Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 74 (1955)

Heft: 2

Artikel: Problèmes juridiques actuels de l'assurance-vieillesse et survivants

Autor: Ducommun, Jean-Daniel

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896485

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.10.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Problèmes juridiques actuels de l'assurance-vieillesse et survivants

Rapport présenté par

Jean-Daniel Ducommun

Licencié en droit

Adjoint à l'Office fédéral des assurances sociales, à Berne

TABLE DES MATIÈRES

Page

Introduction 183a

Première partie: L'organisation et ses problèmes

Chapitre premier:

Les principes d'organisation de l'AVS 186a

I. Centralisation ou décentralisation? 186a
II. Les organes d'exécution de l'AVS 188a
III. Les organes de surveillance de l'AVS 191a

Chapitre deuxième:

L'autonomie des caisses de compensation et le pouvoir de surveillance 192a

I. Les tâches des caisses de compensation 192a
II. La nature des caisses de compensation 194a
III. Le degré d'autonomie des caisses de compensation . 197a
IV. Rôle et moyens du pouvoir de surveillance 202a
V. Les tâches déléguées et l'uniformité dans l'application du droit 205a
VI. Le rayon propre d'action et le respect du droit . . . 212a
VII. Le pouvoir de surveillance et la juridiction administrative 216a
VIII. L'autonomie a-t-elle encore un sens dans l'AVS? . . 225a

Chapitre troisième:

Page

La situation de l'employeur 227a

I. Définition de l'employeur 227a
II. Les tâches de l'employeur 230a
III. La perception des cotisations: l'employeur est-il débiteur des cotisations paritaires? 233a
IV. La perception des cotisations: le triangle salarié – employeur – AVS 237a
V. La responsabilité pénale de l'employeur 249a
VI. Où allons-nous aboutir? 250a

Deuxième partie: Les prestations et leurs problèmes

Chapitre premier:

Aperçu du système des rentes de l'AVS 252a

Chapitre deuxième:

Les rentes et le droit civil 256a

I. Les conditions du droit à la rente 256a
II. L'union conjugale 257a
III. Le divorce 264a
IV. Le veuvage 270a
V. La filiation légitime 274a
VI. La filiation adoptive 277a
VII. La filiation naturelle 278a
VIII. La filiation par alliance et la «filiation nourricière» . 281a
IX. L'AVS tend-elle à s'écarter du droit civil? 285a

Chapitre troisième

Le droit personnel à la rente 287a

I. La nature du droit à la rente 287a
II. Le droit au paiement en mains propres 288a
III. Le paiement en mains de tiers 291a
IV. Conclusions 298a

ABRÉVIATIONS

AVS	Assurance-vieillesse et survivants
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946, modifiée les 21 décembre 1950 et 30 septembre 1953

RAVS	Règlement d'exécution de la LAVS du 31 octobre 1947, modifié les 20 avril 1951 et 30 décembre 1953
TFA	Tribunal fédéral des assurances
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
ATFA	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral des assurances
Bull. stén.	Bulletin sténographique de l'Assemblée fédérale
JT	Journal des Tribunaux
Message du 24 mai 1946	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet de loi sur l'AVS, du 24 mai 1946
Praxis	Hans Oswald, AHV-Praxis, 1953
Rapport des experts	Rapport de la Commission fédérale d'experts pour l'introduction de l'AVS, du 16 mars 1945
RDS	Revue de droit suisse
Revue	Revue à l'intention des caisses de compensation
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
ZSGV	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung

---

Introduction

> «L'évolution sociale est une chose infiniment complexe et qui dure indéfiniment; or le droit n'est en réalité que la sorte d'armature que revêt cette évolution.»
>
> Duguit[1]

Entrée en vigueur le 1er janvier 1948, après avoir été acceptée six mois auparavant en votation populaire dans un élan d'enthousiasme que n'avait suscité jusqu'alors aucun projet de loi, l'AVS a acquis droit de cité. Elle occupe depuis sept ans, dans la mosaïque des assurances sociales existant en Suisse, une place que personne ne lui dispute; seule à englober obligatoirement l'ensemble de la population, elle exige des assurés le paiement de cotisations, verse en contrepartie des prestations en cas de vieillesse ou de décès prématuré. Mais si l'existence de l'AVS n'est plus remise en

[1] Leon Duguit, Les transformations du droit public, p. 281.

cause, son mode d'existence en revanche donne lieu encore – voire de plus en plus – à des débats auxquels on ne voit aucune fin. Comment d'ailleurs pourrait-il en être autrement, d'une institution qui touche chacun dans ses intérêts les plus directs et qui est condamnée à s'adapter aux besoins et conceptions en perpétuelle évolution?

Certes, les aspects qui occupent l'opinion publique et ont entraîné à deux reprises déjà une revision de la loi initiale du 20 décembre 1946[2] sont pour la plupart étrangers au domaine propre du droit. Si intéressants soient-ils, nous éliminerons ainsi de nos préoccupations les problèmes du niveau et de l'échelonnement des prestations, de l'accumulation de capitaux auprès du fonds de compensation de l'AVS. Mais il est bien d'autres aspects qui méritent de retenir l'attention du juriste. Les assurances sociales en général sont d'ailleurs l'une des institutions où se manifestent le plus clairement de lentes mais certaines transformations de la société; la science du droit devrait leur vouer une sollicitude toute particulière, dégager leurs tendances profondes, en tirer des conclusions qui permettraient d'ordonner et de coordonner un développement jusqu'ici purement empirique.

Les problèmes juridiques soulevés par l'AVS sont légion. Leur diversité est d'autant plus grande qu'à la législation interne s'ajoutent les règles de conventions internationales[3].

[2] La LAVS a été modifiée avec effet au 1er janvier 1951 par une loi du 21 décembre 1950, puis avec effet au 1er janvier 1954 par une loi du 30 septembre 1953. La liste des textes législatifs – et des instructions de l'OFAS – actuellement en vigueur figure dans la Revue 1955 pp. 224 ss.

[3] A ce jour, la Suisse a conclu des conventions bilatérales en matière d'assurances sociales avec l'Italie le 4 avril 1949/17 octobre 1951, la France le 9 juillet 1949, l'Autriche le 15 juillet 1950, la République fédérale d'Allemagne le 24 octobre 1950, la Belgique le 17 juin 1952, la Grande-Bretagne le 16 janvier 1953, le Danemark le 21 mai 1954, le Liechtenstein le 10 décembre 1954 et la Suède le 17 décembre 1954. Elle a en outre adhéré à l'accord multilatéral sur la sécurité sociale des bateliers rhénans du 27 juillet 1950 et ratifié la convention sur le statut des réfugiés du 28 juillet 1951.

Le nombre de ces problèmes est tel qu'il ne saurait être question pour nous de les aborder tous. Nous avons donc convenu avec M. Hans Oswald, rapporteur de langue allemande, d'opérer une certaine répartition des matières. Nous nous bornerons ainsi dans notre rapport à aborder les problèmes que posent l'organisation de l'AVS et ses prestations. Nous n'en serons pas moins amené à traiter, sous un jour différent, quelques points sur lesquels les deux rapports se recoupent; nous citerons à titre d'exemple les relations entre jurisprudence et instructions administratives, ou encore la perception des cotisations sur le revenu d'une activité salariée.

Même ainsi limité, le sujet demeure trop vaste pour pouvoir être épuisé dans le cadre d'un exposé aussi succinct. Au sein des problèmes que posent l'organisation et les prestations, force est de faire un choix; nous l'avons fait de manière partiellement arbitraire, en retenant quelques questions seulement qui nous paraissaient caractéristiques. Plus souvent que nous le voudrions, nous devrons nous contenter en outre d'une affirmation où démontrer aurait été souhaitable, d'une indication où développer n'aurait guère été superflu. Nous insisterons à chaque occasion sur l'aspect administratif des problèmes, voulant par là mettre en lumière certains états de fait propres à guider les études doctrinales que nous espérons voir venir un jour. Mais insister sur l'aspect administratif n'est pas nécessairement soutenir l'avis de l'administration; pour éviter tout malentendu, nous préciserons donc que les solutions défendues ou esquissées ne correspondent pas toujours au point de vue officiel, que nos remarques ne sauraient engager en aucune manière l'Office fédéral des assurances sociales.

PREMIÈRE PARTIE

L'organisation et ses problèmes

Chapitre premier:

Les principes d'organisation de l'AVS

I. Centralisation ou décentralisation?

Aux termes de l'article 49 LAVS, «l'AVS est appliquée, sous la surveillance de la Confédération, par les employeurs et les employées ou ouvriers, les institutions d'assurance reconnues, les caisses de compensation professionnelles, les caisses de compensation cantonales, les caisses de compensation de la Confédération, et une centrale de compensation». Disposition purement déclamatoire, dont on ne saurait tirer de conclusions tant soit peu précises quant à l'organisation de l'assurance, cet article révèle – et c'est là sa raison d'être – un trait fondamental du système: l'absence (abstraction faite de la centrale de compensation) de tout établissement central fédéral.

C'est en effet le principe de la décentralisation qui a été pris pour base de l'organisation de l'AVS. Les motifs en sont d'ordre politique: «Le fédéralisme et la répulsion générale que l'on éprouve pour tout ce qui revêt un caractère centralisé sont des sentiments trop ancrés au cœur du peuple suisse, pour que l'on n'en tienne pas compte dans une institution aussi importante que l'AVS»[4]. Et proposant de profiter de l'existence des caisses de compensation pour mobilisés introduites au début de la dernière guerre, la commission fédérale d'experts pour l'introduction de l'AVS déclare que «le système en cause permet une large décentralisation de tout l'appareil administratif, et correspond aux constantes de la Suisse». Mais que signifie dans l'AVS ce principe de décentralisation?

---

[4] Rapport des experts p. 147.

Les notions de centralisation et de décentralisation comprennent des aspects divers. Pour une assurance sociale, ces aspects sont au nombre de trois: juridique, financier et administratif.

a) Si nous prenons l'aspect juridique, que nous pourrions appeler aussi l'aspect de droit matériel, il est évident que l'AVS a une base légale unique. La LAVS fixe en effet de manière uniforme et impérative l'assiette et le taux des cotisations, les conditions d'octroi et le montant des prestations. Aucune autonomie législative quelconque n'est laissée ni aux organes d'exécution ni à des autorités autres que le législateur fédéral.

b) Il en va de même de l'aspect financier. L'équilibre financier de l'institution est établi en effet pour l'ensemble du pays. Il existe un seul assureur central, qui est le fonds de compensation de l'AVS (articles 107 à 110 LAVS). Les autres organes ne sauraient être considérés comme assureurs (Versicherungsträger) car ils supportent aucun risque financier quelconque.

c) C'est sur le plan administratif seul que nous trouvons la décentralisation, nous verrons tout à l'heure sous quelle forme.

La constatation est importante, et nous devrons y revenir lorsque nous parlerons de l'autonomie des caisses de compensation et du pouvoir de surveillance. Peut-être est-ce l'oubli de ce triple aspect de la centralisation et de la décentralisation – et de ses répercussions – qui est à l'origine de bien des malentendus et divergences d'opinion.

Pour situer en quelques traits la position prise par l'AVS dans le système suisse des assurances sociales et placer sous leur vrai jour d'éventuelles comparaisons, analysons également sous ce triple aspect les autres branches de la sécurité sociale:

L'assurance-maladie est un exemple typique et extrême de décentralisation, sous le triple aspect juridique, financier et administratif. Chacune des 1160 caisses-maladie actuellement reconnues établit librement primes et prestations,

sous la seule condition de respecter certaines normes minimums fixées dans la LAMA; chacune d'elles assume la responsabilité de son propre équilibre financier et jouit d'une autonomie administrative entière. A l'opposé, et bien qu'elle fasse l'objet de la même loi, l'assurance-accidents est entièrement centralisée: règles de droit uniformes, couverture financière unique et application par un établissement fédéral (Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents).

L'assurance-chômage présente un caractère mixte. Il y a bien uniformité du droit matériel, mais qui n'est pas absolue; s'il y a d'autre part décentralisation financière, elle est atténuée par une compensation partielle sur le plan national; quant à la décentralisation administrative, elle est très nettement marquée.

Dans le système suisse des assurances sociales, l'AVS est donc seule pour le moment (nous faisons abstraction des allocations aux militaires) à présenter ce caractère d'institution centralisée juridiquement et financièrement, et décentralisée administrativement. Reprenant, d'une manière à peine abusive, la terminologie devenue usuelle en France, nous devrions parler de déconcentration par établissements autonomes; et nous pourrions alors dire, en rapprochant des termes qui ne sont contradictoires qu'à première vue, que l'AVS est une institution centralisée déconcentrée.

II. Les organes d'exécution de l'AVS

L'AVS n'a que des liens de parenté fort lâches avec les régimes d'allocations pour perte de salaire et de gain aux mobilisés[5], dont elle a pris la succession en profitant large-

---

[5] A propos de ces régimes, voir par exemple: Charles Attinger, Les caisses de compensation militaires, 1946 (pour les bases légales, pp. X et XI; pour les principes d'organisation, pp. 52 ss. et 87 ss). La transformation de ces caisses en caisses d'AVS a fait l'objet de l'initiative populaire du 25 juillet 1942; rappelons aussi les autres initiatives et interventions citées dans le message du 24 mai 1946 pp. 3 ss. et dans le Rapport des experts p. 10.

ment des expériences faites. Elle n'en a pas moins hérité dans ses grands traits l'aspect extérieur et l'essentiel de la constitution interne. Or cette constitution interne est dominée par le principe de la compensation à plusieurs degrés. Que la compensation ait peut-être changé de nature et soit devenue de pure forme[6], qu'elle ne représente plus qu'une notion technique, n'a aucunement modifié sa manifestation extérieure. Ce principe va nous donner directement les divers organes, ou du moins rouages, chargés d'appliquer l'AVS:

Au premier échelon nous trouvons les employeurs, qui effectuent la compensation entre les cotisations retenues sur les salaires et leurs propres cotisations d'une part, et les prestations qu'ils versent au nom de l'AVS d'autre part (article 51, 3e alinéa LAVS). Au deuxième échelon figurent les caisses de compensation, qui reçoivent ou versent le solde dû par ou aux employeurs, qui perçoivent les cotisations des autres assurés qui leur sont affiliés et versent à ces assurés les prestations de l'AVS (article 63, 1er alinéa, lettre d, LAVS). Au troisième échelon enfin existe une centrale de compensation, qui reçoit des caisses de compensation ou leur verse le solde entre cotisations encaissées et prestations servies (article 71, 2e et 3e alinéas LAVS).

De ces trois catégories d'«organes», ceux dont les fonctions administratives sont les plus importantes sont sans contredit les caisses de compensation; nous nous entretiendrons de quelques-uns de leurs aspects au chapitre deuxième. Mais les employeurs n'en accomplissent pas moins des tâches essentielles, et leur situation retiendra notre attention sous chapitre troisième. Quant à la centrale de compensation, son rôle est clair et sa situation au sein de l'administration fédérale ne soulève guère de problèmes; nous pourrons donc nous abstenir de tout commentaire à son sujet.

---

[6] Pour la distinction faite entre compensation «matérielle» et compensation «formelle», voir: Hans Nef, Von der Lohn- und Verdienstersatzordnung zur Alters- und Hinterlassenenversicherung, ZSGV 1948, pp. 1 ss., en particulier pp. 3 à 5.

L'article 49 LAVS, reproduit en tête de ce chapitre, cite encore deux organes d'exécution: les employés ou ouvriers et les institutions d'assurance reconnues. Mais contrairement aux employeurs, les employés ou ouvriers pris isolément n'ont jamais aucune tâche administrative à remplir; ils ne devraient donc pas figurer dans l'énumération des rouages de l'AVS. S'ils y figurent néanmoins, c'est de toute évidence pour rappeler – d'une manière malheureuse du point de vue systématique mais dictée par des motifs d'ordre politique[7] – le rôle que peuvent jouer les associations d'employés ou ouvriers dans l'administration des caisses de compensation professionnelles (articles 54 et 58, 2e alinéa LAVS). Quant aux institutions d'assurance reconnues, elles ont subi un sort analogue à celui des asiles de famille des articles 349 à 359 CCS: l'évolution économique – en l'occurence l'élévation des salaires nominaux et les adaptations nécessaires en découlant pour les caisses de pensions – a rendu superflue une réglementation en soi fort intéressante et qui avait été considérée comme l'une des conditions essentielles de réalisation de l'AVS[8].

Nous ne mentionnerons que pour mémoire le conseil d'administration du fonds de compensation de l'AVS (article 109 LAVS), dont les décisions sont exécutées par la centrale de compensation (article 174, 2e alinéa RAVS). Ses fonctions sont purement financières et ne touchent aucunement l'application même de l'AVS.

---

[7] Voir: Bull. stén. Conseil national, 1946 pp. 630 à 633.

[8] Seules 6 institutions d'assurance (il en existe plus de 4000), toutes d'importance secondaire, s'étaient fait reconnaître au sens des articles 75 à 81 LAVS; leur nombre va en décroissant et n'est actuellement que de 4 (il diminuera encore d'une unité au moins à fin 1955) englobant au total 150 assurés environ. Sur le rôle attribué aux institutions d'assurance reconnues, qui auraient repris pour une part les tâches incombant aux employeurs, voir en particulier: La situation des institutions d'assurance existantes et futures dans l'AVS, rapport de l'OFAS du 2 mars 1946; message du 24 mai 1946 pp. 104 à 122.

III. Les organes de surveillance de l'AVS

La LAVS mentionne à ses articles 72 et 73 deux organes de surveillance: le Conseil fédéral et la Commission fédérale de l'AVS. Mais ces deux autorités remplissent des tâches fort différentes, exerçent un pouvoir de surveillance qui n'a de commun que le nom.

La Commission fédérale de l'AVS, dans laquelle sont représentés les divers milieux intéressés à l'AVS, surveille l'évolution générale de l'assurance et présente au Conseil fédéral – sur demande ou de sa propre initiative – des propositions pour l'application tant présente que future de l'assurance. Organe consultatif, elle ne saurait donner d'instructions aux organes d'exécution; la surveillance qu'elle exerce est plus «législative» qu'administrative[9].

La surveillance sur l'application de l'AVS, soit au premier chef sur les organes d'exécution, incombe au Conseil fédéral. Il s'agit là du pouvoir de surveillance au sens dans lequel nous entendrons ce terme par la suite. Cette tâche a été déléguée au Département fédéral de l'économie publique (depuis le 1er janvier 1955, au département de l'intérieur), qui en a confié la plus grande partie à l'Office fédéral des assurances sociales (article 176, 1er et 2e alinéas RAVS).

Il est deux autres organes que l'on pourrait aussi qualifier d'organes de surveillance, bien que la loi ne les désigne

[9] Son rôle est défini comme il suit dans le message du 24 mai 1946 (p. 103): «La commission aura en premier lieu pour tâche de donner son avis au Conseil fédéral sur toutes les questions importantes relatives à l'application et au développement ultérieur de l'AVS. Elle aura donc à se prononcer sur des modifications nécessaires à apporter éventuellement à l'ordonnance d'exécution, de même que sur des compléments à cette dernière ou des instructions administratives d'une certaine importance. Elle sera aussi consultée notamment dans le cas où une modification de la loi deviendrait un jour nécessaire. A cet effet, elle aura la possibilité de soumettre en tout temps des propositions au Conseil fédéral.» Rappelons que les articles 9, 2e alinéa, lettre e, 54, 3e alinéa, 92 et 109, 1er alinéa LAVS, citent certains points précis sur lesquels la Commission fédérale de l'AVS doit obligatoirement être appelée à se prononcer.

pas comme tels. Ce sont d'une part les autorités de recours, d'autre part les cantons et associations qui ont créé des caisses de compensation. Nous serons appelés à voir sous chapitre deuxième la «concurrence» entre la surveillance administrative exercée par le Conseil fédéral et la surveillance judiciaire exercée par les autorités de recours. Nous esquisserons dans ce même chapitre la répartition de certaines tâches de surveillance entre la Confédération et les cantons ou associations fondatrices.

Chapitre deuxième:

L'autonomie des caisses de compensation et le pouvoir de surveillance

Un trait fondamental du système de l'AVS est la décentralisation administrative. Nous avons déclaré que, des divers organes d'exécution, les caisses de compensation exerçaient les fonctions les plus importantes. Un bref aperçu des tâches attribuées à ces caisses justifiera notre affirmation. Notre intention est d'examiner ensuite non pas tous les problèmes que soulève le statut des caisses de compensation mais un aspect seulement – d'ailleurs le plus controversé de tous[10] – de ce statut: la nature et le degré d'autonomie des caisses de compensation. Nous serons alors nécessairement amené à parler du pouvoir de surveillance et élargirons à peine le débat en abordant les relations entre ce pouvoir et la juridiction administrative.

I. Les tâches des caisses de compensation

Acuellement au nombre de 104 – soit 25 caisses cantonales, 77 caisses professionnelles et 2 caisses de la Confédé-

---

[10] Voir par exemple les articles de: Albert Salathé, Die Bundesaufsicht in der AHV, RSJ 1950 pp. 369 ss. et 1951 pp. 138 ss.; Karl Achermann, Die Bundesaufsicht über die AHV-Ausgleichskassen, RSJ 1951 pp. 56 ss.; voir aussi l'ouvrage de Peter Saxer, Die AHV-Ausgleichskassen als neue Organisationsform der schweizerischen Sozialversicherung, 1953, notamment pp. 181 ss.

ration –, les caisses de compensation sont le pivot de l'organisation administrative de l'AVS. L'article 63 LAVS leur attribue en effet les tâches suivantes:

- Fixer et percevoir les cotisations, que ce soit directement ou par intermédiaire de l'employeur (voir chapitre troisième); cette tâche implique la compétence exclusive de décider également de la réduction et de la remise des cotisations (articles 11 LAVS, 31, 32 et 40 RAVS);
- Fixer et servir les rentes, sous réserve du service des rentes par l'employeur (voir chapitre troisième); est réservé aux caisses le soin d'ordonner le paiement en mains de tiers (article 76 RAVS), la compensation (article 20, 3e alinéa LAVS), la restitution des rentes indûment touchées et la remise de cette obligation (articles 47 LAVS, 78 et 79 RAVS);
- Etablir le compte des cotisations perçues et des rentes servies, d'une part avec leurs affiliés et d'autre part avec la centrale de compensation (articles 51, 3e alinéa et 67 LAVS, et 142 ss. RAVS);
- Tenir les comptes individuels des cotisations de chaque assuré, tâche que la caisse peut déléguer à l'employeur (articles 17 LAVS et 133 ss. RAVS; voir également chapitre troisième);
- Percevoir les contributions aux frais d'administration (articles 69 LAVS et 157 RAVS; ordonnance du département fédéral de l'intérieur du 19 janvier 1955 concernant les frais d'administration dans l'AVS);
- Infliger des taxes de sommation et des amendes d'ordre (articles 91 LAVS et 205 ss. RAVS);
- Veiller à l'affiliation de toutes les personnes tenues à cotisations, tâche réservée aux caisses cantonales seulement (articles 64 LAVS et 117 ss. RAVS).

Nous ne mentionnerons ici que pour mémoire l'exécution de tâches autres que l'AVS, confiées aux caisses par la Confédération, les cantons et les associations fondatrices (articles 63, 3e et 4e alinéas LAVS et 130 ss. RAVS).

La somme de ces tâches démontre le rôle prépondérant

des caisses de compensation. Nous constatons même que les caisses de compensation – abstraction faite des rares conflits relatifs à l'affiliation (article 127 RAVS) – ont le monopole des «relations extérieures». C'est aux caisses en effet et à elles seules qu'il appartient de rendre toutes les décisions fixant les droits et les obligations des assurés, c'est-à-dire de «concrétiser dans chaque cas d'espèce les normes générales de la loi relatives aux cotisations et aux rentes»[11].

Les décisions des caisses de compensation sont des décisions administratives au sens propre du terme. Elles passent en force de chose jugée si elles ne font pas l'objet d'un recours en temps utile ou si le recours n'a pas abouti; et les décisions qui portent sur un paiement en argent sont assimiliées aux jugements exécutoires au sens de l'article 80 LP (article 97 LAVS). On chercherait en vain dans l'AVS un autre organe ainsi muni du pouvoir de contrainte à l'égard des assurés[12] et dont les décisions sont susceptibles de recours uniquement auprès d'autorités judiciaire (article 84 LAVS).

Vis-à-vis des assurés, les caisses de compensation apparaissent ainsi comme créanciers et débiteurs des cotisations et prestations de l'AVS, comme seuls et uniques possesseurs du pouvoir de contrainte.

II. La nature des caisses de compensation

Que sont les caisses de compensation, ces organes chargés d'appliquer l'AVS et dont les décisions possèdent le caractère de décisions administratives au même titre que celles rendues par les organes de l'Etat? Répondre pleinement à cette question exigerait une étude débordant très

---

[11] Hans Nef, art. cit. ZSGV 1948 p. 7.

[12] Le pouvoir des employeurs de fixer en fait les cotisations de leurs employés ou ouvriers (article 51, 1er alinéa LAVS; voir chapitre troisième) ne subsiste que sous réserve de décision de la caisse dans un cas d'espèce, décision qui peut intervenir d'office (article 14, 3e et 4e alinéas LAVS) ou être provoquée par l'employeur ou le salarié intéressé (voir: Revue 1948 pp. 168 ss.).

largement le cadre de notre exposé. Au risque de construire sur des éléments rendus chancelants par l'apparition d'institutions étrangères à l'ordre traditionnel, renonçant en particulier à mettre en doute le principe de l'Etat source de tout droit public et unique détenteur du pouvoir de contrainte, nous nous bornerons à tirer de quelques caractéristiques du droit positif certaines conclusions pratiques; notre remarque vaut pour toute la suite de ce chapitre.

1. La nature des caisses cantonales

L'article 61, 1er alinéa LAVS impose à chaque canton l'obligation de créer «une caisse de compensation cantonale ayant le caractère d'un établissement autonome de droit public». A première vue, la situation est claire: le canton crée un établissement de droit cantonal, auquel est confiée l'application de l'AVS. Mais cet avis, qui est celui de la plupart des rares auteurs qui se soient occupés du problème[13], nous paraît difficile à soutenir.

On désigne par établissement de droit public un ensemble de personnes et de moyens qui, réunis en un sujet d'administration publique, sont destinés à servir de manière permanente à une fin publique déterminée[14]. Il apparaît d'emblée que le but, que la tâche ainsi déléguée est un élément essentiel de l'établissement. Or le but des caisses de compensation, qui est d'appliquer l'AVS, ne leur est pas donné par le canton. Rien ne permet d'admettre que le législateur fédéral aurait confié aux cantons en tant que tels le soin d'appli-

---

[13] Voir par exemple: Hans Nef, art. cit. ZSGV 1948 p. 9; Karl Achermann, art. cit. RSJ 1951 p. 56; Peter Saxer, op. cit. pp. 170 et 173 ss. Un avis contraire est soutenu par Anatol Schmid, Staatsrechtliche und organisatorische Betrachtungen zur AHV, ZSGV 1952 pp. 567 ss. La question avait été soulevée durant les régimes des allocations pour perte de salaire et de gain déjà par Hans Huber, Neue Rechtsbegriffe auf dem Gebiet der Lohn- und Verdienstersatzordnung, RSJ 1945 pp. 49 ss.

[14] Définition reprise pour l'essentiel de Fritz Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8e édition p. 322.

quer l'AVS, à charge pour eux de déléguer obligatoirement cette tâche à un établissement cantonal prescrit (il serait d'ailleurs étrange de voir la Confédération imposer la création d'un établissement de droit cantonal). Les tâches déléguées aux caisses le sont bien au contraire par le législateur fédéral directement, et les caisses de compensation cantonales doivent leur existence même au droit fédéral. Le rôle du canton s'épuise en l'acte de création formelle (rôle que le Conseil fédéral peut même «reprendre», en vertu de l'article 100 LAVS, si le canton venait à ne pas le remplir) et en la surveillance du fonctionnement «technique» de l'établissement une fois créé. Nous tenons ainsi les caisses cantonales pour des établissements de droit fédéral; si l'on veut soutenir l'avis contraire, force est soit d'admettre une délégation primaire au canton, soit de nier la valeur de l'adage nemo plus juris deferre potest quam ipse habet.

2. La nature des caisses professionnelles

L'article 53 LAVS donne aux associations patronales professionnelles et interprofessionnelles la faculté – et non pas l'obligation, à l'encontre des cantons – de créer sous certaines conditions[15] des caisses de compensation professionnelles. La loi ne définit pas la nature de ces caisses; l'article 56, 3e alinéa LAVS se contente de déclarer que «la caisse de compensation professionnelle est réputée créée et a la personnalité juridique dès l'approbation de son règlement par le Conseil fédéral». Mais les règles posées quant à l'organisation des caisses professionnelles, en particulier les articles 58 et 59 LAVS, ne laissent aucun doute sur leur nature: il s'agit également d'établissements autonomes de droit public.

---

[15] Nous n'examinerons pas ici les conditions posées tant aux associations qu'à la caisse dont elles envisagent la création. Nous laisserons également de côté les problèmes de la gestion paritaire (article 54 LAVS, resté jusqu'ici sans application pratique) et de la participation ouvrière au comité de direction de la caisse (article 58, 2e alinéa LAVS).

