

# **BVGer C-6182/2009 vom 19. Mai 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-05-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-6182\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6182_2009)

FR: TAF C-6182/2009 du 19 mai 2010

IT: TAF C-6182/2009 del 19 maggio 2010

## **Regeste**

Remboursement des cotisations

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, l'autorité de céans connaît des recours interjetés par les personnes résidant à l'étranger contre les décisions rendues par la CSC concernant le remboursement des cotisations, en application de l'art. 85bis al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS, RS 831.10). Cette norme déroge à la règle générale de l'art. 58 al. 2 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1). Le Tribunal administratif fédéral est dès lors compétent pour connaître de la présente cause.

### **E. 1.2**

En vertu de l'art. 3 let. dbis PA la procédure en matière d'assurances sociales n'est pas régie par la PA dans la mesure où la LPGA est applicable. Selon l'art. 1 al. 1 LAVS, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-vieillesse et survivants, à moins que la LAVS ne déroge expressément à la LPGA.

### **E. 1.3**

Le recourant est particulièrement touché par la décision attaquée. Il a, en outre, un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 59 LPGA). En effet, les cotisations remboursées ainsi que les périodes de cotisations correspondantes n'ouvrent plus aucun droit envers l'AVS et l'AI. Elles ne peuvent être versées à nouveau (art. 6 de l'ordonnance du 29 novembre 1995 sur le remboursement aux étrangers des cotisations versées à l'assurance-vieillesse et survivants [OR-AVS; RS 831.131.12]).

### **E. 1.4**

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

### **E. 2.1**

Le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral (qui englobe notamment les droits constitutionnels des citoyens [ATF 124 II 517 consid. 1 p. 519; 123 II 385 consid. 3 p. 388]), y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, de même que la constatation

inexacte ou incomplète des faits pertinents et que l'inopportunité (cf. art. 49 PA).

## **E. 2.2**

En vertu de la maxime inquisitoire, le Tribunal doit définir les faits pertinents et ordonner et apprécier d'office les preuves nécessaires (cf. art. 12 PA); il applique le droit d'office. Les parties doivent cependant collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) et motiver leur recours (art. 52 PA). En conséquence, le Tribunal se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 119 V 347 consid. 1a; Alexandra Rumo-Jungo, *Bundesgesetz über die Unfallversicherung*, 3ème éd. Zurich 2003, p. 348).

## **E. 3.1**

Selon l'art. 18 al. 3 LAVS (dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 1997), les cotisations payées conformément aux articles 5, 6, 8, 10 ou 13 par des étrangers originaires d'un Etat avec lequel aucune convention n'a été conclue peuvent être, en cas de domicile à l'étranger, remboursées à eux-mêmes ou à leurs survivants. Le Conseil fédéral règle les détails, notamment l'étendue du remboursement. Comme il n'existe pas de convention en matière de sécurité sociale entre la Suisse et le Panama, la question de savoir si et selon quelles règles un ressortissant panaméen a droit au remboursement des cotisations versées à l'AVS suisse doit donc être tranchée selon le droit suisse exclusivement.

## **E. 3.2**

L'art. 1er OR-AVS pose le principe selon lequel le remboursement peut être demandé par un étranger (avec le pays d'origine duquel aucune convention n'a été conclue) si les cotisations ont été payées, au total, pendant une année entière au moins et n'ouvrent pas droit à une rente. L'art. 2 OR-AVS prévoit que le remboursement des cotisations peut être demandé dès que l'intéressé a, selon toute vraisemblance, cessé définitivement d'être assuré, et que lui-même, ainsi que son conjoint et ses enfants âgés de moins de 25 ans, n'habitent plus en Suisse. Si des enfants majeurs âgés de moins de 25 ans restent en Suisse, le remboursement peut néanmoins être accordé s'ils ont achevé leur formation professionnelle. Selon l'art. 4 al. 1 OR-AVS, seules les cotisations effectivement versées sont remboursées. Des intérêts ne sont pas versés, sous réserve de l'art. 26 al. 2 LPGA.

## **E. 3.3**

En l'espèce, le recourant compte quatre années et sept mois de cotisations (pces 30 s., 34), n'habite plus en Suisse et a selon toute vraisemblance définitivement cessé d'être assuré. Il a donc, sur le principe, droit au remboursement de ses cotisations.

