire (n° 3005 Circ. BTA).

Dans plusieurs arrêts, le TFA a désormais déclaré cette pratique non conforme à l'article 29^{septies}, al. 1, LAVS. Par conséquent, des bonifications pour tâches d'assistance peuvent également être accordées lorsque la personne nécessitant des soins remplit les conditions d'octroi à l'allocation pour impotent de l'AVS ou de l'AI de degré moyen au moins mais ne peut pas en bénéficier à cause des règles de coordination qui accordent la priorité à l'allocation pour impotent de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire (art. 43^{bis}, al. 1, LAVS; art. 42, al. 1, LAI).

Le Tribunal fédéral publie ces arrêts également sur internet (www.bger.ch; arrêts du 9 avril 2001, H 188/99; du 2 avril 2001, H 308/99; du 7 mai 2001,

H 34/00). En outre, l'OFAS prépare actuellement un arrêt en vue de sa publication dans la Pratique VSI.

Cette nouvelle jurisprudence s'applique à tous les cas qui n'ont pas encore fait l'objet d'une décision entrée en force. La Circ. BTA sera modifiée en conséquence avec le prochain supplément.

Calcul anticipé des rentes – Diverses questions

(Extrait du Bulletin n° 101 à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'exécution des PC)

– Caisse compétente

Les règles sur la caisse compétente pour la fixation et le versement des rentes ordinaires s'appliquent également au calcul anticipé des rentes. La question de la compétence doit être examinée avant de procéder au RCI avec le nombre-clé ARC 92. Les vérifications qui doivent être faites sont les mêmes que lors de la procédure de fixation des rentes. S'il n'est pas possible de procéder autrement, des copies de CI peuvent d'abord être demandées au moyen du nombre-clé ARC 93 ou 98. Apparemment, dans de tels cas, des RCI sont parfois effectués avec le nombre-clé ARC 97. Ceci n'est toutefois pas admis pour déterminer la compétence de la caisse. L'OFAS contrôlera par sondage le respect de ces règles.

– RCI au moyen du nombre-clé ARC 92

Ce n'est qu'après avoir déterminé la caisse compétente que les CI peuvent être rassemblés au moyen du nombre-clé ARC 92. Si, après le rassemblement des comptes, une caisse constate qu'elle n'est en réalité pas compétente, elle doit néanmoins procéder au calcul anticipé.

Un RCI effectué avec le nombre-clé ARC 92 ne peut pas être révoqué.

Nouvelles personelles

Départ à la retraite de Hansruedi Vetter, directeur de la Caisse de compensation du canton d'Appenzell, Rh. Ext.

Afin avril 2001, Hansruedi Vetter a décidé de prendre une retraite anticipée. Depuis 1965 – avec une brève interruption en 1969/1970 – il a été employé de la Caisse de compensation du canton d'Appenzell Rh. Ext. En 1970, il a été nommé au poste de directeur adjoint. Le 4 décembre 1972, le Grand Conseil l'a nommé directeur de la Caisse de compensation – jusqu'au 1977, l'élection du directeur de la caisse de compensation était encore de la compétence du Grand Conseil, situation unique en Suisse. Le 1^{er} mars 1973, Hansruedi Vetter a débuté dans sa nouvelle fonction.

A l'instant de prendre une retraite bien méritée, Hansruedi Vetter était le plus ancien des directeurs de caisse en activité. Pendant une douzaine d'années, il a été réviseur des comptes de notre Conférence.

Nous le remercions chaleureusement pour son engagement au sein de notre Conférence, pour son esprit collégial ainsi que pour son activité durant 35 ans aux services de nos assurances sociales. Nous lui souhaitons de longues journées ensoleillées dans sa résidence de vacances entre Kronberg et le Säntis.

Conférence des caisses cantonales de compensation

Départ à la retraite d'Albert Fässler, directeur de la Caisse de compensation du canton d'Appenzell, Rh. Int.

Le 31 mars 2001 a marqué le départ à une retraite bien méritée d'Albert Fässler. Sa carrière dans les assurances sociales a débuté le 1^{er} décembre 1958, auprès de la Caisse de compensation du canton d'Appenzell Rh. Int. Depuis le 1^{er} janvier 1984, il a succédé à Franz Breitenmoser à la direction de la Caisse de compensation et de l'Office AI.

Il doit bien être le seul directeur d'une caisse de compensation à avoir, en même temps, géré une agence communale AVS. Il ouvrait une permanence de deux jours par mois dans l'enclave d'Oberegg. Cette expérience lui permettait de connaître parfaitement les soucis et les misères de nos clients.

Albert Fässler a également été très actif au niveau politique. Dans le district de Schwende, il a été maire-adjoint de 1979 à 1982, puis maire de 1982 à 1986. Depuis le 1^{er} janvier 1997, il est président des autorités tutélaires du demi-canton.

Nous le remercions chaleureusement pour tout son travail pendant 42 ans aux services des assurances sociales, pour son engagement au sein de notre Conférence ainsi que pour son esprit collégial. Nous lui souhaitons une retraite heureuse.

Conférence des caisses cantonales de compensation

Caisse de compensation du canton des Grisons

Le Gouvernement du canton des Grisons a nommé *Carl Hassler* directeur de l'établissement des assurances sociales et gérant de la caisse de compensation AVS. M. Hassler est entré en fonction le 1^{er} mai 2001.

AVS. Extension de la qualité d'assuré

Arrêt du TFA du 31 mars 2000 en la cause N. E.

(traduit de l'allemand)

Art. 1 al. 1 let. b et c LAVS (dans la teneur valable jusqu'au 31 décembre 1996); art. 1 al. 1 let. b et c, art. 1 al. 3 LAVS (dans la version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997): qualité d'assuré. Même après l'entrée en vigueur des dispositions introduites par la 10^e révision de l'AVS, il ne se justifie pas d'étendre à l'épouse la qualité d'assuré du mari, lorsque celle-ci dépend des conditions prévues à l'art. 1 al. 1 let. b ou c LAVS (dans la teneur valable jusqu'au 31 décembre 1996) – ou à l'art. 1 al. 1 let. b et c, ou encore à l'art. 1 al. 3 LAVS (dans la version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997).

Art. 3 al. 2 let. b et art. 29^{bis} al. 2 LAVS (dans la version en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996), en relation avec le ch. 1 let. g al. 2 des dispositions transitoires de la 10^e révision de l'AVS: durée de cotisation. Ne sont pas prises en compte en tant qu'années de cotisation les périodes pendant lesquelles l'épouse – qui n'a pas adhéré à l'assurance facultative – était domiciliée à l'étranger avec son mari, lequel était assuré obligatoirement en vertu de l'art. 1 al. 1 let. b et c LAVS ou en vertu du nouvel art. 1 al. 3 LAVS entré en vigueur le 1^{er} janvier 1997.

Art. 1 cpv. 1 lett. b e c LAVS (nella versione in vigore sino al 31 dicembre 1996); art. 1 cpv. 1 lett. b e c, art. 1 cpv. 3 LAVS (nel tenore vigente dal 1^o gennaio 1997): Qualità di assicurato. Nemmeno dopo l'entrata in vigore della 10^a revisione dell'AVS si giustifica di estendere alla moglie la qualità di assicurato del marito ai sensi dell'art. 1 cpv. 1 lett. b o c LAVS (nella versione in vigore sino al 31 dicembre 1996), rispettivamente dell'art. 1 cpv. 1 lett. b e c o dell'art. 1 cpv. 3 LAVS (nel tenore vigente dal 1^o gennaio 1997).

Art. 3 cpv. 2 lett. b e art. 29^{bis} cpv. 2 LAVS (nella versione in vigore sino al 31 dicembre 1996) in relazione con la cifra 1 lett. g cpv. 2 delle disposizioni transitorie della 10^a revisione dell'AVS: Periodo contributivo. Non sono presi in considerazione come anni di contribuzione i periodi nei quali la moglie, non partecipante all'assicurazione facultativa, era domiciliata all'estero con il marito obbligatoriamente assicurato giusta l'art. 1 cpv. 1 lett. b e c LAVS o in virtù dell'art. 1 cpv. 3 LAVS vigente dal 1^o gennaio 1997.

A. Par décision du 5 juin 1998, la caisse de compensation AVS a accordé à N. E., née en 1936, une rente de vieillesse ordinaire sur la base d'une durée de cotisations de 31 ans et 11 mois conformément à l'échelle de rentes 35. Ce calcul tenait compte notamment des lacunes de cotisations pour 1966 à 1969 et 1973

à début 1976, périodes pendant lesquelles l'assurée avait séjourné aux Etats-Unis avec son mari qui travaillait en tant qu'assistant de l'attaché militaire, puis en qualité de collaborateur de l'entreprise D. – délégué par l'entreprise S.

B. Le tribunal cantonal des assurances sociales a rejeté le recours interjeté contre cette décision car selon la jurisprudence des arrêts ATF 107 V 1 = RCC 1982 p. 117 et 104 V 121 = RCC 1979 p. 220, il n'était pas possible d'étendre la qualité d'assuré (obligatoire) du mari à N. E. pendant le séjour aux Etats-Unis, de sorte que la caisse de compensation avait tenu compte à juste titre des lacunes de cotisations pour les années en question faute pour l'assurée d'avoir eu son domicile en Suisse (jugement du 4 mars 1999).

C. N. E. a déposé un recours de droit administratif en concluant à l'octroi d'une rente de vieillesse calculée sur la base d'une échelle de rentes plus élevée. La caisse de compensation et l'OFAS ont conclu au rejet du recours. Lors d'un deuxième échange d'écritures, les parties ont eu la possibilité de se prononcer sur le préavis de l'OFAS.

Le TFA considère:

1a. La recourante soutient que, pour calculer la rente qui lui revient, il faut également tenir compte de la période durant laquelle elle a séjourné aux USA avec son mari.

b. Le montant de la rente ordinaire de vieillesse est déterminé par deux éléments: la durée de cotisations de l'assuré par rapport à celle de sa classe d'âge (échelle de rentes), d'une part, le revenu annuel moyen, d'autre part. Ont droit à une rente ordinaire complète les assurés qui comptent une durée complète de cotisations (art. 29 al 2 let. a LAVS), à savoir ceux qui, du 1^{er} janvier qui suit la date des 20 ans révolus jusqu'à la naissance du droit à la rente, présentent le même nombre d'années de cotisations que les assurés de leur classe d'âge (art. 29^{bis} al. 1 et 29^{ter} al. 1 LAVS); les années pendant lesquelles la femme mariée n'a pas versé de cotisations conformément à l'art. 3 al. 2 let. b LAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'à fin 1996) comptent comme années de cotisations (art. 29^{bis} al. 2 LAVS dans sa teneur en vigueur jusqu'à fin 1996; voir aussi l'art. 29^{bis} al. 2 LAVS [dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997] en corrélation avec la let. g al. 2 des dispositions transitoires de la 10^e révision de l'AVS). L'art. 3 al. 2 let. b LAVS prévoyait en effet que les épouses d'assurés sans activité lucrative étaient libérées de l'obligation de cotiser. Toutefois, les années exemptes de cotisations selon l'art. 29^{bis} al. 2 aLAVS ne sont prises en compte que si la femme mariée était personnellement assurée durant cette période (ATF 107 V 2 = RCC 1982 p. 117 consid. 1 et références citées).

c. Conformément aux dispositions de la LAVS dans leur teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997, sont obligatoirement assurées les personnes physiques domiciliées en Suisse (art. 1 al. 1 let. a LAVS), les personnes physiques qui exercent une activité lucrative en Suisse (art. 1 al. 1 let b LAVS), ainsi que les ressortissants suisses qui travaillent à l'étranger au service de la Confédération ou d'institutions désignées par le Conseil fédéral (art. 1 al. 1 let. c LAVS). Avant la 10^e révision de l'AVS, étaient également obligatoirement assurés les ressortissants suisses qui travaillaient à l'étranger pour un employeur en Suisse et qui étaient rémunérés par celui-ci (art. 1 al. 1 let c aLAVS). La teneur de cette disposition a été modifiée par l'art. 1 al. 3 LAVS dans la mesure où cette disposition prévoit que cette réglementation s'applique désormais non seulement aux ressortissants suisses mais aussi aux étrangers et que la continuation de l'assurance est facultative.

d. Sous l'ancienne législation, le TFA s'était prononcé, dans deux arrêts (ATF 104 V 121 = RCC 1979 p. 220 et TFA 107 V 1 = RCC 1982 p. 117; voir aussi RCC 1981 p. 318), sur la question de principe de savoir si une femme qui ne remplissait pas les conditions mentionnées ci-dessus pour être obligatoirement assurée, mais qui – comme en l'espèce – était mariée avec un assuré devait être considérée comme assurée en vertu de son mariage – conséquence en quelque sorte de l'unité du couple. Dans les premières années de l'AVS, on avait admis – ne fût-ce qu'occasionnellement – que tel le avait été la volonté du législateur (ATF 117 V 110 consid. 6a et références citées; *Hanspeter Käser*, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2^e édition, Berne 1996, n° 1.3). La Cour de céans a toutefois clairement rejeté ce point de vue (ATF 107 V 2 = RCC 1982 p. 117 consid. 1: «... le principe de l'unité du couple ne peut entraîner une extension de la qualité d'assuré du mari à la femme que dans les cas où cette unité ressort d'une situation de droit particulière»). Dans l'ATF 104 V 124 = RCC 1979 p. 220 consid. 3, le TFA poursuit «(Le Tribunal fédéral des assurances) a toutefois constaté et précisé d'emblée que cette unité ne découlait pas d'un principe ayant valeur générale dans l'AVS, mais qu'elle ressortait uniquement de dispositions légales particulières ou d'une situation de droit particulière ...». En application de ce principe, le TFA a jugé que la qualité d'assuré d'un ressortissant suisse travaillant à l'étranger pour le compte d'un employeur en Suisse et rémunéré par lui (art. 1 al. 1 let. c aLAVS) ne s'étendait pas à l'épouse qui séjourne avec lui à l'étranger (ATF 107 V 1 = RCC 1982 p. 117 consid. 1; voir aussi ATF 117 V 107 consid. 3c et références citées). Il a fait remarquer que la protection de la femme mariée était assurée par le système de la rente pour couple et que la femme mariée avait aussi la possibilité d'adhérer à l'assurance facultative. Il n'en était pas moins

conscient que cette situation pouvait entraîner des inconvénients (ATF 107 V 3 = RCC 1982 p. 117 consid. 1 et 2).