Chacun est d'avis que ces établissements sont de droit fédéral[16]. En tous points identique à celui des cantons, le rôle des associations dites fondatrices repose sur une concession donnée par le législateur fédéral[17]. Beaucoup plus que les cantons toutefois, les associations se voient limitées dans leur liberté d'organisation; la limitation la plus importante est la désignation obligatoire d'un comité de direction de la caisse, dont la composition et les attributions sont fixées pour une part de manière impérative par loi même (articles 58 LAVS et 102 à 105 RAVS). Ces restrictions, imposées par la nécessité de régler clairement les relations entre le nouvel organe de droit public et les associations de droit privé qui en sont à la base[18], n'en laissent pas moins aux associations fondatrices des pouvoirs étendus.

III. Le degré d'autonomie des caisses de compensation

1. L'autonomie des établissements de droit public

En qualifiant les caisses de compensation d'établissements autonomes de droit public, et en affirmant leur caractère d'établissements de droit fédéral, avons-nous trouvé un élément dont découle leur degré d'autonomie?

La doctrine dominante – dont nous nous sommes inspiré pour reconnaître l'autonomie aux caisses professionnelles – ramène la distinction entre établissement autonome et établissement dépourvu d'autonomie, à l'existence ou à l'inexistence de la personnalité juridique. Les exemples contraires de la régie fédérale des alcools, dotée de la person-

---

[16] Le droit cantonal étant exclu, il ne resterait d'ailleurs que la solution d'un droit public professionnel. Mais ce serait remettre en cause des éléments que nous avons déclaré ne pouvoir aborder dans notre exposé.

[17] Théorie soutenue notamment par Peter Saxer, op. cit. pp. 139 ss.

[18] Nécessité exposée par exemple par Hans Nef, Die Organisation einer eidgenössischen Alters- und Hinterlassenenversicherung, ZSGV 1945 pp. 308 et 309.

nalité, et des chemins-de-fer fédéraux, qui en sont privés, suffit à montrer que ce critère ne nous donne pas la réponse cherchée.

Le sens de la question posée est en effet tout autre; il est de savoir quel est le degré d'autonomie dont jouissent les caisses de compensation dans l'exercice de leur activité. Or l'activité est déterminée par le but poursuivi par l'établissement de droit public, par les fonctions attribuées à l'établissement. But et fonctions variant d'un établissement à l'autre, on ne saurait donc tirer de la notion d'établissement autonome de droit public une conclusion quelconque quant au degré d'autonomie d'un établissement donné.

Il est toutefois quelques principes généraux que, sans pouvoir justifier ici, nous résumerons comme il suit:

a) Au contraire de la corporation, l'établissement de droit public – pendant de la fondation en droit privé – n'a jamais aucune autonomie originaire[19]. L'autonomie dont il peut disposer, même dans son rayon propre d'action, lui est attribuée par le pouvoir public qui l'a créé.
b) Il est délégué à l'établissement de droit public non un droit subjectif à l'exercice de son activité[20], mais une compétence et les moyens personnels et matériels lui permettant de la mettre en œuvre.
c) Du défaut d'autonomie originaire et de la délégation de compétence découle le contrôle exercé sur l'établissement de droit public par le pouvoir qui l'a créé[21]. Ce

---

[19] Malgré l'avis exprimé par Fritz Fleiner, op. cit. p. 99, nous dénions aux établissements de droit public le caractère de corps d'administration autonome (Selbstverwaltungskörper). Les corporations de droit public ayant en revanche ce caractère, toute comparaison entre l'autonomie des caisses de compensation et celle des cantons par exemple (comme le fait Albert Salathé, art. cit. RSJ 1950 pp. 369 ss.) nous paraît hors de propos.

[20] L'avis contraire est soutenu par Albert Salathé, art. cit. RSJ 1950 pp. 369 ss. et 1951 pp. 138 ss.

[21] Nous n'examinerons pas si le droit de contrôle est inhérent à la délégation ou doit être expressément prévu, l'article 72 LAVS rendant le débat superflu.

contrôle s'étend en principe non seulement au respect du droit (Rechtskontrolle) mais aussi à l'opportunité des actes administratifs (Zweckmäßigkeitskontrolle); telle est du moins l'opinion généralement admise pour le domaine des tâches déléguées (übertragener Wirkungskreis), tandis que dans le rayon propre d'action (eigener Wirkungskreis) le contrôle est limité au respect du droit.

2. Le sens de l'autonomie des caisses

Le premier but du législateur, en donnant l'autonomie aux caisses de compensation, était de leur assurer l'indépendance estimée nécessaire à l'égard des cantons et des associations fondatrices[22].

Il aurait certes été théoriquement possible de faire des caisses de simples services des cantons et des associations fondatrices. Cantons et associations seraient alors apparus à l'égard des assurés comme «créanciers» et «débiteurs» des cotisations et des prestations de l'AVS. Mais un tel système, rejeté après de longues discussions seulement, aurait présenté des inconvénients majeurs. Il fallait que l'autorité de surveillance, nécessairement centrale comme nous le verrons en examinant la nature des tâches déléguées, n'entre pas en conflit avec le pouvoir hiérarchique cantonal notamment. Et pour les caisses professionnelles, il était indispensable qu'elles exercent leurs fonctions administratives en dehors de toute influence des associations fondatrices, car elles exercent ces fonctions de droit public non seulement pour les membres de l'association mais aussi pour les employés et ouvriers de ces membres; sans indépendance à l'égard des associations, ni la gestion paritaire ni même la simple participation ouvrière à l'administration de la caisse n'auraient été possibles.

---

[22] Voir: Rapport des experts p. 158; Peter Binswanger, Die Stellung der Ausgleichskassen im Rahmen der AHV, Veröffentlichungen der Schweizerischen Verwaltungskurse an der Handels-Hochschule St. Gallen, volume 15 pp. 62 ss.

Cet aspect de l'autonomie est toutefois purement négatif; il est la simple expression de la personnalité attribuée aux caisses, les séparant ainsi des cantons et associations. Autonomie signifie ici rupture entre l'établissement de droit public et son «fondateur», pour toutes les tâches déléguées du moins.

Mais ce qui nous intéresse est un autre aspect de l'autonomie des caisses de compensation, leur autonomie à l'égard du pouvoir auquel elles doivent leur existence et qui leur a fixé leur but, c'est-à-dire – ayant affirmé que les caisses étaient des établissements de droit fédéral – à l'égard de la Confédération. Que signifie alors autonomie?

On entend parfois par autonomie, en droit public, le pouvoir de créer du droit objectif. C'est en ce sens que la Confédération, les cantons et les communes sont autonomes chacun dans leur domaine, que les caisses-maladie le sont également dans toute la mesure où la LAMA ne contient pas de normes impératives. Les caisses de compensation ne disposent à aucun degré d'une telle autonomie: l'AVS a une base légale uniforme ne laissant place à aucune réglementation autonome.

On comprend souvent aussi sous le terme d'autonomie l'indépendance financière, que cette indépendance soit la liberté plus ou moins complète de fixer ses ressources et ses dépenses – tel est le cas de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents – ou la seule propriété et gestion de biens séparés du budget public général; c'est en ce dernier sens que le fonds de compensation de l'AVS est autonome. Mais là non plus, les caisses de compensation ne possèdent aucune autonomie: recettes et dépenses sont fixées par la loi, et les fonds encaissés ou versés ne sont pas les fonds propres des caisses; les cotisations sont dues au fonds de l'AVS et les prestations le sont par ce fonds, les caisses ne sont que créanciers et débiteurs fiduciaires.

Privées de toute autonomie législative et financière, les caisses de compensation ne se distingueraient-elles en rien d'un organe de l'administration fédérale? La question peut

se poser, si l'on considère que la tâche déléguée aux caisses est d'appliquer l'AVS, de la manière dont le ferait un service de l'administration. Le pouvoir hiérarchique a certes cédé la place à un pouvoir de surveillance, et il n'y a pas de «supérieur» qui puisse casser une décision de la caisse et en rendre une nouvelle à sa place; certes, l'assuré peut recourir contre une décision de la caisse par la voie judiciaire et non pas administrative. Mais le rôle de la caisse n'en demeure pas moins l'exécution d'une tâche de pure administration publique, au même titre que le rôle d'un organe de l'administration fédérale.

Dans le domaine des tâches déléguées, les caisses de compensation doivent donc être qualifiées d'organes d'administration indirecte; elles sont sinon quant à la forme du moins quant au fond des organes administratifs de la Confédération[23]. Parler en cette matière de l'autonomie des caisses revient à mesurer la liberté d'appréciation dont elles disposent lorsqu'elles «concrétisent» les normes légales générales dans un cas d'espèce; nous verrons sous chiffre V les exigences que pose à ce propos le droit de l'AVS.

L'autonomie des caisses de compensation se manifeste en revanche dans leur rayon propre d'action, qui peut se définir par le choix des moyens personnels et financiers nécessaires à leur fonctionnement interne. Ce domaine englobe l'ensemble de l'organisation des services de la caisse[24], y compris les recettes ou la fortune permettant à ces services de «vivre». Mais est-ce là une autonomie de la caisse en tant que telle? On pourrait en douter en voyant les compétences

---

[23] Le Tribunal fédéral a soutenu un point de vue analogue à propos des syndicats de l'économie de guerre, dans un arrêt du 26 septembre 1940 cité par Schmucki, Die rechtliche Organisation der kriegswirtschaftlichen Syndikate, 1945 p. 221: «Sachlich ist die Genossenschaft für Getreide- und Futtermittel ein Organ des Bundes.»

[24] La liberté dont jouissent à cet égard les caisses de compensation et leurs fondateurs ressort des formes d'organisation extrêmement variées que nous trouvons dans la pratique; voir par exemple Peter Binswanger, op. cit. pp. 66 à 68.

données aux cantons et associations fondatrices (articles 57 et 61, 2e alinéa LAVS), compétences qui leur donnent la possibilité de suivre le travail de la caisse[25] et justifient la responsabilité qui leur incombe (article 70 LAVS). Vis-à-vis de la Confédération toutefois, la répartition entre «fondateur» et caisse n'est qu'un phénomène interne, sans intérêt essentiel aussi longtemps qu'elle reste dans le cadre des dispositions légales impératives (en particulier articles 58, 59, 63, 66, 2e alinéa et 69 LAVS). Nous pouvons donc parler d'autonomie des caisses de compensation dans leur rayon propre d'action, sans pousser plus à fond l'étude de la répartition interne des compétences; nous verrons sous chiffre VI les limites de cette autonomie.

IV. Rôle et moyens du pouvoir de surveillance

1. Le rôle du pouvoir de surveillance

L'article 72 LAVS confie au Conseil fédéral la surveillance sur l'application de l'AVS et lui donne pour tâche de veiller «à l'application uniforme des prescriptions légales sur tout le territoire de la Confédération». Ce pouvoir est exercé en fait, par délégation, par l'Office fédéral des assurances sociales. Le rôle du pouvoir de surveillance est clair: assurer le respect de la loi et l'uniformité de son application.

2. Les moyens d'action du pouvoir de surveillance

Pour pouvoir exercer son rôle, l'autorité de surveillance doit d'abord connaître les cas où une déviation se produirait. Les moyens dont elle dispose à cet effet sont ce que l'on appelle les moyens d'investigation ou de contrôle. Nous ne nous y arrêterons pas, nous contentant de relever que le contrôle n'est pas général, qu'il se fait par sondages[26], et

---

[25] C'est en ce sens que nous avons fait mention, au chapitre premier, de la qualité d'organe de surveillance que l'on pouvait, dans une certaine mesure, reconnaître aux cantons et associations.

[26] Le moyen d'investigation le plus vaste est la revision des caisses et le contrôle des employeurs (article 68 LAVS), exécutés

que ce fait rend d'autant plus nécessaires des moyens d'action efficaces.

Par moyens d'action, nous entendons les moyens propres à éviter des déviations (moyens préventifs) ou à corriger les effets des déviations qui se seraient produites (moyens répressifs). Parmi les moyens préventifs, nous trouvons d'abord, pour les caisses cantonales l'approbation des dispositions cantonales d'application (article 61, 2e alinéa LAVS), pour les caisses professionnelles l'approbation du règlement de la caisse (article 57, 1er alinéa LAVS). Nous trouvons aussi tous les moyens d'investigation, dont le caractère préventif indirect est incontestable. Parmi les moyens répressifs, nous trouvons la responsabilité du canton ou de l'association fondatrice (article 70 LAVS), la mise à pied de fonctionnaires ou employés ayant gravement violé leurs devoirs (article 72, 2e alinéa LAVS), la gestion de la caisse par commissaire (article 72, 3e alinéa LAVS). Mais il est un moyen d'action essentiel, tant préventif que répressif: l'instruction administrative.

Les textes légaux donnent à l'autorité de surveillance le pouvoir de «donner aux caisses des instructions sur l'exécution des dispositions légales» (article 72, 1er alinéa LAVS) et cela aussi bien «en général que dans des cas d'espèce» (article 176, 2e alinéa RAVS). Le pouvoir de donner des instructions préventives n'est pas contesté, dans son principe tout au moins. Certes, des divergences d'opinion sont possibles quant à leur ampleur et leur nécessité dans un cas d'espèce[27]; mais la question est d'ordre plus pratique que juridique. Si l'on considère l'uniformité exigée dans l'application du droit (nous y reviendrons sous chiffre V), la

en principe par des fiduciaires. D'autres moyens sont l'envoi à l'autorité de surveillance d'une copie de certaines décisions ou journaux (par exemple articles 31, 2e alinéa, 40, 4e alinéa, 42, 3e alinéa, et 79, 4e alinéa RAVS) et la transmission à l'OFAS, pour préavis, de toutes les causes portées en appel. Mais les décisions qui ne tombent pas sous le coup d'une de ces mesures particulières échappent au contrôle.

[27] Voir: Albert Salathé, art. cit. RSJ 1950 pp. 369 ss.

complexité d'une matière aussi nouvelle que l'AVS, le fait que la jurisprudence ne se forme que peu à peu et ne résoud que les problèmes qui lui sont posés, si l'on tient compte des lacunes d'un contrôle par sondages, force est de reconnaître le besoin inéluctable d'instructions préventives d'une ampleur peu commune.

La question des instructions répressives est plus délicate. L'autorité de surveillance, privée de pouvoir hiérarchique, ne peut casser une décision de la caisse et en rendre elle-même une nouvelle. Est-ce à dire que seuls les moyens disciplinaires – responsabilité du canton ou de l'association fondatrice, gestion par commissaire, dissolution de la caisse professionnelle – lui resteraient? Ce ne serait qu'une mesure bien inapte à assurer l'uniformité dans l'application du droit. Quant au droit de recours contre les décisions des caisses, il impliquerait la notification à l'autorité de surveillance de toutes les décisions prises par les caisses; il résoudrait sans aucun doute le problème... mais au prix d'un contrôle intégral de l'activité des caisses et d'un appareil central rendant les caisses même superflues. Le pouvoir de donner des instructions répressives répond ainsi à un besoin, que le Tribunal fédéral des assurances a défini en ces termes[28]: «Dans la mesure où elles exécutent l'AVS, les caisses se trouvent, à l'égard de la Confédération, dans un rapport juridique spécial, qui doit assurer qu'elles remplissent judicieusement les tâches à elles confiées, et qui implique du même coup la surveillance de la Confédération. Si les caisses sont autorisées à revenir de leur propre chef sur une décision entrée en force[29], elles sont aussi tenues de le

[28] Arrêt du 5 août 1952 en la cause Nyffeler, Revue 1952 p. 281, Praxis nº 514.

[29] Les décisions rendues par les caisses de compensation passent en force de chose jugée si elles ne font pas l'objet d'un recours en temps utile ou si le recours n'a pas abouti; mais il s'agit de force de chose jugée quant à la forme et non quant au fond, et la caisse peut donc revenir en tout temps sur sa décision. Elle n'aura toutefois la faculté de le faire que si cette décision n'a pas été confirmée par une autorité de recours (en principe du moins, voir en effet

faire lorsque l'autorité de surveillance leur en donne l'ordre. Car les organes de la Confédération sont en définitive responsables d'une application uniforme de la loi fédérale... Certes, l'autorité de surveillance devra s'efforcer, par les mesures préventives comme les circulaires, les directives et autres, d'éviter que les caisses rendent des décisions défectueuses qu'il faudrait ensuite annuler. Mais lorsque la prévention ne suffit pas, il faut bien reconnaître à l'autorité de surveillance le moyen répressif de l'instruction particulière, donnée après que la décision a été rendue. On le reconnaîtra d'autant mieux que la voie des mesures disciplinaires ...n'est pas propre... à lever une inégalité de traitement; elle vise à d'autres fins, comme par exemple à briser une résistance».

De cette jurisprudence, qui reconnaît à la fois les instructions préventives et les instructions répressives, ressort également le caractère de ces instructions. Les caisses «se trouvent, à l'égard de la Confédération, dans un rapport juridique spécial», rapport que nous avons vu être celui d'organes d'administration indirecte. La seule conclusion qui nous paraisse dès lors possible est la suivante: les instructions de l'autorité de surveillance ont pour les caisses le caractère d'instructions administratives au même titre que celles rendues par un supérieur hiérarchique. En tant que telles, elles lient donc les caisses aussi longtemps qu'elles n'ont pas été abrogées; nous verrons sous chiffre VII le rôle que joue alors la jurisprudence.

V. *Les tâches déléguées et l'uniformité dans l'application du droit*

En posant les principes d'organisation de l'AVS déjà, puis en parlant du degré d'autonomie des caisses de com-

---

l'arrêt du TFA du 7 janvier 1952 en la cause Profanter, Praxis nº 587) et si elle est manifestement contraire aux normes légales. Voir par exemple: Revue 1952 pp. 281 ss. et les arrêts qui y sont cités. Voir aussi le rapport de M. Oswald, qui traite de la force de chose jugée.

pensation, nous avons insisté sur l'unité du droit de l'AVS; et nous avons parlé d'uniformité dans l'application du droit, à propos du rôle du pouvoir de surveillance. Mais l'AVS n'est pas le seul domaine où le droit fédéral pose des règles uniformes et dont il confie l'exécution à des organes décentralisés. L'exemple du droit civil, du droit pénal, du droit de poursuites est là pour montrer que l'uniformité est suffisamment assurée par les voies de recours et la présence d'un tribunal suprême unique. Pourquoi donc une autorité de surveillance qui, nous l'avons affirmé, doit exercer un contrôle qui s'étend non seulement au respect du droit mais aussi à l'opportunité des actes administratifs, et cela dans une ampleur peu commune?

La réponse nous est donnée par les particularités de l'AVS, particularités que nous appellerons la durée du rapport d'assurance, la multiplicité des caisses de compensation et l'unité financière. De nature et d'importance inégales, ces trois particularités concourent toutes au même résultat: la limitation du pouvoir d'appréciation des caisses et le renforcement de la surveillance.

1. La durée du rapport d'assurance

En matière de droit civil, pénal ou de poursuites, une décision rendue crée un rapport en soi isolé, fini; elle aura peut-être des effets pratiques sur toute la vie de l'intéressé, mais elle donne à elle seule la solution du problème posé. Tout autre est la situation dans l'AVS: une série de rapports de droit se succèdent et se superposent, et leur résultat crée à son tour de nouveaux rapports. Chaque décision d'une caisse de compensation n'est qu'un maillon de la chaîne, l'un des éléments qui détermineront la situation finale de l'intéressé.

Dans les autres branches d'assurances sociales existant actuellement en Suisse, les rapports sont toujours actuels: le droit à des prestations en matière d'assurance-maladie, chômage ou accidents dépend du statut existant au moment de la réalisation du risque ou dans la période le précédant

immédiatement; le droit aux allocations familiales découle de la situation présente. Rien de tel dans l'AVS: si le statut personnel ouvrant droit à la rente est bien actuel, le montant de la rente dépend de toute la vie de l'assuré, de la somme de tous les rapports qu'il a eus avec l'AVS. Des pratiques divergentes quant à l'affiliation ou à la fixation des cotisations n'entraînent pas seulement des inégalités provisoires et pour ce seul rapport, comme c'est le cas en matière fiscale par exemple; elles entraînent des inégalités quant aux prestations futures et parfois lointaines. Ce phénomène est apparent à qui considère les règles de calcul des rentes (en particulier les articles 30, 2e alinéa et 39, 1er alinéa LAVS); il est apparent à qui s'aperçoit que les comptes individuels des cotisations de chaque assuré, base de calcul des rentes, sont précisément le résumé de cette succession de rapports (article 17 LAVS). Or ces comptes individuels sont tenus par les caisses de compensation les plus diverses, tout au long de la vie d'un individu. C'est seulement lors de la réalisation du risque assuré que ces comptes se rejoignent (article 71, 4e alinéa LAVS); et il ne peut échapper à personne que ces comptes individuels, provenant de diverses caisses, doivent avoir la même signification.

Le fait que la prestation découle des rapports d'assurance de toute une vie, rapports qui ont existé successivement et parfois simultanément avec diverses caisses de compensation, rend donc indispensable une uniformité toute particulière dans l'établissement de ces rapports et dans les données en fixant pour l'avenir les résultats.

2. La multiplicité des caisses

Il est un autre fait qui rend plus impérieuse la nécessité d'une application uniforme de l'AVS: la multiplicité des caisses de compensation. C'est là, à nos yeux, l'élément qui rend indispensable une surveillance non seulement quant au respect du droit mais aussi dans une mesure toute particulière quant à l'opportunité des actes administratifs. Nous

nous trouvons en effet en présence d'un chevauchement des principes «fédéralistes» et «corporatifs», ou plus simplement des sphères territoriales et professionnelles[30].

Quelles sont les conséquences de ce chevauchement? Elles nous paraissent être de deux sortes:

La première en est que l'AVS est appliquée en chaque lieu par un grand nombre de caisses de compensation. Or si des inégalités entre cantons, voire régions, sont tolérables dans un cadre restreint, elles cessent de l'être au sein de la

---

[30] Il aurait été possible d'établir l'AVS sur un seul de ces principes; l'uniformité du droit n'aurait été rendue plus étroite qu'en raison de la durée du rapport d'assurance et de l'unité financière. A fin 1939, lors de la mise sur pied des régimes d'allocations aux militaires, les projets ne prévoyaient ainsi que des caisses cantonales; quant à la solution comprenant des caisses professionnelles seulement, elle aurait exigé l'affiliation obligatoire à des organes corporatifs dont la création aurait été nécessairement imposée par l'Etat. La solution actuelle donne la priorité aux caisses professionnelles: tout employeur ou personne de condition indépendante membre d'une association fondatrice est obligatoirement rattaché à cette caisse (article 64 LAVS); s'il est membre de plusieurs associations fondatrices de diverses caisses professionnelles (ou interprofessionnelles, qui leur sont en tous points assimiliées), il n'a la liberté de choix qu'entre ces caisses. Cette obligation est d'ailleurs la cause essentielle, sinon unique, de la création de nombreuses caisses interprofessionnelles en Suisse romande particulièrement; seule la création d'une telle caisse permettait d'échapper à la centralisation reprochée aux associations professionnelles suisses. Aussi étonnant que cela puisse paraître dans ces conditions, ce n'en sont pas moins les caisses cantonales qui «en ramassant les restes» permettent l'existence de caisses professionnelles librement créées. Cette idée est exprimée de manière particulièrement frappante par Hans Nef, art. cit. ZSGV 1945 pp. 305 ss., notamment p. 309. Le terme de «ramassant les restes» doit d'ailleurs être pris cum grano salis: il est des associations professionnelles même de poids qui n'ont pas créé de caisse, et il est des employeurs même importants qui ne sont membres d'aucune association. Mais le caractère subsidiaire des caisses cantonales n'en subsiste pas moins, alors même que ces caisses ont d'autre part des tâches plus vastes que les caisses professionnelles (voir par exemple article 63, 2e alinéa LAVS).

même commune et peut-être de la même maison. Il est notoire que l'application de l'impôt pour la défense nationale par exemple, institution pourtant fédérale, subit certaines «adaptations» régionales, justifiées – du moins nous l'admettrons – par les conditions particulières; personne ne s'en choque, l'unité étant établie dans toute une région. La durée du rapport d'assurance exige une unité déjà plus poussée entre régions, de nombreux assurés n'étant pas attachés leur vie durant au même lieu; mais même cette unité n'aurait pas nécessairement à être intégrale, les diversités locales permettant quelques déviations. Plus rien de pareil dès le moment où plusieurs «autorités» régissent dans le même rayon. L'uniformité devrait atteindre la perfection; et non seulement l'uniformité dans l'application du droit au sens strict, mais l'uniformité même de procédure.

Comment en effet réagiraient des assurés voisins, dont la situation serait en tous points identique, mais rattachés à des caisses différentes, dont l'un se voit mis en poursuites dès le moindre retard dans le paiement de ses cotisations tandis que l'autre obtient des sursis au paiement? Dont l'un reçoit d'office une déduction de 30 pour cent pour frais d'obtention du revenu tandis que l'autre doit justifier la moindre dépense et est débouté faute de preuves? Dont l'un obtient une réduction de ses cotisations pour cause de charge trop lourde tandis que l'autre voit ses biens saisis? Le citoyen suisse réagit très violemment à de telles inégalités de traitement; le reproche adressé le plus fréquemment à l'autorité de surveillance – par des assurés et par de nombreuses caisses de compensation – est certainement de ne pas veiller avec suffisamment de vigilance à l'uniformité d'application. L'uniformité ne peut se limiter au respect de la loi; elle doit s'étendre même aux questions de procédure et de pure appréciation. D'ailleurs, lorsqu'il y a question d'appréciation, la question de droit n'est pas loin; il n'y a le plus fréquemment que différence quantitative et non pas qualitative.

On pourrait certes relever qu'il y a entre ces assurés des

différences découlant de la branche économique et de ses usages. Cet argument aurait une certaine valeur, bien que toute relative, si tel était le cas. Mais nous pouvons fort bien avoir des assurés de même profession rattachés à des caisses de compensation différentes. Trois garagistes lausannois ou genevois par exemple, réunis sur la même place, pourraient fort bien être membres l'un de la «Caisse de compensation pour l'artisanat suisse de l'automobile, de la moto et du cycle», l'autre de la «Caisse de compensation des groupements patronaux vaudois» ou de la «Caisse interprofessionnelle romande des syndicats patronaux», le troisième de la caisse de compensation cantonale. Là de même, les assurés et les caisses de compensation les plus jalouses de leur autonomie à l'égard du pouvoir de surveillance réclament une intervention dès qu'une telle inégalité se révèle.

Ainsi, le chevauchement des principes «corporatifs» et «fédéralistes» – et des caisses professionnelles et interprofessionnelles – exige l'uniformité même dans les questions de procédure et d'appréciation.

La seconde conséquence de ce chevauchement est l'obligation de régler des questions qui, à défaut des caisses professionnelles, pourraient être laissées au soin des caisses. Les exemples ne manquent pas; nous citerons la communication, par les caisses professionnelles, de la liste de leurs affiliés aux caisses cantonales, communication nécessairement uniformisée; la communication par le fisc de la taxation des personnes de condition indépendante, qui pourrait être laissée au soin de la caisse cantonale s'arrangeant avec l'administration cantonale des contributions. La seule existence des caisses professionnelles rend donc nécessaires une série de prescriptions de procédure édictées par l'autorité de surveillance.

3. L'unité financiere

Nous avons vu que l'AVS est financièrement centralisée. Les caisses de compensation ne sont pas les assureurs (Versicherungsträger) mais en quelque sorte, à cet égard, les

mandataires du fonds de compensation de l'AVS. Une conséquence caractéristique que nous signalerons en passant se révèle de manière particulièrement claire dans les cas de compensation: un assuré doit des cotisations à une caisse et a droit à une rente de la part d'une autre caisse. Or bien que les caisses soient formellement, à l'égard de l'assuré, créancières et débitrices, il est bien évident que la compensation doit être possible. Cotisations et rentes sont dues à et par l'AVS et non pas – sur le plan interne du moins – à et par des établissements étrangers l'un à l'autre. Une caisse ne pourrait refuser de compenser avec les rentes qu'elle sert, une dette que l'assuré a envers une autre caisse; du côté de l'AVS, les caisses forment ainsi une unité financière[31] qu'aucun tribunal n'a jamais mise en doute.

De cette unité financière résulte un premier élément exigeant un contrôle renforcé: ni les caisses de compensation ni les cantons et associations fondatrices n'ont un intérêt personnel aux cotisations perçues et aux rentes versées; leurs finances n'en sont pas directement influencées. Ce fait avait été noté déjà sous les régimes d'allocations pour perte de salaire et de gain[32]; tout au plus pourrait-on relever un certain intérêt des caisses à l'encaissement des cotisations, les contributions aux frais d'administration en dépendant (article 69 LAVS), et un certain intérêt des cantons à éviter le paiement de rentes indues, le montant de leur part aux contributions des pouvoirs publics en découlant en partie (article 105 LAVS). Mais ce ne sont là que des freins bien peu efficaces.

Il résulte de l'unité financière un deuxième élément encore, plus important et étranger à toute méfiance envers

---

[31] Voir: Revue 1953 pp. 50 ss. et 81 ss.

[32] Voir: Charles Attinger, op. cit. p. 109: «... il s'agit du recouvrement et de l'utilisation de deniers publics et l'expérience montre qu'un contrôle serré est nécessaire si l'on veut éviter les abus..., l'intérêt personnel n'existe pas au même degré que dans l'entreprise privée et le danger de négligences ou d'inexactitudes est très grand.»

un organe quelconque d'exécution: institution financièrement centralisée, l'AVS doit tenir des comptes (article 108, 2e alinéa LAVS). Il est dès lors essentiel d'avoir une uniformité dans la tenue des comptes, la manière de passer les écritures, la forme même des divers journaux comptables. Ce sont ainsi des méthodes faisant en général partie du rayon propre d'action d'un établissement, qui doivent être prescrites par l'autorité de surveillance. L'AVS est d'ailleurs non seulement centralisée mais aussi autonome sur le plan financier; il faut donc qu'elle connaisse sa situation et établisse périodiquement un bilan technique (article 92 LAVS). Or un bilan technique exige, outre les données comptables que fournissent les résultats de chaque exercice, des données statistiques établies sur des bases uniformes.