## **E. 4.1**

Dès le 1er janvier 1979, les taux de cotisation du salarié et de l'employeur sur les salaires est pour l'AVS de 4,2 % chacun (art. 5 al. 1er et art. 13 LAVS). Il s'ensuit que le remboursement de principe des cotisations sur les salaires perçus dès le 1er janvier 1979 est de 8,4 % du montant des salaires cumulés, sous réserve de l'application de la clause d'équité découlant du principe de solidarité régissant le droit des assurances sociales (cf. art. 4 al. 4 OR-AVS). Ne sont pas remboursées les cotisations AI (assurance invalidité) de 1,4 % et APG (assurance perte de gain) de 0,3 %, du fait de la couverture existante durant la période de cotisation.

## **E. 4.2**

En l'espèce, le recourant a réalisé durant les années 1990 à 1992 et 2005 à 2008 des revenus cumulés de Fr. 1'239'040.- (pces 30 s.). Sans application de la clause d'équité, le montant remboursé serait dès lors de Fr. 104'079.40 (8,4 % de Fr. 1'239'040.-; cf. pce 34).

### **E. 4.3**

Toutefois, selon l'art. 4 al. 4 OR-AVS, le remboursement peut être refusé dans la mesure où il dépasse la valeur actuelle des futures prestations de l'AVS qui reviendraient à une personne ayant droit à une rente placée dans les mêmes circonstances. Cette disposition - dite clause d'équité - de l'OR-AVS oblige donc à établir un calcul comparatif entre le montant brut remboursable des cotisations et le montant actuel (escompté) de la rente capitalisée qui serait versée à une personne ayant droit à la rente sur les mêmes bases de calcul. Le Tribunal fédéral a confirmé la légalité de cette disposition dans son arrêt H 207/03 du 19 mars 2004.

### **E. 5.1**

Les principes à la base du calcul des rentes ordinaires, selon les art. 29bis et 30 LAVS, disposent que celles-ci sont déterminées en fonction de la durée de cotisations de l'assuré et du revenu annuel moyen - composé des revenus provenant d'une activité lucrative, des bonifications pour tâches éducatives et tâches d'assistance -, la somme des revenus étant revalorisée en fonction d'un indice, puis divisée par le nombre d'années de cotisations. Des tables émises régulièrement par le Conseil fédéral et dont l'usage est obligatoire déterminent la valeur des rentes (art. 30bis LAVS). Elles peuvent être consultées notamment sur le site internet [www.sozialversicherungen.admin.ch](http://www.sozialversicherungen.admin.ch), AHV / AVS, Grundlagen AHV / Données de base AVS, Weisungen Renten / Directives rentes.

### **E. 5.2**

Le facteur de revalorisation de la somme des revenus provenant de l'activité lucrative selon l'art. 30 al. 1er LAVS est fixé chaque année par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) en divisant l'indice des rentes (art. 33ter al. 2 LAVS : moyenne arithmétique de l'indice des salaires déterminé par l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail et de l'indice suisse des prix à la consommation) par la moyenne, pondérée par le facteur 1,1, des indices des salaires de toutes les années civiles inscrites depuis la première inscription dans le compte individuel jusqu'à l'année précédant l'ouverture du droit à la rente (art. 51bis LAVS). Le facteur de revalorisation est en principe celui correspondant à la première année pour laquelle des cotisations ont été versées. Dans le cas d'espèce, ce sera donc le facteur de revalorisation de l'année 1990 qui sera appliqué, puisque c'est la première année pour laquelle figure une inscription dans le compte individuel du recourant (cf. pce 31). Il est en l'occurrence de 1.000 selon les Tables des rentes 2009 (p. 15 s.), applicables en l'espèce en raison du fait que la demande de remboursement a été déposée en 2009.

### **E. 5.3**

Conformément à l'art. 29 al. 2 LAVS, les rentes ordinaires sont servies sous forme de rentes complètes aux assurés qui comptent une durée complète de cotisations (let. a), ou bien sous forme de rentes partielles aux assurés qui comptent une durée incomplète de cotisations (let. b). La rente partielle correspond à une fraction de la rente complète (art. 38 al. 1 LAVS). Selon l'al. 2 de cette disposition, lors du calcul de cette fraction, il doit être tenu compte du rapport existant entre les années entières de cotisations de l'assuré et celles de sa classe d'âge. La durée de cotisations est réputée complète lorsque l'assuré présente le même nombre d'années de cotisations que les assurés de sa classe d'âge. Sont considérées comme

