

Commentaires des modifications du RAVS au 1^{er} janvier 2008

Article 7

(Eléments du salaire déterminant)

Dans la version actuelle de l'art. 7, *let. p*, RAVS, font partie du salaire déterminant les prestations de l'employeur consistant à prendre en charge la cotisation AVS/AI ainsi que les impôts dus par le salarié; sont exceptées les cotisations dues par le salarié sur les prestations spéciales uniques qui ne dépassent pas un salaire mensuel brut par année civile, ainsi que celles qui sont dues sur les revenus en nature et les salaires globaux.

Les prestations spéciales uniques sont, selon la pratique actuelle, des prestations auxquelles l'employé n'a pas de droit subjectif. Il peut s'agir, par exemple, de cadeaux en espèces, de primes de fidélité ou de gratifications spéciales. En revanche, ne sont pas considérés comme des prestations spéciales uniques, les salaires supplémentaires (par exemple, le 13^e salaire) resp. les primes de fidélité, dont le versement est prévu par la loi ou convenu par contrat, ni par ailleurs les gratifications octroyées régulièrement. Il était apparemment fréquent, autrefois, de verser de telles prestations spéciales en espèces. Dès lors, la prise en compte des cotisations des salariés, c'est-à-dire la conversion des valeurs nettes en valeurs brutes, impliquait un travail administratif relativement important. L'exception, introduite le premier juillet 1981, avait donc pour but d'alléger la charge administrative des employeurs et des caisses de compensation à cet égard.

De nos jours, il est cependant rare que les prestations pécuniaires soient versées en espèces, dans le cadre des relations de travail. Ceci est aussi valable pour les prestations octroyées à l'occasion d'événements particuliers. Les versements sont en règle générale tous effectués par des programmes de salaires TED qui établissent toujours le salaire brut déterminant pour le décompte des cotisations. Les raisons qui avaient à l'époque justifié de ne pas convertir en salaire brut les prestations spéciales uniques sont de nos jours dépassées.

Ajoutez à cela que la définition des prestations spéciales uniques (cf. plus haut) est très restrictive et que l'importance économique de cette exception est très faible. De plus, il n'est pas toujours évident, ni pour l'employeur, ni pour la caisse de compensation, de savoir si une prestation déterminée a un caractère de prestation spéciale unique ou non. Ainsi, il est beaucoup plus simple pour les personnes concernées de traiter de manière identique toutes les prestations pécuniaires lors du décompte des cotisations, évitant ainsi les problèmes de délimitation.

En vue de simplifier le décompte et d'adapter le droit des cotisations à la situation actuelle, l'exception prévoyant que les prestations spéciales uniques ne sont pas converties en salaire brut est supprimée. Dans les rares cas où ils versent encore des prestations en espèces, les employeurs pourront néanmoins continuer à prendre en charge les cotisations des employés dans le cadre d'une convention de salaire net. Contrairement à ce qui est le cas actuellement, ces montants feront alors partie du salaire déterminant.

La prise en compte des cotisations des salariés s'étant cependant révélée difficilement réalisable pour les prestations en nature et les salaires globaux, seul le salaire net sera soumis à cotisations dans ces cas là. L'exception à la conversion en salaire brut sera maintenue pour ces deux catégories de prestations.

Le renvoi de l'art. 7, *let. q* doit être complété: outre l'art. 8^{ter}, il convient de mentionner également l'art. 8^{bis}.

Articles 8^{bis} et 8^{ter}

(Prestations sociales allouées par l'employeur lors de la cessation des rapports de travail)

Généralités

En principe, toutes les prestations allouées par l'employeur à son employé font partie du salaire déterminant (art. 5, al. 2, LAVS ; ATF 131 V 446 consid. 1.1 et références mentionnées). Le législateur a cependant créé une base légale à l'art. 5, al. 4, LAVS permettant au Conseil fédéral d'excepter des prestations sociales du salaire déterminant. Ces exceptions sont aujourd'hui énumérées aux art. 8 et 8^{ter} RAVS. Le règlement prévoit à l'actuel art. 8^{ter}, al. 1, l'exemption de quatre catégories de prestations sociales que l'employeur alloue lors de la cessation des rapports de travail : ne sont pas comprises dans le salaire déterminant, jusqu'à concurrence de huit mois de salaire, l'indemnité à raison de longs rapports de travail de l'art. 339b CO après déduction des prestations de remplacement au sens de l'art. 339d CO (let. a), l'indemnité allouée par l'employeur à ceux de ses employés qui n'étaient pas assurés à la prévoyance professionnelle obligatoire (let. b), l'indemnité versée en vertu d'un plan de retraite anticipée prévu par l'employeur (let. c) ainsi que l'indemnité versée en cas de résiliation des rapports de travail lors de la fermeture ou de la fusion d'entreprises (let. d).