Si nous ajoutons à l'unité du droit les trois particularités que nous venons d'examiner: la durée du rapport d'assurance, la multiplicité des caisses de compensation et l'unité financière, force est de convenir que l'AVS exige une uniformité d'application que ne connaît jusqu'ici aucune autre institution décentralisée.

VI. Le rayon propre d'action et le respect du droit

Dans leur rayon propre d'action, les caisses de compensation jouissent en revanche d'une autonomie étendue. Si canton et associations exercent un contrôle portant sur l'opportunité de l'organisation – phénomène que nous avons qualifié d'interne – l'autorité fédérale de surveillance se borne en principe au contrôle du respect du droit. Si elle doit vérifier qu'un gérant soit nommé et que la situation de ce gérant soit conforme aux dispositions légales (articles 106 et 109 RAVS), elle ne peut contester le choix du gérant; si elle doit s'inquiéter de la création des agences nécessaires et de l'octroi à ces agences de certains attributions minimums (articles 65 LAVS et 114 à 116 RAVS), elle ne peut imposer son point de vue quant à l'opportunité

d'agences déterminées ou au degré d'autonomie accordé à ces agences.

Du point de vue théorique, la situation est donc claire. Mais jusqu'où va en fait le contrôle du respect du droit? Nous l'illustrerons à l'aide de trois exemples qui, dans la pratique, ont donné ou donnent encore lieu à contestation:

Les caisses de compensation ont nécessairement, pour exécuter les tâches qui leur incombent, un appareil administratif qui entraîne certains frais (location de bureaux, salaires du personnel, achat de matériel, etc.). Abstraction faite des subsides qui leur sont accordés pour des travaux particuliers[33], elles doivent couvrir ces frais elles-mêmes. A cet effet, l'article 69, 1er alinéa LAVS les autorise à prélever sur leurs affiliés des contributions aux frais d'administration[34]. Il s'agit là de contributions de droit public, à but clairement déterminé; il ne serait pas admissible que ces contributions servent à couvrir par exemple des frais entraînés par une autre tâche déléguée à la caisse (article 63, 4e alinéa LAVS) ou par des travaux pour le compte de l'association fondatrice et poursuivant un but propre à l'association en tant que telle. Quelques cas isolés révèlent qu'il y a là un problème qui pourrait une fois ou l'autre devenir d'autant plus aigu que les membres de l'association fondatrice n'ont aucun pouvoir direct sur la fixation des contributions et n'ont souvent même aucun intérêt à voir

---

[33] Voir: Ordonnance du Département fédéral de l'intérieur concernant les frais d'administration dans l'AVS (subsides aux caisses de compensation cantonales), du 19 janvier 1955; Ordonnance du Département fédéral de l'économie publique concernant la couverture des frais d'administration occasionnés par la remise des allocations aux militaires pour perte de gain, du 29 décembre 1954; article 19 de la loi fédérale fixant le régime des allocations familiales aux travailleurs agricoles et aux paysans de la montagne, du 20 juin 1952.

[34] Voir: Ordonnance du Département fédéral de l'intérieur sur les frais d'administration dans l'AVS (taux maximums des contributions aux frais d'administration), du 19 janvier 1955.

ces contributions utilisées aux fins de l'AVS seule[35]. L'autorité de surveillance doit donc pouvoir contrôler les frais d'administration des caisses, dans toute la mesure nécessaire à s'assurer que ces contributions servent aux fins de l'AVS seule. Il est d'ailleurs dans l'intérêt non seulement du respect de la loi mais de l'institution même de l'AVS et de son renom, que les frais d'administration ne soient pas enflés démesurément.

Ceci pose un autre problème, qui deviendra de plus en plus actuel: la caisse de compensation qui, grâce aux contributions aux frais d'administration, fait un bénéfice considérable et accumule une fortune propre, est-elle libre d'utiliser cette fortune comme bon lui semble? Après avoir rémunéré convenablement son personnel, lui avoir assuré droit à pension, avoir acquis les machines nécessaires et peut-être un immeuble en propre, que se produirait-il? et à qui reviendrait cette fortune en cas de liquidation? Nous soulevons la question sans y répondre entièrement. Nous relèverons seulement que le but d'un établissement de droit public n'est pas d'accumuler de telles fortunes, que les contributions aux frais d'administration ont pour raison d'être de couvrir les besoins courants ou tout au plus les besoins prévisibles. Toute réserve dépassant ce cadre devrait être considérée comme un emploi abusif de la faculté de prélever de telles contributions. L'autorité de surveillance aurait non seulement le droit mais le devoir d'exiger une réduction du montant des contributions.

L'intérêt général de l'AVS pourra même, exceptionnellement, exiger que l'autorité de surveillance s'immisce dans la gestion interne d'une caisse de compensation. Tel serait le cas si une caisse faisait des déficits administratifs permanents, dont la couverture ne serait pas assurée par le canton ou l'association fondatrice, et où l'on devrait craindre que ce ne soit le fonds de compensation de l'AVS qui en fasse finalement les frais. L'expérience a déjà montré

---

[35] Voir par exemple: Peter Binswanger, op. cit. pp. 73 à 76.

que de telles craintes n'étaient pas infondées; et il faut regretter que l'espoir de voir se créer uniquement des caisses ayant de solides assises financières ne se soit réalisé que partiellement[36]. Cela est d'autant plus regrettable que certaines caisses aux assises chancelantes ont de la peine à obtenir du personnel qualifié et, par là, rendent nécessairement plus étroit le contrôle qu'est tenue d'exercer l'autorité de surveillance non seulement dans le rayon propre d'action mais aussi dans le domaine des tâches déléguées; c'est là un élément qui pourrait être ajouté à celui de la multiplicité des caisses de compensation.

---

[36] Il existait à l'origine 82 caisses professionnelles. Une fut liquidée dès avant l'approbation de son règlement et n'a donc jamais eu d'existence juridique; 4 autres ont été dissoutes durant les toute premières années d'application de l'AVS déjà, en raison de l'impossibilité devant laquelle elles se trouvaient de couvrir leurs frais d'administration (voir: Rapport du Conseil fédéral sur l'AVS, du 3 février 1950, pp. 20 et 21; Rapport de l'OFAS sur l'AVS durant l'année 1950, pp. 18 et 19). La Commission fédérale d'experts pour l'introduction de l'AVS avait exprimé l'avis qu'«il ne serait pas désirable qu'une petite association quelconque puisse instituer sa propre caisse, car on ne manquerait pas d'assister à la création d'un grand nombre de caisses, alors qu'il est préférable, dans l'intérêt même d'un fonctionnement aisé, qu'il n'y en ait que peu. C'est à cette condition que les inconvénients administratifs inhérents au système de la compensation pourront être surmontés» (Rapport des experts p. 157). Reprenant cet avis, et aux fins surtout de «garantir une saine gestion de l'assurance par toutes les caisses» (Message du 24 mai 1946 p. 87), le Conseil fédéral proposait des conditions (article 53 LAVS) qui paraissaient propres à réduire à environ 50 le nombre des caisses professionnelles. Diverses propositions, présentées lors des débats parlementaires, tendant à rendre ces conditions plus sévères ont été rejetées (Voir Bull. stén. Conseil national, 1946 pp. 636 à 654; Bull. stén. Conseil des Etats, 1946 pp. 413 à 417). Le nombre actuel des caisses professionnelles, qui dépasse largement les prévisions, montre que le but visé n'a pas été atteint en plein. La loi du 30 septembre 1953, modifiant la LAVS, a introduit des conditions plus sévères pour les caisses qui seraient créées à l'avenir (articles 53 et 60, 2e alinéa LAVS), dans l'espoir d'éviter tout au moins la création de nouvelles caisses dont les assises financières ne seraient par largement suffisantes.

VII. Le pouvoir de surveillance et la juridiction administrative

Aux termes de l'article 72, 1er alinéa LAVS, l'autorité de surveillance donne aux caisses de compensation des instructions sur l'exécution des dispositions légales, mais «sous réserve de la jurisprudence». Pour se rendre compte de la portée de cette limitation, il faut d'abord donner un aperçu du rôle des autorités de recours dans l'AVS puis des relations entre instructions et jurisprudence.

1. Le rôle des autorités de recours

La juridiction administrative est, selon la doctrine dominante, une branche de la justice et non de l'administration. Son rôle est de déclarer ce qui est le droit, dans un différend opposant un particulier à l'administration, de soumettre à examen les actes administratifs[37].

Nous nous trouvons là sans contredit en présence du rôle essentiel des autorités de recours: donner à l'assuré la faculté de faire revoir son cas particulier par une autorité neutre, extérieure à l'administration. A cet égard, l'article 84 LAVS ne connaît aucune restriction: recours peut être interjeté contre toute décision de la caisse prise en vertu de la loi (la seule restriction partielle concerne les prononcés d'amendes, conformément à l'article 91, 2e alinéa LAVS). Si l'article 128 RAVS prescrit la forme que doivent revêtir «tous les actes d'administration par lesquels les caisses de compensation prennent une décision relative à une *créance* ou à une *dette* d'un assuré ou d'une personne tenue de payer des cotisations», on ne saurait en tirer la conclusion que seules les décisions portant sur des créances ou des dettes proprement dites seraient susceptibles de recours. Cette disposition règle la forme des décisions et ne définit pas celles qui peuvent faire l'objet d'un recours; exerçant des fonctions de droit public, les caisses doivent être soumises au contrôle judiciaire dans tous les cas où ces fonctions

---

[37] Voir: Fritz Fleiner, op. cit. p. 237.

touchent un assuré[38]. Le recours n'est donc pas limité aux questions touchant à l'existence ou à l'inexistence d'une dette ou d'une créance, mais peut porter par exemple sur la question du paiement de la rente en mains d'un tiers[39], de la compensation de la rente avec des dettes de l'assuré[40], du sursis au paiement[41], en un mot sur toute décision qui modifie d'une manière quelconque la situation juridique d'un particulier. N'échappe à la compétence des autorités de recours que la question de l'affiliation à une caisse, en vertu de la disposition expresse de l'article 127 RAVS[42].

Le premier domaine de la juridiction administrative est ainsi le cas d'espèce[43]. Il est incontestable qu'un jugement rendu par l'autorité de recours lie dans le cas d'espèce les organes administratifs, brise les instructions contraires de l'autorité de surveillance elle-même. Cette primauté des décisions judiciaires est l'une des bases fondamentales de l'Etat de droit[44], tout au moins dans sa conception actuelle, et n'aurait aucunement eu besoin d'être fixée à nouveau dans l'article 72, 1er alinéa LAVS. Est-ce à dire qu'il faille chercher dans cette disposition, qui prévoit la compétence de l'autorité de surveillance de donner des instructions «sous réserve de la jurisprudence», autre chose encore?

---

[38] Le message du 24 mai 1946 précise (p. 191) que «*toutes* les décisions des caisses» peuvent faire l'objet d'un recours; et pour désigner ce qu'il entend par décisions prises en vertu de la loi, il renvoie à l'actuel article 63 LAVS. Voir aussi: Revue 1950 pp. 443 ss.

[39] Voir les arrêts cités au chapitre concernant le droit personnel à la rente.

[40] Arrêt du 28 novembre 1951 en la cause Gonin, Praxis no 353.

[41] Arrêt du 21 janvier 1953 en la cause St. A., Revue 1953 p. 138; voir à ce propos les observations critiques parues dans Revue 1953 pp. 235 ss.

[42] Arrêt du 10 août 1949 en la cause Zberg, ATFA 1949 p. 182, Revue 1949 p. 391, Praxis no 511.

[43] Voir: Fritz Fleiner, op. cit. p. 248; Hans Oswald, AHV-Praxis p. 43.

[44] Voir: Max Imboden, Rechtsstaat und Verwaltungsorganisation, ZSGV 1951 pp. 1 ss.

2. Relations entre jurisprudence et instructions

Cette question soulève le problème des relations entre la jurisprudence et les instructions, et de manière plus générale entre les autorités de recours et l'autorité de surveillance.

Si le rôle premier de la juridiction administrative est de déclarer ce qui est le droit, dans un différend opposant un particulier à l'administration, un autre rôle qui en découle est d'assurer la légalité de l'administration. Et la légalité implique l'uniformité d'application du droit. Comment concilier cette tâche avec l'article 72, 1er alinéa LAVS qui en charge expressément l'autorité de surveillance? Comment concilier l'activité de deux pouvoirs qui, avec des moyens certes différents et ne sortant pas les mêmes effets, connaissent tous deux et sans limite de tout le domaine des tâches déléguées aux caisses de compensation?

La question a été déjà longuement débattue[45], mais elle paraît fort ne pouvoir obtenir de réponse absolue. Seules deux solutions auraient permis de supprimer le problème: celle adoptée en matière de poursuites pour dettes et de faillite, où la surveillance est attribuée à l'autorité judiciaire suprême, solution unique où des motifs particuliers ont entraîné une brèche dans la séparation entre justice et administration; celle de l'administrateur-juge, dont nous n'avons pas besoin de montrer les inconvénients. Toutes les tendances actuelles du droit administratif suisse portent à la dualité. Nous n'avons pas la prétention de résoudre les problèmes que pose cette dualité; nous nous contenterons d'en relever certains aspects, propres à quelques conclu-

---

[45] Voir en particulier: Hans Oswald, AHV-Praxis pp. 47 à 50; Peter Saxer, Zum Verhältnis von Weisungsrecht und Rechtsprechung in der AHV, RSJ 1953 pp. 185 ss.; Fritz Baumann, Weisungsrecht und Rechtsprechung in der AHV, RSJ 1953 pp. 224ss.; Arnold Gysin, compte-rendu de l'ouvrage de Oswald, RDS 1953 pp. 331 ss.; H.R. Schwarzenbach. Weisungsrecht und Rechtsprechung in der AHV, ZSGV 1954 pp. 33ss. Voir aussi le rapport de M. Oswald.

sions plus pratiques que théoriques dans le domaine de l'AVS.

Il est un principe que nous ne mettrons pas en doute: la jurisprudence a la primauté sur les instructions administratives. Liées par la loi seule, les autorités de recours ne le sont ni par des dispositions d'exécution ni à plus forte raison par des instructions administratives. L'instruction administrative déclarée contraire à la loi par l'autorité de recours devient inapplicable. Elle le devient pour le citoyen qu'elle toucherait dans ses droits et obligations, elle le devient pour les organes administratifs dans le cas d'espèce; le devient-elle automatiquement et d'une manière générale pour tous les organes administratifs, les déliant de leur obligation de respecter cette instruction? En vertu du principe supérieur de la légalité de l'administration, il semble à première vue qu'il faille répondre sans hésitation et sans restriction par l'affirmative. Mais deux faits doivent rendre la réponse plus nuancée: l'imprécision du terme jurisprudence et certaines particularités de l'AVS.

a) La définition de la jurisprudence. – La notion de jurisprudence est en elle-même claire: la jurisprudence est l'ensemble des règles posées par le juge, interprétant et parfois complétant la loi. Mais la question devient plus complexe dès que l'on demande ce qui est jurisprudence, dès qu'on arrive à la notion du précédent[46]. La doctrine parle encore fréquemment de «pratique constante»: il n'y aurait jurisprudence sur un point donné que lorsque les tribunaux se sont prononcés à plusieurs reprises dans le même sens. Mais la tendance est de plus en plus de reconnaître qu'un premier jugement déjà peut faire jurisprudence. A quoi le reconnaît-on? La publication comme telle est certes un indice; elle n'est pas une preuve car d'une part figurent

---

[46] Voir en particulier: O. A. Germann, Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile, insbesondere der Urteile des schweiz. Bundesgerichts, RDS 1949 pp. 297ss. et 423ss.; Hans Oswald, AHV-Praxis p. 44ss.

parmi les arrêts publiés des cas où l'état de fait particulier a de toute évidence joué un rôle prépondérant, d'autre part peuvent ne pas être publiés des arrêts dont la portée dépasse le cas d'espèce. Le seul critère se trouve dans les considérants du jugement, plus précisément dans la «ratio decidendi» c'est-à-dire dans les normes générales qui ont entraîné la décision. Savoir si un jugement fait ou non jurisprudence nécessite donc une «appréciation», parfois simple parfois fort difficile. Une instruction administrative déclarée inapplicable dans un cas d'espèce n'est ainsi pas automatiquement inapplicable de manière générale; tout dépend des motifs invoqués dans le jugement et de leur plus ou moins grande portée.

Par ailleurs, lorsqu'un tribunal tranche une question qui ne s'était pas encore posée ou dont l'existence même n'avait pas été soupçonnée, il faut admettre qu'il n'en voit pas nécessairement toutes les conséquences. Souvent donc le jugement ne sera guère qu'un essai de trouver une solution juste, ce qui incitera fréquemment le tribunal à rédiger avec prudence les principes adoptés et à les revoir à l'occasion de cas ultérieurs. Dans ces cas, seule la confirmation sera propre à créer une jurisprudence qui puisse être considérée comme rendant inapplicable une instruction administrative contraire. Là aussi, une «appréciation» est nécessaire.

Il est enfin un dernier élément, que Germann cite en disant que «tout comme pour le législateur, l'erreur et le défaut de prévoyance ne sont pas toujours évitables, même pour le meilleur des juges»[47]. Contrairement au case-law anglais et à la doctrine qui en découle, les tribunaux de première instance ne sont pas liés à la jurisprudence suprême; et ils tenteront de s'en écarter précisément dans les cas où cette jurisprudence leur paraît erronée. Les autorités administratives peuvent-elles se prévaloir de ce même privilège, en particulier dans les cas où un changement de pratique aurait pour la sécurité du droit des inconvénients plus grands

---

[47] O. A. Germann, op. cit. p. 425.

que l'adoption d'une jurisprudence même reconnue exacte[48]? Il y a des circonstances dans lesquelles la pratique a le droit de ne suivre qu'avec réticence ou même de ne pas suivre un précédent; tel sera le cas lorsque des arguments sérieux peuvent être opposés aux considérants d'un jugement, si sérieux qu'un retour en arrière n'est aucunement exclu. En pratique, ce troisième cas se confondra le plus fréquemment avec le précédent; il y a là aussi «appréciation» de la jurisprudence. Et ces deux cas se présenteront souvent dans une matière nouvelle et complexe, comme l'est l'AVS[49].

b) Les particularités de l'AVS. – Ceci nous amène à certaines particularités de l'AVS, déjà relevées précédemment: l'unité du droit qui, renforcée par la durée des rapports d'assurance et la multiplicité des caisses de compensation (l'unité financière ne joue guère de rôle en l'espèce), exige une uniformité extrême dans l'application de la loi. A ces éléments va s'en ajouter un nouveau: la masse des cas identiques ou analogues.

Nous avons vu que, dans de nombreux cas, le défaut de légalité d'une instruction administrative n'était pas dès l'abord établi de manière générale; qu'il fallait à cet effet «apprécier» la portée des motifs invoqués par le juge, leurs chances même de validité pour l'avenir. L'exigence de l'uniformité dans l'application du droit suffirait déjà à rendre désirable une appréciation identique de la part de tous les organes d'exécution, à la rendre même indispensable. Si les caisses de compensation sont des établissements autonomes de droit public, il ne faut pas oublier les motifs qui, dans le domaine des tâches déléguées, nous les ont fait qualifier d'organes d'administration indirecte. Tout comme un organe subordonné – alors même qu'il statuerait défini-

---

[48] Sur cet aspect relevé par le Tribunal fédéral à propos de la valeur pour lui-même de ses propres précédents, voir O. A. Germann, op. cit. pp. 327 à 330.

[49] Une remarque analogue est faite par Hans Oswald, AHV-Praxis p. 47.

tivement – est lié par un règlement, même illégal, pris par son supérieur hiérarchique[50], nous dirons mutatis mutandis que les caisses de compensation ne peuvent se délier elles-mêmes d'une instruction administrative donnée par l'autorité de surveillance.

Mais en dehors même de l'uniformité d'application, la durée du rapport d'assurance et la multiplicité des caisses de compensation rendent impossible l'annulation automatique de la validité d'instructions administratives par la jurisprudence. Nous l'illustrerons à l'aide de deux exemples:

L'ancien article 27 RAVS définissait l'assuré n'exerçant aucune activité lucrative comme assuré qui «pendant six mois consécutifs au moins» ne devait payer aucune cotisation sur le revenu d'une activité lucrative. Cette définition n'a pas trouvé grâce devant les autorités de recours, qui ont remplacé le critère des six mois par celui de la source prépondérante de revenu au cours de l'année civile[51]. Jurisprudence dès l'abord de principe et sans espoir de retour, aurait-elle pu rendre automatiquement inapplicables l'article 27 RAVS et les instructions administratives en découlant?[52] Il faudrait répondre par l'affirmative... si la durée du rapport d'assurance n'était pas celle que connaît l'AVS. Des cotisations payées dépend en effet des années ou dizaines d'années plus tard le droit à la rente; et il ne doit alors pas être tenu compte des cotisations qui auraient été payées sans être dues[53]. Or l'interdiction faite par la jurisprudence de payer durant la même année civile des cotisations sur le revenu du travail et des cotisations en tant que non-actif exigeait des mesures simultanées et identiques

---

[50] Voir: André Panchaud, Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral, RDS 1950 p. 77a.

[51] Arrêt du 5 septembre 1950 en la cause Imhof, ATFA 1950 p. 110, JT 1951 p. 265, Revue 1950 p. 455, Praxis n° 263.

[52] Circulaire de l'OFAS n° 37, du 29 octobre 1948.

[53] Voir: Directives concernant les rentes, 3e édition décembre 1954, chiffre 146 (dans les éditions précédentes, voir 1ère édition décembre 1948, chiffre 88; 2e édition décembre 1952, chiffre 111).

de la part de toutes les caisses de compensation[54], si l'on voulait pouvoir calculer correctement les rentes résultant des rapports d'assurance qui se sont succédés au cours des années. Il y aurait eu des inégalités flagrantes, si les caisses de compensation avaient modifié leur pratique au lendemain du jugement précité, sans attendre les mesures d'ensemble qui étaient condition d'application – avec d'ailleurs certaines adaptations techniquement indispensables – de cette jurisprudence.

La multiplicité des caisses de compensation représente un obstacle du même ordre: selon qu'un revenu est considéré par exemple comme provenant d'une activité lucrative indépendante ou d'une activité salariée, non seulement les formes de décompte sont différentes mais aussi fréquemment une autre caisse de compensation sera compétente. Cette distinction entre salariés et indépendants a fait l'objet d'une très nombreuse jurisprudence, dont le développement a duré des années et n'a pas encore cessé d'occuper les autorités administratives (nous en toucherons quelques mots à propos de la situation des employeurs). Si une caisse cantonale, responsable de l'affiliation des indépendants, se fondant sur un jugement dans un cas analogue cesse d'assujettir comme indépendants certains assurés, il faut que simultanément les caisses professionnelles auxquelles sont affiliés les employeurs de ces assurés interprétent la jurisprudence de la même manière et donnent aux employeurs des instructions correspondantes. L'«appréciation» de la jurisprudence doit donc être uniforme.

Nous en arrivons ainsi tout naturellement à l'élément de masse des cas analogues: toutes les personnes domiciliées en Suisse ou y travaillant sont simultanément soumises à l'obligation de cotiser, tout au moins de 20 à 65 ans; toutes les personnes pour lesquelles le risque assuré s'est réalisé

---

[54] Circulaire de l'OFAS nº 37a, du 5 octobre 1951; Instructions sur le certificat d'assurance et le compte individuel des cotisations, 1ère édition décembre 1952, chiffre 58.

sont soumises simultanément au rapport d'assurance. Un changement de pratique sur un point entraîne ainsi des répercussions pour des milliers d'assurés, provoquant des réactions en chaîne peut-être sur toute la suite des rapports d'assurance. La situation est sans relation aucune avec celle qui se présente en matière civile ou pénale, où les cas isolés sont la règle. La situation la plus proche est celle que nous trouvons en matière fiscale, qui a soulevé déjà des controverses analogues et où la soumission à la jurisprudence est fort loin d'être absolue. Mais pour que la comparaison soit parfaite, il faudrait encore que l'impôt soit prélevé non pas seulement par des autorités à compétence territoriale nettement délimitée mais par des organes dont les champs d'action se superposent, qu'il ne crée pas uniquement des rapports terminés en eux-mêmes mais des rapports qui ensuite se combinent pour donner naissance à un nouveau rapport.

c) Conclusions pratiques. – S'il est évident que la jurisprudence a la primauté sur les instructions administratives, il faut donc se garder d'en tirer la conclusion que tout jugement contraire aux instructions les brise automatiquement. Et répartissant les rôles entre autorités de recours et autorité de surveillance, nous poserons un principe que nous voudrions voir considéré non comme une délimitation absolue mais comme une simple accentuation des tâches respectives: dans l'AVS, la juridiction administrative doit garantir, au delà de la sauvegarde des droits des assurés dans les cas d'espèce, la légalité de l'administration; l'autorité de surveillance doit garantir, au delà de la légalité de l'administration, l'uniformité de l'application du droit. Et les particularités de l'AVS exigent non pas que les instructions administratives restent indéfiniment valables même à l'encontre d'une jurisprudence établie – la légalité de l'administration s'y opposerait – mais qu'elles soient adaptées à cette jurisprudence d'une manière qui respecte l'impératif des faits.

Or l'impératif des faits comprend les phénomènes décou-

lant de la durée du rapport d'assurance, de la multiplicité des caisses de compensation et de la masse des cas analogues. Ces phénomènes exigent à leur tour une action coordinatrice. Et cette action coordinatrice rendra parfois nécessaire une «résistance» plus ou moins durable à la généralisation d'une jurisprudence.

Si l'autorité de surveillance ne peut ainsi édicter des instructions que sous réserve de la jurisprudence, si la primauté de la jurisprudence ne saurait être mise en doute sans mettre par là en doute l'institution même de la juridiction administrative, ce serait d'autre part mettre en danger tout l'édifice de l'AVS que de tenir pour automatiquement inapplicables de manière générale les instructions administratives battues en brèche par la jurisprudence. Il est du devoir absolu de l'autorité de surveillance d'adapter ses instructions à la jurisprudence; mais il faut lui laisser – et à elle seule – la faculté de déterminer l'ampleur et le moment du changement de pratique.

VIII. L'autonomie a-t-elle encore un sens dans l'AVS?

De ces quelques remarques sur l'autonomie des caisses de compensation et le pouvoir de surveillance, peut-on tirer des conclusions valables? Il reste trop de points d'interrogation, d'aspects à peine abordés ou même entièrement laissés dans l'ombre, pour que nous tentions l'aventure.

Tous les faits que nous avons relevés parlent contre la possibilité même d'une large indépendance des caisses de compensation dans l'accomplissement de la tâche qui leur est déléguée, pour une extension du pouvoir accordé à l'autorité de surveillance dans une mesure dépassant les normes usuelles. Nous avons vu aussi que loin de promouvoir l'indépendance, le chevauchement du principe «fédéraliste» et du principe «corporatif» – pourtant tous deux éléments de décentralisation et d'autonomie – lui assignait au contraire des limites plus étroites. Est-ce à dire que l'expérience de la décentralisation a échoué? que l'auto-

nomie n'est qu'un leurre? voire que la Confédération aurait trahi l'idée première en transformant les caisses en «services de l'administration fédérale» et l'autorité de surveillance en «direction générale»[55]?

Certes, la notion de décentralisation avait donné lieu à des illusions; rien ne l'illustre mieux que l'insistance mise par les organisations ouvrières, lors des débats parlementaires, à ce que soit prévue dans la loi la possibilité d'une gestion paritaire des caisses[56]. Les idées de «gestion autonome de l'économie» et de «communauté professionnelle» étaient dans l'air. Mais dans une assurance englobant obligatoirement l'ensemble de la population, qui a une base légale uniforme et impérative, dont l'unité financière est totale, ces idées ne peuvent avoir qu'une place limitée, les difficultés que nous avons rencontrées – parmi elles figure la «concurrence» entre instructions et jurisprudence – révèlent que la décentralisation administrative même est une gageure.

Et pourtant, l'autonomie n'est pas devenue un vain mot. Malgré ses interventions nombreuses et ses instructions détaillées, l'autorité de surveillance est fort loin d'avoir tué tout pouvoir d'appréciation des caisses, d'avoir rendu impossibles les différences que les particularités régionales ou professionnelles justifieraient. Entre un pouvoir hiérarchique qui peut casser une décision et en rendre lui-même une nouvelle, et un pouvoir de surveillance aussi étendu soit-il, il y a une différence qualitative indéniable. Dans tout le vaste domaine de l'organisation d'autre part, les caisses de compensation jouissent à l'égard de la Confédération d'une autonomie véritable. En surveillant ce domaine, cantons et associations sont eux aussi amenés à s'occuper de l'AVS et

---

[55] Reproche adressé à l'OFAS par Albert Salathé, art. cit. RSJ 1950 p. 372; voir la réponse de Karl Achermann, art. cit. RSJ 1951 pp. 56ss.