années de cotisations les périodes durant lesquelles une personne a payé des cotisations, les périodes pendant lesquelles son conjoint a payé au moins le double de la cotisation minimale et les périodes pour lesquelles des bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance peuvent être prises en compte (art. 29ter LAVS). A l'aune du droit actuel (art. 21 LAVS), les assurés nés en 1962 présenteront une durée de cotisations de 44 ans au moment où naîtra en 2027 leur droit à une rente de vieillesse. C'est à cette durée de cotisations que la durée de cotisations effective de l'intéressé doit être comparée. Sur la base des revenus perçus par le recourant, ressortant des extraits de son compte individuel (pces 30 s.), il apparaît que l'intéressé a cotisé à l'AVS 4 années et 7 mois, de mai 1990 à mars 1992 et d'octobre 2005 à mai 2008. Ces 4 années de cotisations retenues par la loi (cf. l'art. 38 al. 2 LAVS), par rapport aux 44 années complètes des assurés de la classe d'âge 1962 qui prendront leur retraite en 2027, donneraient droit au recourant à une rente partielle au sens de l'art. 29 al. 2 let. b LAVS seulement. Selon l'indicateur d'échelles de rentes valable pour 2009 (Tables des rentes 2009, p. 10), pour 4 années entières de cotisations accomplies la rente doit être calculée selon l'échelle 4. Une rente partielle de l'échelle 4 équivaut à 9,09 % d'une rente complète (cf. l'art. 52 RAVS).

#### **E. 5.4**

Une fois l'échelle de rente déterminée, la rente est calculée sur la base du revenu annuel moyen de l'assuré. Celui-ci s'obtient en divisant le revenu total sur lequel il a payé des cotisations par le nombre des années de cotisations (art. 30 al. 1 et 2 LAVS). On ne tient toutefois compte que des cotisations versées entre le 1er janvier de l'année suivant celle où l'assuré a accompli sa 20ème année et le 31 décembre de l'année précédant l'ouverture du droit à la rente (art. 29bis al. 1 LAVS).

#### **E. 5.5**

En l'espèce, l'intéressé a versé des cotisations correspondant à un revenu global de Fr. 1'239'040.- de 1990 à 1992 et de 2005 à 2008. Or, pour un assuré dont les premières cotisations ont été versées en 1990, il n'est pas prévu de revalorisation (1ère année de cotisations: 1990, facteur de revalorisation: 1,000; cf. Tables des rentes 2009, p. 15 s.; art. 30 LAVS et 51bis RAVS). A ce montant correspond, pour une durée de cotisations de 4 ans et 7 mois (55 mois), un revenu annuel moyen de Fr. 270'336.- ([Fr. 1'239'040.- : 55] x 12) porté au revenu annuel moyen déterminant de Fr. 270'864.- (multiple supérieur de Fr. 1'368.-) selon les Tables des rentes 2009. En 2009, dans l'échelle de rentes 4, le revenu moyen déterminant de Fr. 270'864.- donne droit à une rente mensuelle simple de vieillesse de Fr. 207.- (Tables des rentes 2009, p. 98).

#### **E. 5.6**

En vertu de l'art. 4 al. 4 OR-AVS, il convient de procéder au calcul comparatif du montant des cotisations remboursables sans réduction et du montant actuel capitalisé escompté de la rente que percevrait un rentier dans la même situation. Techniquement, la valeur actuelle d'une rente correspond à la valeur des prestations qui ne sont dues qu'à l'avenir et dont le capital est escompté à la date de capitalisation (M. Schaetzle / S. Weber, Manuel de capitalisation, 5ème éd. Zurich 2001, p. 12). Ceci implique que la rente capitalisée soit escomptée en tenant compte de l'âge du bénéficiaire au moment de la demande de remboursement des cotisations. Selon les tables publiées par l'OFAS "Tables des valeurs actuelles, Remboursement des cotisations en tenant compte de la clause d'équité" valables à partir du 1er janvier 1997 (p. 71), la valeur actuelle pour un homme de 46 ans au moment de

la demande (10 mars 2009) est 8.143. En conséquence, la rente annuelle capitalisée escomptée se monte à Fr. 20'227.212 (Fr. 207.- x 12 x 8.143), montant que l'on peut arrondir à Fr. 20'227.-. Le montant remboursé ne pouvant être supérieur au montant actuel (escompté) de la rente capitalisée, en application de la clause d'équité découlant du principe de solidarité de l'AVS applicable selon le principe d'égalité de traitement (art. 8 de la Constitution fédérale du 19 avril 1999; RS 101) à toute personne assujettie à la LAVS, il s'ensuit qu'en l'espèce c'est bien le montant de ce plafonnement qui doit être remboursé.