Il faut envisager une nouvelle conception des exceptions de l'art. 8^{ter}, al. 1, pour les raisons suivantes: la philosophie de la disposition actuelle, profondément enracinée dans les années 90, est en partie dépassée. Par ailleurs, la disposition entrée en vigueur le 1er janvier 2001 a toujours donné lieu à des problèmes d'interprétation et de délimitation et a conduit, dans bien des cas, à des résultats peu satisfaisants. L'actuel art. 8^{ter} fait aujourd'hui partie des dispositions les plus controversées du droit des cotisations AVS. S'il en fallait encore une preuve supplémentaire, le Tribunal fédéral l'a désormais apportée dans l'ATF 133 V 153, dont la publication est prévue. Il y expose que la let. d est contraire à la loi, puisque la disposition aboutit à des inégalités de traitement de faits économiquement semblables. Il juge en outre que la pratique concernant la lettre c est contraire au droit.

La nouvelle modification de l'art. 8^{ter} doit se laisser guider par certains principes fondamentaux. Se pose avant tout la question de savoir jusqu'à quel point les exceptions contenues dans la disposition sont somme toute justifiées. Premièrement, une diminution du salaire déterminant peut réduire le niveau des prestations d'assurances sociales (conflit d'intérêts), ce qui concernera précisément les personnes disposant d'un bas revenu et deuxièmement, chaque exception complique l'exécution du prélèvement à la source, ce qui se répercute en particulier sur les employeurs devant procéder au décompte des cotisations (entraves administratives). Un coup d'œil aux intentions du législateur (FF 1946 379) démontre que l'on pensait notamment, en rédigeant l'art. 5, al. 4, LAVS, aux „prestations bénévoles d'un employeur, destinées à aider les employés et ouvriers se trouvant passagèrement dans la gêne (par exemple les allocations pour perte de salaire en cas de maladie, de service militaire, d'accouchement, etc.)“. Le Conseil fédéral promettait cependant de vouloir faire „un usage très restreint de la faculté d'exclure certaines prestations sociales du salaire déterminant“. Eu égard à l'ordre social actuel, on ne peut guère plus parler de manière générale d'une gêne lorsqu'il est question de prestations de l'employeur pour la vieillesse ou en cas de licenciement de ses employés. C'est pourquoi, l'actuelle exception n'est plus sans autre compatible avec la norme de délégation de l'art. 5, al. 4. Cependant, les prestations volontaires de l'employeur poursuivant le même but que les assurances sociales doivent être appréciées à leur juste valeur et méritent donc d'être incitées. Nous souhaitons donc continuer à autoriser de telles exceptions du salaire déterminant, mais en les définissant restrictivement conformément aux intentions initiales. Cela ne doit pas se limiter uniquement à l'acceptation restrictive de catégories de cas mais également - d'où un rapprochement avec la notion de « prestations sociales » - à la limitation relativement stricte du montant. L'unité de mesure actuellement utilisée (en mois de salaires) s'est révélée problématique car des prestations en partie très élevées ont été exceptées de l'obligation de cotiser, ce qui semble peu compatible avec le sens de la norme de délégation. Plus le montant

excepté du salaire déterminant est élevé, plus les questions d'égalité de traitement se font pressantes : si quelqu'un est licencié pour des impératifs d'exploitation et reçoit alors une prestation exonérée du paiement des cotisations équivalant à huit mois de salaire, il faut le comparer non seulement à celui qui ne reçoit rien, mais également à celui qui est licencié pour d'autres motifs et dont la situation personnelle ne diffère en rien à celle du premier. Enfin, le but de la modification doit être une disposition clairement définie, offrant moins de latitude d'interprétation.

Du point de vue de la technique juridique, le contenu de l'actuel art. 8^{ter} est divisé en deux articles : le premier (art. 8^{bis}) contient les prestations sociales en cas de prévoyance professionnelle insuffisante et le deuxième (art. 8^{ter}) celles en cas de résiliation des rapports de travail pour des impératifs d'exploitation. L'actuel art. 8^{bis} est supprimé au 1er janvier 2008 par la loi d'exécution de la LTN (RO 2007 379).

