Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Cour III
C-2903/2006
{T 0/2}

Arrêt du 7 novembre 2008

Composition

Elena Avenati-Carpani (présidente du collège), Alberto Meuli , Johannes Frölicher, Francesco Parrino, Madeleine Hirsig-Vouilloz, juges; Pascal Montavon, greffier.

Parties

J._____,
représenté par Lenz & Staehlin Avocats, M. Jean-Blaise Eckert, route de Chêne 30, 1211 Genève
recourant,

contre

Caisse suisse de compensation CSC,
avenue Edmond-Vaucher 18, case postale 3100,
1211 Genève 2
autorité inférieure.

Objet

Remboursement des cotisations AVS

Faits :

A.
Par décision sur opposition du 11 août 2006, la Caisse suisse de compensation (CSC) confirma sa décision du 26 septembre 2005 de remboursement de cotisations AVS à l'adresse de J._____, ressortissant australien marié, pour un montant de Fr. 140'103.-, correspondant à la valeur actuelle du montant escompté de sa rente capitalisée, conformément à l'art. 4 al. 4 de l'ordonnance sur le remboursement aux étrangers des cotisations versées à l'assurance-vieillesse et survivants (OR-AVS; RS 831.131.12). La CSC indiqua que le montant remboursé résultait d'une rente de Fr. 733.- par mois multipliée par 12 mois et par le coefficient 15.928 selon les « Tables des valeurs actuelles » (p. 71) s'agissant d'un homme âgé de 65 ans, compte tenu d'un revenu annuel moyen déterminant de Fr. 599'850.-, bonifications pour tâches éducatives comprises, de 15 années et 7 mois d'activité et de l'échelle 15 des rentes. La CSC précisa en outre, se référant à l'art. 6 OR-AVS, que le montant du remboursement ayant été établi sur les revenus non partagés de l'intéressé, son épouse ne pouvait dès lors plus prétendre au versement d'une rente de vieillesse fondée sur les mêmes cotisations.

B.
Par acte du 13 septembre 2006, J._____, représenté par Jean-Blaise Eckert, associé de Lenz & Staehelin, interjeta recours auprès de la Commission fédérale de recours en matière d'AVS/AI pour les personnes résidant à l'étranger, concluant à l'annulation de la décision sur opposition du 11 août 2006 en tant qu'elle confirmait la décision du 26 septembre 2005 et en tant qu'elle précisait que Dame J._____ ne pouvait plus prétendre au versement d'une rente de vieillesse fondée sur les cotisations remboursées. En ce qui concerne le remboursement des cotisations il fit valoir qu'il fallait tenir compte de la valeur actuelle du montant des rentes capitalisées de chacun des conjoints et non de sa seule rente, soit un montant total de Fr. 206'283.80 sur un montant de cotisations versées de Fr. 649'278.70. Il releva que le remboursement d'un montant correspondant à sa seule rente capitalisée escomptée était manifestement inéquitable au regard de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RS 831.10) et de l'art. 8 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101).

C.
Par réponse au recours du 4 avril 2007 adressé au Tribunal administratif fédéral, auquel le dossier fut transféré au 1er janvier 2007, la CSC établit le détail du montant remboursé et précisa que ledit montant correspondait au montant escompté de la rente capitalisée du recourant calculé selon la méthode globale, préconisée par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) tenant compte du principe d'équité, et non individuelle, seul le sexe faisant l'objet d'une distinction, sans splitting des revenus, conformément aux art. 4 al. 2 OR-AVS et 29quinquies al. 3 let. c LAVS.

Par réplique du 9 mai 2007 le recourant fit valoir que lui et son épouse auraient droit normalement à une rente de Fr. 7'353.- chacun par année et que ces deux rentes capitalisées correspondaient à un montant de Fr. 206'283.80, qu'en l'occurrence la pratique de la méthode dite globale n'était nullement voulue par le législateur et que d'ailleurs l'administration et l'OFAS étaient conscients de son iniquité.

Par duplique du 24 juillet 2007, la CSC maintint sa détermination, indiqua être liée par les instructions et directives de l'OFAS et releva, s'agissant des prétentions du recourant pour lui-même et son épouse quant au montant devant être remboursé, qu'au splitting des revenus, dans l'hypothèse où celui-ci interviendrait, s'appliquerait également le principe du plafonnement des rentes au sens de l'art. 35 LAVS.

D.
Par ordonnances des 29 mars 2007, 25 février et 19 mai 2008 le Tribunal de céans informa les parties de la composition du collège appelé à statuer. Celle-ci ne fut pas contestée.