### **E. 6.1**

En application de la clause d'équité, le recourant pourrait donc avoir droit à un remboursement de ses cotisations limité à Fr. 20'227.-. L'intéressé a exposé qu'en ces circonstances il préfère renoncer au remboursement, ce qu'il a concrètement fait en restituant le montant perçu. L'autorité inférieure a traité cette manifestation de volonté comme une demande de renonciation à des prestations au sens de l'art. 23 LPGA. En effet, aux termes de cette disposition, l'ayant droit ne peut renoncer à des prestations qui lui sont dues que si la renonciation n'est pas préjudiciable aux intérêts d'autres personnes, d'institutions d'assurance ou d'assistance ou lorsqu'elle tend à éluder des dispositions légales

### **E. 6.2**

L'autorité de céans ne saurait dans le cas d'espèce suivre la thèse de l'autorité inférieure. La manifestation de volonté exprimée par l'intéressé ne peut en effet consister dans une renonciation à des prestations. Le recourant n'entend pas renoncer matériellement à son droit d'obtenir le remboursement des cotisations AVS, mais seulement sursoir à le requérir à ce jour dans le dessein évident de percevoir un montant plus important à sa retraite. Son intention à cet égard est claire et a d'ailleurs été reconnue par l'autorité inférieure dans sa réponse du 14 décembre 2009 (pce 3 TAF). De surcroît, le remboursement de cotisations AVS ne saurait consister dans des prestations dues à un ayant droit au sens où l'entend l'art. 23 al. 1 LPGA. Cette disposition ne peut donc trouver application dans la présente occurrence.

### **E. 6.3**

Le Tribunal de céans estime que la manifestation de volonté du recourant doit être considérée comme un retrait formel de sa demande de remboursement de cotisations AVS. Par ses déclarations et par actes concluants, il a en effet indubitablement marqué son intention de revenir sur sa requête et s'est réservé le droit de la réintroduire ultérieurement. Or, lorsqu'une procédure administrative doit être déclenchée par une requête de l'administré et qu'elle est destinée à lui accorder un avantage, la procédure est régie par la maxime de disposition (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3ème éd. Staempfli SA, Berne 2009, p. 269 n° 20). L'autorité n'accordera pas d'office à un administré une faculté, un avantage, un droit que celui-ci n'a pas demandé à obtenir. L'administré conserve ainsi la maîtrise de la procédure et est habilité à y mettre fin unilatéralement. Une requête peut donc, dans ce type de procédure, toujours être retirée par celui qui l'a déposée. Du reste, si le retrait intervient avant une décision formelle de l'autorité, la procédure perd son objet et l'affaire est classée d'office, sans qu'il soit nécessaire qu'une décision le constate (ATF 100 Ib 129; cf. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und verwaltungs-rechtspflege des Bundes*, 2ème éd. Schulthess, Zurich 1998, n° 224; PIERRE

MOOR, Droit administratif, V. II, éd. Staempfli SA, Berne 2002, p. 256; également BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, éd. Staempfli Sa, Berne 2000, p. 169). Il est le lieu de préciser que le recourant n'a pris connaissance du montant qui devait lui être remboursé qu'avec la décision du 1er avril 2009 et qu'il a réagi immédiatement à sa réception, dans le cadre de la procédure d'opposition, puis dans le cadre de la présente procédure de recours. La décision du 1er avril 2009 n'est donc pas entrée en force de chose jugée. La sécurité du droit et le principe de la confiance ne se heurtent donc pas au retrait de la requête en remboursement par le recourant (cf. PIERRE MOOR, op. cit., V. II, p. 323 et 332).

#### **E. 6.4**

Suite au retrait de la demande de l'intéressé, il n'y a pas lieu de procéder au remboursement des cotisations versées par A.\_\_\_\_\_. Le recours du 23 septembre 2009 doit, partant, être admis et la décision sur opposition du 20 août 2009 annulée.

#### **E. 7.1**

Il n'est pas perçu de frais pour la présente procédure de recours (art. 85bis al. 2 LAVS).

#### **E. 7.2**

Le recourant n'étant pas représenté, il ne lui est pas alloué de dépens (art. 7 ss du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.