Article 8^{bis} RAVS

(Prestations sociales en cas de prévoyance professionnelle insuffisante)

Le nouvel art. 8^{bis} réunit les exceptions de l'ancien art. 8^{ter}, al. 1, let. a et b en une disposition. Les deux exceptions devraient encourager les prestations allouées volontairement par l'employeur aux assurés qui ne sont pas assurés à la prévoyance professionnelle ou pas suffisamment. Depuis l'introduction de la prévoyance professionnelle obligatoire, les deux dispositions ont perdu de leur importance et ne sont appliquées qu'en de très rares occasions. Cela tient sûrement au fait qu'aujourd'hui, la majorité des salariés dispose d'une couverture d'assurance suffisante grâce à la prévoyance professionnelle obligatoire. La nouvelle formulation de la disposition vise à privilégier, du point de vue des cotisations, les prestations que l'employeur offre aux employés qui disposent encore à l'heure actuelle d'une prévoyance professionnelle lacunaire.

Personnes concernées

La nouvelle disposition englobe les employés qui bénéficient effectivement encore d'un calcul privilégié des cotisations selon les conditions des actuelles let. a et b. Il s'agit de personnes qui, à cause d'un revenu trop faible, ne sont pas assurées à la prévoyance professionnelle obligatoire et ce pour aucun rapport de travail. Contrairement à l'ancienne disposition, la nouvelle ne présuppose plus pour l'exonération du salaire déterminant, que l'employé ait dépassé une certaine limite d'âge ainsi qu'un nombre d'années de service ou qu'il n'ait jamais été assuré à la prévoyance professionnelle pendant son activité pour l'employeur. Ainsi, et c'est la nouveauté, même les personnes qui n'ont été affiliées à la prévoyance professionnelle que pendant quelques années parce qu'elles étaient employées avec un volume de travail variable profitent désormais de cette dérogation. Cette disposition tient compte du fait qu'il peut souvent se produire des lacunes en cas de rapports de travail flexibles.

Prévoyance professionnelle insuffisante

La disposition pose comme condition d'une part un rapport de travail de plusieurs années et d'autre part au minimum une année manquante entière d'assurance à la prévoyance professionnelle. Ainsi, doivent avant tout être privilégiés, les employés qui, plusieurs années durant, disposent dans l'ensemble d'une protection insuffisante par la prévoyance professionnelle. En revanche, les employés qui ne sont pas affiliés à la prévoyance professionnelle pendant une courte période parce qu'ils exercent une activité lucrative de courte durée (p.ex. ventes durant les fêtes de Noël), ne devraient pas pouvoir bénéficier de cette disposition. De même, la prestation complémentaire de prévoyance accordée par l'employeur aux employés qui ne sont pas assurés obligatoirement à cause de leur bas revenu mais sont affiliés à une prévoyance professionnelle facultative, n'est pas exclue du salaire déterminant.

Montant de la prestation exonérée

Le montant de la prestation exonérée est calculé en fonction du nombre d'années d'assurance manquantes. On peut excepter du salaire déterminant un montant équivalant à la moitié d'une

rente minimale mensuelle de l'AVS par année d'assurance manquante. Il a été tenu compte de deux préoccupations lors de la fixation de ce plafond : d'une part, les bénéficiaires ne doivent pas être avantagés par rapports aux salariés dont le revenu atteint juste ou dépasse légèrement le salaire annuel minimum assuré au sens de l'art. 7, al. 1, LPP ; d'autre part, l'exception doit être simple à appliquer. Ainsi, le montant de la prestation exonérée n'est pas en rapport avec le revenu. La solution choisie est par conséquent quelque peu schématique. Un plafond différencié aurait cependant conduit à une charge administrative dont il aurait été difficile de venir à bout et qui n'aurait pas été justifiée pour une telle disposition dérogatoire.

Si l'employeur verse la prestation sous forme d'une rente au lieu d'une prestation unique, les rentes sont converties en capital selon les tables de conversion établies par l'OFAS en vertu de l'art. 7, let. q. Si la valeur capitalisée de la prestation dépasse le plafond, les cotisations sur la partie excédentaire doivent être prélevées selon l'art. 7, let. q.

Art. 8^{ter} RAVS

(Prestations sociales lors de résiliation des rapports de travail pour des impératifs d'exploitation)

La nouvelle formulation de l'art. 8^{ter} réunit les actuelles exceptions de l'al. 1, let. c et d, dans une disposition.