2. Dans son recours de droit administratif, la recourante soutient que la jurisprudence publiée dans l'ATF 107 V 1 (= RCC 1982 p. 117) auquel se réfère l'autorité de première instance ne pouvait plus s'appliquer depuis la 10^e révision de l'AVS. Le TFA avait jusqu'alors refusé l'extension de la qualité d'assuré du mari à la femme «pour le principal motif» que la protection de la femme était assurée par le système de la rente pour couple. Depuis l'entrée en vigueur de la 10^e révision de l'AVS, «l'ensemble des motifs» de la jurisprudence de l'ATF 107 V 1 (= RCC 1982 p. 117) avait perdu toute pertinence. Elle invoque d'autre part une inégalité de traitement du fait que les conjoints qui avaient touché une rente pour couple avant le 31 décembre 1996, avaient généralement bénéficié d'une rente calculée sur la base de l'échelle de rentes 44. La recourante se réfère en outre à la Convention de sécurité sociale du 18 juillet 1979 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique, y compris l'Avenant du 1^{er} juin 1988, selon laquelle elle ne présenterait aucune lacune de cotisations.

3. La doctrine admet que le principe posé par la jurisprudence, selon lequel la qualité d'assuré est personnelle et doit être dès lors réalisée personnellement par chacun, à moins que la loi n'en dispose autrement, conserve sa validité même après la 10^e révision de l'AVS (*Schaffhauser/Kiener*, Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, p. 43; *Greber/Duc/Scartazzini*, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], p. 31, n^{os} 31 et 32).

Le recours de droit administratif relève tout d'abord que l'argument principal du TFA selon lequel la protection de la femme mariée est assurée par la rente pour couple, est devenu caduc depuis la 10^e révision de l'AVS. Ce faisant, la recourante méconnaît que le motif principal sur lequel la Cour de céans a fondé sa jurisprudence n'est pas le fait que la femme mariée participe à la rente pour couple, mais bien le constat que la loi fixe les conditions pour être assuré de manière à exclure toute interprétation autre que celle selon laquelle il est nécessaire de remplir personnellement les conditions prévues à cet effet. En évoquant la protection assurée à la femme mariée par la rente pour couple, ainsi que la possibilité de s'assurer à titre facultatif, le TFA entendait seulement faire remarquer qu'il était possible d'atténuer, voire d'éviter les conséquences de la solution adoptée (voir ATF 107 V 3 = RCC 1982 p. 117 consid. 1 et 2). Contrairement à l'opinion exprimée par la recourante, cette vision des choses n'a rien perdu de son actualité depuis la 10^e révision de l'AVS. La protection de la femme mariée est

assurée par le système du partage des revenus (splitting) avec prise en compte des années de cotisations selon les règles prévues à la let. g al. 2 des dispositions transitoires relatives à la 10^e révision de l'AVS. Il n'y a dès lors aucune raison de modifier la pratique en vigueur, cela d'autant moins qu'une extension de la qualité d'assuré du mari à la femme mariée en raison de son état civil serait diamétralement opposée à l'idée fondamentale de la 10^e révision de l'AVS, qui était d'instituer une rente indépendante de l'état civil pour la femme.

4. Invoquant en outre l'application de l'art. 3 al. 3 let. a LAVS, qui prévoit que les conjoints sans activité lucrative sont réputés avoir payé eux-mêmes des cotisations pour autant que leur conjoint exerçant une activité lucrative ait versé au moins le double de la cotisation minimale, la recourante estime avoir satisfait aux exigences légales sur ce point. Bien qu'il n'y ait rien à redire à cette allégation, l'intéressée oublie qu'en vertu de la jurisprudence rappelée plus haut, elle n'avait pas la qualité d'assurée durant la période litigieuse. N'est pas davantage pertinent l'argument selon lequel elle serait «sanctionnée» pour avoir mentionné son séjour aux Etats-Unis. Elle ne saurait, en effet, tirer avantage du fait que d'autres personnes n'ont pas déclaré leur domicile à l'étranger – qu'elles aient été questionnées à ce sujet ou non.

5. La recourante se réfère enfin à la Convention de sécurité sociale du 18 juillet 1979 entre la Confédération suisse et les Etats-Unis d'Amérique et à l'Avenant du 1^{er} juin 1988, entrés en vigueur resp. le 1^{er} novembre 1980 et le 1^{er} octobre 1989. Elle soutient que, conformément à l'art. 22 al. 1 de la Convention, celle-ci est également applicable aux événements assurés survenus avant son entrée en vigueur; il serait «insensé», selon elle, d'appliquer cette disposition sans tenir compte des périodes d'assurance mentionnées à l'art. 6 al. 2 troisième phrase de l'Avenant.

On ne saurait suivre cette argumentation. Même si, en vertu de l'art. 22 al. 1, la Convention est applicable aux événements assurés survenus avant son entrée en vigueur, cette disposition ne fournit aucune indication sur le mode de calcul des périodes de cotisations. Sur ce point, il convient de se référer plus précisément à l'art. 6 al. 2 de la Convention, qui prévoit que le ressortissant suisse détaché aux Etats-Unis demeure soumis aux dispositions de l'Etat dont il provient, pour autant que la durée prévisible de son activité n'excède pas cinq ans ou une durée plus longue convenue dans un cas particulier par les autorités compétentes. Bien que cette disposition ait été légèrement modifiée par l'Avenant, l'assujettissement au droit de l'Etat de provenance pendant la première période du séjour reste de règle. Cette norme est également compatible avec l'art. 22 al. 3 de la Convention, invo-

qué par la recourante, qui prévoit que pour déterminer le droit à une prestation due en vertu de cette Convention, il faut prendre en considération toutes les périodes d'assurance et de résidence «accomplies sous la législation de l'un des Etats contractants avant l'entrée en vigueur de la présente Convention». Selon la législation suisse, la recourante n'était pas assurée durant son séjour aux Etats-Unis, de sorte que cette période ne peut être prise en considération au titre d'années de cotisations. C'est en vain que la recourante invoque l'art. 6 al 2 troisième phrase de l'Avenant, lequel est applicable (en vertu de l'art. 5 al. 1) avec effet rétroactif depuis l'entrée en vigueur de la Convention. Cette disposition ne fait que confirmer – a contrario – ce qui a déjà été dit, à savoir que le conjoint qui accompagne le travailleur détaché au sens de l'art. 6 al. 2, qui – à l'instar de la recourante – n'exerce aucune activité lucrative salariée ou indépendante, reste également soumis aux dispositions concernant l'assurance obligatoire de l'Etat d'où est détaché le travailleur.

6. Au vu de ce qui précède, les périodes passées aux Etats-Unis ne sauraient être prises en considération, à quelque titre que ce soit, comme années de cotisations pour déterminer l'échelle de rentes applicable au calcul de la rente de vieillesse. (ATF 126/99)

AVS. Obligation de cotiser de l'assuré sans activité lucrative dont le conjoint a lui-même versé des cotisations à l'AVS

Arrêt du TFA du 7 décembre 2000 en la cause J. B.

Art. 3 al. 3 let. a LAVS. Par «cotisations équivalant au moins au double de la cotisation minimale», au sens de cette disposition, il faut entendre un montant forfaitaire et donc indépendant de la durée d'assujettissement de l'époux sans activité lucrative qui est réputé avoir payé lui-même des cotisations (consid. 4)

Art. 3 cpv. 3 lett. a LAVS. Per «contributi pari almeno al doppio del contributo minimo» giusta questa disposizione va inteso un importo forfettario e quindi indipendente dalla durata di assoggettamento del coniuge senza attività lucrativa considerato come avente versato contributi propri (cons. 4).

B. a cessé toute activité lucrative le 31 décembre 1995. Il perçoit une rente de vieillesse depuis le 1^{er} novembre 1998. Par décision provisoire du 12 janvier 1999, la caisse a fixé à 1656 fr. 40 le montant des cotisations personnelles AVS/AI/APG dues par le prénommé, en qualité de personne sans activité

lucrative, pour la période du 1^{er} janvier au 31 octobre 1998. B. a recouru contre cette décision devant le Tribunal cantonal. Il a fait valoir qu'il n'avait pas à payer les cotisations réclamées par la caisse, car jusqu'à l'ouverture du droit de son épouse à sa propre rente de vieillesse, le 1^{er} octobre 1998, celle-ci avait versé, durant l'année 1998, 712 fr. 70 de cotisations personnelles sur les revenus provenant d'une activité indépendante. Or, au prorata de dix mois de cotisations, cette somme représentait plus du double de la cotisation annuelle minimale (780 fr. en 1998). D'après lui, l'obligation de cotiser ne porte que sur les mois qui précèdent l'ouverture du droit à la rente de vieillesse. En l'occurrence, son assujettissement à l'AVS en qualité de personne sans activité lucrative ayant pris fin le 31 octobre 1998, B. en déduisait que le montant correspondant au double de la cotisation minimale devait être réduit, dans son cas, à 650 fr. ($^{10/12}$ ^{ème} de 780 fr.). La caisse a conclu au rejet du recours, en considérant que le montant correspondant au double de la cotisation minimale était forfaitaire et qu'il ne pouvait dès lors pas être «adapté pro rata temporis à la période d'assujettissement». Par jugement du 20 mai 1999, le Tribunal cantonal a admis le recours formé par B. et annulé la décision attaquée. L'OFAS a interjeté recours de droit administratif contre ce jugement. Le TFA a admis le recours. Extrait des considérants:

1. Aux termes de l'art. 3 al.1 LAVS, 2^{ème} phrase, les personnes sans activité lucrative sont tenues de payer des cotisations à compter du 1^{er} janvier qui suit la date à laquelle elles ont eu 20 ans; cette obligation cesse à la fin du mois où les femmes atteignent l'âge de 62 ans, les hommes l'âge de 65 ans (pour les femmes, cette limite d'âge sera portée à 63 ans dès le 1^{er} janvier 2001 et à 64 ans à partir du 1^{er} janvier 2005 en vertu du ch. 1 let. d des dispositions transitoires de la 10^{ème} révision de l'AVS). Sont réputés avoir payé eux-mêmes des cotisations, pour autant que leur conjoint ait versé des cotisations équivalant au moins au double de la cotisation minimale, les conjoints sans activité lucrative d'assurés exerçant une activité lucrative (art. 3 al. 3 let. a LAVS).

2a. Avec l'intimé, le premier juge considère que le montant «équivalant au moins au double de la cotisation minimale», de 780 fr. en 1998, se comprend pour une année entière de cotisations. Aussi bien, quand l'obligation de cotiser du conjoint sans activité lucrative ne porte que sur quelques mois, ce montant limite de cotisations doit être réduit en proportion du nombre de mois durant lesquels ce conjoint n'est pas soumis à cotisations. Comme l'assujettissement de l'intimé à l'AVS en qualité de personne sans activité lucrative a pris fin le 31 octobre 1998, il suffit, selon le premier juge, que son épouse ait versé au moins 650 fr. de cotisations personnelles en 1998 sur le revenu de son activité indépendante ($^{10/12}$ ^{ème} de 780 fr.) pour qu'il soit réputé

avoir payé lui-même ses cotisations. Dès lors que l'épouse de l'intimé a versé, au titre de son activité indépendante, plus de 700 fr. de cotisations de janvier à septembre 1998, cette condition est réalisée.

b. Pour sa part, l'OFAS soutient que l'interprétation de l'autorité cantonale de recours n'est pas compatible avec le texte clair de l'art. 3 al. 3 LAVS dont il ne découle nullement que «le double de la cotisation minimale doit être calculé au prorata de la période d'assujettissement». A cet égard, l'autorité de surveillance fait valoir que le but visé par cette disposition est que le compte individuel de chacun des conjoints puisse être crédité au moins de la cotisation minimale, afin que l'année correspondante soit prise en considération comme année de cotisations; cela démontrerait le caractère forfaitaire du montant limite de cotisations prévu à l'art. 3 al. 3 LAVS. Enfin, la solution du premier juge s'accorderait mal, selon l'OFAS, avec le régime d'exception voulu par cette disposition légale, en ce sens qu'une personne sans activité lucrative, qui ne serait par hypothèse tenue de cotiser que pour une période d'un mois, échapperait à toute cotisation dès que son conjoint aurait versé la modique somme de 65 fr. de cotisations personnelles ($\frac{1}{12}$ ^{ème} de 780 fr.).