[56] Voir à ce propos: Peter Binswanger, Kommentar zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, 1950 pp. 223ss. et la documentation qui y est citée.

de ses problèmes; ils font par là connaissance non seulement de ses particularités techniques mais aussi de ses aspects matériels, ce qui les met à même d'exercer sur la législation une influence qu'ils ne pourraient sinon avoir. Bien plus, les caisses de compensation deviennent peu à peu des noyaux autour desquels se groupent des réalisations purement autonomes[57]. Il n'est pas exclu que la déconcentration que connaît l'AVS soit ainsi la source d'une décentralisation entière dans les domaines où peut se manifester pleinement l'autonomie de l'économie.

Chapitre troisième:

La situation de l'employeur

Enumérant au chapitre premier les organes chargés d'appliquer l'AVS, nous avions mentionné le rôle joué par les employeurs. L'employeur serait-il organe de l'AVS? Diverses règles du droit de clearing et d'économie de guerre déjà ont accoutumé à cette idée de l'employeur, organe de droit public; mais jamais le phénomène n'avait pris une ampleur aussi vaste que dans l'AVS. Aussi est-ce à cet aspect des rapports entre l'employeur et l'AVS que nous allons nous arrêter. Après avoir donné un bref aperçu de la notion d'employeur, nous examinerons les tâches qui lui incombent puis concentrerons notre attention sur l'une de ces tâches, la plus importante de toutes: la perception des cotisations. Quelques digressions nous permettront de mettre en relief d'autres problèmes encore, en particulier celui de la responsabilité pénale.

I. Définition de l'employeur

Est employeur, aux termes de l'article 12 LAVS, quiconque verse à des personnes obligatoirement assurées une

[57] Voir: Rapport de l'OFAS sur l'AVS durant l'année 1953, pp. 15 et 16.

rémunération considérée comme salaire déterminant au sens de l'AVS. L'article 5, 2e alinéa LAVS définit ce salaire déterminant, en déclarant qu'il comprend «toute rénumération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé on indéterminé». Le salaire ne se définit donc pas en lui-même, mais par le rapport de dépendance entre celui qui verse la rémunération et celui qui la reçoit.

Quel est ce rapport de dépendance? Pratique administrative et jurisprudence se sont dès l'abord écartées de la notion de contrat du travail (articles 319 ss. CO), impropre a rendre compte des réalités de la vie sociale dans une assurance généralisée. L'accent a été mis non pas sur la nature civile du contrat liant les parties mais sur le rapport de subordination sociale ou économique et de subordination dans l'organisation du travail. Si la pratique administrative a tenté à l'origine de poser certaines présomptions se rattachant au mode même de rénumération ou à son caractère accessoire[58], aucune de ces présomptions n'a trouvé grâce aux yeux de la jurisprudence. Nous sommes, à l'intérieur d'un cadre très général, dans un domaine de casuistique pure – ce qui, en face de la multiplicité des caisses de compensation, ne simplifie guère la tâche des organes d'exécution et est une source constante de procès – dont la tendance de plus en plus marquée est de reconnaître un rapport de dépendance dès que le risque économique ne repose pas sur la tête du seul exécutant ou que l'exécutant est tenu à des instructions touchant l'exercice de son activité. De l'abondante jurisprudence en la matière[59], nous citerons quelques exemples seulement à titre d'illustration:

---

[58] Voir: circulaire de l'OFAS nº 20, du 23 janvier 1948; la jurisprudence a rendu nécessaires des adaptations, contenues dans la circulaire nº 20a, du 31 décembre 1952; voir aussi: Revue 1952 pp. 215ss. et 1953 pp. 1ss.

[59] Voir notamment: Hans Oswald, AHV-Praxis pp. 54 à 56 et nºs 76 à 113. Voir aussi le rapport de M. Oswald, qui traite plus à fond du domaine des cotisations.

a) Le représentant de commerce exerce une activité lucrative dépendante, alors même qu'il est au bénéfice d'un contrat d'agence en bonne et due forme, qu'il est inscrit au registre du commerce, qu'il dispose d'un bureau lui appartenant personnellement, qu'il organise librement son travail, s'il ne supporte pas à lui seul ou pour l'essentiel le risque de l'insolvabilité des clients et des défauts de la marchandise livrée[60].

b) L'horticulteur qui entretient le cimetière d'une commune selon un cahier des charges, l'horloger chargé par la commune de contrôler périodiquement les horloges municipales selon les instructions du conseil administratif et contre rétribution forfaitaire, le maître-tailleur qui exécute des travaux pour un arsenal, le paysan qui effectue l'hiver des travaux de bûcheronnage à la tâche sont pour ces activités des salariés, alors même que leur activité principale serait indépendante[61].

Si l'existence entre parties d'un contrat de travail est un signe certain de salaire, les contrats de commission, de mandat, d'agence ou d'entreprise ne permettent pas la conclusion contraire. Nous avons donc en matière d'AVS une définition très vaste de l'employeur: est employeur quiconque verse à un assuré une rénumération pour l'exercice ou le résultat d'une activité, quelle que soit la forme civile du contrat le liant à cet assuré, si l'assuré est tenu à certaines instructions dans l'organisation de son activité ou ne supporte pas lui-même le risque économique.

---

[60] Arrêt du 26 août 1953 en la cause Rotach, ATFA 1953 p. 198, Revue 1953 p. 393; arrêt du 21 février 1955 en la cause Oertle, ATFA 1955 p. 20, Revue 1955 p. 153. A titre d'exemple exceptionnel de représentants indépendants, voir arrêt du 21 août 1951 en la cause Minimax A.G., ATFA 1951 p. 178, Revue 1951 p. 422, Praxis nº 91.

[61] Horticulteur: arrêt du 7 juillet 1953 en la cause Administration communale de M., Revue 1953 p. 309. Horloger: arrêt du 8 janvier 1953 en la cause Commune de L., Revue 1953 p. 64. Tailleur: arrêt du 12 mai 1950 en la cause Wermelinger, ATFA 1950 p. 90, Revue 1951 p. 32, Praxis nº 92. Bûcheron-tâcheron: arrêt du 4 septembre 1954 en la cause L.D., Revue 1955 p. 33 et 188 ss.

La définition de l'employeur est très vaste sous un autre aspect encore: le terme «quiconque» englobe toutes les personnes physiques et morales – nous n'insisterons pas sur les exonérations mentionnées à l'article 12, 2e et 3e alinéas LAVS – ainsi que toutes les sociétés et communautés expressément prévues ou non par le droit civil (sociétés simples, en nom collectif ou en commandite, communautés héréditaires, etc.). Est employeur aussi bien la femme mariée qui a recours occasionnellement à une aide pour la lessive ou les nettoyages que l'entreprise occupant des centaines ou des milliers d'ouvriers.

II. Les tâches de l'employeur

De la qualité d'employeur découlent deux conséquences distinctes: l'obligation de payer des cotisations égales à 2 pour cent de la somme des salaires versés, c'est-à-dire la naissance d'une dette au sens strict (article 13 LAVS), et l'obligation d'exécuter certaines tâches au service de l'AVS. Ces tâches peuvent se ramener à quatre:

- Percevoir les cotisations de salariés (au sens large que nous avons vu sous chiffre I), soit retenir 2 pour cent de tout salaire versé à ses employés ou ouvriers;
- Transmettre ces cotisations à la caisse de compensation – en même temps que les cotisations d'égal montant qu'il doit en tant qu'employeur – en indiquant pour chaque assuré séparément le montant qui le concerne[62];
- Tenir les comptes individuels des cotisations des assurés à son service, dans la mesure où la caisse de compensation lui a délégué cette tâche (article 136 RAVS);

---

[62] Ce que signifie l'indication séparée des cotisations pour chaque salarié ressort des articles 133 ss. RAVS: collaboration de l'employeur à l'établissement et à la délivrance des certificats d'assurance, obligation pour l'employeur de vérifier si un compte individuel des cotisations a déjà été ouvert au nom du salarié auprès de la caisse de compensation compétente, envoi à la caisse de cartes ou listes nominatives.

– Servir les rentes à ses salariés et à leurs survivants[63].

Le rôle joué par l'employeur autorise-t-il à qualifier l'employeur d'organe d'exécution de l'AVS? Nous hésitons à entrer en conflit avec la terminologie usuelle, bien qu'on puisse nommer organe de droit public quiconque exerce à l'égard de tiers des fonctions de droit public. Or sur ce point, la situation de l'employeur ne laisse subsister aucun doute:

Les cotisations dues à l'AVS sont des contributions de droit public; les percevoir est exercer une fonction de droit

[63] Pour ne pas donner de la réalité une image inexacte en ce qui concerne non seulement le paiement des rentes mais aussi la tenue des comptes individuels des cotisations, relevons que si – reprenant nos propres termes – «est employeur aussi bien la femme mariée qui a recours occasionnellement à une aide pour la lessive ou les nettoyages que l'entreprise occupant des centaines ou des milliers d'ouvriers», seuls accomplissent l'ensemble des quatre tâches les employeurs les plus importants. Dans leur immense majorité, les employeurs ont ainsi pour seules tâches de percevoir les cotisations de leurs salariés et de les transmettre à la caisse de compensation. Il existe même une forme de décompte, étonnamment peu utilisée, qui libère en fait l'employeur occasionnel de toute tâche autre que la perception des cotisations: le paiement par remise au salarié de timbres de cotisations (articles 145 et 146 RAVS). – Par ailleurs, la compensation au premier échelon entre cotisations et rentes, considérée à l'origine comme l'une des pierres d'angle du système, n'a pas acquis l'importance qu'on lui attribuait: le nombre des rentes versées par les employeurs est fort minime (moins de 2 pour cent), et son importance relative tend à diminuer. Les causes en sont mentionnées dans le Rapport de l'OFAS sur l'AVS durant l'année 1951, pp. 13 et 14: le caractère de «dette portable» et l'obligation de verser les rentes par la poste. Même dans les cas où le paiement des rentes est effectué par l'employeur, il s'est fréquemment révélé plus simple de renoncer à la compensation entre cotisations et rentes. Mais contrairement aux craintes exprimées à l'époque (voir par exemple: Hans Nef, art. cit. ZSGV 1948 pp. 5 à 7), ce phénomène n'a aucunement enlevé tout sens au système adopté. On ne saurait en effet comparer les rentes de l'AVS avec les allocations aux militaires; dans ce dernier régime, de nombreux employeurs ont eux-mêmes droit aux prestations, en sont les destinataires (article 19, 2e alinéa, lettre c, de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations aux militaires pour perte de gain), ce qui n'est jamais le cas dans l'AVS.

public. Mais il y a plus: le paiement des cotisations par le salarié en mains de l'employeur, par retenue sur le salaire, est considéré comme paiement en mains de l'AVS; la perception par l'employeur engage l'AVS, alors même que la cotisation ainsi retenue ne parviendrait jamais au fonds de compensation de l'AVS ni même à la caisse de compensation (article 138 RAVS; voir chiffre IV ci-après).

Par ailleurs, la perception des cotisations par l'employeur implique, en fait, leur fixation par l'employeur, sous réserve de correction par la caisse de compensation. Ce n'est certainement pas par hasard que l'article 68, 2e alinéa LAVS exige que soit contrôlée périodiquement l'«application des dispositions légales par les employeurs». Nous sommes donc loin du contrôle fiscal par exemple exercé sur un débiteur, et fort près de la revision effectuée auprès d'un organe administratif. La situation devient particulièrement claire à ce sujet lorsque l'employeur verse les rentes.

Quant à la tenue des comptes individuels des cotisations, elle est l'une des fonctions centrales de tout le système de l'AVS. Fonction administrative au sens le plus strict du terme, elle révèle à quel point l'employeur peut se trouver englobé dans l'appareil de l'AVS.

Si l'activité exercée par l'employeur dans le cadre de l'AVS et le contrôle auquel il est soumis mettent déjà en lumière certains aspects propres à l'organe de droit public, l'article 52 LAVS y ajoute une note de plus en prévoyant que «l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation est tenu à réparation». La similitude avec la responsabilité des cantons et associations fondatrices pour les dommages causés à l'AVS du fait d'une caisse de compensation (article 70 LAVS) est frappante.

Mais en revanche, l'employeur n'a pas de pouvoir de décision[64], nous verrons que dans l'exercice de ses fonctions

---

[64] Voir note 12.

de droit public il paraît même n'avoir à sa disposition que des moyens de droit privé. Cela ne l'empêche pas de jouer un rôle tel qu'il n'est pas abusif de parler de l'employeur «organe» de l'AVS. Et c'est à l'une des fonctions de cet organe (nous utiliserons fréquemment ce terme par la suite pour des raisons de commodité) que nous allons nous arrêter: la perception des cotisations.

III. La perception des cotisations: l'employeur est-il débiteur des cotisations paritaires ?

L'article 3, 1er alinéa LAVS dispose que «*les assurés* sont tenus de payer des cotisations...». Tandis que l'article 4 LAVS prescrit simplement que «les cotisations des assurés exerçant une activité lucrative sont calculées en pourcent du revenu provenant de l'exercice de toute activité dépendante et indépendante», l'article 5, 1er alinéa LAVS fixe pour les salariés ces cotisations à 2 pour cent du salaire déterminant. Et l'article 13 LAVS impose aux employeurs des cotisations de 2 pour cent également du total des salaires déterminants. La situation paraît donc évidente: l'employeur et le salarié sont chacun et séparément débiteurs d'une cotisation égale à 2 pour cent du salaire.

Mais aux termes de l'article 14, 1er alinéa LAVS, les cotisations dues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante doivent être retenues lors de chaque paie et versées périodiquement à la caisse de compensation *par l'employeur* en même temps que la cotisation d'employeur. Cette tâche est définie une nouvelle fois par l'article 51, 1er alinéa LAVS: «Les employeurs doivent retenir 2 pour cent de tout salaire...» et précisée par le 2e alinéa du même article: «Les employeurs doivent régler périodiquement, avec la caisse de compensation à laquelle ils sont affiliés, le compte des cotisations retenues sur les salaires et des cotisations dues par eux...». Ces prescriptions légales imposent donc à l'employeur deux obligations: percevoir les cotisations des salariés et les verser à la caisse de compensation.

L'obligation faite à l'employeur de verser à la caisse les cotisations paritaires le rend-il débiteur de ces cotisations? Autorités administratives et tribunaux ont donné à cette question des réponses divergentes:

Considérant employeur et salarié comme débiteurs chacun d'une cotisation de 2 pour cent, se basant à cet effet sur les travaux préliminaires à la loi[65], les autorités administratives avaient conclu des dispositions légales que si l'employeur avait omis de percevoir les cotisations sur tout ou partie du salaire, la caisse de compensation devait en principe exiger les cotisations séparément de l'employeur et du salarié. Certes, la loi ne contient aucune disposition expresse permettant à la caisse de s'adresser directement au salarié; mais elle ne contient non plus aucune disposition l'interdisant. L'employeur n'aurait dû supporter la charge des cotisations de salariés qu'en cas de violation de ses obligations, dans le cadre de l'article 52 LAVS[66]. Nous devons à la vérité de relever que cette solution n'a toutefois jamais été appliquée à l'état pur, le défaut de versement par l'employeur ayant entraîné des taxations d'office (article 38 RAVS) portant sur 4 pour cent des salaires[67] et le paiement des cotisations arriérées ayant fait l'objet d'ordres de paiement – avec possibilité de remise – adressés à l'employeur (articles 39 et 40 RAVS).

La jurisprudence s'est engagée sur une autre voie: dans un premier arrêt[68], le Tribunal fédéral des assurances posait certes le principe que le travailleur était débiteur de la cotisation de salarié et l'employeur débiteur de la cotisation patronale, que la caisse avait donc le droit de percevoir

---

[65] Voir en particulier: Message du 24 mai 1946 pp. 159 et 163; Bull. stén. Conseil national, 1946 pp. 515 et 519.

[66] Avis soutenu jusqu'à ses dernières conséquences logiques par Peter Binswanger, commentaire cité pp. 39 et 106.

[67] Voir circulaire de l'OFAS n° 33, du 30 juin 1948, remplacée par la circulaire n° 33a, du 11 juin 1951.

[68] Arrêt du 2 septembre 1949 en la cause Jörimann, ATFA 1949 p. 179, Revue 1949 p. 388, JT 1950 p. 391, Praxis n°s 74, 323 et 506.

2 pour cent du salaire directement auprès du salarié. Toutefois, selon le tribunal, la caisse peut s'adresser à l'employeur pour la cotisation paritaire entière, car l'article 14, 1er alinéa LAVS impose à l'employeur l'obligation de verser la cotisation de 4 pour cent. Cette obligation ne saurait être restreinte par l'article 52 LAVS, qui se rapporte à d'autres fonctions (collaboration lors de l'établissement des certificats d'assurance, décomptes, service des rentes, etc.); si pour ces autres fonctions la responsabilité est limitée à la faute grave, il n'en va pas de même dans le cadre de l'article 14 LAVS, qui pose sans restriction aucune le principe de la perception et du versement de la cotisation entière à la caisse par l'employeur. D'autres arrêts ont confirmé et renforcé cette jurisprudence[69]; du plus récent, nous tirons le passage suivant: «... dans ses rapports avec la caisse l'employeur est non seulement le débiteur direct, mais *le seul débiteur* pour le montant total des cotisations paritaires de 4 pour cent; s'il n'opère pas la retenue de 2 pour cent sur le salaire de ses employés – que ce soit par convention avec ceux-ci ou que ce soit par suite d'une négligence de sa part ou de la part de la caisse – son obligation n'est pas modifiée: il reste tenu de verser à la caisse la cotisation paritaire entière et cela même dans les cas où il ne serait plus en mesure de faire valoir son droit de recours contre ses employés pour la part de cotisation à leur charge.»

Si aux termes de la jurisprudence, l'employeur est seul débiteur «dans ses rapports avec la caisse», nous ne pouvons admettre pour autant qu'il soit débiteur, au sens strict, des cotisations de salariés. Il nous paraît qu'il faut distinguer dette (Schuld) et responsabilité (Haftung): les cotisations patronales sont une dette personnelle de l'employeur, l'obligation faite à l'employeur de verser les cotisations de salariés est l'expression de la responsabilité

---

[69] Arrêt du 21 août 1953 en la cause Fritz, ATFA 1953 p. 215, Revue 1953 p. 405; arrêt du 28 octobre 1954 en la cause Jonneret, non publié.

découlant de ses fonctions de droit public. En d'autres termes, si l'employeur est tenu de verser à la caisse de compensation les cotisations paritaires entières, son obligation est la somme de deux dettes de nature différente: la première, qui se base sur l'article 13 LAVS, est une dette de l'employeur en tant que cotisant; la seconde, qui a pour fondement l'article 14 LAVS, est une dette de l'employeur en sa qualité d'organe. Mais la pratique administrative et la jurisprudence se rejoignent en fait, pour exiger dans tous les cas de l'employeur le paiement des cotisations paritaires entières, sans distinguer aucunement l'une de l'autre les deux dettes de l'employeur. Une telle attitude est-elle compatible avec notre théorie?

Cela paraît impossible à première vue, l'article 52 LAVS prévoyant que l'employeur n'est pécuniairement responsable du dommage que s'il a violé ses obligations «intentionnellement ou par négligence grave». Cette disposition légale règle toutefois uniquement la couverture du dommage causé à l'AVS. Or le défaut de perception et de versement des cotisations cause un dommage au salarié également. Ne se justifierait-il pas d'admettre une responsabilité de l'employeur-organe à l'égard du salarié, allant plus loin que sa responsabilité envers l'AVS? La loi est muette sur ce point, mais nous n'hésiterons guère à poser le principe de cette responsabilité. Le salarié voit en effet ses droits futurs dépendre du respect par l'employeur des dispositions légales. Devant ces particularités de l'AVS et le rôle confié à l'employeur, il nous paraît même justifié d'admettre une responsabilité de l'employeur telle que ses effets soient assimilables à ceux de la dette directe que représentent les cotisations patronales.

Si nous rejoignons ainsi pour l'essentiel les conclusions de la jurisprudence, il est cependant deux points sur lesquels nous nous en écartons:

Le premier concerne la dette du salarié, que nous continuons à considérer comme seul débiteur au sens strict des cotisations de 2 pour cent dues par lui en vertu des articles

3, 1er alinéa, et 5, 1er alinéa LAVS. Si pour des motifs évidents de simplicité administrative la caisse de compensation s'adressera en général à l'employeur pour obtenir paiement de la cotisation paritaire (nous verrons sous chiffre IV les effets de ce paiement pour le salarié et le droit de recours de l'employeur contre le salarié), elle garde la possibilité d'exiger le paiement direct par le salarié de la cotisation de 2 pour cent qui lui incombe; elle a même l'obligation de le faire au cas où les cotisations ne pourraient être obtenues d'un employeur par exemple insolvable.

Le second point, auquel nous ne nous attarderons pas, est la possibilité de faire remise totale ou partielle, à l'employeur, des cotisations paritaires exigées après coup (article 40 RAVS). Malgré la responsabilité étendue qui est la sienne, on peut en effet se demander sérieusement si une responsabilité sans limite aucune ne dépasse pas son but et n'aboutit pas à des inéquités flagrantes à l'égard de l'employeur d'entière bonne foi. Or, tout en paraissant reconnaître depuis la dernière revision légale (article 14, 4e alinéa LAVS) la possibilité de remettre à l'employeur l'obligation de payer les cotisations paritaires – possibilité que, contrairement à l'avis de l'administration, il avait jusqu'alors exclue – le Tribunal fédéral des assurances soumet cette remise à la condition «que l'employé ne subisse aucun préjudice»[70]. C'est là une condition dont la réalisation ne pourra jamais être établie de manière absolue. Mais le problème est complexe, et il sera intéressant de suivre le développement d'une jurisprudence qui n'est certainement pas encore définitive.

IV. La perception des cotisations: le triangle salarié–employeur–AVS

L'employeur doit percevoir les cotisations des salariés et les verser à la caisse de compensation. Quelle influence la

---

[70] Arrêt du 30 novembre 1954 en la cause Cantonal-Neuchâtel F.C., ATFA 1954 p. 269, Revue 1955 p. 196.

perception et le versement des cotisations par l'employeur exercent-ils sur la situation du salarié à l'égard de l'AVS? Quels droits l'employeur peut-il faire valoir à l'égard du salarié? Ces deux questions – auxquelles nous nous bornerons, à quelques digressions près – soulèvent des problèmes fort loin d'être résolus.

1. Le versement des cotisations et la situation du salarié à l'égard de l'AVS

a) Effets de la perception et du versement. – Nous avons vu sous chiffre II qu'en percevant les cotisations, l'employeur engageait l'AVS comme telle. L'article 138 RAVS dispose en effet que «les cotisations légales déduites du salaire d'un employé ou ouvrier et celles qui doivent être payées en faveur de ces derniers par l'employeur sont inscrites au compte individuel des cotisations de l'intéressé, même si l'employeur n'a pas versé les cotisations en question à la caisse de compensation». Il n'y a rien là que de normal: le salarié a rempli ses obligations, il a payé à l'AVS ce qu'il devait; il appartient à l'AVS seule de supporter le risque que peut lui faire courir la délégation à l'employeur de tâches administratives.

Faut-il en conclure, a contrario, qu'aucune cotisation ne peut être inscrite au compte individuel du salarié si les cotisations n'ont pas été déduites du salaire? Quelques distinctions deviennent nécessaires:

L'employeur peut fort bien verser régulièrement les cotisations paritaires entières à la caisse de compensation, prenant à sa charge les cotisations dues par son employé. On ne saurait interdire à une personne de payer la dette d'autrui, même si cette dette est de droit public, et par là de l'éteindre. La situation est moins claire lorsque l'employeur verse les cotisations non pas régulièrement mais sous contrainte, c'est-à-dire lorsque la caisse s'adresse à lui en tant que «débiteur» de montants arriérés. Mais si l'on considère, comme nous l'avons fait sous chiffre III, que la responsabilité de l'employeur découle non de l'article 52

LAVS mais de ses obligations de droit public à l'égard de ses employés ou ouvriers, le pas doit être franchi; toute autre solution irait à l'encontre du sens même de cette responsabilité. Ainsi, l'employeur qui verse à la caisse de compensation les cotisations paritaires entières de 4 pour cent, que ce soit à titre de «tiers» ou à titre d'«organe», éteint la dette de l'assuré vis-à-vis de l'AVS; ces cotisations seront alors portées au compte individuel des cotisations du salarié.

Mais qu'en est-il lorsque l'employeur, qui n'a pas effectué la retenue sur les salaires, ne verse pas les cotisations à la caisse, par exemple parce qu'il est insolvable? Quels que puissent être les arrangements privés passés entre l'employeur et le salarié, il semblerait que la dette du salarié à l'égard de l'AVS doive subsister. En effet, si une dette de droit public peut être payée en fait par un tiers avec effet libératoire pour le débiteur, la reprise de dette en elle-même en vertu d'une convention privée ne saurait avoir effet libératoire; une institution de droit public ne connaît que le débiteur en vertu du droit public, toute convention privée est nulle à son égard. Nous soutenons donc l'avis que le salarié dont la cotisation de 2 pour cent n'a pas été déduite du salaire est dans tous les cas redevable envers l'AVS si son employeur n'a pas effectivement versé les cotisations entières. Si ce salarié ne verse pas lui-même à la caisse de compensation sa cotisation personnelle, aucune cotisation ne serait alors portée à son compte individuel. Mais le Tribunal fédéral des assurances a semé le doute, en admettant la possibilité du «salaire net».

b) Le «salaire net». – Dans un arrêt resté jusqu'ici unique[71], le Tribunal fédéral des assurances a déclaré en effet ce qui suit: en principe, sont inscrites au compte individuel du salarié, uniquement d'une part les cotisations versées à la caisse (confirmation de notre avis sous lettre a), d'autre part les cotisations non versées par l'employeur lors-

---

[71] Arrêt du 21 août 1953 en la cause Fritz, ATFA 1953 p. 215, Revue 1953 p. 405.

que ce dernier a déduit du salaire les cotisations dues par l'employé ou ouvrier (article 138 RAVS); mais les cotisations non versées par l'employeur sont également inscrites au compte individuel du salarié si les parties avaient convenu entre elles d'un «salaire net». Qu'est-ce à dire?

Prenons le cas d'espèce tranché par la jurisprudence: un salarié a touché au total un salaire de 3262 fr. 55; l'employeur n'avait déduit aucune cotisation et rien versé à la caisse de compensation; dans la faillite ultérieure de l'employeur (que le salarié avait quitté dans l'entretemps), la caisse perdit la totalité des cotisations. En réponse à la caisse qui le sommait de payer sa part de cotisations – soit 62 fr. 25 – l'assuré déclara avoir convenu avec son employeur le versement d'un salaire net, en sorte que l'employeur n'aurait pas été autorisé à lui déduire 2 pour cent du salaire, et exigea l'inscription des cotisations sur son compte individuel. Le Tribunal fédéral des assurances a donné raison à l'assuré, car «l'employeur a enfreint une obligation ressortant clairement de l'accord passé par lui avec le salarié, selon laquelle il devait verser à la caisse de compensation la cotisation de 2 pour cent qui fait économiquement partie du salaire et vient s'ajouter au montant de celui-ci». Le tribunal déclare que «l'employeur qui engage un tiers en convenant de la sorte avec lui le versement d'un salaire net, lui a du point de vue économique promis un salaire en réalité supérieur du 2 pour cent dû à la caisse» (c'est-à-dire, arithmétiquement, un salaire brut de 2,04 pour cent supérieur au salaire net).

La théorie adoptée par le tribunal peut se justifier du point de vue social – l'«intérêt du salarié qu'il convient de protéger» est évident – mais elle est lourde de conséquences, que nous retrouverons aussi à propos du droit de recours de l'employeur contre le salarié et de la responsabilité pénale de l'employeur. Poussée à l'extrême et en toute logique, elle devrait faire aboutir à la conclusion que les règles du droit public peuvent être modifiées par une convention de droit privé. Or malgré les particularités des rapports entre l'employeur et l'employé, une telle idée ne serait guère

soutenable. Si, tenant compte des motifs d'ordre social qui en sont à la base, et malgré les risques évidents de fraude, l'on ne veut pas dénier à ce jugement toute justification, force est de lui trouver une autre interprétation. Cette interprétation pourrait être la suivante:

La dette du salarié envers l'AVS n'est éteinte en principe que si l'employeur verse à la caisse de compensation les cotisations paritaires ou si le salairé verse lui-même à la caisse la cotisation de 2 pour cent qui lui incombe. A défaut d'un tel versement, la dette du salarié n'est éteinte que si l'employeur avait déduit du salaire la cotisation due par le salarié. Mais cette déduction peut se faire de deux manières: en général, la déduction se fait par une retenue opérée sur le salaire; mais outre cette forme prévue par les dispositions légales, elle peut exceptionnellement être effectuée – ce serait alors le sens de la jurisprudence et ses limites – par le non-paiement d'un supplément dûment convenu entre l'employeur et l'employé, dont l'expression caractéristique serait le «salaire net».

c) Poursuites et faillite. – Il est des cas où la perception des cotisations soulève, sous un aspect différent, des problèmes proches de celui du «salaire net»: ce sont les cas où l'employé fait valoir sa créance de salaire dans la faillite de l'employeur ou par voie de saisie. Nous quittons quelque peu le domaine des effets pour le salarié du versement des cotisations, mais ne sortons pas du cadre plus général du triangle salarié-employeur-AVS.