L'actuelle let. c a été mise en vigueur le 1er janvier 2001, à une époque où beaucoup de gros employeurs réduisaient drastiquement leur personnel. Eu égard à la situation économique, des départs à la retraite anticipée semblaient un moyen efficace pour combattre la hausse du nombre de chômeurs. L'encouragement des départs volontaires avant l'âge de la retraite a dès lors été traité de façon privilégiée par l'autorité réglementaire. Entre-temps, l'enjeu politique a changé : étant donné la nécessité d'assurer le financement futur des assurances sociales et vu le probable manque de personnel auquel notre société sera confrontée, les mesures législatives récentes visent à inciter les travailleurs à prolonger leur vie active. Cela ressort du message de la 11^e révision de l'AVS du 21 décembre 2005 (FF 2006 1962) et de l'initiative populaire « pour un âge de l'AVS flexible » du 21 décembre 2006 (FF 2007 387), de motions parlementaires (cf. motion Heberlein, 06.3284 du 20.06.2006 sous le titre „Incitations à prolonger la vie professionnelle“ resp. réponse du Conseil fédéral du 06.09.2006) ainsi que du rapport du Groupe directeur mixte DFE/DFI de novembre 2005 sur les mesures en faveur de la participation des travailleurs âgés au marché du travail (suivre le lien <http://www.seco.admin.ch> sous thèmes/travail/dossier « travailleurs âgés »). Dans ce contexte, il semble insoutenable que l'AVS incite précisément davantage les départs à la retraite anticipée alors qu'elle devrait faire le contraire. Par conséquent, l'exception de la lettre c, en tant qu'elle concerne les départs volontaires, est supprimée.

La problématique de l'actuelle lettre d est qu'elle fait, du point de vue de l'égalité de traitement, des distinctions non autorisées et traite de façon différente des états de fait économiquement similaires (cf. ATF 133 V 153 déjà cité) : le champ d'application est actuellement limité aux prestations de l'employeur en cas de fermeture et de fusion d'entreprise, alors que les cas beaucoup plus nombreux de restructuration d'entreprise ne sont pas compris. Dans le nouvel art. 8^{ter}, toutes les prestations sociales que l'employeur alloue en cas de licenciement pour des impératifs d'exploitation, également celles en cas de résiliation de rapports de travail pour restructuration, seront privilégiées du point de vue des cotisations. La disposition est également applicable aux retraites anticipées qui ont été prononcées par l'employeur pour des impératifs d'exploitation.

Définition des impératifs d'exploitation

La limitation aux seules fermetures et fusions d'entreprises dans l'actuel art. 8^{ter}, al. 1, let. d, était voulue en son temps : si on avait simplement parlé d'indemnités dans le cadre de plans sociaux ou de licenciements collectifs (cf. dans ce sens la recommandation Brunner du 30.04.1998, 98.3212), les petites entreprises auraient été exclues de son champ d'application.

Or, pour celles-ci, on n'a trouvé aucun critère de délimitation satisfaisant du point de vue pratique, pour distinguer les licenciements normaux de ceux qui interviennent dans le cadre de restructurations d'entreprise. Par conséquent, les restructurations d'entreprise - contrairement à la situation dans l'assurance-accidents obligatoire (cf. art. 7, al. 2, let. a, et art. 22, al. 2, let. d, OAA) - n'ont pas été reprises dans le règlement. La nouvelle disposition contient désormais en premier lieu un critère de délimitation de la prévoyance professionnelle, ce qui est accueilli favorablement tant par les autorités de surveillance LPP que par les caisses de compensation. On admet ainsi une restructuration selon le nouvel art. 8^{ter}, al. 2, lorsque les conditions pour une liquidation partielle de l'institution de prévoyance qui exécute la prévoyance professionnelle obligatoire sont réunies. Selon l'art. 53b, al. 1, let. a ou b, LPP, elles sont présumées remplies lorsque l'effectif du personnel subit une réduction considérable ou qu'une entreprise est restructurée. Les règlements de liquidation partielle, que les institutions de prévoyance ont jusqu'à fin 2007 pour édicter (cf. dispositions finales de la modification de l'OPP 2 du 18.08.2004, let. d) et qui sont approuvés par l'autorité de surveillance de la prévoyance professionnelle, doivent préciser quand une réduction de l'effectif du personnel est considérable et quand il y a lieu d'admettre une restructuration. La référence à la LPP est transparente et contribue à l'harmonisation de l'ordre juridique. Il semble logique que les mêmes motifs décisifs tenant à des impératifs d'exploitation, qui octroient aux employés congédiés un droit aux fonds libres de l'institution de prévoyance, procurent également un privilège du point de vue des cotisations AVS. Lorsque les licenciements n'aboutissent pas à une liquidation partielle le deuxième critère s'appliquera le cas échéant: celui-ci permet d'exempter des prestations d'employeur lors d'un licenciement collectif régi par un plan social. Constitue un licenciement collectif au sens de cette disposition le licenciement d'un grand nombre de salariés dans le cadre d'une mesure de restructuration. Ainsi ce critère ne concerne-t-il que les entreprises d'une certaine envergure. La limitation à des licenciements collectifs régis par un plan social (pour la notion cf. ATF 133 III 215 consid. 4.3) doit exclure que des prestations d'employeurs dont ne bénéficient que certains salariés particuliers soient exemptées des cotisations. En règle générale, le plan social est, en effet, élaboré conjointement par des représentants de l'employeur et des salariés.