3. Jusqu'au 31 décembre 1996, les épouses d'assurés ou les veuves qui n'exerçaient pas d'activité lucrative n'étaient pas tenues de payer des cotisations à l'AVS (art. 3 al. 2 let. b et c a LAVS). Cette situation a été modifiée avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1997, de la 10^{ème} révision de l'AVS. Celle-ci a introduit le système dit du «splitting» qui prévoit que les revenus réalisés par les époux pendant les années civiles de mariage commun sont répartis et attribués pour moitié à chacun d'eux (art. 29^{quinties} al. 3 et 4 LAVS). Aussi bien l'exemption de cotiser dont bénéficiaient les épouses et les veuves sans activité lucrative a-t-elle été supprimée et est désormais remplacée par la fiction de l'art. 3 al. 3 let. a LAVS, selon laquelle le conjoint sans activité lucrative d'un assuré exerçant une activité lucrative est réputé avoir payé lui-même des cotisations, pour autant que le conjoint qui travaille ait versé sur le revenu de son activité lucrative au moins l'équivalent du double de la cotisation minimale. Ce montant limite vise, comme le soutient l'OFAS, à garantir qu'au compte individuel de chacun des époux puisse être inscrit au moins la cotisation minimale, afin que l'année correspondante soit comptée comme année de cotisations (cf. les art. 29^{er} al. 2 let. b LAVS et 50 RAVS). C'est en effet ce qui ressort des délibérations des Chambres au sujet des modifications apportées à l'art. 3 LAVS (BO CN 1993 pp. 224 et 248; BO CE 1994, pp. 556 et 593; voir aussi *Käser*, *Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV*, 2^e éd., p. 59; *Greber/Duc/Scartazzini*, *Commentaire des articles 1 à 16 de la LAVS*, p. 105, n. 18 ad art. 3).

4. Il résulte de ce qui précède que, par «cotisations équivalant au moins au double de la cotisation minimale», au sens de l'art. 3 al. 3 LAVS, il faut entendre un montant forfaitaire et donc indépendant de la durée d'assujettissement de l'époux sans activité lucrative réputé avoir payé lui-même des cotisations. A défaut, le but visé par le législateur, qui est d'assurer à chacun des époux une durée complète de cotisations, ne pourrait être atteint. En conséquence, lorsque le conjoint qui exerce une activité lucrative verse moins du double de la cotisation minimale durant une année civile, ne serait-ce que pour une période temporaire, l'assuré sans activité lucrative est tenu, sans exception possible, à cotisations (cf. *Käser*, op. cité, n. 2.21 p. 60). Il est vrai que les revenus acquis par les époux B. en 1998, parce qu'ils sont postérieurs au 31 décembre de l'année qui a précédé l'ouverture du droit à la rente de vieillesse du mari, ne sont pas soumis au partage et à l'attribution réciproque pour moitié entre eux (art. 29^{quinquies} al. 4 let. a LAVS), ni même compris dans les années de cotisations de l'intimé (art. 29^{bis} al. 1 LAVS). Le législateur n'a toutefois pas prévu de règle particulière pour cette éventualité, ce qu'il y a lieu d'interpréter comme un silence qualifié et non comme une lacune authentique que le juge aurait pour mission de combler (cf. ATF 125 V 248 consid. 3 et les arrêts cités = VSI 2000 p. 143). C'est donc à raison que la caisse a, dans sa décision provisoire du 12 janvier 1999, soumis l'intimé au paiement des cotisations personnelles AVS/AI/APG pour la période du 1^{er} janvier au 31 octobre 1998. Le recours de l'OFAS est bien fondé et le jugement attaqué doit être annulé. (H 74/00)

Cotisations AVS; délimitation entre activité lucrative indépendante et dépendante dans le cas d'une personne donnant des cours

Arrêt du TFA du 6 avril 2001 en la cause M. L.

(traduit de l'allemand)

Art. 5 al. 2, art. 9 al. 1 LAVS; art. 7 let. I RAVS. Activité d'un journaliste conseiller en médias et informatique consistant à donner des cours dans une haute école spécialisée en journalisme qualifiée d'activité lucrative dépendante.

Art. 5 cpv. 2, art. 9 cpv. 1 LAVS; art. 7 lett. I OAVS. L'attività consistente nell'impartire corsi presso una scuola superiore di giornalismo da parte di un giornalista che si occupa della consulenza nei settori mass media e informatica è considerata come attività lucrativa dipendente.

M. L., journaliste de profession et ayant une activité de conseiller en médias et informatique, était affilié à la caisse cantonale de compensation en qua-

lité de personne de condition indépendante. A cette époque, il donnait notamment des cours au Centre de formation A., haute école spécialisée en journalisme. La rémunération touchée pour ce travail en 1994 (honoraires et frais) a été prise en compte dans la fixation de la cotisation personnelle pour 1996/97. La décision (définitive) du 30 juin 1998 en la matière est entrée en force sans être attaquée. En août 1998, le réviseur de la caisse de compensation a entrepris un contrôle de l'employeur auprès du Centre de formation A. Il s'est alors avéré que qu'aucune cotisation aux assurances sociales n'avait été déduite des montants payés à titre d'honoraires aux différents privat-docents de l'école spécialisée, ces montants représentant au total Fr. 471 401.– pour les années 1994 à 1997. La caisse de compensation a alors réclamé au Centre de formation, par décision du 23 octobre 1998, la somme de Fr. 71 866.85 plus intérêts moratoires à titre de cotisations paritaires et de cotisations au régime des allocations familiales. C'est sans succès que M. L. a attaqué auprès de l'autorité cantonale de recours la décision qui lui avait été notifiée séparément le même jour concernant le montant dû par lui. Le TFA a également rejeté son recours en se basant sur les considérants suivants:

1. La question litigieuse est de savoir si la rémunération (honoraires, frais) perçue pour l'activité au Centre de formation A. de 1994 à 1997 constitue le revenu d'une activité lucrative dépendante ou indépendante. Il s'agit de relever que, pendant la période considérée, le recourant était affilié à une autre caisse de compensation en qualité de personne de condition indépendante et qu'il avait versé des cotisations personnelles sur la base des revenus qu'il avait réalisés de 1991 à 1994 et du capital propre engagé dans l'entreprise (voir art. 22 ss. RAVS dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2000, applicable en l'espèce). Cela signifie, comme l'a admis à juste titre l'instance inférieure, que, si l'on retient qu'il s'agissait d'une activité lucrative dépendante, se pose la question de l'admissibilité d'un changement rétroactif du statut de cotisant concernant l'année 1994, question qui doit être examinée sous l'angle de la reconsidération (voir ATF 122 V 173 = VSI 1996 p. 256 consid. 4a et b, ATF 121 V 1 = VSI 1995 p. 147). La rémunération correspondante a été prise en considération dans le calcul des cotisations personnelles pour 1996/97 et compte ainsi comme revenu d'une activité indépendante. Il en va autrement pour les années 1995 à 1997. Lorsque la décision du 23 octobre 1998 ordonnant le paiement de cotisations arriérées a été rendue, la nature juridique de la rémunération touchée pendant ces années de cotisation n'avait pas encore été établie et, dans cette mesure, le statut de personne de condition indépendante n'avait pas été fixé de manière définitive par la décision du 30 juin 1998 sur les cotisations per-

sonnelles pour 1996/97. Le système du calcul des cotisations sur la base de revenus antérieurs (voir ancien art. 22 RAVS) a pour conséquence que l'on examine en règle générale seulement plus tard si les revenus courants de la période de cotisation sont ceux d'une activité lucrative indépendante. Si le résultat de cet examen – qui s'effectue librement, en particulier, indépendamment de la qualification retenue par les autorités fiscales – est négatif, il faut alors considérer qu'il y a activité dépendante ou que l'assuré est sans activité lucrative (ATF 121 V 83 = VSI 1996 p. 95 consid. 2c, ATF 102 V 30 = RCC 1976 p. 274 consid. 3b, et les références données dans ces deux arrêts). En cas de nouvelle estimation dans le cadre d'un calcul des cotisations sur la base des revenus actuels (voir ancien art. 25 al. 1 et 3 RAVS) ou en cas de cessation de l'activité lucrative indépendante pour entreprendre une activité dépendante, il y a logiquement une brèche de calcul, ce qui ne change cependant rien au fait que le statut de cotisant de personne de condition indépendante fixé dans une décision sur les cotisations personnelles n'est pas définitif dans le sens exposé.

2. Les principes établis par la jurisprudence pour délimiter l'activité dépendante et indépendante sont correctement repris dans le jugement attaqué, de sorte qu'il suffit d'y renvoyer. Il convient d'ajouter que, selon l'art. 7 let. 1 RAVS, les honoraires des privat-docents et autres enseignants rémunérés de manière analogue font partie du salaire déterminant dans la mesure où il ne s'agit pas d'un dédommagement pour frais. Selon la pratique administrative (n° 4014 des Directives sur le salaire déterminant [DSD]), cette disposition ne s'applique pas à la rémunération allouée aux personnes qui donnent occasionnellement des conférences dans des écoles ou dans le cadre de cours ou de séminaires sans faire partie du corps enseignant de l'école ou de l'institution organisant les cours. Les montants touchés dans ce cadre limité constituent des revenus d'une activité indépendante.

3. Le Tribunal cantonal a retenu les motifs suivants pour qualifier de dépendante au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS l'activité au sein du Centre de formation A.: le dossier permet de constater qu'à l'époque litigieuse de 1994 à 1997, le recourant a exercé une activité de privat-docent en formation aux médias et que, sur le principe au moins, il était soumis aux mêmes conditions que les privat-docents qualifiés par le même tribunal, de personnes de condition dépendante par jugements antérieurs entrés en force des 15 avril 1997 et 4 mars 1999. Le recourant avait alors donné des cours de manière régulière et non seulement occasionnelle et faisait dans cette mesure partie du corps enseignant de l'école. Toute la direction administrative et pédagogique était le fait du Centre de formation A. qui se chargeait de l'organisation (et de la rémunération) des leçons dispensées par les privat-

docents. Les enseignants étaient soumis aux directives du Centre de formation A. notamment en ce qui concerne les heures de présence et n'avaient à assumer aucun risque analogue à celui d'un entrepreneur. Pour autant que l'on puisse parler dans ce cas de risque au sens de la jurisprudence, le risque de voir un cours supprimé faute de participants est insignifiant. Pour ce qui est de la grande liberté dans l'organisation de l'enseignement, elle résulte de la nature de l'activité d'enseignant mais ne change en rien au caractère dépendant de cette activité ni à l'appartenance de l'intéressé à l'établissement scolaire et au corps enseignant.

4. Il ne fait aucun doute que le recourant exerçait une activité d'enseignant au Centre de formation A. et qu'il doit alors être considéré comme privat-docent ou autre enseignant au sens de l'art. 7 lettre l RAVS. Dans le recours de droit administratif, il est ainsi relevé correctement – par référence à l'ATF 119 V 163 = VSI 1993 p. 226 consid. 3b – que, dans des cas comme celui-ci, le risque d'entrepreneur ne revêt qu'une importance secondaire en comparaison avec le critère de l'indépendance dans l'organisation du travail. La pratique administrative selon le n° 4014 DSD va aussi dans le même sens en considérant que (seule) la tenue occasionnelle de conférences par une personne n'appartenant pas au corps enseignant doit être considérée comme une activité indépendante. Le Tribunal cantonal a considéré que l'état de fait était différent dans le cas d'espèce de celui présenté dans le considérant 3, parce que le recourant a travaillé quatre ans (1994 à 1997) pour le Centre de formation A. et qu'il a ainsi exercé régulièrement une activité d'enseignant, faisant dans cette mesure partie du corps enseignant de l'école. Contrairement à ce qui est allégué dans le recours de droit administratif, cette manière de voir est parfaitement soutenable.

a. Le fait que ce serait le recourant qui aurait proposé des possibilités de cours (et non l'inverse) et que l'école aurait ensuite mis le cours au concours va certes dans le sens du caractère occasionnel de l'activité litigieuse (voir ATF 119 V 162 = VSI 1993 p. 226 consid. 3a et b ainsi que n° 4078 DSD concernant le statut de cotisant de journalistes libres comme personnes de condition indépendante). Ce qui est toutefois décisif, comme l'instance inférieure l'a correctement constaté, c'est que le recourant a effectivement donné des cours pendant la période en cause de 1994 à 1997, selon le recours de droit administratif même déjà depuis 1991, ce qui, indépendamment de la question de savoir qui a offert ou demandé les prestations, apparaît comme une activité exercée de manière régulière. Le fait que, pour les participants, les cours en question n'aient pas fait partie intégrante de leur formation continue au Centre de formation A. et n'aient pas eu un caractère obligatoire pour l'obtention du certificat de fin de formation n'est du reste pas invoqué.