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l’art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l’art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l’art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées aux art. 33 et 34 LTAF. En particulier, les décisions rendues par la Caisse suisse de compensation (CSC) en matière d'assurance-vieillesse et survivants peuvent être contestées de-

vant le Tribunal administratif fédéral conformément à l'art. 85bis al. 1 LAVS.

1.2 Les affaires pendantes devant les commissions fédérales de recours ou d'arbitrage ou devant les services de recours des départements au 1er janvier 2007 sont traitées par le Tribunal administratif fédéral dans la mesure où il est compétent. Le nouveau droit de procédure s'applique (cf. art. 53 al. 2 LTAF).

1.3 En vertu de l'art. 3 let. dbis PA la procédure en matière d'assurances sociales n'est pas régie par la PA dans la mesure où la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) est applicable. En application de l'art. 1 al. 1 LAVS, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-vieillesse et survivants, à moins que la LAVS ne déroge expressément à la LPGA.

1.4 Selon l'art. 59 LPGA, quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir. Ces conditions sont remplies en l'espèce.

1.5 Déposé en temps utile et dans les formes requises par la loi (art. 60 LPGA et 52 PA), le recours est recevable.

2.

2.1 Aux termes de l'art. 18 al. 3 LAVS, les cotisations payées conformément aux art. 5, 6, 8, 10 ou 13 par des étrangers originaires d'un Etat avec lequel aucune convention n'a été conclue peuvent être, en cas de domicile à l'étranger, remboursées à eux-mêmes ou à leurs survivants. Le Conseil fédéral règle les détails, notamment l'étendue du remboursement (art. 18 al. 3 deuxième phrase LAVS). Se fondant sur cette délégation, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance du 29 novembre 1995 sur le remboursement aux étrangers des cotisations versées à l'assurance-vieillesse et survivants (OR-AVS; RS 831.131.12) entrée en vigueur le 1er janvier 1997.

Au jour de la décision sur opposition il n'existait pas de traité en matière de sécurité sociale entre la Suisse et l'Australie. La Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et l'Australie du 9 octobre 2006 (RS 0.831.109.1) est toutefois entrée en vigueur le 1er janvier

2008. Les dispositions finales de ladite Convention prévoient que les droits en cours d'acquisition sont réglés par arrangement (art. 34 al. 3 let. b). Il y a également lieu de relever que la Convention maintient la possibilité d'un remboursement de cotisations (art. 16). La question de savoir quel est le montant auquel un ressortissant australien a droit en cas de remboursement comme en cas de rente ne relève cependant que du droit suisse. L'OR-AVS précise les modalités du remboursement.

2.2 Selon l'art. 1er OR-AVS les étrangers et leurs survivants, sous réserve d'une convention de sécurité sociale entre la Suisse et le pays d'origine du requérant, peuvent demander le remboursement des cotisations versées si lesdites cotisations ont été payées, au total, pendant une année au moins et n'ouvrent pas de droit à une rente.

L'art. 2 al. 1 OR-AVS prévoit que le remboursement des cotisations peut être demandé lorsque l'étranger a, selon toute vraisemblance, cessé définitivement d'être assuré, et que lui-même, ainsi que son conjoint et ses enfants âgés de moins de 25 ans, n'habitent plus la Suisse.

En vertu de l'art. 4 al. 2 OR-AVS, dans sa formulation en vigueur depuis le 1er janvier 2003, la demande de remboursement déclenche la procédure de partage des revenus dans les cas prévus à l'art. 29quinquies al. 3 let. c LAVS. Or, le seul cas prévu par cette disposition est celui de la dissolution du mariage. Les cotisations portées en compte, suite cas échéant au partage des revenus, sont déterminantes pour la fixation du montant remboursable.

Selon l'art. 4 al. 4 OR-AVS le remboursement peut être refusé dans la mesure où il dépasse la valeur actuelle des futures prestations de l'AVS qui reviendraient à une personne ayant droit à une rente, placée dans les mêmes circonstances. Cette clause dite d'équité, empêche qu'une personne qui peut prétendre au remboursement de ses cotisations ne soit favorisée par rapport à une personne ayant droit à la rente. Pour satisfaire cette exigence, le montant des cotisations versées par l'assuré est comparé à la valeur actuelle des rentes de vieillesse futures d'un assuré ayant droit à la rente selon les mêmes bases de calcul que l'assuré (revenus déterminants, années de cotisations, échelles de rentes). La valeur actuelle est le capital correspondant à la date du remboursement à la contre-valeur des prestations périodiques ou rentes futures escomptées, c'est-à-dire la somme de l'ensemble

des versements annuels multipliés et escomptés en tenant compte de la probabilité de leurs échéances (cf. MARC SCHAETZLE / STEPHAN WEBER, Manuel de capitalisation, Zurich 2001, p. 2 n° 1.3). Il s'agit en d'autres termes de la valeur actuelle équivalent au montant escompté de la rente future capitalisée (Arrêt du Tribunal fédéral H 207/03 du 19 mars 2004).