Quand l'administration de la faillite fait usage de la faculté, offerte par l'article 211, 2e alinéa LP, de reprendre le contrat de travail conclu par le débiteur, les rapports de service sont continués; le droit au salaire pour le travail accompli depuis l'ouverture de la faillite est alors dirigé contre la masse, qui est en outre tenue au versement des cotisations correspondantes. Si l'administration de la faillite ne reprend pas le contrat de travail, les rapports de service cessent dès l'ouverture de la faillite; l'indemnité à laquelle l'employé peut prétendre pour le dommage causé par l'extinction

anticipée du contrat – colloquée en 5e classe – n'est pas un revenu provenant de l'exercice d'une activité lucrative et n'est donc pas soumise à cotisations[72]. Dans l'un et l'autre cas la situation est claire; mais il reste celui de la créance de salaire pour l'activité exercée avant l'ouverture de la faillite. L'administration de la faillite reprend-elle pour cette dette les fonctions de l'employeur et doit-elle déduire du dividende attribué au salarié les cotisations de 2 pour cent et les verser à la caisse de compensation? Il semble que dans la pratique certains offices de faillite auraient procédé de la sorte, tandis que d'autres s'y seraient refusée; nous n'avons pas connaissance de recours qui aient tiré au clair la question ainsi posée.

La préférence doit être donnée à la première solution. En effet, la caisse de compensation voit sa créance colloquée pour le tout en deuxième classe (article 219, 4e alinéa LP, complété par l'article 99 LAVS), tandis que le salaire est colloqué pour l'essentiel en première classe. Or, si l'on ne retient pas cette solution, ou bien la caisse voit sa créance couverte – pour le tout ou du moins pour la part représentant les cotisations de salarié – et l'employé qui aurait alors nécessairement touché le montant entier de son salaire se trouverait enrichi au détriment des autres créanciers (ou bien l'office des faillites doit-il refuser de colloquer en deuxième classe les cotisations de salariés et inviter la caisse à agir directement contre le salarié?); ou bien la caisse n'obtient qu'un acte de défaut de biens et devrait ensuite se retourner contre le salarié, ce qui multiplie inutilement les procédures. La seule difficulté véritable résiderait dans les cas de «salaire net», qui provoqueraient des contestations de créance. Il faut reconnaître que les bases légales de l'avis soutenu sont chancelantes; on ne peut que regretter que l'article 99 LAVS n'ait pas supprimé toute équivoque en

---

[72] Arrêt du 19 décembre 1950 en la cause Traber, ATFA 1950 p. 206, Revue 1951 p. 70, Praxis nº 66.

colloquant en première classe les créances de cotisations de salariés[73].

En cas de poursuite par voie de saisie, effectuée par l'employé contre l'employeur pour une dette de salaire, le problème est à la fois semblable et différent. Semblable, parce qu'on peut se demander si l'office des poursuites ne devrait pas retenir et verser à la caisse de compensation 2 pour cent de la somme obtenue; différent parce qu'il n'y a pas, comme on peut à la rigueur l'admettre dans la faillite, reprise par une masse de l'ensemble des dettes et créances du débiteur poursuivi, différent aussi et surtout parce que l'office des poursuites n'a pas à s'occuper de la source et de la nature de la créance. Mais il nous paraît que l'employeur pourrait, avec succès, faire opposition pour le montant de 2 pour cent dû par le salarié au titre de cotisations à l'AVS. Est-ce à dire que l'employeur qui ne fait pas cette opposition reconnaît par là même l'existence d'un «salaire net»? Laissons la question ouverte en ce qui le concerne; il nous paraîtrait dans tous les cas abusif de déclarer que ce seul élément devrait être tenu par l'AVS pour une preuve suffisante, qui l'empêcherait d'agir contre le salarié si tout ou partie des cotisations ne pouvaient par la suite être obtenues de l'employeur.

2. Le droit de recours de l'employeur contre le salarié

a) Déduction des cotisation courantes. – L'article 51, 1er alinéa LAVS dispose que «les employeurs doivent retenir 2 pour cent de tout salaire». Il est admis que l'employeur peut, malgré cette disposition légale, prendre à sa charge les cotisations de salariés – nous en avons vu les effets à l'égard

---

[73] Sous le régime des allocations pour perte de salaire, le problème était résolu précisément par la collocation en première classe (article 9 de l'ordonnance d'exécution de l'arrêté du Conseil fédéral réglant provisoirement le paiement d'allocations pour perte de salaire aux travailleurs faisant du service militaire, du 4 janvier 1940, revisé par l'arrêté du Conseil fédéral du 26 mars 1945); cette collocation englobait toutefois l'ensemble des contributions.

de l'AVS –; il le fera par convention expresse ou tacite ou simplement par actes concluants. Mais d'autre part personne ne peut renoncer valablement à un droit public; s'il peut ne pas l'exercer durant le temps qu'il lui plaît, il garde la faculté de l'exercer à tout moment.

Quelle que soit donc la convention passée entre l'employeur et l'employé, l'employeur aura toujours le droit de commencer à prélever les cotisations courantes lors de chaque paie, sans que les organes de l'AVS aient à se mêler d'un éventuel conflit[74]. Il n'y a pas violation du droit de l'AVS, mais tout au plus d'une convention de droit privé. Le salarié ne saurait contester à l'employeur le droit que lui reconnaît la loi sur l'AVS, de déduire d'un salaire les cotisations dues sur ce salaire; il ne peut attaquer l'employeur que pour violation d'une convention de droit privé et l'actionner devant le juge civil en paiement d'une part de salaire.

Mais la question qui nous intéresse au premier chef est celle du droit qu'aurait l'employeur qui a versé les cotisations à la caisse ou auquel la caisse réclame des cotisations paritaires arriérées, de se retourner contre l'employé pour les cotisations de salariés qu'il n'avait pas déduites du salaire courant.

b) Droit de recours pour les cotisations arriérées. – L'article 14, 1er alinéa LAVS précise que les cotisations de salariés sont retenues «lors de chaque paie». D'une interprétation stricte, l'on pourrait conclure que les cotisations de salariés ne peuvent être exigées d'une autre manière, que l'employeur ne peut donc plus exiger de l'employé les cotisations qui n'auraient pas été retenues sur la paie courante. Telle paraît avoir été l'intention première du législateur: la caisse de compensation aurait exigé séparé-

---

[74] Sauf naturellement quant au montant des cotisations déduites. Si l'employé conteste que tout ou partie des prestations de l'employeur soit un salaire déterminant soumis à cotisations, il s'adressera à la caisse de compensation et aux autorités de recours de l'AVS. Voir à propos de la procédure à suivre: Revue 1948 pp. 168 ss.

ment de l'employeur et du salarié les cotisations arriérées dues par chacun d'eux, et il n'y aurait ainsi jamais eu droit de recours de l'employeur contre le salarié (sauf oubli de la perception par l'employeur, qui aurait versé à l'employé trop de salaire).

Mais la pratique d'abord, la jurisprudence ensuite et surtout, ont adopté une autre méthode: la caisse s'adresse à l'employeur pour la cotisation paritaire entière; nous avons tiré du rôle joué par l'employeur des conclusions aboutissant en fait au même résultat. Malgré le silence de la loi – qui s'explique par l'idée première du législateur – il est évident que l'on ne peut plus refuser à l'employeur un droit de recours contre le salarié. Le Tribunal fédéral des assurances partage cet avis, et – sans préciser davantage sa pensée – a affirmé que l'employeur «possède un droit de recours contre l'employé»[75].

Quelle est la *nature* de ce droit de recours? est-il de droit public ou de droit privé?

Sous le régime des allocations pour perte de salaire, les différends entre employeurs et employés, portant sur le droit de recours et sur son étendue, étaient réglés par la caisse de compensation[76]; le recours de l'employeur contre le salarié était alors de toute évidence de droit public, et l'employeur ne pouvait agir que dans le cadre d'une décision de la caisse de compensation. Aussi étrange que cela puisse paraître, il ne semble toutefois pas qu'aucun conflit ait jamais été soumis aux autorités de recours administratives; ce qui pourrait laisser supposer que, malgré les prescriptions légales, le droit de recours de l'employeur s'est exercé par la voie civile ou que l'employeur a renoncé à toute action.

Dans l'AVS, les autorités administratives ont pris dès l'abord une attitude opposée, rejetant tout le droit de re-

---

[75] Arrêt du 2 septembre 1949 en la cause Jörimann, ATFA 1949 p. 179, JT 1950 p. 391, Revue 1949 p. 388, Praxis n° 323.

[76] Article 7, 2e alinéa de l'ordonnance n° 41 du Département fédéral de l'économie publique concernant les régimes des allocations pour perte de salaire et de gain, du 23 novembre 1943.

cours de l'employeur dans le droit privé. Le Tribunal fédéral des assurances paraît s'être engagé dans la même voie, bien qu'il n'ait jamais eu l'occasion de se prononcer sur ce point précis; il a en effet déclaré à plusieurs reprises qu'il n'appartenait pas à la caisse de compensation d'examiner les motifs pour lesquels l'employeur n'avait pas retenu la cotisation de salarié lors de chaque paie[77] (mais l'admission du «salaire net» ne battrait-elle pas en brèche ce principe?). La solution de droit privé part de l'idée que le versement des cotisations à la caisse de compensation par l'employeur éteint la dette du salarié envers l'AVS, que le salarié n'a donc plus aucune dette de droit public. Le droit à restitution que l'employeur ferait valoir contre le salarié ne porterait d'ailleurs même pas sur les cotisations dues par le salarié mais sur un montant de salaire indûment touché. Une telle solution offre de grands avantages pratiques pour l'AVS, en déchargeant ses organes d'exécution et autorités de recours de problèmes épineux. Elle offre en outre l'avantage de confier à des autorités qui ont l'habitude de trancher de telles questions, le soin de régler des différends qui portent sur la répétition de l'indû par l'employeur et l'enrichissement illégitime du salarié.

Mais il faut pourtant se demander si l'on peut tenir pour de droit civil une dette du salarié qui, en dernière analyse, repose malgré tout sur une réglementation de droit public. On peut aussi se demander si les intérêts du salarié et de l'employeur ne seraient pas mieux sauvegardés encore en donnant aux organes de l'AVS la compétence de décider de l'existence et de l'ampleur du droit de recours de l'employeur; car le droit de l'AVS, avec la force exécutoire des décisions de caisses et les possibilités de remise qu'il offre[78], avec sa

---

[77] Voir par exemple arrêt déjà cité du 2 septembre 1949 en la cause Jörimann.

[78] La force exécutoire des décisions de caisses découle de l'article 97 LAVS. On aurait certes le phénomène étrange de voir la caisse de compensation décider d'un rapport de créancier à débiteur entre l'employeur et l'employé; mais nous ne voyons pas en

procédure de recours en principe gratuite et des autorités judiciaires qui ne sont pas liées par les conclusions des parties[79], donnerait aux assurés – que ce soit le salarié ou l'employeur – des moyens d'action rapides que ne peut accorder le droit civil.

Le recours de l'employeur contre le salarié est-il de droit public ou de droit privé? Si la solution du droit privé a prévalu jusqu'ici, nous ne saurions affirmer qu'il en ira toujours de même. Il serait pour le moins intéressant de voir le sort que les tribunaux compétents en matière d'AVS réserveraient à un recours de l'employeur ou de l'employé contre le refus, par une caisse de compensation, de se prononcer sur les droits de l'employeur envers le salarié.

Quant à *l'ampleur* du droit de recours de l'employeur contre le salarié, il faudrait pouvoir poser les règles suivantes:

Si l'employeur a régulièrement décompté et versé à la caisse de compensation les cotisations paritaires entières,

---

quoi une telle décision serait théoriquement ou pratiquement impossible. Il nous semble que ce titre permettrait à l'employeur ou à l'employé d'obtenir la main-levée définitive d'une opposition éventuelle de l'autre partie à la poursuite intentée contre elle. Des doutes sérieux ne sont permis que si l'on refuse à l'employeur toute qualité d'organe de l'AVS. Quant à la possibilité de faire remise au salarié, elle est soumise aux mêmes considérations de principe: si le salarié n'a plus de dette à l'égard de l'AVS comme telle, il conserve une dette de droit public envers l'employeur «organe»; nous aurions alors la possibilité d'appliquer les articles 39 et 40 RAVS.

[79] L'article 85, 2e alinéa LAVS et l'article 9 de l'ordonnance du 18 décembre 1947 concernant l'organisation et la procédure du Tribunal fédéral des assurances dans les causes relatives à l'AVS, posent le principe de la gratuité de la procédure pour les parties; seuls sont exceptés les recours et appels téméraires ou interjetés à la légère. Que le Tribunal fédéral des assurances n'est pas lié par les conclusions des parties, est prévu expressément à l'article 7, 1er alinéa de l'ordonnance du 16 janvier 1953 concernant l'organisation et la procédure du Tribunal fédéral des assurances dans les causes relatives à l'AVS.

le fait qu'il n'aurait effectué aucune retenue sur le salaire courant serait preuve, à l'égard du salarié, de «salaire net» ou de «donation». L'employeur ne saurait donc – même si ses relations avec l'employé se sont troublées par la suite – exiger du salarié un paiement rétroactif; la seule exception éventuelle serait la preuve formelle apportée par l'employeur que le défaut de perception reposait sur une erreur de sa part.

Si l'employeur n'a pas régulièrement versé les cotisations paritaires entières à la caisse mais se trouve lui-même en présence d'une taxation d'office ou d'une réclamation d'arriérés, la question est quelque peu différente. Il est d'abord des cas où l'employeur était manifestement de mauvaise foi en ne retenant aucune cotisation, ou tout au moins a fait preuve d'une négligence excluant sa bonne foi. De tels cas se présentent par exemple, lorsque l'employeur a systématiquement négligé l'obligation de présenter un décompte ou caché l'existence de certains employés ou ouvriers (le fait se produit ici et là avec les travailleurs étrangers engagés sans autorisation de travail). Nous refuserions tout droit de recours à un tel employeur, et cela même si le salarié a participé à la fraude; car les fonctions que remplit l'employeur lui donnent une responsabilité accentuée. Mais il est d'autres cas où l'on ne saurait reprocher à l'employeur la moindre négligence, où sa bonne foi est même évidente; un exemple typique en est le cas Jonneret cité sous chiffre III, où l'employeur avait reçu de la caisse de compensation des instructions erronées. Si la remise des cotisations arriérées ne peut lui être accordée[80], il n'est que de la plus élémentaire équité de lui reconnaître un droit de recours contre le salarié. Mais dans ce cas même, le droit de recours de l'employeur devrait être limité par la faculté offerte au salarié d'invoquer sa propre bonne foi et la charge trop lourde et d'obtenir sous ces conditions une «remise» de sa dette. Ce dernier élément plaide d'ailleurs en

---

[80] Voir note 70.

faveur d'une solution de droit public, bien qu'en droit privé la notion d'enrichissement illégitime permette peut-être elle aussi une solution satisfaisante.

Nous ignorons tout de la pratique que peuvent avoir suivi jusqu'ici les divers tribunaux civils, en particulier les tribunaux de prud'hommes. Ont-ils adopté des règles répondant à celles que nous avons posées? Seule une vaste enquête permettrait une réponse. Mais il est à craindre que ne règne la plus grande inégalité de traitement, et que cette inégalité ne puisse jamais être éliminée tant qu'on tiendra pour le droit privé le recours de l'employeur contre le salarié. Les différends dont il s'agit porteront en effet rarement sur un montant tel que la cause puisse être déferrée à un tribunal d'instance supérieure, dont les jugements formeraient peu à peu une jurisprudence susceptible d'assurer l'uniformité dans l'application du droit.

V. *La responsabilité pénale de l'employeur*

Nous ne nous attarderons pas au problème de la responsabilité pénale de l'employeur[81], nous contentant de signaler les répercussions que pourrait avoir sur ce point la théorie du «salaire net».

L'article 87 LAVS déclare punissable de l'emprisonnement pour six mois au plus ou d'une amende de dix mille francs au plus – les deux peines pouvant être cumulées, et dépassées s'il s'agit d'un crime ou d'un délit frappé d'une peine plus élevée par le code pénal – «celui qui, en sa qualité d'employeur, aura déduit des cotisations du salaire d'un employé ou ouvrier et les aura détournées de leur destination». Dans un arrêt du 26 mai 1950[82], le Tribunal fédéral avait constaté que les cotisations étaient «détournées de leur destination» non seulement au moment où l'employeur

---

[81] Sur la pratique des tribunaux pénaux dans les causes relatives à l'AVS, voir en particulier Revue 1952 pp. 376 ss. et p. 432; 1953 pp. 219, 278 ss., 360 ss., 449 ss.; 1954, pp. 400 ss.; 1955, pp. 121 ss.

[82] ATF 76 IV 178, Revue 1950 pp. 303 ss.

les utilisait à son profit, mais encore dès qu'après sommation il ne les versait pas, ou pas en temps utile, à la caisse de compensation. Mais on devait encore se demander si un détournement pouvait être admis lorsque l'employeur avait effectué la déduction «sur le papier» et ne disposait plus d'aucun fonds après paiement des salaires effectifs. Le Tribunal fédéral a dissipé tous les doutes dans un arrêt du 28 mai 1954[83], où il déclare: «... les cotisations sont déduites seulement lorsqu'elles sont retenues du salaire en fait, et non par simple calcul. Est cependant effectivement déduit tout ce qui n'est pas réellement payé au salarié... Le délit de l'article 87, 3e alinéa LAVS est constitué par le fait que l'employeur ne règle pas une dette ordinaire jusqu'à un moment fixé. Si, à l'époque où il paie le salaire ainsi diminué, il lui manque les moyens financiers qui lui permettraient d'acquitter sa dette envers la caisse de compensation, la déduction opérée sur le gain du personnel n'en devient pas pour autant une opération purement arithmétique».

Quelle va être alors la conséquence du «salaire net»? Si l'on admet avec le Tribunal fédéral des assurances que «l'employeur qui engage un tiers en convenant de la sorte avec lui le versement d'un salaire net, lui a du point de vue économique promis un salaire en réalité supérieur du 2 pour cent dû à la caisse»[84], si l'on admet que dans ces cas il y a en fait déduction par l'employeur des cotisations de salariés, il faut en conclure que le paiement d'un «salaire net» sans versement des cotisations correspondantes à la caisse par l'employeur dans les délais constitue un détournement de cotisations punissable en vertu de l'article 87 LAVS.

VI. Où allons-nous aboutir ?

L'employeur joue dans l'AVS un rôle important. Si, sur les quelque 320 000 personnes actuellement considérées

[83] ATF 80 IV 184, Revue 1954 pp. 400 ss.

[84] Arrêt déjà cité du 21 août 1953 en la cause Fritz, ATFA 1953 p. 215, Revue 1953 p. 405.

comme employeurs, bien peu versent les rentes et moins encore tiennent les comptes individuels des cotisations de leurs salariés, tous ces employeurs exercent une fonction qui ne saurait leur être enlevée sans bouleverser le système: la perception des cotisations à la source.

Or sur ce point un danger se fait jour, celui de considérer l'employeur comme seul et unique débiteur. L'AVS est conçue en effet sur le principe de l'assurance; et qui dit assurance dit primes de l'assuré. L'AVS ne veut pas détruire le sens de la responsabilité individuelle, mais au contraire le développer; elle exige à cet effet – l'article 3, 1er alinéa LAVS déjà cité en donne la preuve évidente en disant que «les *assurés* sont tenus de payer des cotisations» – un effort conscient de chacun, effort qui ne doit pas être annihilé par la mise à la charge de tiers. Déclarer l'employeur seul débiteur, c'est porter atteinte à l'une des bases fondamentales du système actuel. On pourrait certes nous objecter que dans l'assurance-accidents par exemple, les primes sont déjà à la charge exclusive des employeurs. Mais l'assurance-accidents est, tout bien considéré, une assurance de l'employeur comme tel, responsable du dommage causé à celui qu'il emploie; l'avantage du travailleur, qui ne risque pas de se trouver en face d'un employeur insolvable, n'est que dérivé. La preuve de ce fait est donnée par le montant variable des primes selon les risques courus par l'entreprise. Dans l'AVS, c'est l'assuré lui-même qui est protégé directement et qui – avec la collaboration de son employeur – doit fournir l'effort que l'on est en droit d'attendre de tout individu libre. Une autre objection pourrait être celle de l'avantage des travailleurs. A courte vue, il est certain que plus l'employeur prend à sa charge de prestations sociales, plus le salaire effectif augmente. Mais à longue échéance, l'accumulation des charges sociales ne serait-elle pas un argument, d'autant plus puissant qu'il serait en partie incontrôlable, contre des améliorations plus importantes?

Quant au «salaire net», qui présente les mêmes dangers,

il fait courir d'autres risques encore, purement pratiques ceux-là. Il y a risque pour l'AVS – si elle reconnaît la validité d'une telle convention – qui se voit engagée sans avoir encaissé aucune cotisation, dans des cas où l'incitation à la fraude est grande. Il y a risque pour l'employeur, dont la responsabilité pénale est engagée. Il y a risque enfin et surtout pour le salarié lui-même qui, si l'employeur ne verse pas effectivement les cotisations et si l'assuré ne peut pas prouver l'existence d'une convention en ce sens – preuve à laquelle l'AVS devrait poser des conditions strictes – se voit frustré d'une partie de ses droits envers l'AVS.

La loi impose au salarié le paiement d'une cotisation de 2 pour cent et donne à l'employeur la tâche de la percevoir. Il est dans l'intérêt de chacun de ne pas – par la conclusion ou la reconnaissance de conventions privées qui font courir des risques à toutes les parties et multiplient les cas de recours de l'employeur contre le salarié – fausser le système de l'AVS tel que l'a voulu le législateur.

DEUXIÈME PARTIE

Les prestations et leurs problèmes

Chapitre premier:

Aperçu du système des rentes de l'AVS

Assurance obligatoire et englobant l'ensemble de la population, l'AVS a pour but de couvrir – plus ou moins complètement – la perte de gain consécutive à l'âge ou au décès du soutien. Exception faite de l'allocation unique servie à certaines veuves (article 24 LAVS), elle le fait en versant non pas un capital mais des prestations périodiques sous forme de rentes. Tout assuré qui atteint l'âge de 65 ans se voit accorder en principe une rente de vieillesse (articles 21 et 22 LAVS), tandis que des rentes de survivants sont servies dès le décès d'un assuré à sa veuve et à ses orphelins (articles 23 à 28 LAVS).

Ces rentes ne sont pas uniformes; elles sont échelonnées selon les cotisations payées par l'assuré. Nous sommes donc loin de la notion de «sécurité sociale» qui, prise dans son sens strict, se fonde sur la seule ampleur du besoin. Les rentes de l'AVS sont de véritables prestations d'assurance, contrepartie des cotisations individuelles; que cette contrepartie ne soit pas arithmétique mais tienne très largement compte de critères d'ordre social n'en modifie pas le caractère. Ce n'est guère que pour la génération dite transitoire – le terme de génération initiale, techniquement inexact mais plus compréhensible, indiquerait mieux qu'il s'agit de l'ensemble des personnes pour lesquelles le «risque assuré» s'est produit avant qu'aient pu être remplies les conditions posées par l'assurance quant au paiement de cotisations – que des doutes sont permis; car la notion de «besoin», dans un sens d'ailleurs très large, remplace alors celle de versement de cotisations. Ceci amène à distinguer les deux grandes catégories de rentes que connaît l'AVS: les rentes ordinaires et les rentes transitoires.

Les *rentes ordinaires* sont réservées aux assurés qui ont payé des cotisations, et à leurs survivants. A droit à une rente ordinaire de vieillesse, l'assuré qui a payé des cotisations pendant une année au moins avant la naissance de la rente (c'est-à-dire avant le 1er janvier ou le 1er juillet suivant le 65e anniversaire); ouvre droit à des rentes de survivants en faveur de sa veuve et de ses orphelins, l'assuré qui a payé des cotisations pendant une année au moins avant son décès (article 29, 1er alinéa LAVS). Les rentes ordinaires sont servies, tant en Suisse qu'à l'étranger, sans condition aucune de revenu ou de fortune; c'est en ce sens que l'on parle couramment du droit inconditionnel à la rente. Attribuées en principe sans distinction de nationalité, les rentes ordinaires ne le sont toutefois aux étrangers et aux apatrides que sous certaines conditions supplémentaires: les étrangers et apatrides ont droit à la rente uniquement si les cotisations ont été payées pendant dix années au moins et aussi longtemps seulement qu'ils sont domiciliés

en Suisse (article 18, 2e alinéa LAVS); la rente qui leur est versée est de plus réduite d'un tiers (article 40 LAVS). Mais ces restrictions imposées aux étrangers peuvent être atténuées ou même éliminées par des conventions internationales[85].

Quant au montant des rentes ordinaires, mentionnons – sans en exposer les règles de calcul ni citer de chiffres[86] – les quatre éléments dont il découle:

- La cotisation annuelle moyenne, obtenue en divisant la somme des cotisations payées par l'assuré jusqu'à l'ouverture du droit à la rente, par le nombre d'années pendant lesquelles l'assuré a payé ces cotisations (article 30 LAVS). Entre un montant minimum et un montant maximum, la rente varie en fonction de cette cotisation annuelle moyenne; sans qu'il y ait pour autant proportionnalité, plus la moyenne des cotisations est élevée, plus la rente est forte;
- La durée de cotisations de la classe d'âge de l'assuré, égale au nombre d'années durant lesquelles les «contemporains» de l'assuré ont été tenus de payer des cotisations. Si l'assuré dont la classe d'âge a été soumise à cotisations pendant 20 années ou davantage a droit, lui ou ses survivants, à des rentes dites complètes, les autres reçoivent des rentes dites partielles (article 29, 2e alinéa LAVS). Le montant des rentes partielles est inférieur à celui des rentes complètes, sauf pour les assurés dont la cotisation moyenne est basse (article 38 LAVS). Relevons une exception: les rentes d'orphelins sont toujours des rentes complètes, quelle qu'ait été la durée de cotisations; cette exception mise à part, c'est à partir du 1er

---

[85] La liste des conventions conclues à ce jour par la Suisse figure sous note 3.

[86] Les règles de calcul des rentes ordinaires font l'objet des articles 29 à 41 LAVS et 50 à 55 RAVS; voir aussi: Directives concernant les rentes, 3e édition décembre 1954, nos 119 à 259. Les montants des rentes figurent, pour les cas les plus courants, dans le Barème de rentes, édité par l'OFAS en janvier 1954.

janvier 1968 seulement que l'AVS commencera à servir les premières rentes complètes;

- La durée de cotisations de l'assuré, égale au nombre d'années pendant lesquelles l'assuré a effectivement payé des cotisations. Si cette durée est inférieure à celle de la classe d'âge, la rente complète ou partielle (ou plus exactement la partie de cette rente dépassant le montant minimum) est réduite en proportion des années de cotisations manquantes (article 39, 1er alinéa LAVS). Relevons une nouvelle exception en faveur des orphelins: les rentes d'orphelins ne sont jamais touchées par cette réduction[87];
- Le genre de la rente, les rentes de vieillesse pour personnes seules ou pour couples, les rentes de veuves et les rentes d'orphelins ayant naturellement des montants différents (articles 34 à 37 LAVS).

Les *rentes transitoires* sont réservées aux assurés qui n'ont pas payé de cotisations ou n'en ont pas payé pendant la durée requise pour ouvrir droit à une rente ordinaire, et à leurs survivants (article 42, 1er alinéa LAVS). Il s'agit pour l'essentiel des assurés nés avant le 1er juillet 1883 et des survivants d'assurés décédés avant le mois de décembre 1948. Au contraire des rentes ordinaires, les rentes transitoires ne sont accordées qu'aux seuls ressortissants suisses[88] et elles ne sont jamais versées hors de Suisse. Leur octroi est en outre subordonné à certaines conditions de revenu et de fortune (articles 42 LAVS et 56 à 63 RAVS)[89]; c'est en ce sens que l'on parle couramment du droit conditionnel à la rente transitoire.

---

[87] Nous verrons au chapitre deuxième, sous chiffre III, une autre exception en faveur de la femme divorcée.

[88] Les conventions passées avec la France, la Belgique, le Danemark, le Liechtenstein et la Suède prévoient toutefois l'octroi de rentes transitoires aux ressortissants de ces Etats, sous certaines conditions relatives à la durée de résidence.

[89] Les limites de revenu ont été élevées lors de chacune des deux revisions de la LAVS; elles sont actuellement deux fois plus élevées en moyenne que lors de l'introduction de l'AVS.

Quant au montant des rentes transitoires, il ne peut être fonction de cotisations. Il est différencié en revanche selon les régions, classées d'après le coût de la vie en zones urbaines, mi-urbaines et rurales (articles 42 et 43 LAVS, 64 et 66 RAVS); il est différencié aussi dans une certaine mesure selon le revenu de l'ayant droit (articles 42, 2e alinéa LAVS et 59 RAVS).

Si l'on met en parallèle les conditions mises à l'octroi des rentes ordinaires et le cercle des bénéficiaires de rentes transitoires, il apparaît clairement que les rentes ordinaires sont appelées au plus brillant avenir (partie de zéro en 1948, leur somme atteindra 220 à 230 millions de francs en 1955 pour dépasser le milliard annuellement dans trente ans à peine), tandis que les rentes transitoires subiront une diminution rapide et ne seront bientôt plus guère qu'un souvenir[90].

De ce système des rentes, nous n'examinerons que deux aspects: la reprise de notions et d'institutions du droit civil et la signification du droit à la rente.