D'un autre côté, il faut reconnaître que l'activité déployée par le recourant au Centre de formation A. était de faible ampleur, dès lors que, pendant les sept années de 1991 à 1997, elle s'est élevée à 65 demi-journées, soit en moyenne moins de 10 demi-journées par année. Cependant, cela n'est pas un élément permettant de conclure à une activité indépendante car il arrive souvent que des universités et des hautes écoles techniques proposent des cours spéciaux – donnés souvent par des privat-docents – n'ayant lieu par exemple que toutes les deux semaines pendant le semestre. De ce point de vue, l'enseignement en question est tout à fait comparable à une obligation d'enseigner dans le cadre de conférences données seulement en complément au programme et sortant du programme proprement dit. Dans ce sens, le recourant appartenait au corps enseignant de l'école spécialisée même si, selon ses dires, il n'était pas invité aux séances des privat-docents et qu'il n'avait ainsi rien à dire dans la marche du Centre de formation A. En revanche, la relation entre lui et le Centre de formation A. ne peut pas être qualifiée de «collaboration d'un fournisseur de prestations indépendant à un produit commun» comme cela est allégué dans le recours de droit administratif.

b. Le fait que les cours au Centre de formation A. n'aient représenté que le 2% du temps de travail annuel et ainsi que le 4% du chiffre d'affaires total du recourant ne saurait modifier en rien en lui seul la qualification d'activité dépendante, d'autant plus qu'on ne connaît rien du reste de ses activités. Il va sans dire que la perte ou la suppression de cette activité n'a pas beaucoup affecté le recourant sur le plan financier, mais cet élément, tout comme, à l'inverse, pour autant qu'on le reconnaisse, le risque moindre attaché à l'activité d'une entreprise ne saurait être déterminant. Enfin, rien non plus ne peut être tiré de l'ATF 119 V 164 = VSI 1993 p. 226 consid. 3b en faveur du recourant. Le TFA a certes retenu dans ce considérant notamment qu'il fallait éviter si possible que diverses activités lucratives pour le même employeur ou mandant ou que la même activité pour divers employeurs ou mandants soient qualifiées différemment, en partie d'activité indépendante et en partie d'activité dépendante. Car, cela conduirait – pour les activités considérées – à décomposer le statut d'assuré et par conséquent à multiplier les rapports d'assurance. Il en résulterait d'une part une confusion quant à la revendication de prestations envers les institutions de l'assurance obligatoire, et, d'autre part, des ambiguïtés en ce qui concerne la nécessité et l'étendue des risques à couvrir de manière facultative. Ces considérants, qui continuent d'être valables, visent en premier lieu une coordination entre les diverses branches des assurances sociales. Cependant, l'assurance vieillesse et survivants veut que, dans le cas d'un assuré qui exerce simultanément plusieurs activités, il convienne d'examiner chacun des reve-

nus et de se demander s'il provient d'une activité dépendante ou indépendante (ATF 122 V 172 = VSI 1996 p. 256 consid. 3b avec références). Néanmoins, il n'est pas nécessaire en l'espèce qu'il y ait une coordination au sens exposé ci-avant car le temps de travail et le niveau de la rémunération font que les conditions de l'obligation de l'assurance selon la LAA et la LPP ne sont à l'évidence pas réalisées pour l'activité (dépendante) du recourant au Centre de formation A.

c. Comme déjà dit, c'est à juste titre que le Tribunal cantonal a qualifié de dépendante l'activité du recourant au Centre de formation A. au cours des années 1994 à 1997. En revanche, l'instance inférieure ne saurait être suivie lorsqu'elle considère qu'il serait indubitablement erroné de parvenir à la conclusion opposée (soit la qualification indépendante) et qu'elle admet en conséquence une modification rétroactive du statut de cotisant pour l'année 1994. Les considérants précédents montrent que la question de la qualification n'est pas claire au point que soient remplies les conditions permettant de revenir par la voie de la reconsidération sur la décision entrée en force de la caisse de compensation du 30 juin 1998 sur les cotisations personnelles pour 1996/97. Le fait que le Tribunal cantonal ait retenu dans son jugement du 15 avril 1997 que les honoraires des enseignants et privat-docents du Centre de formation A. constituaient le salaire déterminant n'y change rien. Ce seul élément ne saurait suffire à établir que la décision du 30 juin 1998 est sans nul doute erronée. Dans cette mesure, le jugement attaqué est contraire au droit fédéral. (H 214/99)

Cotisations AVS des assurés n'exerçant aucune activité lucrative; prise en compte de la valeur de rachat d'assurances sur la vie

Arrêt du TFA du 5 mars 2001 en la cause F. P.

(traduit de l'allemand)

Art. 10 al. 1 LAVS, art. 28 s. RAVS. La valeur de rachat d'une assurance-vie fait partie de la fortune déterminante au sens de ces dispositions (consid. 3).

Art. 10 cpv. 1 LAVS, art. 28 seg. OAVS. Il valore di riacquisto di un'assicurazione sulla vita fa parte della sostanza determinante ai sensi di queste disposizioni (cons. 3).

F. P. est affilié auprès de la Caisse cantonale de compensation en qualité de personne n'exerçant aucune activité lucrative. Par décision du 16 mars 1999,

cette caisse lui notifia une cotisation AVS/AI/APG d'un montant de 1248.40 francs (frais d'administration compris) pour chacune des années 1998 et 1999. Ce faisant, la caisse se fondait sur la communication de l'administration fiscale cantonale, du 25 février 1999, faisant notamment état, concernant la fortune, de la valeur de rachat d'une assurance-vie mixte, d'un montant de 65 760 francs. F. P. recourut contre cette décision, mais l'autorité cantonale de recours rejeta son recours. F. P. interjeta alors un recours de droit administratif et demanda par analogie que les cotisations personnelles soient fixées en fonction d'une fortune inférieure, c'est-à-dire sans que l'on tienne compte de la valeur de rachat de son assurance-vie. Le TFA rejette, lui aussi, ce recours. Extrait des considérants:

2. Les premiers juges ont exposé avec pertinence les dispositions légales et les principes applicables en matière de fixation des cotisations aux assurances sociales de personnes sans activité lucrative (art. 10 LAVS; art. 28 et 29 RAVS), ainsi que le caractère obligatoire des communications fiscales (art. 23 al. 4 RAVS en corrélation avec l'art. 29 al. 4 RAVS; ATF 110 V 86 = RCC 1985 p. 45 consid. 4 et ATF 110 V 370 s. = RCC 1985 p. 120; cf. également ATF 121 V 83 = VSI 1996 p. 95 consid. 2c, ATF 114 V 75 = RCC 1988 p. 480 consid. 2). Il suffit donc de s'y référer.

3. Seule est donc litigieuse – et c'est ce qu'il convient d'examiner – la question de savoir si la valeur de rachat d'une assurance-vie appartient ou non à la fortune déterminante pour fixer les cotisations d'une personne non active au sens où le définit l'art. 10 LAVS, en corrélation avec l'art. 28 s. RAVS.

a. Les premiers juges ont répondu par l'affirmative à cette question en faisant valoir qu'il s'agissait de prendre en considération tous les éléments de fortune qui appartenaient au patrimoine de la personne assujettie à cotisations à une date de référence. Parmi les éléments de la fortune immobilière et mobilière, il convenait de tenir compte également de tous les droits patrimoniaux existants. Il ne saurait être déterminant de savoir de quel type de fonds ou de prestations ces droits patrimoniaux se composaient ou si une prestation pécuniaire pouvait en découler ou encore si un droit exclusif existait. Voilà pourquoi une assurance-vie impliquant une valeur de rachat devait être considérée comme faisant partie de la fortune, même si l'assuré n'en avait aucun avantage pécuniaire immédiat.

b. Il convient de se ranger à l'avis des premiers juges. La fortune déterminant le calcul de cotisations de personnes n'exerçant aucune activité lucrative correspond à l'ensemble de la fortune nette réalisée en Suisse et à l'étranger de la personne tenue de payer des cotisations (voir à ce sujet l'arrêt non publié D., du 21 avril 1998, H 114/97; *Greber/Duc/Scartazzini*,

Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, N. 24 ad art. 10 LAVS; *Käser*, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2^e édition, N. 10.28). En fait également partie la valeur de rachat d'une assurance-vie.

S'agissant de la valeur de rachat d'une assurance-vie, il ne s'agit en effet pas d'une simple prétention, mais d'une valeur réelle de la fortune que l'ayant droit peut économiquement utiliser en tout temps. Non seulement il a le droit de nantir sa police d'assurance sur la vie, mais selon les prescriptions de l'art. 98 al. 1 LCA relativement strictes qui ne peuvent être modifiées au détriment du preneur d'assurance ou de l'ayant droit, il peut faire usage des possibilités que lui confère l'art. 90 al. 2 LCA, à savoir dissoudre tout ou partie de son assurance lorsque les primes ont été versées pour trois ans au moins et se la faire racheter par l'assureur à une valeur déterminée. Par conséquent, la valeur de rachat d'assurances sur la vie qui peuvent ainsi être rachetées est soumise à l'impôt (cantonal et communal) sur la fortune (citons parmi les nombreux auteurs: *Höhn*, Steuerrecht, tome II, 8^e édition § 30 n^o marginal 160 et 45 n^o marginal 34; *Locher*, System des Steuerrechts, 5^e édition § 11 p. 150 au bas de la page et s.). Enfin, en vertu d'une pratique administrative, la valeur de rachat d'une assurance-vie est imputée pour la même raison comme élément de fortune chez les ayants droit en matière de prestations complémentaires (n^o 2105 des Directives concernant les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (DPC)).

Tous les éléments qu'invoque le recourant dans son recours de droit administratif ne changent rien aux considérations qui précèdent. Peu importe en effet avec quelles ressources pécuniaires l'assurance fut financée ou pour quelles raisons elle fut conclue. Il s'ensuit que seul est déterminant le fait que le recourant (et preneur d'assurance) puisse disposer librement de l'assurance en tout temps. C'est justement en cela que se distingue cette forme de prévoyance-vieillesse des autres formes de prévoyance légales dans le cadre de la prévoyance-vieillesse professionnelle (2^e pilier et pilier 3a) dans lesquelles les droits aux prestations (en formation) ne peuvent être par principe ni nantis ni cédés avant leur échéance (art. 39 al. 1 LPP et art. 331b CO [jusqu'au 31 décembre 1994: art. 331c al. 2 CO], ainsi que l'art. 82 LPP en corrélation avec les articles 1 et 4 OPP 3; voir aussi les arrêts non publiés B. du 6 février 1995 [H 206/93] et N. du 22 décembre 1994 [H 174/94]). Le recourant ne peut pas non plus arguer et ainsi en tirer un avantage pour son recours que le rachat de l'assurance délie l'assureur de sa responsabilité; en d'autres termes qu'en cas de la survenance ultérieure d'un risque (autrefois assuré), l'assureur n'est plus tenu de verser des prestations. Enfin, il convient de ne pas perdre de vue qu'en s'acquittant du montant dû des cotisa-

tions, le recourant acquiert le droit à une rente plus élevée lorsque l'événement assuré (vieillesse, invalidité) se réalisera. (H 425/99)

Cotisations AVS/AI/APG. Personnes sans activité lucrative. Pension alimentaire

Arrêt du TFA du 7 mai 2001 en la cause M. G.

Art. 10 al. 1 et 3 LAVS; art. 28 RAVS. Confirmation de la jurisprudence selon laquelle la pension alimentaire versée par l'assuré divorcé ou séparé à son ex-conjoint n'est pas déductible du revenu acquis sous forme de rente (ou de la fortune déterminante) selon l'art. 28 RAVS. L'évolution législative relative au traitement fiscal des pensions alimentaires ne justifie pas un changement de jurisprudence.

Art. 10 cpv. 1 e 3 LAVS; art. 28 OAVS. Conferma della giurisprudenza secondo cui la pensione alimentare versata dall'assicurato divorziato o separato all'ex coniuge non può essere dedotta dal reddito conseguito sotto forma di rendite (o dalla sostanza determinante) giusta l'art. 28 OAVS. L'evoluzione legislativa concernente il trattamento fiscale delle pensioni alimentari non giustifica un cambiamento della giurisprudenza.

G. est au bénéfice d'une pension de retraite de la société X., qui s'élevait à 99 612 fr. Il est affilié depuis le 1^{er} janvier 1992 à la caisse cantonale de compensation comme personne sans activité lucrative. Il est divorcé depuis 1998. Ses cotisations ont tout d'abord été calculées sur la base d'une fortune déterminante représentant la moitié de la fortune nette du couple, soit 296 500 fr. (593 000 fr. : 2). La fortune était augmentée de la moitié du revenu sous forme de rente, par 49 806 fr. (99 612 fr. : 2), multiplié par 20. Le 10 mai 1999, la caisse de compensation a rendu une décision provisoire par laquelle elle a modifié, en raison du divorce des époux, le montant des cotisations dues par l'assuré pour la période du 1^{er} janvier 1998 au 30 juin 1999 (mois au cours duquel l'assuré accomplirait sa 65^{ème} année). Les cotisations ont été fixées sur la base de l'entier de la fortune (593 000 fr.) et du revenu sous forme de rente (99 612 fr.). Pour la période du 1^{er} janvier 1998 au 31 mars 1999, elles s'élevaient à 7505 fr. 55; les cotisations (fixées sur les mêmes bases) dues à compter du 1^{er} avril 1999 jusqu'au 30 juin 1999 se montaient à 1501 fr. 10 au total. La caisse précisait que son calcul serait revu dès réception de nouvelles communications fiscales de l'administration de l'impôt fédéral direct. Par jugement du 30 septembre 1999, le Tribunal cantonal a rejeté le recours formé contre cette décision par l'assuré. G. a interjeté un recours de droit administratif dans lequel il demande que le montant de ses co-

tisations soit calculé en fonction «de la rente (qu'il) touche effectivement après déduction des montants versés à l'ex-épouse». Le TFA a admis partiellement le recours. Extrait des considérants:

3a. Conformément à l'art. 10 al. 1 LAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2000; RO 2000 2677), les assurés n'exerçant aucune activité lucrative paient une cotisation de 168 fr. (actuellement 324 fr.; cf. aussi l'art. 2 de l'Ordonnance 2000 sur les adaptations à l'évolution des prix et des salaires dans le régime de l'AVS et de l'AI [RS 831.110]) à 8400 fr. par an suivant leurs conditions sociales. L'art. 10 al. 3 LAVS délègue au Conseil fédéral la compétence d'édicter des règles plus détaillées sur le calcul des cotisations. C'est ce que l'autorité exécutive a fait aux art. 28 à 30 RAVS: elle y concrétise notamment la notion de conditions sociales en prescrivant de fixer les cotisations sur la base de la fortune et du revenu annuel acquis sous forme de rente (art. 28 RAVS). Le TFA a toujours reconnu la légalité de cette disposition (ATF 125 V 233 consid. 3a et les références citées = VSI 1999 p. 204).