2.3 Avant la modification de l'OR-AVS intervenue au 1er janvier 2003, l'art. 4 al. 2 OR-AVS prévoyait d'office la procédure de partage des revenus prévue par l'art. 29quinquies LAVS. La disposition précitée énonçait simplement que « lors du dépôt, par l'étranger, d'une demande de remboursement, la procédure de partage des revenus en vertu de l'art. 29quinquies LAVS est déclenchée d'office ». Cette procédure de partage a toutefois été supprimée dans le cadre de la révision de l'OR-AVS intervenue au 1er janvier 2003, excepté les cas de dissolution du mariage. Or, il appert que lorsque l'un des conjoint demande le remboursement des cotisations, la suppression de la procédure de partage, dans les cas où l'autre conjoint n'a pas exercé d'activité lucrative, entraîne pour ce dernier la perte du droit à la rente.

3.
La question de la légalité, sous l'angle de la délégation législative, de cette réglementation, qualifiée par le recourant de contraire à la LAVS et à la Constitution fédérale, se pose donc.

Selon la doctrine, le contrôle préjudiciel des ordonnances fédérales ne peut se faire qu'à l'occasion d'un recours dirigé contre un acte d'application individuel et concret. En cas d'admission du recours, le juge ne pourra pas annuler l'ordonnance qu'il estime inconstitutionnelle ou non conforme à la loi. Il refusera simplement de l'appliquer et cassera la décision fondée sur elle. Il appartiendra ensuite à l'auteur de l'ordonnance, soit au Conseil fédéral, de la modifier ou de l'abroger formellement, pour rétablir une situation conforme à la Constitution et à la loi. Le contrôle préjudiciel des ordonnances n'appartient pas exclusivement au Tribunal fédéral, mais à toutes les autorités, fédérales aussi bien que cantonales, chargées de l'appliquer. Il ne s'agit pas d'ailleurs d'une faculté, mais d'une obligation: l'autorité qui refuse d'examiner la régularité d'une ordonnance du Conseil fédéral, alors même que le recourant a soulevé valablement un tel grief, commet un déni de justice (cf. ANDRES AUER, GIORGIO MALIVERNI, MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. I, 2ème éd., Berne 2006, ch. 1905 ss).

D'après la jurisprudence, le juge examine en principe librement la légalité et la constitutionnalité des ordonnances, dites dépendantes, du Conseil fédéral qui reposent sur une délégation législative. Lorsque celle-ci est relativement imprécise et que, par la force des choses, elle donne un large pouvoir d'appréciation, le tribunal doit se borner à examiner si les dispositions incriminées sortent manifestement du cadre de la délégation de compétence donnée par le législateur à l'autorité exécutive ou si, pour d'autres motifs, elles sont contraires à la loi ou à la Constitution. Une norme réglementaire viole l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'elle n'est pas fondée sur des motifs sérieux et objectifs, qu'elle est dépourvue de sens et d'utilité ou qu'elle opère des distinctions juridiques que ne justifient pas les faits à réglementer ou encore réglemente uniformément des situations de faits dissemblables qu'il y aurait lieu de distinguer (ATF 131 I 377 consid. 3, 130 V 18 consid. 5.2). Dans l'examen auquel il procède, le juge ne doit pas substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la réglementation en cause. Il doit se borner à vérifier si la disposition litigieuse est propre à réaliser objectivement le but visé par la loi, sans se soucier, en particulier, de savoir si elle constitue le moyen le mieux approprié pour atteindre ce but (ATF 131 II 271, 128 V 102 consid. 6a, 127 V 7 consid. 5a, 126 II 404 consid. 4.1, 126 V consid. 3b, 365 consid. 3, 473 consid. 5b; arrêt du Tribunal fédéral 2C_731/2007 du 2 octobre 2008 consid. 4.2).

4.

4.1 L'égalité des droits entre femmes et hommes a été un des objectifs de la 10ème révision de la LAVS entrée en vigueur le 1er janvier 1997. Cette loi devait aussi être adaptée aux nouvelles réalités socio-familiales, dont l'augmentation des divorces. Des innovations importantes ont été introduites, dont notamment: l'égalité des sexes en matière de cotisations (toute personne mariée sans activité lucrative est tenue de cotiser sauf si le conjoint verse des cotisations équivalant au moins au double de la cotisation minimale), la suppression de la rente de couple remplacée par deux rentes individuelles et l'introduction du splitting, c'est-à-dire la répartition par moitié à chacun des époux des revenus acquis pendant les années de mariage au moment où les conjoints ont droit tous les deux à une rente AVS ou en cas de divorce (cf. PHILIPPE GNAEGI, Histoire et structure des assurances sociales en Suisse, Zurich, 2ème éd. 2004, p. 108 s.).