Chapitre deuxième:

Les rentes et le droit civil

I. Les conditions du droit à la rente

En dehors de toute distinction entre rentes ordinaires et rentes transitoires, l'AVS sert deux sortes de prestations:

- les *rentes de vieillesse*, qui se subdivisent en
  - rentes de vieillesse *simples* (article 21 LAVS) attribuées aux personnes célibataires, veuves ou divorcées de l'un ou l'autre sexe, mais parfois aussi aux hommes et femmes mariés;
  - rentes de vieillesse pour *couples* (article 22 LAVS) attribuées comme leur nom l'indique aux couples, mais sous certaines conditions seulement;

[90] Pour plus de détails, voir par exemple: Rapport de l'OFAS sur l'AVS durant l'année 1953 pp. 46 ss. et 83 ss.; Revue 1954 pp. 161 ss., 1955 pp. 133 ss.

– les *rentes de survivants*, qui se subdivisent en
– – rentes de *veuves* (article 23 LAVS), remplacées parfois par des allocations uniques (article 24 LAVS), attribuées aux veuves proprement dites mais aussi aux femmes divorcées qui, sous certaines conditions, sont assimilées aux veuves;
– – rentes d'*orphelins* (articles 25 à 28 LAVS), attribuées sous forme de rentes d'orphelins simples ou doubles aux enfants légitimes, adoptifs, naturels et recueillis, sous des conditions chaque fois différentes.

Il apparaît donc à l'évidence que l'état civil au sens strict va jouer un rôle décisif sur le droit à la rente et le genre de celle-ci. Mais le fait que tous les couples n'aient pas droit à une rente de vieillesse pour couple, que la femme divorcée puisse être assimilée à une veuve, que les enfants recueillis figurent dans notre énumération des bénéficiaires de rentes d'orphelins, etc. révèle que l'état civil au sens strict n'est pas seul déterminant, que si des notions propres au droit civil ont été reprises, elles ne l'ont pas toujours été ni intégralement ni même à l'état pur.

C'est à cet aspect que nous allons nous arrêter. Nous ne ferons pas un commentaire des conditions personnelles mises au droit à la rente; partant de quelques notions ou institutions du droit civil, nous verrons leur champ d'application et ses limites dans le système des rentes de l'AVS.

II. L'union conjugale

a) Créée par la célébration du mariage, l'union conjugale fait naître entre les conjoints des liens dont l'une des expressions est le pouvoir du mari de représenter l'union conjugale et son devoir de pourvoir à l'entretien de la femme. Cette expression de «l'unité du couple» – qui sur le plan économique est la plus apparente et la plus usuelle – se retrouve dans l'AVS, où les droits et les obligations sont concentrés sur la tête du mari.

Tandis que le mari doit payer des cotisations quelle que soit sa situation, la femme en est en principe dispensée, et

cela même si elle collabore à l'entreprise de son mari; ce n'est que si, pour sa collaboration, elle touche un salaire en espèces ou si elle exerce elle-même une activité lucrative hors de l'entreprise de son mari (nous nous trouvons alors en présence d'une profession ou industrie de la femme au sens de l'article 167 CCS) qu'elle est soumise à cotisations (article 3, 2e alinéa, lettre b LAVS). Mais en contrepartie, elle n'a droit en général à aucune rente personnelle; seul le mari est ayant droit à une prestation qui tient alors compte de son obligation d'entretien, c'est-à-dire à une rente de vieillesse pour couple.

Cette unité du couple a toutefois des limites. Nous ne nous attacherons pas à celles qui découlent de la qualité d'«assuré» du mari (au sens des articles 1 et 2 LAVS) et touchent essentiellement l'obligation de cotiser; nous nous bornerons aux limites existant quant au droit à la rente.

b) La première limite restreint le droit du mari à la rente de vieillesse pour couple aux cas où la femme a elle-même 60 ans au moins. La loi sur l'AVS ne tient donc pas compte de l'obligation d'entretien incombant au mari, lorsque la femme est sensiblement plus jeune. Ce n'est pas sans longs débats que cette limitation a été apportée[91], et elle est périodiquement remise en question. L'AVS s'écarte-t-elle en cela de la solution retenue par le droit civil? Oui dans la forme, à peine quant au fond; car les motifs qui ont dicté cette solution au législateur de l'AVS peuvent être comparés à l'obligation faite à la femme par l'article 161 CCS d'apporter à son mari, «dans la mesure de ses forces, aide et conseil en vue de la prospérité commune». Le mari vieillissant et voyant sa capacité de travail diminuer, on peut raisonnablement exiger de la femme un effort qui la mette en mesure de participer à l'entretien du couple, tant qu'elle n'a pas elle-même atteint un âge avancé. La limite de 60

---

[91] Voir à ce propos: Rapport des experts p. 62; Message du 24 mai 1946 p. 46; Bull. stén. Conseil national, 1946 pp. 557 à 560, 695 et 696.

ans est en elle-même arbitraire; elle n'en est pas moins l'expression «schématisée» d'un principe posé par le droit civil également.

c) Une deuxième limite à l'unité du couple se trouve dans la faculté offerte à la femme de demander l'octroi de la demi-rente de vieillesse pour couple «si le mari ne subvient pas à l'entretien de son épouse ou si les époux vivent séparés» (article 22, 2e alinéa LAVS). Entre les personnes mariées et celles qui ne le sont pas ou plus, la réalité sociale connaît en effet une catégorie intermédiaire ignorée du droit civil – abstraction faite des cas de séparation autorisée –; c'est celle que nous pourrions appeler la catégorie des gens mariés vivant en fait à la manière de ceux qui ne le sont pas. S'en tenant strictement au droit civil, il aurait certes été possible de laisser à la femme le soin de requérir l'intervention du juge (articles 169 ss. CCS) et de s'en tenir, dans l'AVS, au seul critère de l'existence de l'union conjugale. Mais que ce soit pour des motifs d'ordre moral ou religieux, par crainte de l'opinion publique ou par ignorance des conséquences d'une telle démarche, de nombreux couples répugnent à requérir l'intervention de juge.

Quels sont la portée et le champ d'application des deux critères de la séparation de fait et du défaut d'entretien? L'évolution de la législation, de la pratique administrative et de la jurisprudence nous le montrera:

Durant l'année 1946, première année d'application du régime transitoire en vigueur jusqu'à l'introduction de l'AVS, l'octroi de demi-rentes de vieillesse pour couples était limité aux cas de séparation de corps par décision judiciaire et aux cas où une action en divorce ou en séparation de corps était en cours[92]. On était donc encore dans la ligne d'un strict respect des normes du code civil. Mais les expériences faites révélèrent très tôt que la vie était beau-

---

[92] Arrêté du Conseil fédéral, du 9 octobre 1945, réglant le versement provisoire de rentes aux vieillards et aux survivants (Régime transitoire), article 2, 2e alinéa.

coup plus nuancée, et en 1947 déjà le législateur reconnaissait la séparation de fait, les organes administratifs admettant pour leur part que l'affaiblissement du lien conjugal était suffisamment établi après une séparation de deux ans au moins sans interruption[93]. De nouvelles expériences démontrèrent que la durée exigée de deux ans était inutilement longue et qu'il était souvent évident dès le début que la séparation était appelée à se prolonger durant des années. L'actuel article 45 RAVS tient l'affaiblissement du lien conjugal pour suffisamment établi non seulement en cas de séparation de corps par décision judiciaire ou d'action en divorce ou en séparation de corps, mais aussi après une séparation de fait d'une année au moins ou une séparation de fait même de plus brève durée s'il est rendu vraisemblable qu'elle durera relativement longtemps. Quant au motif de la séparation, il ne joue aucun rôle quelconque.

En même temps que le critère de la séparation de fait, apparaissait en 1947 celui du défaut d'entretien de la femme par le mari. Une évolution analogue s'est produite, sous l'impulsion cette fois non du législateur mais de la jurisprudence. Les autorités administratives en effet assimilaient le défaut d'entretien au sens de l'article 22, 2e alinéa LAVS à la violation de l'obligation posée par l'article 160 CCS; elles voulaient donc accorder le droit à une demi-rente à la femme faisant ménage commun avec son mari seulement si la femme apportait la preuve que «le mari ne subvient pas ou que dans une faible mesure aux frais du ménage, alors que sa situation pécuniaire le lui permettrait»[94]. Mais le Tribunal fédéral des assurances a donné à cette disposition légale une interprétation plus large, qui porte une nou-

---

[93] Arrêté du Conseil fédéral, du 16 décembre 1946, modifiant celui qui règle le versement provisoire de rentes aux vieillards et aux survivants (Régime transitoire); Directives de l'OFAS de janvier 1947, chiffre 15.

[94] Voir: Directives concernant les rentes, 1ère édition décembre 1948, chiffre 32.

velle atteinte à l'unité du couple: partant de l'idée que la rente pour couple a été instituée également dans l'intérêt de la femme, il en conclut que si le mari ne subvient pas à l'entretien de sa femme pour un motif quelconque et même sans faute aucune de sa part, la femme peut prétendre à la demi-rente de vieillesse pour couple[95]. Il faut cependant que le défaut d'entretien soit manifeste, que le mari ne subvienne aucunement ou que dans une mesure de toute évidence beaucoup trop faible aux besoins de la femme; dans les cas douteux, la mesure administrative que représente l'octroi de la demi-rente de vieillesse pour couple cède le pas aux mesures prises par le juge civil[96].

C'est d'ailleurs là un phénomène général. L'article 22, 2e alinéa LAVS lui-même réserve expressément la «décision contraire de juge civil». Dans tous les cas de paiement de rentes – et pas seulement pour les rentes de vieillesse pour couples – la jurisprudence donne la priorité aux décisions du juge civil prises en vertu de l'article 171 CCS[97]. Ainsi, une décision administrative accordant ou refusant à la femme le droit à une demi-rente de vieillesse pour couple, même sanctionnée par les autorités de recours de l'AVS, peut être réduite en fait à néant par le juge civil. Mais l'absence presque totale de tels jugements civils montre que les dispositions administratives répondent aux besoins les plus courants de la vie.

En résumé, les conditions très larges mises à l'octroi de demi-rentes de vieillesse pour couples débordent les règles du droit civil; mais elle demeurent subordonnées aux mesures protectrices de l'union conjugale prises par le juge civil. L'institution de la demi-rente restreint ainsi l'unité du couple telle que la conçoit l'AVS; mais elle ne la détruit pas. L'AVS répartit entre les conjoints la rente attribuée

---

[95] Arrêt du 21 juin 1950 en la cause Aebischer, Revue 1950 p. 302, Praxis nº 363.

[96] Arrêt du 28 avril 1955 en la cause Baudois, non encore publié.

[97] Arrêt du 30 avril 1951 en la cause Ritter, ATFA 1951 p. 138, JT 1952 p. 39, Revue 1951 p. 299, Praxis nº 364.

normalement au mari, elle se refuse à assimiler ces conjoints à des époux divorcés.

d) Une troisième limite à l'unité du couple est le droit pour la femme, sous des conditions qui n'ont cessé d'être atténuées par le législateur puis par la jurisprudence, à une rente personnelle de vieillesse simple. L'idée directrice était à l'origine de n'accorder une telle rente qu'à la femme qui avait contribué par son gain à l'entretien du couple et arrive à 65 ans avant que le mari ait droit à une rente de vieillesse pour couple. On serait donc resté dans l'intention exprimée par le législateur civil à l'article 161 CCS; loin de rompre l'unité du couple, une telle solution aurait été au contraire la consécration par l'AVS de l'obligation d'entretien imposée à la femme, dans certains cas, par le droit civil.

Le critère le plus proche de l'idée initiale et qui soit applicable en pratique avait été fixé dans l'article 21, 1er alinéa in fine, LAVS: que la femme ait payé durant le mariage des cotisations pour un certain montant minimum, fixé à 12 francs en moyenne annuelle. Mais l'expérience a révélé des cas pénibles[98] qui se sont multipliés à tel point que, oubliant son idée initiale ou plutôt ne pouvant plus s'y tenir, le législateur a revisé au 1er janvier 1954 l'article 21. Dès cette date, la femme mariée a droit à une rente de vieillesse simple – tant que son mari ne touche pas une rente ordinaire de vieillesse pour couple – à la seule condition qu'elle ait payé des cotisations avant ou durant son mariage[99]. Le législateur restait donc à l'idée que la femme devait avoir travaillé, mais il laissait tomber au fond la notion de participation à l'entretien du couple.

Il appartenait à la jurisprudence de faire un pas de plus encore. Dans deux arrêts successifs en effet, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré que même le paiement de cotisations par la femme n'était pas une condition du droit

---

[98] Voir: Rapport de l'OFAS sur l'AVS durant l'année 1951, p. 60.

[99] Voir: Message du Conseil fédéral, du 5 mai 1953, relatif à un projet de loi modifiant celle sur l'AVS, p. 42.

à la rente. Si la femme ne remplit pas les conditions mises à l'obtention d'une rente ordinaire (article 29, 1er alinéa LAVS), elle pourra alors toucher une rente transitoire (article 42 LAVS)[100]. Nous ne voulons pas analyser ici les bases légales de cette jurisprudence, qui est à notre avis un exemple caractéristique de jurisprudence contra legem[101] mais qui a notamment permis de résoudre de manière élégante le problème des femmes mariées rétablies dans la nationalité suisse en application de la loi fédérale du 29 septembre 1952 sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse. Toutefois l'unité du couple s'en trouve rompue, et cela dans des cas qu'aucun principe du droit civil ne peut plus expliquer[102].

---

[100] Arrêt du 30 avril 1954 en la cause Baumann, ATFA 1954 p. 100, Revue 1954 p. 258; arrêt du 1er mai 1954 en la cause S. A., Revue 1954 p. 260; voir aussi Revue 1954 pp. 239 ss. Sur la base du texte légal en vigueur jusqu'à fin 1953, le TFA avait toujours résolument refusé à la femme mariée le droit à la rente transitoire de vieillesse simple; voir par exemple l'arrêt du 20 mai 1948 en la cause Löliger, ATFA 1948 p. 40, JT 1949 p. 153, Revue 1948 p. 304, Praxis nº 355.

[101] L'article 21, 1er alinéa LAVS ne parle en effet que du droit de la femme mariée à la rente ordinaire de vieillesse simple, mais nulle part d'un droit à une rente transitoire.

[102] Il y aurait eu une possibilité d'aboutir à une solution socialement satisfaisante sans toucher aux éléments fondamentaux de l'unité du couple: reconnaître à la femme mariée le droit à la demi-rente transitoire de vieillesse pour couple, dans les cas également où le mari était étranger. Mais il aurait fallu pour ce faire un renversement de jurisprudence, le TFA ayant toujours exigé, pour accorder la demi-rente à la femme, que le mari remplisse non seulement les conditions d'âge requises (ce qui est évident; voir arrêt du 20 septembre 1948 en la cause Noirjean, Revue 1948 p. 431, Praxis nº 361), mais aussi les conditions de domicile et de nationalité (arrêt du 26 octobre 1948 en la cause Motto, ATFA 1948, p. 93, JT 1949 p. 444, Revue 1948 p. 464; arrêt du 30 décembre 1950 en la cause Mohaupt, Revue 1951 p. 123). Des milliers de femmes mariées à un étranger et qui vivent en Suisse ayant été rétablies dans la nationalité suisse en 1953 et 1954, la situation créée par cette jurisprudence serait devenue intenable. L'octroi

e) Si la notion de l'unité du couple est encore, dans le système des rentes de l'AVS, un élément fondamental, elle n'en est pas moins de plus en plus battue en brèche. Et si les premières brèches trouvaient encore une justification dans des institutions du droit civil, elles se sont élargies jusqu'à perdre tout contact quelconque avec ces institutions.

Malgré cette évolution dictée en partie par un souci d'équité sociale et en partie par l'évolution des mœurs, ce qui reste de la notion de l'unité du couple représente ici et là un handicap à une solution satisfaisante. Pour lever cet handicap, on admet des dérogations pour l'affiliation à l'assurance facultative des Suisses à l'étranger[103], des femmes mariées se mettent à exercer des activités lucratives plus ou moins fictives et des maris versent – ou déclarent verser – des salaires en espèces à leur femme qui collabore à l'exploitation familiale pour leur assurer droit à une rente ordinaire de vieillesse simple. Est-ce à dire que cette notion de l'unité du couple est appelée à disparaître de l'AVS? Certainement pas de si tôt; mais, à moins d'un raidissement des mœurs, elle paraît condamnée à s'affaiblir progressivement.

III. Le divorce

a) Le divorce rompt le lien conjugal, chacun des époux reprend son bien et sa liberté; seuls les enfants restent un trait d'union... ou de discorde. L'AVS reconnaît pleinement cette rupture et assimile en principe les divorcés à des célibataires. Rien ne l'exprime plus clairement que la situation faite aux divorcés qui atteignent l'âge de 65 ans: chacun d'eux reçoit séparément une rente de vieillesse simple. Bien plus, cette rente est déterminée comme si les

---

de rentes transitoires de vieillesse simples aux femmes mariées a permis une solution, mais au prix d'une rupture de toute notion d'unité du couple.

[103] Voir par exemple l'article 10, 2e alinéa de l'ordonnance du 9 avril 1954 concernant l'AVS facultative des ressortissants suisses résidant à l'étranger.

intéressés n'avaient jamais été mariés; c'est dire que pour la rente revenant à la femme, il est tenu compte uniquement des cotisations qu'elle a elle-même versées; c'est dire aussi que si la femme n'a payé elle-même aucune cotisation – ce qui pourra se produire lors du divorce de couples âgés de plus de 65 ans – elle aura droit tout au plus à une rente transitoire de vieillesse simple.

La solution peut paraître dure pour la femme, qui perd tout le bénéfice qu'elle aurait pu retirer, étant mariée, des cotisations payées par le mari. Des propositions tendant à répartir en parts égales ou inégales entre mari et femme, lors du divorce, les cotisations payées par le mari, avaient donné lieu à des discussions serrées au sein de la commission d'experts et des commissions parlementaires; elles ont échoué devant les désavantages qu'une telle solution aurait pu entraîner pour la femme elle-même[104]. Mais il est une autre conséquence qui a du moins été éliminée: la femme mariée qui n'exerce pas d'activité lucrative ne paie pas de cotisations (article 3, 2e alinéa, lettre b, LAVS; voir aussi chiffre II, lettre a); ces années sans cotisations auraient normalement entraîné pour la femme divorcée une réduction de la rente ordinaire de vieillesse, proportionnelle aux années de cotisations manquantes (article 39, 1er alinéa LAVS; voir chiffre I); les chambres fédérales ont paré à ce risque en introduisant un article 39, 2e alinéa LAVS qui exclut expressément toute réduction de cette rente en raison des années de mariage durant lesquelles la femme divorcée n'aurait versé aucune cotisation[105].

Le juge du divorce aurait-il la faculté de reprendre dans un cas d'espèce l'idée d'une répartition entre mari et femme des cotisations payées par le mari et de faire transcrire sur le compte individuel des cotisations de la femme une partie des cotisations figurant au compte du mari? Soulevée à

---

[104] Voir: Message du 24 mai 1946 pp. 52 et 53.

[105] Voir en particulier: procès-verbal de la Commission du Conseil national, séance des 29 et 31 juillet 1946, pp. 23 à 28 et annexe pp. 32 à 38; Bull. stén. Conseil national, 1946 p. 599.

diverses reprises, cette question doit recevoir une réponse négative. L'AVS règle d'une manière complète les conséquences du divorce du point de vue de l'assurance, et le juge civil ne saurait modifier des règles du droit public qui touchent l'institution en elle-même. En revanche, le juge civil sera bien inspiré de tenir compte des répercussions du divorce sur le droit aux rentes de l'AVS, en fixant l'indemnité équitable au sens de l'article 151 CCS.

b) Quittant le domaine des rentes de vieillesse pour celui des rentes de veuves, nous allons trouver une réglementation plus intéressante, introduite également par les chambres fédérales et qui y a fait couler un flot de paroles[106]: l'assimilation de la femme divorcée à la veuve, sous certaines conditions, lors du décès de son ancien mari. Les conceptions fondamentales sur le divorce lui-même se sont heurtées dans des débats dont la longueur n'a pas réussi à annihiler l'intérêt. Nous ne voulons pas nous lancer ici dans une digression sur le droit canon, ni trancher le débat entre les femmes divorcées qui «ne sont peut-être veuves que de leur vertu» et celle qui aurait été «la victime d'un bellâtre, d'un homme indigne». Nous constaterons simplement que la femme divorcée touchant une pension alimentaire de son ancien mari subit au décès de celui-ci une perte de soutien certaine. C'est cette perte que veut combler l'article 23, 2e alinéa LAVS en assimilant la femme divorcée à la veuve – non pour les cotisations mais pour les rentes, et pour les rentes et allocations uniques de veuves seulement[107] – «si son mariage avait duré dix ans au moins et si le mari était tenu envers elle à une pension alimentaire».

---

[106] Voir en particulier: Bull. stén. Conseil national, 1946 pp. 560 à 565 et 697 à 701.

[107] L'assimilation n'existe pas en matière de cotisations; la femme divorcée qui n'exerce pas d'activité lucrative est donc soumise à cotisations (article 3, 2e alinéa, lettre c, LAVS; arrêt du 16 juillet 1949 en la cause Haller, ATFA 1949 p. 197, Revue 1949 p. 379, Praxis nº 368). Elle n'existe pas non plus dès que la femme a 65 ans et a droit à la rente de vieillesse (voir plus haut et arrêt du 16 juin 1953 en la cause Hruschka, ATFA 1953 p. 219).

La première condition, celle de la durée du mariage, est purement arbitraire. Elle a été introduite en dernière minute lors des débats parlementaires, pour tenir partiellement compte des objections présentées par les adversaires de toute assimilation. Son but est d'une part de ne pas protéger au delà du divorce les unions conjugales passagères, d'autre part d'éviter une multiplication de «rentes de veuves» découlant du décès d'un seul et même assuré. Contrairement en effet à l'assurance militaire[108] par exemple, qui ne verse qu'une seule rente de veuve – quitte à la partager entre la première épouse divorcée et la deuxième épouse veuve – l'AVS verse en plein la rente de veuve à chacune des femmes en remplissant les conditions; il peut se produire des cas où le décès d'un homme plusieurs fois divorcé à ses torts ouvre droit à plusieurs rentes de veuves. Mais le danger d'abus est-il suffisamment grand pour justifier une limite qui entraîne des cas pénibles? Nous ne le croyons guère; il nous paraît en revanche choquant de voir la date du divorce, qui est pour une bonne part entre les mains des intéressés et de leurs avocats, déterminer par la suite l'existence ou l'inexistence d'une prestation; et la durée du mariage ainsi dissous sera plus ou moins longue selon les cantons, selon les délais d'appel fixés par la procédure cantonale et au terme desquels seulement le divorce est généralement accompli.

La seconde condition en revanche est essentielle: il faut qu'il y ait perte de soutien. L'existence d'une pension alimentaire est en outre la preuve – ou tout au moins devrait l'être – de l'innocence de l'épouse, ce qui doit rassurer les tenants de la stricte morale. Peu importe cependant, pour que la femme divorcée ait droit à la rente, que le mari ait payé ou non la pension alimentaire due; s'il l'a payée, il y a perte de soutien effective; s'il ne l'a pas payée, il y a perte

---

[108] Loi fédérale sur l'assurance militaire, du 20 septembre 1949, article 30, 2e alinéa; voir aussi: Hans Oswald, Witwen- und Waisenrenten in der Sozialversicherung des Bundes, ZSGV 1954 pp. 326 et 327.

de soutien virtuelle, la femme ayant en tout temps la possibilité d'actionner son mari en paiement[109]. Mais la pension alimentaire doit avoir été fixée par le juge du divorce; il ne suffit pas que les conditions mises par le droit civil à l'octroi d'une telle pension soient réalisées, il faut que le juge civil en ait expressément prononcé l'existence[110]. Quant à la rente de veuve, elle ne saurait dépasser la pension alimentaire, ni quant à son montant, ni quant à sa durée (article 41, 2e alinéa et 43, 2e alinéa LAVS)[111].

Si la jurisprudence s'est toujours refusée à assimiler à la pension alimentaire au sens de l'article 23, 2e alinéa LAVS les prestations dues par l'ancien mari en faveur des enfants[112], elle a admis en revanche qu'à la pension alimentaire attribuée en vertu de l'article 152 CCS devait être assimilée l'indemnité équitable octroyée en vertu de l'article 151 CCS, lorsque cette indemnité est versée sous forme de rente[113]. En cela, le Tribunal fédéral des assurances n'a fait que reprendre dans l'AVS une interprétation extensive donnée à l'article 151 CCS par le Tribunal fédéral[114]. Il est clair que la prestation accordée en vertu de l'article 151 CCS doit alors présenter les caractéristiques de la pension alimentaire: elle doit avoir été accordée pour compenser la perte de l'entretien dû entre conjoints et être servie sous forme de rente au sens strict.

---

[109] Arrêt du 21 décembre 1950 en la cause Zoller, ATFA 1951 p. 43, Praxis nº 376;

[110] Arrêt du 3 mai 1949 en la cause Schnell, Praxis nº 372; arrêt du 30 janvier 1953 en la cause M. M., Revue 1953 p. 135; arrêt du 15 mai 1954 en la cause C. A., Revue 1954 p. 263.

[111] Arrêt du 12 mai 1950 en la cause Ludwig, ATFA 1950 p. 139, Revue 1950 p. 336, Praxis nº 374.

[112] Arrêt du 24 novembre 1948 en la cause Bousson, Praxis nº 371.

[113] Arrêt du 12 mai 1950 en la cause Ludwig, ATFA 1950 p. 139, Revue 1950 p. 336, Praxis nº 374; mais voir aussi arrêt du 30 octobre 1948 en la cause Möschinger, ATFA 1948 p. 98, JT 1949 p. 445, Revue 1949 p. 29, Praxis nº 370.

[114] Voir: ATF 60 II 393 et 71 II 11; voir aussi: Hans Oswald, art. cit. ZSGV 1954 p. 325.

c) Relevons en passant que la jurisprudence a assimilé à une divorcée, quant au droit à la rente de veuve (et il n'y a aucun motif d'admettre qu'il en irait différemment sur d'autres points) la femme dont le mariage est annulé ou déclaré nul [115]. Mais le statut général de la femme dont le mariage est ainsi dissous mériterait à lui seul un exposé plus vaste.

d) Les règles établies pour le droit à la rente de vieillesse ou de veuve de la femme divorcée s'écartent-elles des principes admis par le droit civil? Elles s'y tiennent au contraire fidèlement. La rente de vieillesse repose sur la notion de rupture du lien conjugal, complétée seulement par un correctif social propre à tenir compte du mode de calcul particulier au système des rentes de l'AVS. Quant à l'octroi d'une rente de veuve à la femme divorcée lors du décès de son ancien mari, il est la continuation harmonieuse par l'AVS – réserve faite de la condition de dix ans de mariage – de l'institution de la pension alimentaire en droit civil. Ainsi, une nouveauté qui pouvait paraître révolutionnaire se révèle être l'une des réglementations où l'AVS s'écarte le moins des notions et institutions du droit civil.

Le juge civil subira certainement les répercussions de ces règles de l'AVS. Nous avons vu qu'il doit normalement tenir compte, lors de la fixation de l'indemnité équitable au sens de l'article 151 CCS, de la solution adoptée pour la rente de vieillesse. L'octroi de rentes de veuves aura d'autre part pour effet de rendre plus rares les cas où la femme renonce à exiger la reconnaissance d'une pension alimentaire; mais si l'AVS veut pouvoir s'en tenir à la solution adoptée par le juge civil, il sera essentiel que le juge du divorce prenne garde autant que possible de ne pas ratifier des conventions extrajudiciaires où la pension serait purement fictive, les conjoints se mettant d'emblée d'accord entre eux que la femme ne demandera jamais l'exécution de l'obligation convenue.

---

[115] Arrêt du 29 février 1952 en la cause S. C., Revue 1952 p. 177.

IV. Le veuvage

a) Les articles 23 et 24 LAVS fixent les conditions auxquelles une veuve peut prétendre à une rente ou allocation unique de veuve. Si intéressantes puissent-elles être, ces conditions ne nous retiendront pas, ni le mode de calcul de ces prestations[116]. Nous signalerons seulement que l'article 23, 1er alinéa, lettre a, LAVS reconnaît le droit à une rente de veuve à toutes les veuves «qui ont, au décès de leur conjoint, un ou plusieurs enfants de leur sang ou adoptés»; par «enfants de leur sang», l'AVS comprend ici tous les enfants légitimes ou naturels que la veuve a mis au monde (nous trouverons dans un sens plus étroit la notion parallèle de «père par le sang» en parlant de la filiation légitime). Nous nous demanderons en outre – mais sans y insister – s'il ne conviendrait pas de leur assimiler les enfants recueillis[117], surtout depuis que ces enfants peuvent toucher une rente d'orphelin, et tout particulièrement les enfants d'un premier lit du mari (voir chiffre VIII ci-après).

b) Ce qui en revanche va retenir notre attention est la base même de la notion de veuvage, la simple question suivante: quand le mari doit-il être tenu pour décédé? La réponse est fort heureusement claire dans l'immense majorité des cas, où le décès est constaté et où, aux termes de l'article 33 CCS, les actes de l'état civil font preuve. Il est toutefois trois cas dans lesquels la question du décès ou de sa date se pose; il s'agit du cas de la déclaration d'absence, du cas du décès certain et du cas du décès établi par découverte ultérieure du cadavre.

---

[116] Voir en particulier les articles 31, 2e alinéa, 33, 36, 41 et 42, 2e alinéa LAVS, ainsi que les articles 44, 46, 55, 61, 4e alinéa, et 63 RAVS. Quant à l'ampleur de la protection de la famille qu'ils réalisent, voir: Revue 1954 pp. 306 ss.