Personnes concernées

Toutes les personnes qui doivent quitter leur emploi pour des impératifs d'exploitation énumérées ci-dessus profitent de l'exonération des cotisations, indépendamment du fait qu'elles prennent une retraite anticipée ou qu'elles acceptent un autre emploi.

Montant de la prestation exonérée

Les indemnités de départ sont exonérées du paiement des cotisations jusqu'à concurrence du double de la rente de vieillesse annuelle maximale (actuellement: 53'040 francs). Le plafonnement garantit que seules les prestations qui peuvent être considérées comme des prestations sociales au sens de l'art. 5, al. 4, LAVS sont privilégiées. Le plafonnement est indépendant du salaire concret des employés concernés. Une telle limitation est non seulement facile à comprendre mais également facile à mettre en œuvre. Cela peut paraître injuste à certains égards, puisqu'un employé avec un faible revenu peut, par rapport à ce revenu, prétendre à des prestations exonérées proportionnellement plus élevées. L'expérience démontre cependant que les employeurs, en cas de résiliation des rapports de travail pour des impératifs d'exploitation, favorisent rarement de façon excessive les personnes disposant d'un faible revenu par rapport aux personnes disposant de hauts revenus.

Les rentes sont également capitalisées selon les tables de conversion établies par l'OFAS dans le cadre de la disposition de l'art. 8^{ter}.

Article 18

(Dédutions du revenu)

Selon l'art. 9, al. 2, let. c, LAVS, pour déterminer le revenu provenant d'une activité indépendante, on déduit du revenu brut les pertes commerciales effectives qui ont été comptabilisées. Le Conseil fédéral a la compétence de régler les détails. En vertu de l'art. 18, al. 1, RAVS, les dispositions en matière d'impôt fédéral direct sont déterminantes pour établir la nature et fixer l'importance des déductions admises selon l'art. 9, al. 2, let. a à e, LAVS.

Le Tribunal fédéral des assurances a toujours exclu, selon sa jurisprudence constante sur l'art. 9, al. 2, let. c, LAVS, la possibilité de compenser des pertes comptabilisées pour des périodes antérieures. Dans son arrêt du 28 décembre 2006 (ATF 133 V 105), le Tribunal fédéral a toutefois décidé de ne plus maintenir cette jurisprudence, suite au passage du système de calcul *praenumerando* bisannuel au calcul *postnumerando* annuel, et que l'AVS devait admettre la compensation des pertes dans la même mesure les impôts. Le Conseil fédéral a toutefois la compétence, dans le cadre de l'art. 9, al. 2, let. c, LAVS, de prévoir une réglementation s'écartant du droit fiscal et limitant la compensation des pertes dans le temps. A défaut d'une telle réglementation spéciale, l'AVS suit le droit fiscal, conformément au texte clair de l'art. 18, al. 1, RAVS.

La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral signifie que, conformément à la réglementation fiscale (art. 31, resp. 211 LIFD), pour déterminer le revenu d'une activité lucrative indépendante, les pertes commerciales des sept années précédant l'année de cotisation peuvent être déduites, pour autant qu'elles n'aient pas pu être prises en considération lors des années correspondantes. Il n'a jamais été question pour l'AVS d'admettre une compensation des pertes d'une telle portée. La question de la déduction des pertes comptabilisées pour des périodes antérieures a bien été soulevée, au sein de l'administration, lors du passage du système de calcul *prae-* au système *postnumerando* au 1^{er} janvier 2001; mais le règlement n'a justement pas été adapté sur ce point, parce que l'on voulait maintenir la pratique jusqu'alors existante, ce pour des raisons importantes.