Jusqu'au 31 décembre 1996, les épouses d'assurés, lorsqu'elles n'exerçaient pas d'activité lucrative, n'étaient pas tenues de payer des cotisations à l'AVS (art. 3 al. 2 let. b aLAVS). Cette situation a été modifiée avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1997, de la dixième révision de l'AVS, qui a introduit le principe de l'obligation de cotiser pour toutes les personnes sans activité lucrative, dans les limites d'âge fixées par l'art. 3 al. 1 LAVS (cf. ATF 125 V 232 consid. 1b = VSI 1999 p. 204). Aussi bien l'art. 28 al. 4 RAVS (introduit par le ch. I de l'ordonnance du 29 novembre 1995, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997 [RO 1996 668]) prévoit-il que si une personne mariée doit payer des cotisations comme personne sans activité lucrative, ses cotisations sont déterminées sur la base de la moitié de la fortune et du revenu sous forme de rente du couple. Cette disposition a été jugée conforme à la loi par le TFA (ATF 125 V 221 = VSI 1999 p. 118).

b. Selon l'art. 29 RAVS, dans sa version en vigueur avant les modifications des 10 novembre 1999 (RO 1999 3044) et 1^{er} mars 2000 (RO 2000 1441) et déterminante en l'espèce, la cotisation annuelle des personnes sans activité lucrative est en général fixée pour une période de deux ans (al. 1). En règle générale, elle est calculée sur le revenu moyen acquis sous forme de rente d'une période de deux ans ainsi que d'après la fortune; la période de calcul comprend la deuxième et la troisième année antérieures à la période de cotisation; le jour déterminant pour le calcul de la fortune est en général le 1^{er} janvier de l'année qui précède la période de cotisations (al. 2). Les autorités fiscales cantonales établissent la fortune déterminant le calcul des co-

tisations des personnes sans activité lucrative sur la base de la taxation cantonale passée en force; elles tiennent compte des valeurs de répartition intercantionales (al. 3). Les art. 22 à 27 RAVS sont applicables par analogie à la fixation des cotisations selon les 1^{er} à 3^e alinéas (al. 4).

c. Selon la caisse de compensation et le premier juge, qui se fondent sur les directives administratives, l'année de divorce (en l'occurrence 1998) n'est pas réputée être une année de mariage. Le changement d'état civil a des effets sur l'année entière de cotisations. En conséquence, jusqu'au 31 décembre 1997, les cotisations du recourant doivent être calculées sur la base d'une fortune déterminante représentant la moitié de la fortune nette du couple, augmentée de la moitié du revenu sous forme de rente, capitalisé selon le facteur 20 (art. 28 al. 1 RAVS). Pour l'année 1998, en revanche, les cotisations du recourant doivent être fixées sur la base de l'entier de la fortune (593 000 fr.) et du revenu sous forme de rente (99 612 fr.).

A ce propos, les directives de l'OFAS auxquelles se réfèrent l'administration et le premier juge prévoient en effet l'obligation de payer des cotisations calculées en fonction de la fortune personnelle et du revenu acquis personnellement sous forme de rente pour l'année civile entière au cours de laquelle a eu lieu le mariage, le divorce ou le décès du conjoint (cf. les ch. m. 2064, quatrième phrase, et 2069.1, troisième phrase, des directives de l'OFAS sur les cotisations des travailleurs indépendants et non-actifs dans l'AVS, AI et APG [DIN] dans leur teneur valable depuis le 1^{er} janvier 2000).

Dans un arrêt R. du 22 décembre 2000 (H 287/99), destiné à la publication, le TFA a jugé que ces directives étaient contraires au règlement sur l'AVS. Durant toute la période du mariage – y compris pendant les mois de l'année civile qui ont précédé la dissolution de celui-ci – les cotisations des époux doivent être fixées, selon l'art. 28 al. 4 RAVS, sur la base de la moitié de la fortune et du revenu acquis sous forme de rente du couple. Après un changement d'état civil, une nouvelle procédure de fixation des cotisations selon l'art. 25 al. 1 RAVS (dans sa version, applicable en l'occurrence, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2000 [RO 2000 1441]) peut être mise en œuvre également pour des personnes non actives. Cette disposition, à laquelle renvoie par analogie à l'art. 29 al. 4 RAVS précité, permet de fixer les cotisations sur la base du revenu actuel lorsque, depuis la période de calcul ordinaire, les bases du revenu de l'assuré ont subi «une modification durable due à un changement de profession ou d'établissement, commercial ou autre, à la disparition ou à la naissance d'une source de revenu, à la répartition nouvelle du revenu de l'exploitation, ou encore à une invalidité de l'assuré qui entraîne une variation sensible du gain» (procédure extraordinaire de fixa-

tion des cotisations). Pour les personnes sans activité lucrative, la dissolution du mariage par divorce ou par décès doit être assimilée aux circonstances énumérées par cette disposition réglementaire et peut donc justifier la fixation des cotisations d'après la procédure extraordinaire. Encore faut-il que la modification du revenu soit sensible. A cet égard, une variation de 25 pour cent représente une telle modification sensible (ATF 110 V 9 consid. 3c = RCC 1984 p. 457; ATF 105 V 118 = RCC 1980 p. 306).

Dans le cas particulier, il ressort du jugement attaqué que les époux sont divorcés depuis le 13 février 1998. On ignore si cette date est celle du jugement de divorce ou celle de l'entrée en force de ce jugement. Quoi qu'il en soit, pour les mois de janvier et février 1998 et, le cas échéant, jusqu'au moment de l'entrée en force du jugement de divorce, les cotisations du recourant doivent être fixées sur la base de la moitié de la fortune et du revenu sous forme de rente, conformément aux principes ci-dessus exposés. Pour la période ultérieure, il appartiendra à la caisse de procéder à un calcul sur la base de la fortune et du revenu sous forme de rente du recourant. S'il en résulte une différence de 25 pour cent au moins, elle appliquera la procédure extraordinaire.

Pour ce motif, le jugement attaqué, ainsi que la décision administrative litigieuse, doivent être annulés et la cause renvoyée à l'administration pour qu'elle procède dans ce sens.

4. Le recourant soutient que la pension alimentaire qu'il verse à son épouse doit être déduite de son revenu déterminant pour la fixation de ses cotisations.

a. La notion de revenu acquis sous forme de rente doit être comprise dans un sens très large, faute de quoi des prestations importantes échapperaient souvent à l'obligation de cotiser, motif pris qu'il ne s'agit ni d'une rente à proprement parler, ni d'un salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS. Aussi, le critère décisif n'est-il pas celui de savoir si les prestations perçues présentent plus ou moins les caractéristiques d'une rente, mais bien plutôt celui de savoir si elles contribuent à l'entretien de l'assuré, c'est-à-dire si il s'agit d'éléments de revenu qui ont une influence sur les conditions de vie de la personne sans activité lucrative. Si tel est le cas, ces prestations doivent être prises en compte dans le calcul des cotisations conformément à l'art. 10 LAVS (ATF 125 V 234 consid. 3b = VSI 1999 p. 204; ATF 120 V 167 consid. 4a = VSI 1994 p. 283; RCC 1991 p. 434 consid. 3a et les références).

b. Selon une jurisprudence déjà ancienne, la pension alimentaire versée au conjoint divorcé ne peut pas être déduite du revenu sous forme de rente

et de la fortune des assurés sans activité lucrative. Les dépenses qui constituent un emploi du revenu ne sont pas déductibles. Le versement d'une pension alimentaire n'est donc pas censé diminuer le revenu acquis sous forme de rente et peut constituer pour un tiers un revenu soumis à son tour à cotisation (ATFA 1960 p. 38 = RCC 1960 p. 286).

Cette jurisprudence est critiquée en doctrine. La pension alimentaire versée au conjoint séparé ou divorcé représente un revenu que le débiteur ne peut utiliser pour son entretien personnel. Il en résulte, par ailleurs, une double charge de cotisations, dans la mesure où des cotisations sont prélevées sur le même objet auprès de l'époux créancier. Les époux divorcés sont ainsi taxés plus lourdement que s'ils étaient encore mariés. Enfin, le maintien de la jurisprudence en cause n'est plus soutenable au regard de l'évolution législative relative au traitement fiscal des pensions alimentaires (sur ces divers points, voir *Hanspeter Käser*, *Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV*, 2^{ème} édition, p. 229 sv., ch. 10.31 ss; *Ueli Kieser*, *Alters- und Hinterlassenenversicherung* in: *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit*, ch. 72 et note en bas de page n° 357; du même auteur, *Die Abgrenzung zwischen Erwerbs- und Nichterwerbstätigen [einschliesslich Festsetzung der Beiträge von Nichterwerbstätigen]*, in: *Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV*, St-Gall 1998, p. 87).

c. En droit fiscal, les dépenses qui constituent un emploi du revenu, c'est-à-dire qui ont servi à la satisfaction de besoins personnels du contribuable, ne sont pas déductibles, sauf disposition expresse. Aussi bien le contribuable ne peut-il porter en déduction de son revenu les dépenses faites pour son entretien et les personnes à sa charge (*Christine Jacques*, *De divers aspects du régime de déduction et d'imposition des pensions alimentaires*, RDAF 1998 II p. 330 sv.). C'est en partant précisément de ce principe que la réglementation prévue par l'arrêté sur la perception d'un impôt fédéral direct (AIFD) n'autorisait pas la déduction des pensions alimentaires du revenu du contribuable: celles-ci étaient considérées comme des dépenses analogues aux frais d'entretien du contribuable ou de personnes à sa charge, loc. cit., p. 331); elles étaient en revanche exonérées du revenu du bénéficiaire (art. 21 al. 3 AIFD).

La loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1995 (et qui a abrogé l'AIFD; art. 201 LIFD) institue désormais un système inverse en prévoyant que la pension alimentaire obtenue pour lui-même par le contribuable divorcé ou séparé judiciairement ou de fait est imposable (art. 23 let. f LIFD), alors qu'elle est déductible du revenu du débiteur (art. 33 al. 1 let. c LIFD). La loi fédérale du

14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID) instaure une réglementation analogue (art. 7 al. 4 let. g et 9 al. 2 let. c LHID). Les cantons dont le système s'écartait de la LHID devaient adapter leur législation à cette loi jusqu'à la fin de l'année 2000 (art. 72 al. 1 LHID).

d. En dépit de cette évolution législative du droit fiscal et des critiques doctrinales susmentionnées, il n'y a pas lieu de se départir de la jurisprudence de l'arrêt ATFA 1960 p. 38 = RCC 1960 p. 286.

aa. La notion de revenu acquis sous forme de rente selon l'art. 28 RAVS est indépendante de la notion de rente ou de revenu au sens du droit fiscal. Du point de vue de l'AVS, peu importe le régime fiscal auquel est soumis le revenu à prendre en considération (RCC 1991 p. 435 consid. 3c et les références). De même, les déductions admissibles en matière d'AVS ne sont pas identiques à celles prévues par le droit fiscal, en particulier par la LIFD. Pour le revenu d'une activité indépendante (art. 9 al. 2 LAVS; art. 17 et 18 RAVS), elles correspondent, dans une large mesure, à celles autorisées par la LIFD (art. 27 à 29 LIFD); la différence est en revanche nettement plus marquée en ce qui concerne le revenu tiré d'une activité dépendante, pour laquelle sont seules déductibles, au titre de frais généraux selon l'art. 9 RAVS, les dépenses résultant pour le salarié de l'exécution de son travail, ce qui ne coïncide pas avec les frais professionnels selon l'art. 26 LIFD (sur ces divers points, voir *Reto Böhi, Der unterschiedliche Einkommensbegriff im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht und seine Auswirkungen auf die Beitragsrhebung*, Berne 2001, pp. 123 ss et 257 ss). Pour les personnes sans activité lucrative, l'art. 28 RAVS se réfère au revenu acquis sous forme de rente, sans prévoir de déductions particulières. Cela s'explique par le fait que la déductibilité des frais est en principe limitée aux dépenses nécessaires ou directement liés à l'obtention du revenu professionnel (cf. *Walter Ryser/Bernard Rolli, Précis de droit fiscal suisse*, 3^e éd., Berne 1994, p. 157).

En outre, certaines déductions générales admises par le droit fiscal (par exemple les primes d'assurance-accidents pour une assurance conclue en faveur de l'exploitant (cf. art. 33 al. 1 let. g LIFD) ne sont pas déductibles du revenu déterminant dans l'AVS (RCC 1986 p. 233). Il en va de même des déductions sociales au sens de l'art. 35 LIFD. Le droit de l'AVS ne prévoit pas non plus – pour une ou plusieurs catégories de cotisants – la possibilité de déduire du revenu les pensions alimentaires versées à l'ex-conjoint.

En l'absence d'une règle spéciale sur ce point et compte tenu des différences propres à chacun des deux régimes, les innovations législatives en matière d'impôt fédéral direct et d'harmonisation fiscale ne sauraient pro-

duire un effet obligatoire dans le régime de l'AVS. En ce domaine il faut donc s'en tenir au principe général selon lequel les pensions alimentaires constituent, sauf disposition contraire – et inexistante en l'espèce – des dépenses analogues aux frais d'entretien du contribuable ou des personnes à sa charge.

bb. Contrairement à ce que soutient le recourant, il ne s'agit pas d'un cas de double imposition. La double imposition, qui est d'ailleurs une notion de droit fiscal, supposerait, entre autres conditions, la perception d'une contribution auprès de la même personne (identité du contribuable) et un conflit de souveraineté fiscale (cf. *Jean-Marc Rivier*, Droit fiscal suisse, L'imposition du revenu et de la fortune, 2^{ème} édition 1998, p. 109).