[117] Une revision de l'AVS serait nécessaire pour aboutir à cette solution. En effet, pratique administrative et jurisprudence refusent cette assimilation sur la base des dispositions légales actuelles; voir arrêt du 5 décembre 1952 en la cause Schmid, Revue 1953 p. 31, Praxis nº 366.

c) Un homme déclaré absent par le juge civil, conformément aux articles 35 et suivants CCS, est réputé décédé: «les droits ouverts par le décès sont exercés de la même manière que si la mort de l'absent était établie». Que l'AVS doive dès lors assimiler à une veuve la femme dont le mari a été déclaré absent est évident; mais sous quelles conditions et depuis quand? Tandis que l'article 38 CCS précise que «les effets de la déclaration d'absence remontent au jour du danger de mort ou des dernières nouvelles», il résulte de l'article 102 CCS que le mariage n'est pas dissous eo ipso par la déclaration d'absence.

L'article 23 LAVS pose les conditions d'octroi mises à une rente de veuve (soit présence d'enfants de son sang ou adoptés, soit 40 ans d'âge et 5 ans de mariage), en indiquant expressément que ces conditions doivent être réalisées au décès du mari[118]; ce ne peut donc être qu'au jour du danger de mort ou des dernières nouvelles. Faudrait-il en revanche ne servir la rente qu'une fois le mariage dissous selon la procédure prévue à l'article 102 CCS? La pratique administrative a trouvé cette solution trop stricte; non seulement elle n'exige pas la procédure en dissolution du mariage, mais encore elle accorde la rente rétroactivement au jour de la disparition[119]. Ce faisant, l'AVS s'écarte-t-elle des règles connues du droit civil? A peine, voire pas du tout. Car si l'article 102 CCS déclare que la femme ne peut se remarier avant la dissolution formelle du mariage précédent, il ne renverse pas la règle de l'article 38 CCS, quant à la date du décès admise. La solution est étrangère au droit civil en ce sens seulement que l'AVS considère comme veuve une femme dont l'union conjugale subsiste encore; et nous avons ce phénomène étonnant – mais qui se manifeste en droit civil déjà en matière successorale – de voir une «veuve» mettre au monde des enfants légitimes plus de 300 jours après le «décès» du mari.

---

[118] Moins clair, le texte allemand dit littéralement «lors du veuvage».

[119] Voir: Directives concernant les rentes, chiffres 53 et 57.

Mais pratique et jurisprudence avaient été plus loin, sous le régime transitoire en vigueur durant les années 1946 et 1947. Les droits privés subordonnés au décès du mari étant de peu d'importance, nombre de femmes avaient négligé de suivre la longue procédure en déclaration d'absence. Pour ne pas exiger d'elles qu'elles entament cette procédure, parfois après de longues années, on avait alors assimilé au décès la simple absence «de fait»; l'absence de fait était admise lorsque les conditions requises pour une déclaration d'absence par le juge civil étaient de toute évidence réalisées (disparition en danger de mort ou défaut prolongé de nouvelles, et expiration des délais de un ou cinq ans auxquels s'ajoutait le délai d'une année prévu à l'article 36, 3e alinéa CCS). Cette pratique a été reprise dans l'AVS, et confirmée par la jurisprudence[120]. Mais elle devrait être limitée aux cas dans lesquels danger de mort ou dernières nouvelles sont antérieurs à l'entrée en vigueur de l'AVS; dans les autres cas en effet, le délai de deux ou six ans devait encore s'écouler, et on peut raisonnablement exiger de la femme qu'elle entame la procédure en déclaration d'absence. Il n'est certainement pas souhaitable de voir une pratique administrative se développer, dans des cas où les règles de droit civil permettent d'obtenir dans les mêmes délais et sous les mêmes conditions un statut identique.

d) On pourrait croire qu'en assimilant au décès la déclaration d'absence prononcée par le juge – voire la simple absence de fait – la question du décès serait résolue. Or ce n'est pas absolument le cas. Il se présente en effet des circonstances dans lesquelles le décès n'est pas suffisamment certain pour pouvoir être considéré comme établi au sens de l'article 34 CCS, mais où il est si vraisemblable qu'une assurance sociale ne peut se permettre de renvoyer les survivants à une procédure en général de six ans. C'est ce que nous appellerons les simples disparitions avec quasi-

---

[120] Voir: Directives concernant les rentes, chiffres 54 et 58; arrêt du 20 novembre 1950 en la cause H. L., Revue 1951 p. 40.

certitude de décès. Les cas sont rares, ils n'en sont pas négligeables pour autant; à titre d'exemples, nous citerons les deux premiers cas d'assimilation au décès, dans l'AVS, de telles disparitions[121]:

«Un homme dans la cinquantaine, surveillant dans une usine électrique, rejoint chaque nuit son domicile une fois son temps de travail achevé. Il doit suivre sur une longue distance la berge irrégulière d'une large rivière. Une nuit de mauvais temps, le printemps dernier, il quitte son travail comme d'habitude en pleine nuit, mais n'arrive pas chez lui. Que s'est-il passé? Personne ne l'a vu disparaître, aucun corps n'est retrouvé dans le lac où la rivière se jette peu en aval. Mais le niveau de l'eau était exceptionnellement haut; gonflée par les pluies et la fonte des neiges, la rivière charriait de la boue et des débris de toutes sortes, provoquant de violents remous à son embouchure.

Le décès n'était certes pas suffisamment établi pour être porté dans les registres de l'état civil. Mais il ne faisait en fait aucun doute. Que devait faire l'assurance-vieillesse et survivants? En harmonie avec la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents, également intéressée à ce cas, l'Office fédéral des assurances sociales décida d'admettre le décès. Il autorisa donc la caisse de compensation compétente à verser les rentes de survivants, sans attendre la déclaration d'absence.

Ce premier cas était réglé depuis peu de mois seulement qu'un deuxième se produisait. Un homme passait ses vacances de fin d'été en chalet, sur un haut pâturage des Alpes, avec sa femme et ses quatre enfants; un cinquième enfant allait naître peu après. Un matin, cet homme part seul pour faire une promenade matinale, avec l'intention de rentrer prendre le déjeuner en famille vers neuf heures. Sa famille l'attend en vain, puis avertit la gendarmerie. Des battues sont organisées pendant des jours, même avec la collaboration d'une unité de recrues stationnée dans les environs. Une enquête poussée, qui dure des semaines, n'aboutit à aucun résultat. Et la veuve est là avec maintenant cinq enfants.

Saisi du cas, l'Office fédéral des assurances sociales examine les circonstances de la disparition. L'endroit n'est pas particulièrement dangereux, mais bordé toutefois par un torrent où les trous d'eau sont nombreux; et celui qui prolongerait quelque peu sa promenade arriverait dans des régions peu hospitalières. La frontière est suffisamment éloignée pour écarter toute idée de fuite camouflée à l'étranger, fuite qu'aucun élément quelconque ni dans

---

[121] Extrait de la Revue 1952 pp. 157 et 158.

la vie privée ni dans la vie professionnelle ne permettrait d'ailleurs de supposer. Tous les témoignages concordent: aussi inexplicable soit-il, le décès paraît de toute évidence certain. Là aussi, les rentes de survivants ont été accordées sans attendre l'échéance des délais pour obtenir la déclaration d'absence par le juge, avec quelques réserves au cas où, par extraordinaire, des faits nouveaux seraient découverts.»

Il y a là très net abandon des règles du droit civil quant à l'admission du décès. Mais de tels cas sont et resteront exceptionnels; ne serait-il pas possible de les rendre plus exceptionnels encore en assouplissant la pratique civile sur les notions de «mort certaine» au sens de l'article 34 CCS ou éventuellement de «danger de mort» au sens de l'article 35 CCS?

e) Il est enfin des cas où le décès est établi, le cadavre ayant été retrouvé, mais où l'état civil ne permet pas de fixer la date du décès. Or si la règle de l'article 32, 2e alinéa CCS suffit en droit civil – où la question de la date du décès ne joue guère de rôle qu'en matière successorale – elle est insuffisante dans l'AVS. La date du décès y joue en effet un rôle essentiel, tout particulièrement pour la naissance du droit aux rentes de survivants (articles 23, 3e alinéa, 25, 2e alinéa et 26, 2e alinéa LAVS). Tandis que les actes de l'état civil ne mentionnent que la date de découverte du cadavre, l'AVS doit donc chercher à déterminer la date du décès lui-même[122]. S'il n'y a pas là à proprement parler exception à une règle du droit civil, il n'y en a pas moins complément sur un point laissé ouvert.

V. La filiation légitime

a) Père et mère doivent «pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants», déclare l'article 159 CCS. Mais en fait, il ressort de l'article 160 CCS que la charge économique incombe en général et pour l'essentiel au mari. C'est donc en suivant les tendances du droit civil – tendances qui sont le reflet de la vie dans le cas normal – que l'AVS ac-

---

[122] Voir: Directives concernant les rentes, chiffre 51, et exemple dans Revue 1952 p. 164.

corde une rente d'orphelin simple à l'enfant légitime qui perd son père, mais la refuse en général à l'enfant légitime qui perd sa mère. En cas de décès de ses deux parents, l'enfant a alors droit à une rente d'orphelin double.

b) En cas de décès du père légitime, l'AVS s'en tient strictement aux règles du droit civil et ignore entièrement les états de fait différents. Bien que les rentes de survivants soient appelées à compenser la «perte de soutien», la rente d'orphelin est accordée, au décès du père, même à l'enfant dont le père ne s'occupait aucunement. Les dispositions particulières existant sous le régime transitaire en vigueur durant les années 1946 et 1947[123], qui dérogeaient à ces règles pour les enfants de parents divorcés en se fondant sur l'état de fait, n'ont pas été reprises par l'AVS.

Les seules dérogations concernent les enfants adoptés et les enfants recueillis, dont nous reparlerons, où la «filiation» spéciale l'emporte sur la filiation légitime dans une certaine mesure.

c) En cas de décès de la mère légitime, l'AVS respecte le caractère en général subsidiaire de l'obligation d'entretien incombant à la mère. L'article 25, 1er alinéa, 2e phrase, LAVS dispose ainsi que l'enfant a droit à une rente au décès de sa mère seule, lorsque «le décès de la mère entraîne un préjudice matériel notable»; notion précisée par le Conseil fédéral à l'article 48, 1er alinéa RAVS qui prévoit que «les enfants dont la mère est décédée ont droit à une rente d'orphelin simple si, du fait du décès de leur mère, ils tombent à la charge de l'assistance publique ou privée ou des parents tenus à la dette alimentaire conformément aux articles 328 et suivants CCS».

---

[123] Voir l'article 1er de l'ordonnance du Département fédéral de l'économie publique réglant le versement provisoire de rentes aux vieillards et aux survivants (ordonnance d'exécution), du 9 novembre 1945, modifiée par une ordonnance du 16 décembre 1946 portant le même titre. Cette suppression a été confirmée par la jurisprudence: arrêt du 2 avril 1949 en la cause Rossi, Revue 1949 p. 253, Praxis nº 381. Voir aussi: Revue 1949 pp. 324 ss.

Les notions de préjudice matériel notable, d'intervention nécessaire de l'assistance publique et privée, de lien de causalité entre le décès de la mère et le besoin d'assistance ont fait déjà l'objet d'une jurisprudence nombreuse, qui a confirmé la conformité du caractère exceptionnel du droit à la rente d'orphelin de mère avec les institutions du droit civil et la légalité de l'article 48, 1er alinéa RAVS[124].

d) Quant à la rente d'orphelin double, elle n'est accordée à l'enfant légitime qu'au décès de son père et de sa mère. Respectueuse du droit civil, l'AVS s'est toujours résolument refusée à assimiler au décès l'abandon de famille. Certes, il est à cet égard des situations pénibles: l'enfant qui perd sa mère après avoir été abandonné par son père n'a plus aucun soutien quelconque; et pourtant seule la rente d'orphelin simple peut éventuellement lui être accordée. Mais une autre solution serait trop favoriser les pères abandonnant leur famille. Peut-être un jour les circonstances seront-elles toutefois plus fortes que les principes?

e) La notion même d'enfant légitime est intégralement reprise du droit civil. Si les articles 25 et 26 LAVS parlent des enfants qui perdent leur «père par le sang», la jurisprudence a précisé que cette expression était en tout point identique à celle de «père légitime» pour les enfants nés d'un couple marié. La notion de filiation «par le sang»

---

[124] Sur la conformité avec le droit civil et la légalité de l'article 48 RAVS: arrêt du 23 juillet 1952 en la cause Jäggi, Revue 1952 p. 395, Praxis nº 384. Sur la notion de préjudice matériel notable: arrêt précité en la cause Jäggi et arrêt du 13 août 1951 en la cause Böhlen, ATFA 1951 p. 210, Revue 1951 p. 392, Praxis nº 383. Sur le besoin d'assistance – lequel ne doit pas découler de la négligence par le père de ses obligations d'entretien –: arrêt du 4 octobre 1948 en la cause Nanzer, Revue 1948 p. 432, Praxis nº 382, et arrêt du 29 avril 1953 en la cause P. C., Revue 1953 p. 274. Sur le lien de causalité: arrêt du 1er avril 1954 en la cause A. W., Revue 1954 p. 267, et arrêt du 26 janvier 1955 en la cause Portmann, ATFA 1955 p. 37, Revue 1955 p. 160. A propos de certains aspects de ce dernier arrêt, voir les considérations critiques dans: Revue 1955 pp. 137ss.

est donc simplement mise en opposition avec celle de filiation «par alliance». C'est ainsi que le Tribunal fédéral des assurances a refusé le droit à la rente d'orphelin à un enfant au décès de son père naturel, l'enfant n'ayant pas été désavoué par le mari de la mère, alors même que la paternité du «père légitime» était exclue et que l'adultère avait été l'une des causes du divorce[125]. C'est ainsi qu'il a admis en revanche le droit à la rente d'orphelin d'un enfant né trois ans après les dernières nouvelles et dont le père avait été déclaré absent ultérieurement, l'enfant étant considéré comme «légitime»[126]. La règle civile «pater est quem nuptiae demonstrant» est appliquée dans toute sa rigueur, qu'elle soit en faveur ou en défaveur de l'enfant.

VI. La filiation adoptive

Aux termes de l'article 268, 2e alinéa CCS, «les droits et les devoirs des père et mère passent à l'adoptant». L'enfant sort de sa famille naturelle, dans laquelle il ne conserve que ses droits successoraux et dont ne lui reste que le droit de cité. Certes, les commentateurs du code civil admettent que l'adoption laisse subsister l'obligation d'entretien des parents par le sang, mais cette obligation ne serait que subsidiaire; nous doutons de l'existence de cette obligation même subsidiaire, et la jurisprudence paraît devoir nous donner raison (voir ATF 78 II 327).

Quoi qu'il en soit, l'AVS suit fidèlement le droit civil en posant pour principe à l'article 28, 1er alinéa LAVS que «les enfants adoptés ont droit à une rente d'orphelin exclusivement au décès des parents adoptifs». Que l'enfant adopté soit ou non déjà orphelin lors de l'adoption, seule compte dès lors pour l'AVS la filiation adoptive; et l'adoption, en supprimant la «perte de soutien», fait tomber même une

---

[125] Arrêt du 26 mars 1954 en la cause Meier, ATFA 1954 p. 107, Revue 1954 p. 266.

[126] Arrêt du 8 septembre 1953 en la cause A. B., ATFA 1953 p. 226, Revue 1954 p. 73.

rente acquise en raison du décès antérieur des parents légitimes, naturels ou nourriciers[127].

VII. La filiation naturelle

Nous avons vu à propos de la filiation légitime qu'ont droit à une rente d'orphelin simple les enfants dont le père par le sang est décédé (exception faite des enfants adoptifs et dans une certaine mesure des enfants recueillis), que le décès de la mère en revanche ne donnait naissance à ce même droit que sous certaines conditions. Comment ce principe posé à l'article 25 LAVS va-t-il s'appliquer dans le cas particulier des enfants naturels?

a) Si l'enfant naturel suit la condition du père, soit que le père l'ait reconnu dans les formes requises (par acte authentique ou par disposition pour cause de mort; article 303 CCS), soit que l'enfant ait été attribué par le juge avec déclaration de paternité (article 323 CCS), il a avec son père un véritable lien de parenté. Non seulement l'enfant reçoit le nom de famille et le droit de cité du père, mais il acquiert un droit à l'entretien complet; ainsi, les obligations du père sont les mêmes que si l'enfant était légitime (article 325 CCS). Le législateur a donc pu se contenter, à l'article 27, 1er alinéa LAVS, d'assimiler intégralement aux enfants légitimes – quant au droit à la rente d'orphelin – les enfants naturels qui suivent la condition du père.

La seule différence d'avec les enfants légitimes sera de pur fait. Dans la plupart des cas en effet, l'enfant vivra – tout au moins pendant les premières années – auprès de sa mère; et malgré les prestations alimentaires du père, une part plus ou moins grande de l'entretien restera à la charge de la mère. Les conditions d'octroi de rentes d'orphelins de mère seront donc plus fréquemment réalisées que pour les

---

[127] Arrêt du 13 septembre 1954 en la cause Huber, ATFA 1954 p. 208, Revue 1954 p. 417. L'adoption par le parent nourricier survivant n'entraîne toutefois pas l'extinction de la rente d'enfant recueilli; arrêt du 31 mars 1952 en la cause Sommerhalder, Revue 1952 p. 210, Praxis nº 392.

enfants légitimes; la situation de fait la plus comparable serait celle des enfants légitimes dont les parents sont divorcés.

b) La plupart des enfants naturels n'ont pas la situation privilégiée de l'enfant qui suit la condition du père. Ils doivent se contenter de la pension alimentaire au sens de l'article 319 CCS. Même dans le cas le plus favorable, les contributions du père ne couvrent que rarement les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant. La mère aura donc presque toujours à supporter une partie – souvent la plus grande partie – de l'entretien de son enfant. Le législateur en a tiré une conséquence logique, en généralisant d'office dans ces cas l'octroi de rentes d'orphelins de mère. Aux termes de l'article 27, 2e alinéa LAVS, «les enfants naturels dont le père a été condamné par jugement ou s'est engagé par transaction extrajudiciaire à contribuer aux frais d'entretien ont droit à une rente d'orphelin simple au décès d'un des parents...», c'est-à-dire au décès du père ou de la mère. L'AVS tient ainsi compte de la situation de fait, en accordant la rente d'orphelin de mère sans condition aucune.

L'AVS tient compte également de la situation de fait en accordant dès l'abord, en vertu de l'article 27, 3e alinéa LAVS, une rente d'orphelin double à l'enfant naturel qui perd sa mère, lorsque le père est inconnu (cela en harmonie avec le droit civil) ou lorsque le père n'a pas payé les contributions qu'il devait. Elle s'en tient en revanche strictement à la réglementation civile, lorsque se fonder sur la situation de fait serait au détriment de l'enfant: pour que le droit à une rente d'orphelin simple prenne naissance au décès du père tenu à contributions, il n'est pas exigé que les contributions aient été versées effectivement. Relevons que, contrairement à la rente de veuve attribuée à la femme divorcée, la rente d'orphelin n'est pas réduite au montant des prestations alimentaires dues par le père naturel.

c) L'AVS reprend ainsi les notions du droit civil pour les enfants suivant la condition du père et pour les enfants de père inconnu; elles les prend pour base – quitte à les

compléter en faveur de l'enfant, par l'octroi généralisé de rentes d'orphelins de mère et en «ignorant» le père naturel qui ne remplit pas ses obligations – pour l'enfant n'ayant droit qu'à une pension alimentaire.

La solution adoptée répondrait certainement à tous les besoins, si l'on interprétait de manière large l'article 27, 2e alinéa LAVS qui reconnaît un droit à la rente d'orphelin simple, au décès de leur père naturel, aux enfants «dont le père a été condamné par jugement ou s'est engagé par transaction extrajudiciaire à contribuer aux frais d'entretien». Or à l'égard des enfants dont le père est décédé avant la naissance – cas moins rare qu'il n'y paraît, le père naturel étant facilement sujet à un acte de désespoir – le Tribunal fédéral des assurances s'est montré extrêmement sévère: paternité illégitime et obligation d'entretien doivent être établies dans une procédure civile dirigée contre le père lui-même, à défaut le père lui-même doit avoir clairement reconnu sa paternité; on ne saurait assimiler le procès intenté contre les héritiers du père présumé (article 322 CCS) à un procès dans lequel le père est lui-même partie[128].

Les motifs invoqués par le Tribunal fédéral des assurances contre l'assimilation, à une condamnation du père lui-même, de la procédure dirigée contre les héritiers ont pour eux d'une part le texte de l'article 27, 2e alinéa LAVS, qui suggère effectivement l'interprétation stricte, d'autre part le défaut d'intérêt contraire des héritiers dans tous les cas où l'actif successoral est minime ou inexistant (conséquence de l'article 322, 2e alinéa CCS). Mais ce dernier argument pourrait fort bien être opposé aussi à la déclaration de paternité avec suite d'état civil[129], voire à la recon-

---

[128] Arrêt du 6 février 1952 en la cause Würsch, Revue 1952 p. 179, Praxis nº 389; voir les considérations critiques provoquées par cet arrêt dans: Revue 1952 pp. 263 ss. et les remarques de Hans Oswald, AHV-Praxis p. 30 en note.

[129] Le Tribunal fédéral l'a indirectement relevé dans un arrêt où il déclarait impossible la simple action en déclaration de paternité (ATF 79 II 253, JT 1954 p. 226, Revue 1954 pp. 276 ss).

naissance par le grand-père, lorsqu'héritiers ou grand-père n'ont pas de ressources suffisant à entraîner pour eux une obligation de dette alimentaire (article 329 CCS) ou, pour les héritiers, lorsque le degré de parenté éloigné exclut cette dette (article 328 CCS); or personne certainement ne songe à ne pas reconnaître une telle déclaration de paternité. Si l'AVS pose dans certains cas d'enfants naturels qui ne suivent pas la condition du père des exigences plus strictes que le droit civil, se refuse parfois à reconnaître pour ses propres fins une décision civile prise à la suite d'une «petite action» en paternité, il est d'autant plus indispensable qu'elle fasse d'autre part usage de la porte laissée ouverte par la jurisprudence. Le Tribunal fédéral des assurances déclare en effet: «Tout au plus y a-t-il lieu de faire une exception dans les cas où – sans que, durant son vivant, le père ait été condamné ou ait souscrit formellement à une transaction – la présence d'un dommage dû à la perte du soutien est en fait si évidente que ne pas accorder une rente blesserait le sentiment qu'on a du droit»[130]. La pratique administrative, réticente et craignant avec raison de «jouer au juge civil», n'a pas encore permis d'obtenir une expérience propre à déterminer les répercussions d'une jurisprudence qui n'a elle-même guère eu à s'occuper depuis lors de cas d'espèce[131].

VIII. La filiation par alliance et la «filiation nourricière»

a) La filiation par alliance est un terme inconnu du droit civil, mais qui n'en exprime pas moins une réalité à laquelle le droit civil attache certaines conséquences juridiques. Il est en effet admis que les enfants d'un autre lit (Stiefkinder) font partie de la communauté familiale. Doctrine et jurisprudence ont tiré de l'article 159, 2e alinéa CCS l'obligation du mari de subvenir à l'entretien des en-

---

[130] Arrêt précité en la cause Würsch.

[131] Arrêt du 18 mai 1953 en la cause Rüssli, ATFA 1953 p. 157, Revue 1953 p. 316; arrêt du 26 octobre 1953 en la cause D. Z., Revue 1953 p. 446.

fants (légitimes ou naturels) d'un premier lit de la femme. Tandis que le Tribunal fédéral ne voit là qu'une obligation subsidiaire et dérivée – les enfants du premier lit n'ayant droit à entretien que par l'intermédiaire de leur mère –, diverses autorités cantonales accordent à l'enfant un droit personnel et direct à l'entretien[132]; ce qui est désormais certain, c'est que le droit civil connaît une obligation découlant de la filiation par alliance.

b) L'AVS a repris cette institution du droit civil, mais en l'englobant dans une notion plus vaste, que nous affublerons du néologisme de «filiation nourricière». Ce que nous entendons sous ce terme, ce sont les relations existant entre des parents nourriciers et un enfant recueilli, sans que nous nous trouvions en présence d'une filiation légitime, adoptive ou naturelle pouvant ouvrir droit à une prestation de l'AVS.

L'article 28, 3e alinéa LAVS prévoit que «le Conseil fédéral peut, sous certaines conditions, assimiler les enfants recueillis aux enfants adoptés». Dans son message du 24 mai 1946, le Conseil fédéral déclarait penser «en premier lieu au cas où un enfant recueilli a, en fait, la même situation qu'un enfant adopté, mais ne peut être adopté, les conditions des articles 264 à 266 du code civil n'étant pas remplies» (p. 169). Mais les difficultés de trouver pour l'AVS une définition de la notion d'enfant recueilli telle que l'assimilation à un enfant adopté soit socialement et pratiquement possible a longtemps retenu le Conseil fédéral. C'est seulement après que trois ans de pratique de l'AVS eussent révélé la néces-

---

[132] L'avis du Tribunal fédéral ressort d'un arrêt du 21 mai 1954 en matière pénale (application de l'article 217 CPS), cité par O. Stebler, dans: Entscheide auf dem Gebiete des eidgenössischen und kantonalen Fürsorgewesens ... (annexe de la revue «Der Armenpfleger») 1955 pp. 22 ss. L'avis contraire de certaines autorités cantonales ressort par exemple de la décision du Conseil d'Etat du canton de Berne du 20 mai 1952, publiée dans la même revue, 1953 pp. 17 ss.; cette décision fait un tour complet de la littérature et de la jurisprudence.

sité sociale d'une réglementation[133], que l'expérience a été tentée; les enfants recueillis font l'objet, depuis le 1er janvier 1951, de l'article 49 RAVS.

La notion d'enfant recueilli, ignorée du droit civil, se trouvait dans nombre de textes légaux déjà. Les définitions les plus anciennes, et encore les plus fréquentes, se rencontrent dans les législations relatives à la protection de l'enfance[134]. Mais, de par leur but même, ces législations donnent de l'enfant recueilli une définition beaucoup trop large pour l'AVS; elles englobent en effet, pour la plupart, tout enfant vivant hors de son milieu familial naturel, qu'il ait été placé dans un établissement ou chez des particuliers, que le placement soit ou non rémunéré, que le placement ait été décidé par une autorité ou par les parents. La deuxième source était constituée par les législations sur les allocations familiales, qui reconnaissent pour la plupart un droit à l'allocation pour l'enfant recueilli[135]. Mais le problème se pose différemment pour les allocations familiales que pour l'AVS: les allocations familiales se fondent sur la situation des parents nourriciers et l'existence actuelle du statut d'enfant recueilli; l'AVS se fonde sur la situation de l'enfant recueilli et la disparition de ce statut.

A notre connaissance, l'AVS est la première des assurances-décès à avoir tenté de résoudre le problème des enfants recueillis[136]. L'article 49 RAVS prévoit ainsi l'assi-

---

[133] Voir par exemple: arrêt du 11 mai 1950 en la cause Menozzi, ATFA 1950 p. 146, JT 1951 p. 266.

[134] Voir par exemple: Nelly Vögtli, Der Schutz des Pflegekindes in der Schweiz, Revue suisse d'hygiène 1939 pp. 473 ss.; à peine vieilli, cet article donne un bon résumé de toutes les dispositions fédérales et cantonales en matière de protection de l'enfance.

[135] Voir les diverses lois cantonales et, sur le plan fédéral, la loi du 20 juin 1952 fixant le régime des allocations familiales aux travailleurs agricoles et aux paysans de la montagne (article 9, 1er alinéa, lettre c) et la loi du 25 septembre 1952 sur les allocations aux militaires pour perte de gain (article 6, 2e alinéa, lettre d).

[136] L'assurance militaire a suivi; voir article 31, lettre e, de la loi du 20 septembre 1949.

milation de l'enfant recueilli à l'enfant adopté[137], si les parents nourriciers «en ont assumé gratuitement et de manière durable les frais d'entretien et d'éducation». Les deux critères de gratuité (qui existait déjà à un degré plus ou moins poussé en matière d'allocations familiales) et de durée (presque intégralement délaissé jusqu'alors, mais qui est repris dans les législations les plus récentes en matière d'allocations familiales également) ont été tenus pour les traits caractéristiques essentiels de l'adoption, et pris pour base du statut d'enfant recueilli au sens de l'AVS.

c) Si ni l'impossibilité de l'adoption ni des démarches en vue de l'adoption n'ont été repris comme critères, ils n'en demeurent pas moins des indices importants. Quant aux critères de gratuité et de durée, ils ne nous retiendront pas ici de manière générale[138]. Nous ne jetterons un coup d'oeil au critère de la gratuité que pour voir s'il n'exclut pas précisément les enfants d'un premier lit.

Il serait en effet possible de déclarer que l'enfant d'un premier lit ne saurait toucher de rente en cas de décès du mari de sa mère, lorsque la mère assume en fait son entretien. Il serait même possible de dénier toute qualité d'enfant recueilli à cet enfant, qui vit avec sa mère et n'est donc pas entièrement sorti de sa famille naturelle. L'objection est de taille, mais la jurisprudence a confirmé sur ce dernier point la pratique administrative: l'existence de la mère par le sang n'est pas un obstacle à la qualité d'enfant recueilli par le nouveau couple. Quant à la gratuité, la jurisprudence a

---

[137] L'assimilation n'est d'ailleurs pas complète: par exemple, l'orphelin qui est recueilli ne perd pas son droit à la rente découlant du décès antérieur de ses parents par le sang, comme ce serait le cas lors de l'adoption; le statut d'enfant recueilli est en effet un simple état de fait, qui se crée et se développe peu à peu au gré d'éléments non seulement objectifs mais aussi subjectifs; il est souvent impossible de fixer la date de sa création, et difficile même de prouver son existence contre l'avis des parents nourriciers.

