

## **FR\_GERICHTE 608 2021 100 vom 3. August 2021**

FR Kantonsgericht, 2021-08-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_608\\_2021\\_100](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_608_2021_100)

FR: FR\_GERICHTE 608 2021 100 du 3 août 2021

IT: FR\_GERICHTE 608 2021 100 del 3 agosto 2021

### **Regeste**

Arrêt de la IIe Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal | Erwerbsersatz

### **Volltext**

Tribunal cantonal TC Kantonsgericht KG Rue des Augustins 3, case postale 630, 1701 Fribourg T +41 26 304 15 00 tribunalcantonal@fr.ch www.fr.ch/tc — Pouvoir Judiciaire PJ Gerichtsbehörden GB 608 2021 100 Arrêt du 3 août 2021 IIe Cour des assurances sociales Composition Président : Johannes Frölicher Juges : Daniela Kiener, Marc Sugnaux Greffière-stagiaire : Charlotte Mottet Parties A. \_\_\_\_\_, recourante, contre HOTELA CAISSE DE COMPENSATION AVS, autorité intimée Objet Allocations pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus (APG-Corona) – personne occupant une position assimilable à celle d’un employeur – revenu déterminant Recours du 28 mai 2021 contre la décision sur opposition du 5 mai 2021 Tribunal cantonal TC Page 2 de 7 considérant en fait A. A. \_\_\_\_\_ (la recourante), domiciliée à B. \_\_\_\_\_, est l’associée gérante, avec signature individuelle, de la société à responsabilité limitée C. \_\_\_\_\_ Sàrl (la société), qui a notamment pour but l’exploitation d’établissements publics, de type bar, café, tea-room ou restaurant, ainsi que l’exploitation d’un service traiteur et l’organisation d’évènements. La société est inscrite au registre du commerce depuis le 19 décembre 2018 (voir extrait du registre du commerce du 27 novembre 2019, dossier administratif p. 1). La société a commencé son activité en 2019 en exploitant le bar-restaurant « D. \_\_\_\_\_ », à B. \_\_\_\_\_. Elle occupe des employés depuis le 15 mai 2019 (voir demande d’affiliation du 8 mai 2019, finalement prise en considération à compter du 1er janvier 2020 étant donné que la société était déjà affiliée à la Caisse de compensation du canton de Fribourg pour 2019; dossier administratif p. 3). Elle n’a toutefois versé aucun salaire à la recourante durant l’année 2019 (voir opposition du 23 mars 2021). Pour la période du 16 mars 2020 au 11 mai 2020, elle a fait valoir et obtenu de la caisse de chômage concernée des indemnités en cas de réduction de l’horaire de travail en faveur de ses employés, y compris la recourante (voir opposition du 23 mars 2021 et les décomptes annexés). Parallèlement, la recourante a continué d’exercer une activité indépendante dans le domaine du service traiteur qu’elle avait débutée le 1er juin 2017. Par décisions du 11 septembre 2020 et du 16 septembre 2020, rendues en cours de procédure de recours devant la Cour de céans, la Caisse de compensation du canton de Fribourg lui a reconnu à ce titre le droit aux allocations pour perte de gain en lien avec le coronavirus à partir du 17 mars 2020 (voir arrêt TC FR du 24 septembre 2020 dans la cause 608 2020 84; attestation du 5 février 2021 de la Caisse de compensation du canton de Fribourg faisant état d’allocations perte de gain versées à concurrence du montant total net de CHF 9'617.20 pour l’année 2020). L’activité indépendante dans le domaine du service traiteur a été reprise par la société dès le 1er janvier 2021 (voir opposition du 23 mars 2021). B. La recourante a transmis à la Caisse de compensation une demande d’allocation pour perte de gain