Il est vrai que, revenant sur sa jurisprudence antérieure, le TF a renoncé exceptionnellement à l'exigence de l'identité des sujets fiscaux, en ce qui concerne précisément le traitement fiscal, dans les rapports intercantonaux, des pensions alimentaires versées à un conjoint divorcé ou séparé pour lui-même et les enfants dont il a la garde. Il s'imposait, en particulier, de mieux tenir compte des liens juridiques et économiques existant encore entre les ex-époux s'agissant des aliments versés par l'un des conjoints à l'autre. Suivant en cela l'évolution du droit dans les cantons et sur le plan fédéral, il convenait donc que le canton de domicile du débiteur renonçât à imposer les montants versés par le jeu d'une déduction; ces montants pouvaient être imposés par le canton de domicile du créancier. Une telle solution était seule susceptible d'éviter que les époux séparés ne fussent imposés plus lourdement que les époux faisant ménage commun (ATF 121 I 150; cf. aussi ATF 121 I 75 et 118 Ia 277; voir également *Danielle Yersin*, De quelques développements récents de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière d'impôts directs, in *Archives* 65, p. 363 ss; *Jacques*, loc. cit., p. 332 ss). Mais ces considérations ne sont pas transposables sans plus au domaine des cotisations AVS, où la finalité contributive est différente, puisqu'il s'agit, pour chacun des conjoints sans activité lucrative, d'acquitter des cotisations qui sont en principe formatrices de rentes.

Au demeurant, le système critiqué ne conduit pas nécessairement à un double prélèvement de cotisations sur le même objet. Ainsi, quand le conjoint créancier exerce une activité lucrative durable, il paie des cotisations en tant que salarié ou indépendant. Ce peut aussi être le cas s'il exerce une activité lucrative à temps partiel, voire occasionnelle ou intermittente. En effet, d'après l'art. 28^{bis} RAVS, les personnes qui n'exercent pas durablement une activité lucrative à plein temps acquittent les cotisations comme les personnes sans activité lucrative, lorsque, pour une année civile, les coti-

sations qu'elles paient sur le revenu d'un travail, ajoutées à celles dues par leur employeur, n'atteignent pas la moitié de la cotisation due selon l'art. 28 RAVS; leurs cotisations payées sur le revenu d'un travail doivent dans tous les cas atteindre le montant de la cotisation minimale. Cette règle implique donc un calcul comparatif. Il faut calculer les cotisations de l'assuré en tant que personne dite «active», puis en tant que personne sans activité lucrative, avant de comparer les montants respectifs qui en découlent. Si le premier des montants à considérer n'atteint pas la moitié du second, l'assuré acquittera des cotisations comme personne sans activité lucrative; s'il est équivalent ou supérieur, il sera considéré, selon les cas, comme un salarié ou un indépendant et versera des cotisations en cette qualité (*Greber/Duc/Scartazzini*, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], note 19 ad art. 10 LAVS). Dans cette dernière éventualité, il n'y a pas non plus un double prélèvement de cotisations.

cc. Enfin, l'AVS est fondée sur une conception universaliste, c'est-à-dire une assurance couvrant en principe l'ensemble de la population, active ou non-active professionnellement (*Greber/Duc/Scartazzini*, op. cit., note 4 ad art. 10 LAVS). Les personnes sans activité lucrative visées par l'art. 10 al. 1 LAVS ont donc un statut de cotisant au même titre que les assurés qui exercent une activité lucrative, dépendante ou indépendante. Elles disposent d'autres ressources qu'un salaire ou un revenu provenant d'une activité lucrative indépendante. Par l'adoption des art. 10 LAVS et 28 RAVS, il s'est agi de trouver des modalités de perception des cotisations qui tiennent compte de la capacité contributive du débiteur de cotisations, en fonction de ces ressources (*Greber/Duc/Scartazzini*, op. cit., note 23 ad art. 10 LAVS; *Peter Binswanger*, Kommentar zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, Zurich 1950, pp. 81–85). Mais le fait qu'une pension alimentaire est payée au moyen du revenu acquis sous forme de rente et/ou de la fortune de l'assuré n'est pas en soi un motif suffisant pour établir une distinction avec les autres catégories de cotisants, notamment les assurés exerçant une activité indépendante, pour lesquels la pension versée au conjoint séparé ou divorcé ne saurait, selon le régime légal actuel, être déduite du revenu de l'activité lucrative (cf. *Käser*, op. cit., p. 230 ch. 10.33). S'il est vrai, de manière générale, qu'une déduction de la pension alimentaire du revenu du débiteur est mieux proportionnée à la capacité contributive de celui-ci (cf. le message du Conseil fédéral du 25 mai 1983 concernant les lois fédérales sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes ainsi que sur l'impôt fédéral direct, FF 1983 III 174), il ne se justifie pas, pour la perception des cotisations de l'AVS, de traiter différemment les assurés en fonction de la provenance de leur revenu.

dd. En définitive, c'est au législateur qu'il appartient de décider s'il y a lieu ou non d'admettre dans le domaine de l'AVS, pour les assurés sans activité lucrative seulement ou de manière plus générale, une déduction des pensions alimentaires du revenu du débiteur. (143/01)

Cotisations AVS. Responsabilité de l'employeur

Arrêt du TFA du 6 novembre 2000 en la cause F. B.

(traduit de l'allemand)

Art. 52 LAVS, art. 82 al. 1 RAVS. Le fait que les créances de cotisations ne soient plus privilégiées dans la faillite ne modifie pas la jurisprudence antérieure selon laquelle, dans la faillite de l'employeur, la caisse de compensation ne prend en règle générale connaissance du dommage qu'au moment du dépôt de l'état de collocation (consid. 4).

Art. 52 LAVS, art. 82 cpv. 1 OAVS. La perdita del privilegio nel fallimento per i crediti di contributi dovuti non modifica assolutamente l'attuale giurisprudenza secondo la quale di norma la cassa di compensazione, in caso di fallimento del datore di lavoro, viene a conoscenza del danno solo al momento del deposito della graduatoria (cons. 4).

B. était président du conseil d'administration de X. SA depuis 1994. Le 3 mars 1997, la société a été déclarée en faillite et la liquidation sommaire a été ordonnée. Le 17 avril 1997, la caisse de compensation a produit à l'office des faillites de Y. une créance de Fr. 23 731.45 correspondant à des cotisations paritaires impayées. L'état de collocation a été déposé du 8 au 27 décembre 1997 à l'office des faillites. Par décision du 3 décembre 1998, la caisse de compensation a rendu une décision de réparation condamnant B. à payer la somme de Fr. 23 731.45 à titre de réparation du dommage correspondant aux cotisations aux assurances sociales de droit fédéral impayées en 1996 par la faillie. Le 16 mars 1999, elle a reçu un acte de défaut de biens pour la totalité de la créance produite dans la faillite. L'action introduite par la caisse de compensation contre B. sur opposition de ce dernier a été rejetée par l'autorité cantonale de recours par jugement du 6 mars 2000 qui a considéré que la créance en réparation du dommage était périmée. Le TFA a admis le recours de droit administratif interjeté contre ce jugement par la caisse de compensation et l'OFAS. Extraits des considérants:

3. La question litigieuse est celle de savoir si la caisse de compensation a rendu à temps sa décision de réparation du dommage contre l'intimé, c'est-à-dire avant l'expiration du délai de péremption d'un an de l'art. 82 al. 1 RAVS.

a. Selon l'art. 82 al. 1 RAVS, la créance en réparation du dommage se prescrit lorsqu'elle ne fait pas l'objet d'une décision de réparation dans le délai d'un an à partir du moment où la caisse de compensation a eu connaissance du dommage et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. Selon la jurisprudence, la caisse de compensation prend connaissance du dommage au moment où elle doit savoir, en usant de l'attention qu'on peut attendre d'elle, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations mais bien de fonder une obligation de réparer le dommage (ATF 121 III 388 consid. 3b, ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 p. 110, ATF 118 V 195 consid. 3a = VSI 1993 p. 83, chaque fois avec les références citées). C'est déjà à ce moment que le délai de péremption d'un an commence à courir. Le délai de péremption de cinq ans débute en revanche au moment où survient le dommage. Le dommage survient dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées pour des motifs juridiques ou des motifs de fait (ATF 121 III 384 consid. 3/bb, 388 consid. 3a, ATF 113 V 257 = RCC 1988 p. 1361, chaque fois avec les références citées). Selon la jurisprudence, dans le cas d'une faillite, le dommage est en règle générale déjà suffisamment connu lorsque la collocation des créances est publiée, respectivement lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) est déposé pour être consulté (ATF 121 V 234 = VSI 1996 p. 167, ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 p. 110, ATF 118 V 196 consid. 3a = VSI 1993 p. 83, chaque fois avec les références citées).

b. Ces principes s'appliquent aussi en cas de faillite liquidée par la procédure sommaire car le jugement ordonnant la liquidation sommaire ne permet pas à lui seul de connaître le dommage (ATF 116 V 77 bas de la page avec références = RCC 1990 p. 415; VSI 1995 p. 197 consid. 3c; *Thomas Nussbaumer*, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Artikel 52 AHVG, RCC 1991 p. 399; idem, Das Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG, in: Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, Saint-Gall 1998, p. 110).

c. Lorsque la faillite n'est liquidée ni selon la procédure ordinaire ni selon la procédure sommaire, il faut alors admettre que la connaissance et la survenance du dommage interviennent en règle générale en même temps au moment de la suspension de la liquidation de la faillite faute d'actifs et qu'est alors déterminante la date de la publication de cette suspension dans la FOSC (RCC 1990 p. 302 consid. 4b et consid. 4c/bb; *Nussbaumer*, op. cit., RCC 1991 p. 399). Pour admettre que la caisse de compensation a une connaissance suffisante du dommage, il faut cependant qu'à cette date, elle connaisse déjà l'existence, la nature et les éléments constitutifs essentiels du dommage (ATF 116 II 160 consid. 4a avec référence, 116 V 76 consid. 3b =

RCC 1990 p. 415; RCC 1992 p. 262) ainsi que la personne tenue de le réparer (*Nussbaumer*, op. cit., RCC 1991 p. 399). Comme la créance en cotisations impayées constitue la base permettant de déterminer l'ampleur du dommage, on ne retiendra que la caisse connaissait le dommage à la date de la publication de la suspension de la faillite déjà, seulement lorsqu'elle était en mesure à cette date de chiffrer sa créance de cotisations (arrêt non publié du TFA en la cause S. du 7 janvier 2000, H 224/98).

4a. Le tribunal cantonal s'est écarté de la jurisprudence précédente en se référant à la modification de l'art. 219 al. 4 LP entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997 et supprimant le privilège de deuxième classe aux créances de cotisations du droit des assurances sociales pour les reléguer en troisième classe avec les autres créances non privilégiées. Dans sa motivation, il a considéré pour l'essentiel que les créanciers non privilégiés devaient partir de l'idée, à la suite de l'ouverture de la faillite du débiteur, que leurs créances ne seraient pas entièrement couvertes car, dans le cas contraire, il n'y aurait en aucun cas eu ouverture de faillite. Ainsi, depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle LP, ce serait dès la publication de l'ouverture de la faillite du débiteur des cotisations – et non pas seulement dès le dépôt de l'état de collocation – que les caisses de compensation devraient en principe avoir suffisamment connaissance du fait que leur créance ne sera très vraisemblablement pas entièrement couverte par le dividende à espérer dans la faillite. Après s'être renseigné auprès de l'office des faillites de Z., le tribunal cantonal a retenu qu'il était tout à fait exceptionnel qu'un créancier ordinaire soit totalement désintéressé dans une faillite, soit au plus dans le 1 à 2 pour cent des cas. C'est pourquoi, il a considéré que le délai de péremption de l'art. 82 al. 1 RAVS pour les créances en réparation du dommage selon l'art. 52 LAVS nées depuis le 1^{er} janvier 1997 commence en règle générale à courir déjà à la date de la publication de l'ouverture de la faillite dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). A ce moment là, la caisse de compensation aurait connaissance de tous les éléments essentiels lui permettant de motiver son action. Elle pourrait sans autre déterminer le montant maximum de sa créance en réparation du dommage (montant des cotisations impayées, frais de sommations et frais administratifs, éventuels intérêts de retard) et les personnes tenues de réparer le dommage (au moins les organes formels). Selon la jurisprudence (ATF 121 V 240 = VSI 1996 p. 167), la connaissance raisonnablement exigible d'un dommage partiel ferait partir le délai de péremption. L'objection de la caisse de compensation consistant à dire que, dans le cadre de la 11^e révision de l'AVS, on est déjà en train de réintroduire le privilège des créances AVS (nouvel art. 219 al. 4 deuxième classe let. b LP dans sa teneur selon la modification légale du 24 mars 2000,

RO 2000 p. 2531; voir également à ce sujet l'initiative parlementaire de la Commission de la sécurité sociale et de la santé du 26 mars 1999, FF 1999 8494, et BO 2000 CE 110, 219, CN 368, 464, 1999 CN 2430) ne changerait pas non plus la solution retenue.