A la différence des impôts, l'AVS a pour fonction d'assurer aux administrés une prévoyance en cas de vieillesse ou de décès. En cas de survenance de l'évènement assuré, l'AVS doit remplacer à l'assuré la perte du revenu de son activité lucrative. Il est dès lors indispensable que l'AVS tienne compte de du revenu correspondant et qu'elle ne puisse pas se servir d'un unique résultat négatif pour diminuer sensiblement les prestations assurées. En raison de la connexité spécifique entre cotisations et prestations, la compensation d'une grosse perte d'une seule année pourrait ainsi entraîner une réduction considérable du revenu annuel moyen et de ce fait une diminution radicale des prestations, notamment en cas d'invalidité. En ce qui concerne les allocations pour perte de gain, la compensation d'une perte importante d'années antérieures pourrait, le cas échéant, se répercuter directement sur le niveau de la prestation, étant donné qu'elle se calcule sur la base du dernier revenu acquis avant l'entrée en service resp. avant l'accouchement (cf. art. 11, al. 2, et 16e, al. 2, LAPG, art. 7, al. 1, et 32 RAPG). Le prélèvement obligatoire de cotisations sur le revenu actuel doit garantir aux assurés un droit à des prestations correspondantes et celles-ci ne doivent pas pouvoir être compromises – peut-être même pour toujours – par une perte commerciale. La différence entre l'AVS et les impôts s'illustre déjà par le fait que les indépendants ne sont pas libérés de leur obligation de cotiser les années où ils subissent une perte, mais doivent verser la cotisation minimale (art. 8, al. 2, LAVS); évidemment, ceci se justifie aussi du point de vue des prestations. Un revenu correspondant à la cotisation minimale est alors inscrit au compte individuel même en cas de perte (art. 138, al. 2, RAVS). Selon la logique du droit fiscal, il conviendrait cependant de faire une inscription négative au compte individuel. En outre, il s'avère que plus on admet une compensation des pertes de périodes antérieures étendue, plus les conséquences pour les assurés sont arbitraires: alors qu'en droit fiscal, les pertes peuvent être compensées avec n'importe quel revenu, pour l'AVS la compensation se limite au revenu des indépendants. Les

assurés qui changent de statut (parce qu'ils renoncent à leur activité lucrative ou parce qu'ils commencent une activité comme salarié) ou qui ne sont, par exemple, plus assurés en Suisse, en vertu de l'Accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, ne peuvent plus dès lors compenser leurs pertes; ceci n'est pas conciliable d'office avec le principe d'égalité de traitement. Une situation tout aussi insatisfaisante se présente lorsque, pour les impôts, une perte commerciale est compensée avec un rendement élevé de la fortune, donc un revenu ne faisant pas partie du salaire déterminant pour l'AVS ; la perte ne peut donc pas être prise en compte par l'AVS, bien qu'elle résulte de l'activité lucrative de l'assuré.

Enfin, une reprise automatique des critères de compensation des pertes de l'impôt fédéral direct serait loin d'être idéale pour l'AVS, puisqu'on ne peut pas évaluer quelles modifications nous réserve le droit fiscal dans un avenir proche ou lointain. Une réglementation propre à l'AVS semble dès lors nécessaire.

Au regard de la jurisprudence précitée, une exclusion totale de la possibilité de compenser les pertes ou la limitation à une seule année de cotisation ne semble pas conforme à la loi, étant donné qu'elle priverait l'art. 9, al. 2, let. c, LAVS de son champ d'application. Par ailleurs, pour les raisons évoquées, une réglementation s'écartant du droit fiscal s'impose pour l'AVS. Il convient de limiter la possibilité de compenser les pertes comptabilisées pour des périodes antérieures au niveau du règlement. Il semble opportun, à cet égard, de maintenir la pratique qui avait cours jusqu'à présent permettant une compensation pendant une période de deux ans. En conséquence, l'art. 18 est pourvu d'un nouvel al. 1^{bis}. Cette solution permet de limiter tant que possible, au regard de la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, les répercussions négatives de la déduction de pertes d'années antérieures sur les futures rentes des assurés.

Art. 37

(Perception des cotisations auprès des vigneron-tâcherons)