COVID-19 relative au mois de janvier 2021, en tant que personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur. Elle a confirmé avoir subi une perte de gain durant ce mois (dossier administratif p. 7). Par décision du 15 mars 2021, la Caisse de compensation a refusé la demande, au motif que le revenu moyen déterminant devait être calculé sur la base du revenu de l'activité lucrative soumise à l'AVS déclaré en 2019, à savoir CHF 0.-, de telle sorte qu'il n'y avait pas de perte de salaire à prendre en considération. C. Le 23 mars 2021, représentée par sa fiduciaire, la recourante a formé opposition contre la décision du 15 mars 2021. Exposant la situation relative au développement de ses activités, elle a notamment indiqué que la société n'avait pas pu lui verser de salaire en 2019, en raison de nombreux investissements. Cela n'excluait toutefois selon elle pas son droit aux allocations perte de gain requises, car ses activités avaient été fortement impactées par les décisions de fermeture des restaurants et bars, ainsi que par la limitation du nombre de personnes en réunion privée. Elle a enfin relevé que lors des premières mesures de « confinement » en 2020, elle avait perçu des Tribunal cantonal TC Page 3 de 7 indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, ainsi que des allocations perte de gain (voir ci-dessus let. A). Par décision sur opposition du 5 mai 2021, la Caisse de compensation a confirmé que la recourante n'avait pas droit aux allocations perte de gain en cas de coronavirus. Elle a retenu que celle-ci entrait dans la catégorie des personnes dont la position est assimilable à celle d'un employeur et qu'elle avait débuté son activité au sein de sa société en 2019, de telle sorte que c'était l'année 2019, durant laquelle aucun salaire n'avait été versé, qui était déterminante pour fixer le revenu servant au calcul de l'allocation. Compte tenu d'un revenu déterminant égal à CHF 0.-, la Caisse de compensation en a déduit que la situation de la recourante n'ouvrait pas de droit au paiement d'une allocation. En lien avec les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail perçues au printemps 2020, elle a indiqué que les conditions d'octroi des deux types d'indemnisation étaient différentes. Enfin, s'agissant des allocations perte de gain perçues durant l'automne 2020, elle a relevé en substance que celles-ci avaient été octroyées à la recourante en lien avec son ancienne activité indépendante alors que, pour le mois de janvier 2021, la situation devait être envisagée sous le seul angle du revenu de salariée dirigeante de sa société. D. Par recours du 28 mai 2021 interjeté auprès du Tribunal cantonal, la recourante conclut une nouvelle fois à l'octroi de l'allocation perte de gain en cas de coronavirus, en précisant que celle-ci doit être fixée sur la base de son salaire versé par la société en 2020. A l'appui de sa position, elle formule plusieurs griefs à l'égard de la réglementation appliquée, reprochant notamment à celle-ci non seulement d'ignorer la réalité des charges importantes existant lors de la création d'une société, mais également de protéger les caisses de l'Etat au lieu de soutenir les entrepreneurs qui paient des impôts et des taxes. Dans ses observations du 30 juin 2021, la Caisse de compensation conclut au rejet du recours. Rappelant la réglementation applicable, elle indique que celle-ci ne prévoit pas le système dynamique que la recourante souhaite se voir appliquer. Elle relève qu'au contraire, si l'activité a débuté en 2019 déjà, comme c'est le cas en l'espèce, c'est cette année qui reste déterminante pour fixer le revenu de référence. Les observations ont été adressées à la recourante pour information. Il n'a pas été ordonné d'autre échange d'écritures. en droit 1. Recevabilité. Interjeté en temps utile et dans les formes légales par une personne directement touchée par la décision attaquée, le recours est recevable. Tribunal cantonal TC Page 4 de 7 2. Règles relatives à l'octroi de l'allocation perte de gain en cas de coronavirus aux personnes occupant une position assimilable à celle d'un employeur. 2.1. Le 17 mars 2020 est entrée en vigueur l'ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures en cas de pertes