[138] Voir: Directives concernant les rentes, chiffres 77 à 81; arrêt du 3 octobre 1952 en la cause Bösiger, ATFA 1952 p. 215, Praxis n° 392 bis.

précisé que «lorsqu'une femme garde auprès d'elle, dans son nouveau ménage, des enfants qu'elle a d'une union précédente, et qu'elle remet à son mari des revenus provenant par exemple de sa propre activité comme participation aux frais accrus de l'entretien du ménage, elle le fait dans le cadre de son obligation légale d'aide au ménage (article 161, 2e alinéa CCS) et non pas à titre de paiement d'une pension pour les enfants»[139].

Ainsi, la filiation par alliance est englobée dans la notion de «filiation nourricière». Faudra-t-il l'en séparer un jour? Cela dépendra pour une bonne part de l'évolution que subira peut-être encore l'institution de la filiation par alliance en droit civil.

IX. L'AVS tend-elle à s'écarter du droit civil?

Nous avons vu l'AVS prendre à son compte les notions d'union conjugale et d'unité du couple, s'en tenir étroitement à l'institution du divorce, s'appuyer sur la définition que le droit civil donne du veuvage, de la filiation légitime ou adoptive et même pour l'essentiel de la filiation naturelle, tirer de la filiation par alliance des conséquences qui ne contredisent pas la pratique des tribunaux civils. Mais nous l'avons vue d'autre part briser sur quelques points l'unité du couple, «continuer» la pension alimentaire de la femme divorcée, refuser parfois tout effet à la filiation naturelle admise par le droit civil ou lui accorder des effets dans des cas ignorés du juge civil, créer une notion de «filiation nourricière»[140].

---

[139] Arrêt du 22 novembre 1954 en la cause H. B., Revue 1955 p. 110.

[140] Des phénomènes analogues pourraient être constatés à propos d'autres notions, parmi lesquelles nous citerons celle du domicile en matière de rentes transitoires. L'article 42, 1er alinéa LAVS n'accorde en effet la rente transitoire qu'aux personnes «habitant» en Suisse. La jurisprudence a assimilé cette exigence à celle du domicile civil ... mais en admettant que ce domicile était supprimé en cas d'absence effective de Suisse dépassant l'année;

Est-il possible d'en tirer des conclusions générales, d'en déduire une ligne de développement? Nous ne nous hasarderons pas à le faire. Tout au plus pouvons-nous constater que dans le domaine des prestations plus que dans d'autres peut-être, l'AVS s'efforce de reprendre intactes les notions et institutions du droit civil. Mais il est des problèmes auxquels le droit civil donne une solution qui ne répond pas aux exigences d'une assurance sociale, appelée à couvrir des besoins effectifs alors même qu'ils resteraient encore ignorés du législateur et du juge civils[141]. Plus que le droit civil, la législation sociale est soumise à l'évolution de la vie; plus que lui, elle est entraînée par le courant de la vie quotidienne; plus que lui, elle doit tenir compte – sans négliger pour autant l'aspect moral – de l'aspect économique des faits. Si les divergences paraissent actuellement s'accentuer, peut-être l'évolution des mœurs et des faits opérera-t-elle un nouveau rapprochement; ou peut-être ce rapprochement sera-t-il effectué par une évolution non des mœurs et des faits, mais des notions actuelles de notre droit civil? Cette dernière question n'est pas si dénuée de fondement, si l'on considère que les divergences les plus profondes entre l'AVS et le droit civil touchent des institutions remises en cause par les civilistes eux-mêmes: les droits de la femme dans l'union conjugale et les droits de l'enfant naturel.

Mais que l'AVS soit appelée à s'écarter davantage encore des notions et institutions du droit civil ou qu'elle s'en rapproche, les règles qu'elle pose sont de nature à retenir dès maintenant sur plus d'un point l'attention du juge civil.

---

arrêt du 8 novembre 1952 en la cause Schweizer, ATFA 1952 p. 258, Revue 1952 p. 430, Praxis nº 412bis.

[141] Voir les mêmes constatations faites par Hans Oswald, AHV-Praxis pp. 29 ss.

Chapitre troisième:

Le droit personnel à la rente

I. La nature du droit à la rente

Toute personne qui remplit les conditions légales mises à l'obtention d'une prestation de l'AVS possède un droit absolu à recevoir cette prestation. Ce principe ne connaît qu'une seule exception, introduite par la jurisprudence: la «veuve créatrice de son propre veuvage», et de manière générale l'assuré qui a provoqué criminellement le décès de la personne dont découlerait pour lui le droit à une rente de survivant, est privé de la protection de l'AVS[142]; espérons que l'adoucissement des mœurs rendra une telle exception inutile!

Droit absolu n'est toutefois pas synonyme de droit obligatoire. On ne saurait empêcher un ayant droit à la rente de renoncer à faire valoir son droit; mais si l'ayant droit peut renoncer à faire valoir son droit, il ne peut renoncer valablement à son droit lui-même. Ainsi les rares assurés qui, à l'origine, se refusaient à tout rapport avec l'AVS, renonçant expressément à toute prestation quelconque, ont pu par la suite obtenir leurs rentes, même rétroactivement dans le cadre du délai de prescription de cinq ans. La liberté de refuser les prestations auxquelles on a droit est cependant limitée par l'article 67, 1er alinéa RAVS: les

---

[142] Dans un arrêt du 21 juin 1951 en la cause Barbieri, le TFA a dénié tout droit à l'allocation unique de veuve, à la femme coupable du meurtre de son mari (ATFA 1951 p. 205, RSJ 1952 p. 143, Revue 1951 p. 338, Praxis nº 380). Le tribunal a posé le principe que «celui qui a commis un crime ne peut faire valoir aucun droit à l'égard de l'assurance sociale pour faire couvrir le dommage qu'il subit du fait de ce crime, en tous cas aussi longtemps que l'acte n'a pas été puni et expié ou que la sanction pénale n'est pas devenue caduque». Les termes de «veuve créatrice de son propre veuvage» et de «volontaire du veuvage» ont été créés par Pierre Grellet, dans un article mordant reproduit dans la Revue 1952 pp. 227 ss.

proches et les autorités assistant l'ayant droit peuvent faire valoir le droit aux prestations à sa place. Il ne serait en effet pas normal que la famille doive subir les conséquences d'une négligence ou d'un refus de l'ayant droit, ni qu'en renonçant à ses droits l'intéressé mette des tiers à contribution au delà de ce qui est nécessaire.

Le droit à la rente est non seulement absolu, il est aussi personnel. C'est à cet aspect que nous allons nous arrêter.

II. Le droit au paiement en mains propres

Aux termes de l'article 20, 1er alinéa LAVS, «le droit aux rentes est incessible et ne peut être donné en gage; il est soustrait à toute exécution forcée». Rien ne saurait mieux indiquer la nature personnelle du droit à la rente. Sous réserve des exceptions que nous verrons sous chiffre III, personne ne peut donc priver un ayant droit du bénéfice de la rente, ni contre son gré ni même avec son consentement, et l'ayant droit peut disposer librement de sa rente.

Mais pour que l'ayant droit puisse ainsi disposer de sa rente, il faut d'abord qu'il la reçoive. A cet effet, l'article 44 LAVS précise que les rentes sont payées mensuellement, par l'intermédiaire de la poste. Si les dispositions légales ne le disent pas, il n'en est pas moins évident que le paiement sera adressé à l'ayant droit personnellement. Mais le droit de libre disposition permettrait-il à un assuré d'exiger des organes de l'AVS le versement à une autre adresse? Deux éléments nous incitent à donner à cette question une réponse négative: la prévention de cessions illégales de rentes et le contrôle nécessaire de l'existence des conditions mises à l'octroi de la rente. Sans vouloir nous y arrêter outre mesure, il nous paraît intéressant d'exposer très brièvement la portée de ces deux éléments.

De nombreuses demandes de paiement en mains de tiers sont des cessions camouflées. L'exemple le plus fréquent en est la demande de paiement en mains du propriétaire de l'immeuble locatif, qui met à la continuation du bail la condition de cession de la rente; d'autres exemples sont

offerts par divers fournisseurs, notamment lors de ventes à tempérament, malheureusement aussi par des autorités d'assistance cherchant à récupérer des montants versés auparavant à titre d'aide. Les organes de l'AVS doivent, cela est clair, éviter de prêter la main à de telles violations des dispositions légales. C'est toutefois le contrôle des conditions mises à l'octroi de la rente qui représente l'élément de loin le plus important. La rente dépend en effet de conditions personnelles touchant essentiellement l'état civil et la vie même de l'ayant droit; elle dépend aussi du domicile, pour tous les bénéficiaires de rentes transitoires d'une part (articles 42 et 43 LAVS), pour les étrangers et les apatrides d'autre part (article 18, 2e alinéa LAVS). Or la poste – selon une convention spéciale – renvoie à l'expéditeur les rentes dont le bénéficiaire est décédé, a changé d'état civil ou d'adresse; ce qui n'est plus possible dès que la rente est versée à un tiers. Toute atténuation des mesures de contrôle a immanquablement pour conséquence un accroissement du nombre des paiements indus et une augmentation du danger de pertes (créances irrécouvrables); ce danger est important, si l'on songe que les caisses de compensation versent actuellement chaque mois plus de 450000 rentes, nombre appelé à doubler, ou presque, lorsque l'AVS aura atteint son plein développement.

La jurisprudence a reconnu tout d'abord la valeur du premier élément seul, celui de la prévention des cessions illégales de rentes. Puis se rapprochant du point de vue soutenu par les organes administratifs de l'AVS, elle a admis la valeur du deuxième argument également, celui du risque de paiements indus de rentes[143]. Ainsi donc, si l'ayant droit demande que la rente soit versée en mains d'un tiers, la caisse de compensation n'est pas tenue de donner suite à cette demande; elle a même l'obligation de lui opposer un

---

[143] Arrêt du 2 septembre 1949 en la cause Breithaupt, ATFA 1949 p. 191; Praxis nº 349; arrêt du 16 février 1952 en la cause Motschan, Revue 1952 p. 135, Praxis nº 492.

refus absolu lorsqu'une violation de l'interdiction de céder la rente est à craindre. Si la caisse n'est pas tenue de donner suite à un ordre de paiement, a-t-elle cependant la faculté de le faire?

A l'origine, l'Office fédéral des assurances sociales s'est montré très réticent, n'admettant en principe aucune exception au versement de la rente par la poste à l'adresse de l'ayant droit. La rente est en effet apportée ainsi sans frais pour le bénéficiaire à son domicile; il ne saurait demander plus[144]! La pratique a révélé toutefois certains cas exceptionnels où le paiement postal au domicile était sinon impossible du moins fort compliqué pour l'ayant droit; l'exemple le plus caractéristique en est celui de la veuve chargée de famille, qui place ses enfants à la crèche et se rend au travail durant la journée entière. De plus, la notion de «service public» a pris dans notre pays un sens fort large: le Suisse aime ses aises et considère souvent ses raisons de commodité personnelle comme lui ouvrant droit à un traitement spécial de la part des institutions publiques. Aussi a-t-on cherché des solutions qui permettent de tenir compte des vœux exprimés: pour les ayants droit dont le domicile n'a d'influence ni sur le droit à la rente ni sur le montant de la rente[145], un accord passé avec la direction

---

[144] Il est intéressant de constater que les assurance-rentes servies par les sociétés privées ne le sont en général qu'à l'adresse personnelle du bénéficiaire, et que si ce dernier demande le versement à un tiers (même à son compte de banque) ce versement n'est effectué qu'après présentation d'un certificat de vie préalable à chaque versement.

[145] Voir: Directives concernant les rentes, chiffres 495 à 501. La réserve relative au domicile exclut les bénéficiaires de rentes transitoires ainsi que les étrangers et les apatrides. Sont même exclus – exception faite des ressortissants liechtensteinois – les étrangers avec le pays d'origine desquels une convention prévoit le service des rentes quel que soit le pays de résidence (tel est le cas des conventions conclues par la Suisse avec l'Italie, la France, l'Autriche, l'Allemagne et de l'accord sur la sécurité sociale des bateliers rhénans), cela en raison des accords de clearing notamment.

des postes permet maintenant de verser les rentes sur compte de chèques postaux; un accord récent avec les milieux bancaires a rendu possible également le versement sur un compte de banque ou carnet d'épargne dont l'ayant droit seul a la libre disposition; enfin, la rente peut exceptionnellement être versée même à tout tiers – s'il n'y a aucun risque quelconque de cession de rente dans le cas d'espèce – soit sur présentation préalable d'un certificat de vie soit contre l'engagement personnel de ce tiers de restituer les rentes éventuellement touchées à tort pour le compte de l'ayant droit.

III. Le paiement en mains de tiers

Si personne ne peut priver un ayant droit du bénéfice de la rente, ni contre son gré ni même avec son consentement, si l'ayant droit peut disposer librement de sa rente, ce principe posé sous chiffre II subit toutefois une restriction dictée par le but même de l'AVS et exprimée dans l'article 45 LAVS: la rente doit servir, si cela est nécessaire, à l'entretien du bénéficiaire et des personnes à sa charge. Nous retrouvons ici les mêmes intérêts qu'à propos de la renonciation par l'ayant droit à demander la rente qui lui revient, c'est-à-dire l'intérêt de la famille de l'ayant droit d'une part et celui de l'assistance d'autre part; il ne serait en effet pas normal que la famille doive subir les conséquences d'un emploi abusif de la rente, ni que cet emploi abusif mette des tiers à contribution au delà de ce qui est nécessaire. Ce but ainsi clairement déterminé, était-il indispensable que l'article 45 LAVS donne au Conseil fédéral la faculté de prendre les mesures propres à l'atteindre? Les moyens de droit civil n'y suffisaient-ils donc pas?

1. Moyens de droit civil

a) Nous avions vu, à propos de la demi-rente de vieillesse pour couple, la faculté donnée au juge civil de prendre des *mesures protectrices de l'union conjugale.* En vertu de l'article 171 CCS, le juge civil peut ordonner le versement en

mains de la femme de tout ou partie de la rente de l'AVS revenant au mari, «lorsque le mari néglige ses devoirs de famille». Nous rappellerons ce moyen sans y revenir ici plus longuement, et ne parlerons pas non plus de la mesure administrative que constitue l'octroi de la demi-rente de vieillesse pour couple en vertu de l'article 22, 2e alinéa LAVS.

Les mesures que peut prendre le juge civil sont restreintes à la seule protection de la famille au sens étroit et ne sauraient dépasser le cadre de l'article 171 CCS. Le juge civil n'aurait aucunement la compétence – l'article 20, 1er alinéa LAVS le lui interdirait – d'ordonner le versement à une personne autre que l'épouse, alors même que les intérêts de cette personne seraient lésés par l'emploi abusif que l'ayant droit fait de sa rente. Sont en particulier laissés sans protection les intérêts légitimes des autorités d'assistance.

b) Mais le droit civil connaît une institution qui paraît susceptible de régler tous les cas dignes de protection; cette institution n'est autre que la *tutelle*. Le tuteur étant représentant légal, tout paiement effectué entre les mains du tuteur l'est juridiquement entre les mains du représenté[146]. Il est évident que seule une disposition légale expresse permettrait à l'AVS de déroger à la règle du droit civil. Non seulement cette disposition n'existe pas, mais l'article 76, 2e alinéa RAVS précise que «si l'ayant droit est sous tutelle, la rente est versée au tuteur ou à une personne désignée par celui-ci».

L'article 285 CCS prévoit ainsi que les père et mère incapables d'exercer la puissance paternelle en sont déchus, et que l'enfant est alors pourvu d'un tuteur; la tutelle

---

[146] Nous ne sommes donc pas en présence d'un paiement en mains de tiers au sens strict – tout comme ne l'est pas non plus le versement en mains du père ou de la mère, d'une prestation revenant à un mineur sous puissance paternelle –; seules des raisons de facilité et de similitude apparente nous font traiter de la tutelle sous ce titre, ce qui nous permettra de plus une comparaison avec les moyens administratifs.

permet donc de protéger la famille dans les cas où l'article 171 CCS n'y suffirait pas. Quant aux autres personnes ou autorités, elles ne sont pas non plus laissées sans défense; l'article 370 CCS prévoit en effet un autre cas de tutelle: sera pourvue d'un tuteur toute personne qui, par ses prodigalités, son ivrognerie, son inconduite ou sa mauvaise gestion, s'expose, elle ou sa famille, à tomber dans le besoin. L'ayant droit qui n'utilise pas la rente de l'AVS pour son entretien et celui des personnes à sa charge, alors que cela serait nécessaire, fait certainement preuve d'une mauvaise gestion et tombe sous le coup de l'article 370 CCS. N'est-ce pas là une mesure qui suffit à protéger les intérêts qui sont dignes de l'être, en particulier ceux de l'assistance publique ?

En théorie, la réponse doit être affirmative. Mais deux motifs, d'ailleurs contradictoires, exigent en pratique une réponse plus nuancée.

Tout d'abord, les notions de «prodigalité» et de «mauvaise gestion» doivent être maniées avec une prudence extrême. «L'initiative et la liberté individuelle sont des biens trop précieux pour qu'on ne les protège pas jalousement»[147]; il ne faudrait pas qu'on puisse soutenir «que si saint François d'Assise vivait de nos jours en Suisse, il serait interdit pour cause de prodigalité»[148]. La mise sous tutelle est une mesure trop lourde de conséquences, porte aux droits de l'individu une atteinte trop grave, pour être prise à la légère. Il est des cas où la perte de l'exercice des droits civils, accompagnée selon de nombreuses législations cantonales du retrait des droits politiques, irait indubitablement au delà de la protection nécessaire des intérêts qu'il s'agit de défendre. Si des mesures s'imposent, elles devraient avoir des effets plus restreints.

D'autre part, on rencontre dans la vie pratique des cas manifestes de tutelle où les autorités compétentes

---

[147] Rossel et Mentha, Manuel du droit civil suisse, 2e éd. 1922, tome I p. 525.

[148] Tuor/Deschenaux, Le code civil suisse, p. 259.

n'agissent pas ou pas par cette voie. Il est en effet des cantons où la tutelle paraît être une institution presque inconnue. Ou bien on y «honore» d'un tuteur non pas la personne en tant que telle mais bien plutôt la fortune; de tels cas font périodiquement le tour de la presse et les cas alors négligés ne méritent guère protection[149]. Ou bien on y utilise d'autres voies qui, sous le titre de «placement» dans des hospices, sont souvent fort proches d'un internement des indigents; mais reconnaissons que, si elle est suivie avec modération, cette voie évite une atteinte disproportionnée aux droits de la personne.

Nous trouvons donc des cas qui, théoriquement, pourraient fort bien être résolus par la mise sous tutelle, qui devraient même l'être aux termes du droit civil, mais où la pratique renonce – pour des motifs les uns fort valables et les autres moins – à faire usage d'un moyen de droit civil qui porte une atteinte grave à celui qui s'en trouve frappé.

2. Moyens administratifs

Que faire devant cette situation? Exiger le respect du droit civil ou tenir compte de la vie pratique? Le législateur de l'AVS a choisi la seconde solution. L'article 76, 1er alinéa RAVS, édicté en application de l'article 45 LAVS, prescrit que «si l'ayant droit n'emploie pas la rente pour son entretien et pour celui des personnes à sa charge ou s'il peut être prouvé qu'il n'est pas capable de l'affecter à ce but, et s'il tombe par là totalement ou partiellement à la charge de l'assistance publique ou privée, ou y laisse tomber les personnes qu'il est tenu d'entretenir, la caisse de compensation peut effectuer le versement total ou partiel de la rente en mains d'un tiers ou d'une autorité qualifiés ayant envers l'ayant droit un devoir légal ou moral d'assistance ou s'occupant de ses affaires en permanence». Les 2e et 3e

[149] La pratique de l'AVS a révélé même des cas où, malgré la teneur fort claire de l'article 371 CCS, n'étaient pas pourvues d'un tuteur des personnes condamnées à une peine privative de liberté d'une durée supérieure à une année.

alinéas de l'article 76 RAVS obligent le tiers destinataire à utiliser alors la rente «exclusivement pour l'entretien de l'ayant droit et des personnes à sa charge» – lui interdisant notamment de la compenser avec des créances nées de prestations antérieures d'assistance – et autorisent les caisses de compensation à exiger un «rapport sur l'emploi des rentes».

Les principales bénéficiaires de cette mesure administrative sont les autorités d'assistance. La rente devant servir en premier lieu à l'entretien des bénéficiaires et des personnes à sa charge, il est évident que l'assistance doit pouvoir exiger que l'ayant droit respecte ce but premier de la rente et l'y contraindre si, s'y refusant, il a recours à l'assistance dans une mesure dépassant ce qui serait sinon nécessaire. Mais même dans ce cas extrême, l'ayant droit ne doit pas être privé de tout bénéfice de l'AVS. La rente est en effet la contrepartie de cotisations payées – la rente ordinaire tout au moins – et il ne serait guère admissible de dépouiller l'assuré des fruits de son effort. Aussi est-il réjouissant de constater que la presque totalité des autorités d'assistance suivent les recommandations données en juin 1946 déjà – soit durant le régime transitoire en vigueur jusqu'à l'introduction de l'AVS – par le comité des directeurs des départements cantonaux d'assistance. Aux termes de ces recommandations, la rente doit améliorer la situation de l'assisté; pour l'assisté «libre», les secours d'assistance ne seront donc pas réduits du montant intégral de la rente; pour l'assisté hospitalisé, une partie de la rente lui sera remise à titre d'argent de poche[150]. Dans divers arrêts non publiés, le Tribunal fédéral des assurances a admis l'obligation absolue de l'autorité d'assurance de laisser à l'ayant droit un certain argent de poche, et donné à la caisse de compensation la compétence de verser directement à l'ayant droit une partie de la rente, au cas où l'autorité d'assistance violerait cette obligation.

---

[150] Voir: Revue 1947 pp. 70 ss.

Les expériences faites durant les premières années révèlent que l'article 76 RAVS est appliqué dans une mesure variant fortement d'un canton à l'autre; tandis que dans les uns la proportion des rentes versées aux autorités d'assistance n'atteignait pas 1 pour cent du total des rentes, elle passait à plus de 10 pour cent dans d'autres. Y aurait-il un tel nombre de vieillards incapables d'utiliser la rente pour leur entretien? Nous ne pouvons le croire et devons admettre que «dans certains cantons, on paraît avoir eu un peu trop largement recours à cette faculté; on a versé, par exemple, de manière générale en mains des autorités d'assistance les rentes revenant à des personnes assistées»[151].

L'Office fédéral des assurances sociales s'est toujours montré réticent quant à l'admission du paiement de la rente en mains de tiers. Dans les instructions données aux caisses de compensation[152], il exige d'abord qu'il y ait lien de causalité entre l'emploi abusif de la rente et l'intervention nécessaire de l'assistance; il demande ensuite la preuve que l'ayant droit «ne sait pas utiliser raisonnablement ses moyens d'existence»; il précise enfin que «le fait qu'une personne est à la charge d'une autorité d'assistance ne justifie pas, à lui seul, le versement de la rente à cette autorité». Après avoir d'abord partagé cette opinion[153], le Tribunal fédéral des assurances s'en est toutefois écarté sur un point essentiel. Appelé à trancher le cas d'un ayant droit placé dans un asile de vieillards, il a prononcé que le seul fait de l'hospitalisation aux frais de l'assistance permettait de verser la rente en mains de l'assistance. Ainsi donc, tandis que l'Office fédéral des assurances sociales ne veut priver un ayant droit du bénéfice direct de sa rente que si l'intéressé n'est subjectivement pas en mesure d'en faire un

---

[151] Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur l'AVS du 3 février 1950, p. 18.

[152] Voir: Directives concernant les rentes, chiffres 502 à 506.

[153] Arrêt du 25 octobre 1949 en la cause Weger, Revue 1950 p. 34, Praxis nº 495.

usage raisonnable, la jurisprudence étend cette privation à toute personne placée par l'assistance dans un établissement hospitalier[154].

Or le but de l'article 76 RAVS, si nous plaçons cet article dans son cadre naturel qui est celui d'un succédané atténué de la tutelle, est de garantir un emploi des rentes conforme à leur but dans des cas où les conditions de la mise sous tutelle seraient au fond réalisées. Nous ne réussissons pas à lui donner une portée plus étendue. Y aurait-il toutefois nécessité administrative absolue? Il y a certes facilité plus grande: payant la pension, l'assistance touche la rente (à charge pour elle de verser un argent de poche); mais il ne saurait y avoir nécessité. La preuve en est fournie à l'évidence par une circulaire adressée par une caisse de compensation aux autorités d'assistance[155], et dont nous extrayons les passages suivants: «Conformément à l'article 98, 4e alinéa, de l'ordonnance sur les postes du 15 août 1939, le facteur versera la rente en mains du directeur de l'établissement ou de la personne autorisée. Celle-ci est tenue de verser le montant de la rente à l'ayant droit... Il y aura lieu, à l'avenir, d'obtenir le consentement de l'intéressé, permettant d'affecter les $^4/_5$ du montant de la rente à la couverture des frais d'hospitalisation ou d'internement, $^1/_5$ au minimum devant être remis directement à l'ayant droit selon nos prescriptions cantonales. En cas de refus d'un ayant droit assisté de consentir à cette solution, la direction de l'établissement devra en aviser immédiatement l'autorité d'assistance intéressée, ...afin qu'elle examine les motifs du refus de l'ayant droit et puisse éventuellement demander à la caisse l'application de l'article 76, 1er alinéa RAVS, avec preuves à l'appui.»

---

[154] Arrêt du 16 mars 1950 en la cause Krieg, Praxis nº 494; la publication intégrale figure dans Entscheide auf dem Gebiete des eidgenössischen und kantonalen Fürsorgewesens ... (annexe de la revue «Der Armenpfleger») 1950 pp. 61 ss.

[155] Reproduite dans: Revue 1953 pp. 240 ss.

IV. Conclusions

Tout assuré a le droit absolu et inaliénable de recevoir la rente qui lui revient. Cette rente lui sera servie mois après mois à domicile, par l'intermédiaire de la poste, sans frais pour lui. Aucun bénéficiaire de rente ne saurait raisonnablement exiger de l'AVS, pour des motifs de commodité personnelle, qu'elle adopte pour lui un mode de paiement particulier et coure de la sorte des risques supplémentaires dont les autres assurés feraient finalement les frais. Mais les organes administratifs s'efforcent, nous l'avons vu, de tenir compte dans la mesure du possible des vœux émis, admettant par exemple – des arrangements spéciaux permettant d'obtenir les garanties requises – le paiement sur compte de chèques postaux et sur compte en banque; les expériences montreront si ces mesures, qui s'inscrivent sous le signe du «service à la clientèle», pourront être encore développées ou si au contraire une retenue plus grande sera de rigueur.

Une fois la rente reçue, l'ayant droit peut en disposer librement. Cette liberté ne connaît qu'une seule restriction: la rente doit servir, si cela est nécessaire, à l'entretien du bénéficiaire et des personnes à sa charge. Mais autant nous attachons d'importance aux nécessités administratives, leur accordant la priorité sur de simples commodités particulières à un assuré, autant nous tenons à voir la liberté de l'individu sauvegardée le plus intégralement possible. Ainsi, la mesure administrative que représente le paiement de la rente en mains d'un tiers devrait être réservée aux cas où la preuve est apportée que l'assuré est subjectivement incapable de faire de la rente un usage conforme à son but et que cette incapacité de l'assuré est la cause directe de l'obligation dans laquelle se trouve un tiers – qui sera le plus souvent l'assistance publique – de contribuer à l'entretien de l'ayant droit dans une mesure dépassant ce qui serait sinon nécessaire.

Peut-être nous objectera-t-on que pour l'assisté placé dans un établissement, cette sauvegarde de la liberté n'a qu'un

aspect psychologique. Même si tel était le cas, nous maintiendrions notre avis: il ne faut pas négliger le rôle que peut jouer pour l'assuré la conscience de payer lui-même une partie de son entretien. Mais cette liberté a un aspect pratique aussi: sachant qu'il pourra en tout temps disposer de la rente en cas de sortie de l'asile, sans devoir obtenir au préalable un changement dans le mode de paiement de la rente, l'ayant droit cherchera plus facilement à gagner la différence lui permettant de vivre par lui-même; son esprit d'initiative ne sera pas détruit, et la communauté en profitera par une diminution des charges d'assistance.

Malgré une jurisprudence que nous espérons provisoire, nous continuons donc à croire que les moyens administratifs offerts par l'article 76 RAVS ne devraient intervenir que dans les cas où les conditions de la tutelle seraient au fond réalisées. Si la pratique suivait ou continuait à suivre une voie différente, la justification même de cette disposition devrait être mise en doute. Le sort d'une réglementation administrative en certains cas souhaitable dépend ainsi de la compréhension dont les tiers – tout particulièrement les autorités d'assistance – feront preuve à l'égard du sens profond de l'AVS: exiger de chacun un effort conscient, dont le fruit soit plus tard pour l'assuré la possibilité et le sentiment de subvenir lui-même à tout ou partie de son entretien ou de l'entretien de ses proches.