L'art. 37 prévoit un mode spécial de décompte et de paiement des cotisations pour les rapports de service à plusieurs échelons. Cette procédure avait été introduite, dans les premiers temps de l'AVS, afin de tenir compte de la structure des processus de fabrication à cette époque. La présence d'intermédiaires était fréquente dans lesdites structures. Ils apparaissaient aux yeux de leurs mandataires comme des employés tandis que leurs auxiliaires les considéraient comme des employeurs. On rencontrait de tels rapports avant tout dans l'industrie du travail à domicile (intérimaires, sous-traitants, etc.). Suite à la première révision au 1^{er} janvier 1990 de l'art. 37 (cf. RCC 1989 p. 448), la procédure spéciale est appliquée de nos jours notamment aux intermédiaires de condition dépendante comme les sous-traitants, les vigneron-tâcherons, les autres tâcherons, les ouvriers à domicile et les entrepreneurs privés d'automobiles postales. La procédure prévoit que l'intermédiaire s'affilie lui-même à une caisse de compensation. L'employeur, quant à lui, verse à l'intermédiaire les salaires, c'est-à-dire le salaire de l'intermédiaire et celui de ses auxiliaires, ainsi que les cotisations de l'employeur correspondantes. Ensuite, les intermédiaires dépendants décomptent, avec la caisse de compensation à laquelle ils sont affiliés, les cotisations paritaires sur la base de leur propre salaire et de celui de leurs auxiliaires.

Cette procédure spéciale est atypique du point de vue des règles d'affiliation aux caisses et de la procédure de décompte des cotisations pour les dépendants. Selon l'art. 64 LAVS, les employeurs sont, en principe, affiliés à une caisse de compensation et cette affiliation s'étend à l'ensemble des employés pour lesquels ils doivent verser des cotisations. Le devoir de décompter et de payer les cotisations incombe à l'employeur. Cela vaut aussi, en principe, dans les rapports de service à plusieurs échelons puisque l'employeur doit acquitter à la caisse de compensation à laquelle il est affilié les cotisations sur la totalité du salaire qu'il alloue à l'employé supérieur et aux salariés inférieurs. De même, il doit fournir les indications nécessaires relatives à ces salaires (chiffre 2092 des Directives sur la perception des cotisations).

Les recherches effectuées par l'OFAS ont montré qu'actuellement la procédure spéciale n'est que rarement appliquée. Sa portée est limitée, en grande partie, aux entrepreneurs privés d'automobiles postales et aux vigneron-tâcherons.

Les *entrepreneurs privés d'automobiles postales* (depuis quelques années désignés sous le nom d'entrepreneurs postaux) sont considérés par CarPostal Suisse SA comme des entrepreneurs indépendants offrant des services en leur propre nom. Vu les circonstances concrètes de cette activité, les personnes concernées devraient déjà être considérées aujourd'hui comme des indépendants et non pas comme des salariés. En raison d'une longue tradition, ces entrepreneurs postaux sont, toutefois, traités comme des salariés. La procédure spéciale permet de tenir compte de leur situation factuelle qui est celle d'un indépendant. Après l'abrogation de l'art. 37, les entrepreneurs privés d'automobiles postales seront considérés par l'AVS comme des indépendants. Cela peut avoir des effets sur la protection en matière de prévoyance professionnelle (2^{ème} pilier) et sur le droit à des prestations familiales. La Poste suisse et CarPostal Suisse SA ont été consultés par l'OFAS ; ils n'ont pas contesté l'abrogation de l'art. 37.

Majoritairement, les *vignerons-tâcherons* travaillent en même temps pour plusieurs propriétaires viticoles ; ils occupent souvent du personnel pour l'exercice de leur activité. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (ATF 114 V 65), les vigneron-tâcherons sont cependant considérés comme des salariés. Pour les différents vigneron-tâcherons, la suppression de la procédure spéciale aurait pour conséquence que ceux-ci ne pourraient plus décompter les cotisations pour eux-mêmes et leurs employés. Au lieu de cela, le devoir de décompter et de payer les cotisations serait transféré aux différents propriétaires viticoles. Cela représenterait un surplus de travail administratif notamment en ce qui concerne les salariés qu'emploie le vigneron-tâcheron. Les associations de propriétaires viticoles et de vigneron-tâcherons, implantées traditionnellement dans le canton de Vaud, se sont prononcées contre la suppression de la procédure spéciale prévue à l'art. 37.

La procédure spéciale ne doit ainsi être maintenue que pour les vigneron-tâcherons.

Article 162

(Contrôle des employeurs, principe)

Généralités

Le Contrôle fédéral des finances a procédé en 2004 à une évaluation du système de contrôle des employeurs dans l'AVS. Au vu de ses recommandations, formulées dans son rapport de février 2005 (http://www.efk.admin.ch/pdf/3167_ZF_Endfassung_Publizierung_f.pdf), ainsi que des constatations de l'OFAS, fondées sur le rapport de révision des caisses de compensation AVS portant sur la révision principale 2004, il est apparu justifié de changer la réglementation des contrôles auprès des employeurs dans l'AVS et de moderniser le modèle actuel qui date de 1948 et qui n'a guère été modifié depuis. Un rapport a été établi par PriceWaterhouseCoopers Berne, en collaboration avec les caisses de compensation AVS et l'OFAS.