de gain en lien avec le coronavirus (COVID-19) (ordonnance sur les pertes de gain COVID-19; RS 830.31). 2.2. Selon l'art. 2 al. 3 en relation avec l'art. 2 al. 1bis let. c de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa teneur entrée en vigueur le 17 septembre 2020 ici applicable, les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1) et les personnes visées à l'art. 31 al. 3 let. b et c de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage (LACI; RS 837.0) ont droit à l'allocation perte de gain si elles sont assurées obligatoirement au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10), si elles doivent interrompre leur activité lucrative en raison de mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19 ordonnées par une autorité et si elles subissent une perte de gain ou de salaire. Les personnes visées à l'art. 31 al. 3 let. c LACI sont celles qui fixent les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise. Dès le 17 septembre 2020, le cercle des ayants droit à l'allocation a ainsi été élargi aux personnes salariées occupant une position assimilable à celle d'un employeur, au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI. 2.3. L'art. 5 al. 1 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 prévoit que l'indemnité journalière est égale à 80% du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation. L'art. 5 al. 2 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ajoute que pour déterminer le montant de ce revenu, l'art. 11 al. 1 de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations perte de gain (LAPG; RS 834.1) s'applique par analogie. Il ressort pour l'essentiel de cette disposition que le revenu moyen est le revenu déterminant pour le calcul des cotisations dues conformément à la LAVS. L'art. 5 al. 2quater de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, entré en vigueur le 17 septembre 2020, précise que pour les salariés au sens de l'art. 10 LPGA, la perte de salaire engendrée par les mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19 ordonnées par une autorité est déterminante pour le calcul de l'allocation (1ère phrase) et que l'indemnité journalière correspond à 80% de cette perte de salaire. 2.4. L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a émis des lignes directrices relatives à l'application de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 dans la circulaire sur l'allocation pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus (CCPG). De telles directives de l'OFAS ne créent pas de nouvelles règles de droit mais sont destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, en visant à unifier, voire à codifier la pratique Tribunal cantonal TC Page 5 de 7 des organes d'exécution. Elles ont notamment pour but d'établir des critères généraux d'après lesquels sera tranché chaque cas d'espèce et cela aussi bien dans l'intérêt de la praticabilité que pour assurer une égalité de traitement des ayants droit. Selon la jurisprudence, ces directives n'ont d'effet qu'à l'égard de l'administration dont elles donnent le point de vue sur l'application d'une règle de droit et non pas une interprétation contraignante de celle-ci. Cela ne signifie toutefois pas que le juge n'en tienne pas compte. Au contraire, il doit les prendre en considération lors de sa décision lorsqu'elles offrent une interprétation satisfaisante des dispositions légales applicables et adaptée au cas d'espèce. Il ne s'en écarte que dans la mesure où les directives établissent des normes qui ne sont pas conformes aux dispositions légales applicables (voir ATF 145 V 84 consid. 6.1.1 et les références). Les chiffres 1069.1 et 1069.2 CCPG, introduits dans la version 8 du 4 novembre 2020, en vigueur dès le 17 septembre 2020, énoncent les lignes directrices relatives à la fixation du revenu déterminant

pour les personnes salariées occupant une position assimilable à celle d'un employeur. Le chiffre 1069.1 CCPG prévoit le principe selon lequel le revenu moyen déterminant est calculé sur la base du revenu de l'activité lucrative soumis à l'AVS déclaré en 2019. Il précise que si l'activité a débuté il y a moins d'un an, le chiffre 1067 CCPG s'applique par analogie. Selon ledit chiffre, si le revenu est réalisé sur une période inférieure à un an, la conversion en revenu journalier moyen se fait sur la base de la période d'activité effective, avec la référence à l'ATF 133 V 431. Le chiffre 1069.2 CCPG indique quant à lui que si l'activité a débuté en 2020, le montant de l'allocation est calculé à partir du revenu moyen réalisé en 2020 d'après les décomptes de salaire; si l'activité a débuté en 2021, on se base sur les mêmes informations. Ce chiffre reprend par ailleurs la précision relative à l'application par analogie du chiffre 1067 CCPG pour le cas où l'activité a débuté il y a moins d'un an. Enfin, il ressort du chiffre 1041.5a CCPG, introduit dans la version 12 du 29 janvier 2021, en vigueur à partir du 17 septembre 2020, qu'en cas de changement de statut juridique (transformation de raisons individuelles, de sociétés de personnes ou de personnes morales), l'examen de la baisse du chiffre d'affaires, le droit et le calcul de l'allocation se basent uniquement sur le nouveau statut.

3. Discussion sur le revenu déterminant pour fixer le montant de l'allocation.

3.1. En l'espèce, la recourante demande l'octroi de l'allocation perte de gain en cas de coronavirus, sur la base de l'art. 2 al. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 qui, depuis le 17 septembre 2020, ouvre le droit à cette allocation aux personnes salariées occupant une position assimilable à celle d'un employeur, à certaines conditions. La recourante est salariée de la société à responsabilité limitée dont elle est associée gérante et qui, pour se conformer à des mesures fédérales et cantonales a dû, notamment dès le 27 décembre 2020, fermer le bar restaurant et cesser le service traiteur qu'elle exploite d'ordinaire. Il est ainsi admis qu'elle remplit sur le principe les conditions d'octroi de l'indemnité qu'elle demande pour le mois de janvier 2021. L'objet du litige porte sur la fixation du montant de l'allocation qui, calculé par la Caisse de compensation sur la base d'un revenu égal à CHF 0.- et par conséquent d'une perte de salaire nulle, revient à nier le droit même à l'allocation. Tribunal cantonal TC Page 6 de 7