b. Selon la jurisprudence exposée (consid. 3 ci-avant) au sujet des créances de cotisations privilégiées selon le droit de la LP, la caisse de compensation ne peut pas ajourner l'exercice de sa créance en réparation du dommage jusqu'au moment où elle connaît l'étendue exacte de sa perte – ce qui n'est le cas qu'au moment de la clôture de la faillite. On exige au contraire qu'elle s'informe sur les détails propres à fonder une éventuelle action en réparation du dommage dès le moment où elle connaît l'existence, la nature et les éléments constitutifs du dommage (ATF 116 V 76 = RCC 1990 p. 415). Dans l'ATF 116 V 75 consid. 3b = RCC 1990 p. 415, le TFA s'est référé ensuite à l'ATF 113 V 182 consid. 2 = RCC 1987 p. 607 et à l'ATF 112 V 161 = RCC 1987 p. 43 et a considéré qu'en cas de faillite de la débitrice des cotisations, il fallait admettre que la caisse de compensation connaît en principe le dommage au moment du dépôt de l'état de collocation (et de l'inventaire) car, à ce moment, le créancier est ou serait de manière générale en mesure de connaître l'état des actifs, la collocation de sa créance et le dividende prévisible. La jurisprudence a refusé d'avancer le moment de la connaissance du dommage pour le situer par exemple au moment de la première assemblée des créanciers, de l'établissement d'un acte de défauts de biens provisoire ou de la décision de prononcer la liquidation sommaire de la faillite (voir à ce sujet le résumé des cas dans ATF 116 V 77 consid. 3c = RCC 1990 p. 415; dans le même sens, également ATF 116 II 161 consid. 4a et 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 p. 110). Cette jurisprudence a été partiellement critiquée par la doctrine (*Paul Cadotsch, Wann hat die AHV-Ausgleichskasse Kenntnis des im Konkurs eines Arbeitgebers erlittenen Schadens, SZS 1988 S. 243 ff.*) qui demande qu'on parte en principe, en ce qui concerne la connaissance du dommage, de la clôture de la procédure de faillite, respectivement du moment de la suspension de la procédure de faillite faute d'actifs tout en admettant que cette connaissance puisse intervenir préalablement au cas où la perte de la créance de cotisations résulterait de la réception d'un acte de défaut de biens. Le TFA a répondu en détail à cette critique dans l'ATF 116 V 78 consid. 3c = RCC 1990 p. 415 et a expliqué pourquoi il s'agissait d'en rester à la jurisprudence antérieure. En se référant aux arrêts B. du 18 septembre 1992 (RCC 1992 p. 502 consid. 3b) et H. du 1^{er} février 1995 (VSI 1995 p. 169 consid. 4d), le tribunal a admis que la date de la connaissance du dommage soit exceptionnellement antérieure au dépôt de l'état de collocation lorsqu'il a considéré que la caisse de compen-

sation avait une connaissance suffisante du dommage au moment de la première assemblée des créanciers en cas de refus de l'homologation d'un concordat. Dans ces cas, la connaissance d'un dommage partiel a été tenue pour suffisante à ce moment là, mais il a été précisé que, dans l'intérêt des créanciers lésés, on ne pouvait pas admettre à la légère que le délai commence à courir avant le dépôt de l'état de collocation (ATF 121 V 241 s. consid. 3c/bb avec références = VSI 1996 p. 167). Dans l'arrêt non publié S. et K. du 2 décembre 1999, H 250/98 et H 252/98, le TFA a ainsi refusé d'avancer le moment de la connaissance du dommage dans le cas d'une procédure sommaire de faillite en s'appuyant sur la jurisprudence antérieure selon laquelle l'avancement de ce moment n'était admissible que dans des cas exceptionnels. Enfin, le tribunal a jugé que le seul fait que la société anonyme ait été dissoute d'office en application de l'art. 708 al. 4 CO en relation avec l'art. 86 al. 2 ORC ne permettait pas de déduire que les cotisations dues ne pouvaient plus être recouvrées. Tant que la liquidation de la société n'est pas terminée, la caisse de compensation ne sait pas encore si elle subira un dommage (arrêt non publié M. du 13 mars 1998, H 209/97).

c. Ces réflexions valent également sous l'empire de la modification des privilèges de l'art. 219 al. 4 LP entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1997 et déjà abrogée au 1^{er} janvier 2001 pour les créances de cotisations du droit des assurances sociales (consid. 4a in fine ci-avant; RO 2000 p. 2532). Comme OFAS le relève avec pertinence, la jurisprudence du TFA sur le moment ordinaire de la connaissance du dommage se fonde sur l'idée de l'harmonisation des principes du droit civil avec ceux du droit public. En partant des notions identiques de «connaissance du dommage» dans ces deux domaines du droit (voir art. 60 al. 1, art. 67 al. 1 et art. 760 CO avec art. 82 al. 1 RAVS) et de la jurisprudence des juges suprêmes en la matière (ATF 112 II 123 consid. 4, 111 II 57 et 167; voir désormais aussi ATF 121 III 388 consid. 3b, 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 p. 110, ATF 118 V 195 consid. 3a = VSI 1993 p. 83, ATF 116 II 160 consid. 4a), le TFA a considéré qu'en cas de faillite, le moment de la connaissance du dommage était en règle générale celui du dépôt de l'état de collocation (ATF 113 V 181 consid. 2 = RCC 1987 p. 607, ATF 112 V 161 = RCC 1987 p. 260; arrêts confirmés par ATF 121 V 234 et 240 = VSI 1996 p. 167 et 156, ATF 116 V 72 = RCC 1990 p. 415). Il a ainsi ajusté sa pratique antérieure à la jurisprudence en vigueur en droit civil (ATF 111 II 167 consid. 1a, confirmé dans ATF 122 III 195 et 116 II 158) et dans le reste du droit public (ATF 108 Ib 100 concernant l'art. 20 LRFC). Cette jurisprudence a été adoptée – ce qui est déterminant, mais ce sur quoi le tribunal cantonal ne se prononce pas – en relation avec les autres créances de l'ancienne cinquième classe de l'art. 219 al. 4 LP. Ainsi, le Tribunal fédéral a re-

levé, dans le cadre d'une action en responsabilité du droit des sociétés anonymes, au sujet du point de départ du délai de l'art. 760 CO, qu'en égard aux intérêts du créancier lésé, on ne pouvait pas admettre à la légère un point de départ antérieur de la prescription et qu'on ne pouvait pas considérer comme suffisant «par exemple que les créanciers aient connaissance déjà au moment de l'ouverture de la faillite qu'ils allaient subir une perte plus ou moins grande» (ATF 116 II 162). A la lumière de cette jurisprudence, la suppression du privilège des créances de cotisations dans la faillite n'a pas de signification essentielle quant au moment de la connaissance du dommage de sorte que le point de vue de l'instance inférieure n'est pas convaincant. Pour ce seul motif, il s'impose de ne pas retenir une réglementation différente pour la procédure en réparation du dommage selon l'art. 52 LAVS; sinon, cela signifierait que l'on renonce à l'harmonisation dans le domaine des dommages-intérêts. Indépendamment de cela, et contrairement à l'opinion de l'instance inférieure, la connaissance du dommage n'est en règle générale pas encore suffisante au moment de l'ouverture de la faillite. A ce moment là en effet, la caisse de compensation n'est la plupart du temps pas encore en mesure de déterminer l'étendue exacte de sa créance de cotisations. En effet, pour la déterminer, la caisse de compensation doit, après la publication de la faillite, d'abord procéder au contrôle d'employeur selon l'art. 162 al. 1 RAVS (voir à ce sujet la circulaire aux caisses de compensation sur le contrôle des employeurs du 1^{er} janvier 1994 et les directives aux organes de révision sur l'exécution des contrôles des employeurs du 1^{er} janvier 1994). Ce n'est qu'après ce contrôle que la caisse de compensation sait si et dans quelle mesure elle a une créance de cotisations à faire valoir pour la période allant jusqu'à l'ouverture de la faillite. En cas normal, ce serait ainsi la date du contrôle de l'employeur selon l'art. 162 al. 1 RAVS qui pourrait la première entrer en ligne de compte comme jour déterminant le point de départ du délai. Il n'y a toutefois pas de raison d'avancer le dies a quo à ce moment là contrairement à la jurisprudence précédente. D'une part, la créance en réparation du dommage n'est pas identique à la créance de cotisations (ATF 123 V 171 consid. 3a = VSI 1998 p. 166, ATF 119 V 95 = VSI 1993 p. 110; VSI 1996 p. 136 i.f.), raison pour laquelle il faut d'abord constater la perte totale ou partielle de la créance de cotisations pour qu'un dommage survienne. Pour la connaissance du dommage, il faut ainsi disposer d'autres éléments en plus de l'ouverture de la faillite et du contrôle de l'employeur. D'autre part, le TFA a tout récemment refusé, dans le cas d'une faillite sommaire selon l'art. 231 LP (dans sa teneur en vigueur jusqu'à fin 1996), d'avancer le moment de la connaissance du dommage (arrêts non publiés dans la cause I. du 27 juin 2000 [H 12/99] et dans les causes S. et K. du 2 décembre 1999 [H 250/98 et H 252/98]). Enfin, de façon concordante à la jurisprudence du

Tribunal fédéral (ATF 116 II 162, 111 II 55 consid. 3a) et dans l'intérêt du créancier, le TFA ne retient pas à la légère une date avancée pour la connaissance du dommage eu égard au court délai d'un an pour faire valoir la créance en réparation du dommage (ATF 121 V 242 = VSI 1996 p. 167), d'autant plus qu'une caisse de compensation risque le rejet de son action si elle agit trop vite (arrêt M. susmentionné du 13 mars 1998, H 209/97). Il convient d'en rester à la jurisprudence antérieure malgré la modification de la réglementation des privilèges dans le droit de la faillite.

d. Comme le dossier ne fait apparaître aucun motif qui justifierait de retenir, en l'espèce et à titre exceptionnel une date antérieure à la connaissance du dommage au sens de la jurisprudence, force est d'admettre que la décision de la caisse de compensation du 3 décembre 1998 a été rendue à temps eu égard au dépôt de l'état de collocation du 8 au 21 décembre 1997 (voir à ce sujet art. 250 al. 1 LP dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997) (ATF 121 V 234 = VSI 1996 p. 167, ATF 119 V 95 consid. 4c = VSI 1993 p. 110; VSI 1996 p. 136 consid. 2a). La cause est ainsi renvoyée au tribunal cantonal pour nouveau jugement sur l'action en réparation du dommage de la caisse de compensation après examen des autres conditions matérielles de la responsabilité. (H 137/00 + H 144/00)

AVS. Computation de la durée du mariage

Arrêt du TFA du 9 juin 1999 en la cause H. Z.

Art. 24a al. 1 let. a LAVS. Pour la computation de la durée du mariage, la date de l'entrée en force jugée du jugement en divorce est déterminante. Un jugement entre en force lorsque le délai de recours est expiré sans avoir été utilisé. Sont déterminantes à cet égard les règles de procédure civile en vigueur au moment du prononcé du jugement.

Art. 24a cpv. 1 let. a LAVS. Al fine di stabilire la durata del matrimonio, è determinante la data in cui la sentenza di divorzio acquista forza di cosa giudicata. Una sentenza acquista forza di cosa giudicata dal momento che il termine di ricorso è trascorso senza essere stato utilizzato. Sono determinanti a questo riguardo le regole di procedura civile in vigore al momento in cui la sentenza è stata emessa.

A. Le 13 août 1966, H. Z., née le 12 juillet 1945, s'est mariée avec G. G. Une enfant est née de cette union le 13 mai 1968. Par jugement du 21 juin 1976, le Tribunal de première instance du canton a prononcé le divorce des époux G. G. G. est décédé le 25 novembre 1997.

Le 9 décembre 1997, H. Z. a sollicité le versement d'une rente de veuve. Par décision du 2 mars 1998, la Caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (ci-après: la caisse) a rejeté sa requête, motif pris que son mariage avec le défunt avait duré moins de dix ans.

B. L'assurée a recouru devant la Commission de recours en matière d'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (ci-après: la commission) contre cette décision. Elle a fait valoir qu'en application des dispositions de la loi de procédure civile du 10 avril 1987, le jugement de divorce était entré en force le 22 août 1976. Son mariage avait ainsi duré plus de dix ans. Par jugement du 29 juillet 1998, la commission a admis son recours et annulé la décision de la caisse.

C. L'OFAS interjette recours contre ce jugement en concluant à son annulation ainsi qu'au renvoi de la cause à la caisse pour examen complémentaire et nouvelle décision. Il soutient, s'agissant de la durée du mariage, qu'il y a lieu de s'appuyer sur les inscriptions qui figurent au registre de l'état civil, lequel fonde la présomption des faits qu'il atteste en vertu de l'art. 9 CC. Or, l'extrait du livret de famille produit par l'assurée comporte, sous le sceau de l'officier d'état civil, la mention selon laquelle le jugement du divorce est exécutoire dès le 13 juillet 1976. L'OFAS suggère ainsi de vérifier si cette mention correspond à celle inscrite sur le registre des familles, ce qui reviendrait à dénier à l'intimée le droit à une rente de veuve.

La caisse conclut à l'admission du recours de l'OFAS, tandis que l'assurée propose son rejet.

Considérant en droit:

1. L'objet du litige porte sur le point de savoir si l'intimée remplit les conditions de l'art. 24a al. 1 let. a LAVS (dans sa teneur en vigueur – applicable en l'espèce – au 1^{er} janvier 1997), en vertu duquel la personne divorcée est assimilée à une veuve si elle a un ou plusieurs enfants et que le mariage a duré au moins dix ans.