Les points les plus importants de la refonte du concept de contrôle sont l'assouplissement du rythme de contrôle en fonction de l'analyse des risques et l'abandon des contrôles par d'autres mesures (CAM) pour les entreprises déclarant une masse salariale inférieure à Fr. 200'000.-.

Il n'y aura dorénavant plus que des contrôles sur place, les contrôles par d'autres mesures étant abandonnés. Le nouveau concept prévoit une évaluation du profil de risque de chaque employeur. Le risque sera mesuré aussi bien en fonction de la masse salariale que de l'estimation systématique de divers aspects des employeurs considérés (par exemple : la collaboration, la morale de paiement, etc.). La fréquence des contrôles sera déterminée selon le profil de risque individuel (tous les 5, 7 ou 9 ans). La périodicité fixe de 4 ans précédemment appliquée est abandonnée. Le profil de risque des employeurs sera évalué en permanence par les caisses de compensation. Par conséquent, un délai de contrôle planifié pourra être raccourci. De plus, dans des cas particuliers (fondation ou dissolution d'entreprise, changement de

caisse, ouverture d'une faillite ou d'un concordat, demande d'un contrôle par l'employeur lui-même), on s'écartera du rythme susmentionné et un contrôle sera déclenché.

Une fois mis en application, ce modèle garantira une exécution des contrôles d'employeur par les caisses de compensation selon des critères uniformes et orientés sur les risques. En outre, il contribuera à améliorer la supervision et la comparabilité de ces contrôles; la surveillance de l'OFAS s'en trouvera renforcée.

Les modifications de l'art. 162 RAVS portent sur les points suivants.

La version révisée de l'al. 1 indique que, dorénavant, il ne s'effectuera plus que des contrôles périodiques sur place, les contrôles par d'autres mesures étant abandonnés.

A l'al. 3, le directeur de la caisse de compensation est rendu responsable de la fixation de la période de contrôle sur la base des résultats du dernier contrôle ainsi que de l'évaluation permanente du risque encouru par chaque employeur.

Conformément à l'al. 4, il appartiendra à l'office fédéral de préciser les paramètres dont doivent tenir compte les caisses de compensation pour ordonner un contrôle d'employeur. Ces prescriptions garantiront une mise en œuvre uniforme de ces contrôles et éviteront une différenciation de la pratique entre caisses de compensation.

Article 163

(Contrôle des employeurs, étendue du contrôle)

La modification de l'al. 2 tient compte du fait qu'avec l'introduction des nouveaux délais de contrôle, certaines périodes ne seront plus systématiquement contrôlées.

Avec la réorganisation du concept de contrôle, l'examen ne se limitera plus seulement aux tâches incombant à l'employeur; on attend également du contrôle un effet préventif susceptible de réduire le nombre élevé de reprises. Dans cette optique, une *troisième phrase* à l'al. 3 de la disposition existante est introduite dans le but d'autoriser l'organe de révision en charge du contrôle à dispenser des conseils à l'employeur.

Article 165

(Contrôle des employeurs, conditions de la reconnaissance)

Du fait que la version allemande de la *let. c du 1er al.* de cette disposition doit être actualisée - remplacement de la qualification de "Bücherexperte" par "eidg. dipl. Wirtschaftsprüfer" -, on saisit cette occasion pour biffer la locution "en règle générale" qui se révèle superflue aussi bien à cet endroit qu'à l'al. 2, *let. a.*

Disposition finale de la modification du ...

Alinéa 1

La disposition finale se fonde sur le moment du paiement effectif.

Les art. 8^{bis} et 8^{ter} s'appliquent en principe aux prestations sociales qui ont été versées dès l'entrée en vigueur de la présente modification. Si l'employeur n'a pas versé un montant unique mais a alloué les prestations sous forme d'une rente, on prélève lors du premier versement la cotisation totale sur la valeur capitalisée de la prestation au sens de l'art. 7 let. q. Si le premier versement intervient avant l'entrée en vigueur des art. 8^{bis} et 8^{ter} et que des cotisations, qui ne seraient pas dues selon le nouveau droit, ont été prélevées sous l'empire des anciennes dispositions, il n'y a pas lieu de les restituer.

Alinéa 2

L'art. 18, al. 1^{bis} est applicable à la détermination du revenu des années dès son entrée en vigueur. Conformément à l'art. 22, al. 3, le revenu se détermine sur la base du résultat du ou des exercices commerciaux clos au cours de cette année.