3.2. Selon les règles exposées ci-dessus, pour une personne salariée, le revenu moyen est le revenu déterminant pour le calcul des cotisations dues conformément à la LAVS. La perte de salaire servant à fixer l'allocation est calculée sur cette base. Si l'activité en question a débuté avant 2020, le montant de l'allocation est calculé sur la base du revenu de l'activité lucrative soumis à l'AVS déclaré en 2019. Si l'activité en question a débuté en 2020, le montant de l'allocation est calculé à partir du revenu moyen réalisé en 2020 d'après les décomptes de salaire.

3.3. En l'espèce, la société a été constituée à la fin de l'année 2018. Elle a débuté l'exploitation d'un bar restaurant dans le courant de l'année 2019. Elle a ensuite également repris au début de l'année 2021 le service traiteur que la recourante exploitait auparavant en tant qu'indépendante. Ce champ d'activité correspond toutefois au but qu'elle s'était donné dès sa constitution (voir partie en fait, let. A). Quoiqu'il en soit, cette reprise ne peut pas être assimilée à un changement de statut juridique (transformation de raisons individuelles, de sociétés de personnes ou de personnes morales), au sens du chiffre 1041.5a CCPG. Elle n'a pas de conséquence sur le fait que la société existait depuis la fin de l'année 2018 et qu'elle développait des activités conformes à son but depuis le courant de l'année 2019 déjà. Il en résulte que l'activité dépendante de la recourante au sein de sa propre société a effectivement débuté en 2019, de telle sorte que c'est le salaire moyen réalisé dans cette activité durant cette année qui constitue le revenu déterminant pour calculer la perte de salaire servant à fixer l'allocation requise. C'est ainsi à juste titre que, se

référant à un revenu déterminant égal à CHF 0.- pour l'année 2019, la Caisse de compensation a nié le droit à l'allocation. Cette conclusion n'est plus particulièrement pas remise en question par les explications de la recourante selon lesquelles la société ne lui a pas versé de salaire en 2019 car elle devait alors supporter des dépenses d'investissement. En effet, en tant que personne occupant une position assimilable à celle d'un employeur, la recourante dispose d'une certaine marge de manœuvre concernant autant le développement des activités de la société que la rémunération que celle-ci lui octroie. Elle doit ainsi assumer les conséquences de la fixation de son salaire à CHF 0.- pour l'année 2019, ce qui conduit à admettre que, comparé à ce montant, l'absence de revenu en janvier 2021 ne constitue pas une perte de salaire au sens de l'art. 5 al. 2<sup>quater</sup> de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19. Le fait qu'elle pouvait difficilement prévoir à ce moment les effets de la pandémie de COVID-19 sur les différentes activités économiques n'y change rien. Pour le reste, même si cela ne semble plus contesté au stade du recours, il peut encore être relevé avec la Caisse de compensation que l'examen du droit de la recourante à l'allocation perte de gain à partir de janvier 2021 ne se fonde pas sur les mêmes bases réglementaires que celles qui ont conduit à l'octroi d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail au printemps 2020 et à l'octroi d'allocations perte de gain en lien avec son ancienne activité indépendante à l'automne 2020. La recourante ne peut dès lors se prévaloir de ces prestations reçues en 2020 pour en déduire un droit au versement d'allocations perte de gain pour janvier 2021 en lien avec l'activité formellement dépendante qu'elle exerce pour sa société dans une position assimilable à celle d'un employeur. Tribunal cantonal TC Page 7 de 7 4. Sort du recours et frais. 4.1. Sur le vu de ce qui précède, la décision sur opposition du 5 mai 2021 est confirmée et le recours rejeté. 4.2. Il n'est pas perçu de frais de justice, la procédure portant sur un litige en matière de prestations (voir art. 61 let. fbis LPGA, en vigueur depuis le 1er janvier 2021). la Cour arrête: I. Le recours est rejeté. II. Il n'est pas perçu de frais de justice. III. Notification. Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite. Fribourg, le 3 août 2021/msu Le Président : La Greffière-stagiaire :

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