Même si le splitting peut parfois entraîner des effets défavorables, de jurisprudence constante ce principe, s'agissant de couple mariés dont les droits doivent être définis, ne connaît pas d'exception (ATF 126 V 57; arrêt du Tribunal fédéral H 197/01 du 28 février 2003).

Dans le cadre de cette révision de la LAVS, le remboursement des cotisations aux personnes n'ayant pas un droit à une rente de vieillesse a également été facilité par la modification de l'art. 18 al. 3 LAVS: le remboursement des cotisations a été étendu aux cotisations payées par l'employeur, il ne nécessite plus la condition de réciprocité et a perdu tout caractère exceptionnel. Le principe du splitting au moment de l'introduction de la demande de remboursement a aussi été posé. Le législateur a en fait consacré le principe du droit au remboursement (Message concernant la 10ème révision de l'AVS du 5 mars 1990; FF 1990 II 89, 60 et 61). En outre, la délégation au Conseil fédéral, qui s'étendait auparavant aux autres conditions mises au remboursement, a été ramenée aux détails (cf. ATF 128 V 1 consid. 3).

4.2 Pour justifier la suppression de la procédure de splitting en cas de remboursement comme elle était prévue par l'art. 4 al. 2 OR-AVS en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, l'OFAS a fait valoir une charge importante de travail pour les caisses de compensation et la rareté des cas dont résulterait un remboursement moins élevé que celui découlant de la prise en compte des cotisations versées par les conjoints sans splitting (Pratique VSI 2003 p. 20 s.).

Il sied de relever d'une part que les arguments invoqués par l'OFAS sont fondés uniquement sur des motifs d'ordre pratique et ne peuvent donc être retenus par le Tribunal de céans. D'autre part, dans certains cas d'espèces, comme celui indiqué au consid. 2.3 in fine, la modification de l'art. 4 al. 2 OR-AVS peut causer de graves préjudices à l'assuré. Cette modification, qui ne repose sur aucun motif objectif et sérieux, viole par conséquent le principe de la légalité et dépasse le cadre de la délégation législative de l'art. 18 al. 3 LAVS dont le Tribunal fédéral avait d'ailleurs déjà relevé et souligné le caractère étroit (consid. 4.1 in fine).

4.3 Dans ces circonstances, le recours doit être admis et la décision sur opposition du 11 août 2006 annulée.

Avec l'entrée en vigueur au 1er janvier 2008 de la Convention de sécu-

rité sociale entre la Confédération suisse et l'Australie le recourant a maintenant la faculté de percevoir à l'âge de la retraite une rente de vieillesse suisse fondée sur les cotisations versées. D'autre part, la convention, à son art. 16, maintient toujours la possibilité du remboursement et, à son art. 34 al. 3 let. b, prévoit que les droits en cours d'acquisition sont réglés par arrangement. La Caisse suisse de compensation devra donc demander au recourant quel est son choix et, s'il maintient sa demande de remboursement, l'administration devra calculer le montant des cotisations à rembourser après avoir procédé au splitting des revenus et compte tenu de la rente capitalisée escomptée de chacun d'eux et du principe d'équité conformément à l'art. 4 al. 4 OR-AVS. La cause doit donc être renvoyée à la Caisse suisse de compensation afin qu'elle procède conformément au présent considérant.

5.

Ayant eu gain de cause une indemnité de dépens de Fr. 2'500.- à charge de l'autorité inférieure doit être allouée au recourant conformément aux art. 64 al. 1 PA et 7 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2).

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

Par ces motifs le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est admis et la décision sur opposition du 11 août 2006 est annulée.

2.
Le dossier est renvoyé à l'administration pour nouvelle décision conformément au considérant 4.3.

3.
Il est alloué au recourant une indemnité de dépens de Fr. 2'500.- à charge de l'autorité inférieure. Il n'est pas perçu de frais de procédure.

4.
Le présent arrêt est adressé :

- au représentant du recourant (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf.)
- à l'Office fédéral des assurances sociales.

La présidente du collège :	Le greffier :
Elena Avenati-Carpani	Pascal Montavon

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). Le mémoire doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (voir art. 42 LTF).

Expédition :