2. Il n'est pas contesté que l'assurée a eu un enfant avec le défunt. Il reste donc à examiner si l'union conjugale a duré plus de dix ans. Pour calculer la durée du mariage, il convient de se fonder sur la date de l'entrée en force du jugement prononçant le divorce. A cet égard, on rappellera que dans l'hypothèse où les parties n'ont pas attaqué le jugement de divorce, celui-ci entre en force, en règle générale, au plus tard, au moment où le délai d'appel arrive à échéance (*Hinderling*, Das Schweizerische Ehescheidungsrecht, Zürich 1981, p. 185).

a. En l'occurrence, le mariage des époux G. G. a été dissous par jugement du 21 juin 1976 du Tribunal de première instance du canton, lequel a été communiqué aux parties par pli recommandé le même jour. Les intéressés n'ont pas interjeté recours contre ce jugement.

La commission a considéré que celui-ci était entré en force le 22 août 1976, compte tenu d'un délai d'appel de trente jours et des fêtes judiciaires des tribunaux, lesquelles suspendent les délais fixés par la loi du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 296 et 30 de la loi de procédure civile genevoise du 10 avril 1987). Or, ces dispositions, entrées en vigueur le 1^{er} août 1987, ne sont pas applicables en l'espèce. Bien plutôt, doit-on se baser sur les articles topiques en vigueur à l'époque où le jugement a été prononcé.

b. Selon l'art. 297 de la loi de procédure civile genevoise du 13 octobre 1920 (dans sa teneur valable au 21 juin 1976), l'appel ne pourra être interjeté après vingt jours dès la communication du dispositif du jugement par le greffe, sauf les exceptions spécialement admises par la loi. Par ailleurs, cette législation ne contenait pas – à l'époque – de dispositions relatives à d'éventuelles fêtes judiciaires, de sorte que les délais d'appel suivaient leur cours sans être suspendus.

Si l'on considère que le jugement de divorce a été notifié aux parties le 22 juin 1976, le délai d'appel de vingt jours arrivait à échéance le 12 juillet 1976. Ledit jugement est ainsi entré en force dès le 13 juillet 1976. Cette date est corroborée par l'attestation du 19 janvier 1999 du Tribunal de première instance versée dans la procédure par la caisse. Elle correspond également à celle transcrite dans le livret de famille de l'intimée. Il n'est dès lors pas nécessaire, comme le propose l'OFAS, de renvoyer la cause à l'administration pour examen complémentaire au registre des familles.

c. Le mariage de l'assurée avec le défunt a duré ainsi 9 ans et 11 mois, de sorte que cette dernière ne remplit pas les conditions légales pour prétendre à une rente de veuve selon l'art. 23 al. 1 en corrélation avec l'art. 24a LAVS. Partant, c'est à tort que l'autorité cantonale a annulé la décision de la caisse du 2 mars 1998. (H 336/98)

PC. Délai de carence

Arrêt du TFA du 6 novembre 2000 en la cause W. Z.

(traduit de l'allemand)

Art. 2 al. 2 LPC (dans sa version en vigueur jusqu'au 31.12.1997); art. 2 al. 2 let. a LPC: Interruption du séjour en Suisse de ressortissants étrangers. La jurisprudence actuelle sur la période d'attente est égale-

ment applicable à des étrangers qui ont déjà accompli une telle période, mais qui n'ont pas séjourné en Suisse pendant quinze ans de manière ininterrompue immédiatement avant le moment où ils font valoir leur droit à une prestation complémentaire. La troisième révision du régime des prestations complémentaires n'a pas modifié cette situation.

Art. 2 cpv. 2 LPC (nel testo in vigore fino al 31.12.1997); art. 2 cpv. 2 lett. a LPC: interruzione della dimora in Svizzera di cittadini stranieri. La giurisprudenza sin qui vigente sul periodo d'attesa è applicabile anche agli stranieri che avevano già compiuto tale periodo ma che non avevano dimorato in Svizzera senza interruzione durante quindici anni immediatamente prima della data alla quale hanno chiesto le prestazioni complementari. La terza revisione della LPC non ha modificato tale situazione.

A. Par décision du 17 septembre 1997, l'organe PC du canton de St-Gall a rejeté la demande PC à la rente AVS du ressortissant allemand W. Z., né en 1929, au motif que celui-ci n'avait pas résidé de manière ininterrompue en Suisse durant les 15 années précédant immédiatement sa demande y relative.

B. Le tribunal des assurances du canton de St-Gall admit le recours interjeté contre ladite décision en date du 3 juin 1999, estimant que l'exigence de la résidence en Suisse de 15 années devait être considérée comme réalisée. Il annula donc la décision du 17 septembre 1997 et retourna le dossier à l'organe PC compétent pour nouvelle décision au sens des considérants.

C. L'organe PC du canton de St-Gall interjette recours de droit administratif et demande l'annulation du jugement de première instance.

W. Z. conclut au rejet du recours, alors que l'OFAS propose son admission.

Le TFA admet le recours de droit administratif pour les motifs suivants:

1. L'instance cantonale de recours a exposé de manière pertinente – s'agissant de ressortissants étrangers sollicitant l'octroi de PC – les impératifs légaux inhérents à l'exigence de la résidence ininterrompue en Suisse de 15 ans (art. 2 al. 2 LPC dans sa version en vigueur jusqu'à fin 1997 applicable en l'espèce).

2. L'intimé s'était annoncé pour l'octroi de PC le 26 mars 1997. Le seul point litigieux a trait à la question de savoir s'il pouvait, dans les 15 années précédant sa demande PC, soit de mars 1997 jusqu'à mars 1982, se prévaloir d'une durée de résidence ininterrompue en Suisse au sens de cette exigence.

a. Conformément aux renseignements fournis par diverses communes, il est établi que l'intimé a été domicilié de manière ininterrompue en Suisse du 25 août 1970 au 30 avril 1994. En avril 1994, il obtint l'autorisation de la police des étrangers de pouvoir se rendre à l'étranger durant 1 1/2 année à partir du mois de mai 1994, avec la garantie de ne pas perdre le permis d'établissement C. Sur ce, il se rendit en France et à St-Petersbourg du 1^{er} mai 1994 au 31 octobre 1994, pour améliorer ses connaissances de la langue française d'une part, et faire quelques travaux de recherche sur la période de l'Occupation d'autre part.

b. L'instance cantonale de recours estima que l'intimé avait démontré, par sa longue période de résidence en Suisse, qu'il entendait vouloir rester dans notre pays. A cet égard, il s'était notamment laissé réserver le permis d'établissement C pour la période d'absence prévue à l'étranger, attestant par là de sa volonté à vouloir revenir en Suisse. Le législateur n'entendait, selon les juges de première instance, octroyer des PC qu'aux étrangers qui, lors de leur demande correspondante, témoignaient d'un rapport intense avec la Suisse. Dans ce sens, des interruptions de courte durée de la résidence en Suisse ne pouvaient remettre en cause ce lien si étroit avec notre pays tant et aussi longtemps qu'elles ne dépassaient pas un certain seuil. A cet égard, toujours selon les premiers juges, la jurisprudence laisse une certaine marge d'appréciation quant à la durée tolérable d'une absence à l'étranger. Dans cette perspective, force est de souligner que le droit aux PC d'un bénéficiaire de PC ayant un jour satisfait au délai de carence de 15 années reprend s'il ne s'est pas écoulé plus d'une année entre le départ et le retour. De tels assurés seraient par conséquent privilégiés en comparaison de ceux qui n'auraient pas encore satisfait à l'exigence du délai de carence à l'occasion de leur première demande, raison pour laquelle une interruption d'une durée inférieure à une année ne saurait remettre en cause la durée du délai de carence entamé jusqu'ici.

L'intimé fait valoir que depuis l'accomplissement de sa 23^e année, il a passé en tout 41 1/2 années en Suisse, et que durant son séjour en France, il avait laissé son ménage tel quel, payé ses impôts, non sans revenir chaque quatrième semaine l'espace de quelques jours en Suisse pour le règlement des affaires courantes (courrier, loyer, assurances et autres), laissant ainsi entendre qu'il n'avait jamais abandonné le centre de ses intérêts dans notre pays.

c. A l'occasion de son arrêt non publié T. du 26 juin 1998 (P 56/97), le TFA a exposé sa jurisprudence relative à la problématique du délai de carence de 15 années. Il en résulte qu'une absence à l'étranger ne dépassant

pas trois mois n'interrompt pas le délai de carence (ATF 110 V 173 consid. 3b). En cas d'absence plus longue, le délai de carence recommence à courir dès le retour en Suisse. Exceptionnellement, l'absence peut dépasser trois mois sans interrompre le délai de carence; pour ce, elle doit être motivée par des faits pertinents. Résumant l'état de sa jurisprudence y relative, le TFA ne reconnaît de justes motifs d'absence autorisant une prolongation du délai de trois mois que dans deux cas: soit la présence de raisons impératives – maladie, accident – inhérentes à la personne de l'assuré, soit des cas de force majeure. Il sied de s'en tenir à ces deux catégories d'exception. Toute extension mettrait en péril la sécurité du droit et exposerait la pratique à des problèmes de délimitation presque insolubles. Une extension du délai de trois mois doit rester exceptionnelle et obéir à des critères bien définis. Des raisons d'ordre social, familial, personnel ou professionnel ne sauraient par conséquent être pertinentes au regard de la jurisprudence évoquée, aussi honorables soient-elles

d. Les motifs invoqués par l'intimé à l'appui d'une extension du délai d'absence à l'étranger de trois mois n'émergent d'aucune manière à l'une ou l'autre des catégories d'exceptions évoquées. Par conséquent, il sied de considérer que le délai de carence a été interrompu, et qu'il a recommencé à courir dès le retour de l'intimé en Suisse le 1^{er} novembre 1994. L'argument selon lequel l'intimé a passé plus de 40 années de sa vie en Suisse ne saurait donc être d'un quelconque secours, et le fait de s'être rendu en France le 1^{er} mai 1994 – soit peu de temps avant l'accomplissement du délai de carence – pas davantage. Dans l'ATF précité T., l'interruption du délai de carence avait elle aussi eu lieu très peu de temps avant l'accomplissement du délai de carence de 15 années. Quant aux retours à domicile pour expédier les affaires courantes (courrier, loyer et assurances), ils ne sont pas de nature à inverser le cours des choses. Enfin, toujours dans l'ATF T., les juges avaient conclu que même la Convention européenne des droits de l'homme était irrélevante à cet égard.

3a. Le TFA n'est pas sans ignorer que le verdict est particulièrement cruel pour l'intimé, dans la mesure où – au contraire de l'assuré concerné dans l'ATF T. – il avait déjà rempli une fois la condition du délai de carence de 15 ans en ayant résidé de manière ininterrompue en Suisse du 25 août 1970 au 30 avril 1994. Toutefois, selon l'ancien art. 2 al. 2 LPC en vigueur au moment déterminant, il importe que la personne qui prétend l'octroi de PC doit avoir habité en Suisse pendant les quinze années qui ont précédé «immédiatement» la date à partir de laquelle elle demande la PC. Cette exigence reflète la volonté du législateur telle qu'elle émane du message du Conseil fédéral du 21 septembre 1964 (FF 1964 II p. 690 s.). La Commission

fédérale de l'AVS/AI rejetait d'ailleurs en son temps toute idée d'octroi de PC à des ressortissants étrangers ou apatrides domiciliés en Suisse, se heurtant de la sorte à l'avis d'une majorité de cantons, d'où la solution «liti-gieuse» finalement retenue en guise de compromis.

b. Dans le cadre de la 3^e révision des PC, le Conseil fédéral préconisa l'abaissement du délai de carence de 15 à 10 années (Message du 20 novembre 1996, FF 1997 I p. 1203). A cette occasion, la problématique inhérente à l'accomplissement du délai de carence au sens de l'art. 2 al. 2 LPC fut également examinée. Le terme «immédiatement» fit notamment l'objet de discussions au sein de la commission de consultation (Votum Alfons Berger, chef de la division AVS/AI/APG de l'OFAS, procès-verbal des séances de la Commission du Conseil national des 27 et 28 février 1997, p. 13), qui opta finalement pour son maintien. La conseillère nationale Baumann ne manqua pas d'attirer l'attention de la Commission (procès-verbal cité p. 12) sur le fait que la problématique déjà soulevée à l'occasion de nombreuses consultations – à savoir la perte du droit aux PC en cas d'interruption de la résidence en Suisse – demeurerait entière même avec un abaissement du délai de carence, et qu'il pouvait en résulter des injustices, notamment dans le cas de personnes qui avaient vécu largement plus de 10 années en Suisse, tout en étant parfois retournées quelques mois dans leur pays d'origine ou dans un autre pays étranger. Aussi préconisa-t-elle une formulation plus flexible de l'art. 2 al. 2 LPC, aux termes de laquelle il suffirait à un ressortissant étranger d'avoir vécu immédiatement avant le dépôt de la demande de PC «en tout dix ans durant un laps de temps de quinze ans» en Suisse pour prétendre l'octroi de PC. Cette proposition fut toutefois rejetée tant par la Commission du Conseil national (procès-verbal p. 14) que par le Conseil national lui-même ultérieurement (bulletin officiel 1997 N 455 s.). Le Conseil national partageait l'avis du Conseil fédéral selon lequel la proposition Baumann n'était pas assez clairement définie et qu'il valait mieux rechercher une solution à la problématique au plan international. Le Conseil des Etats suivit l'avis du Conseil national (bulletin officiel 1997 S p. 617).

c. En définitive, le législateur était parfaitement au courant de la problématique soulevée. Nonobstant, il a rejeté l'idée d'une réglementation susceptible d'empêcher l'émergence de cas tels que celui-ci. Au regard de ce qui précède, le TFA ne dispose d'aucune marge de manœuvre propre à modifier la jurisprudence en cours, dans la mesure où le texte légal – demeuré presque inchangé – correspond à la volonté majoritaire du Conseil national et lie ainsi le TFA (art. 191 Cst). (P 66/99).