

# FR\_GERICHTE 608 2021 137 vom 2. Dezember 2021

FR Kantonsgericht, 2021-12-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_608\\_2021\\_137](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_608_2021_137)

FR: FR\_GERICHTE 608 2021 137 du 2 décembre 2021

IT: FR\_GERICHTE 608 2021 137 del 2 dicembre 2021

## Regeste

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

## Erwägungen

### E. 31

décembre 2019 (soit CHF 201'842.55 / 29 mois = CHF 6'960.08 / mois). Comme vous indiquez un chiffre d'affaires nul pour les mois de janvier, février et mars 2021, la condition de la limitation significative de l'activité lucrative est réalisée. En 2019, vous avez déclaré une masse salariale vous concernant de CHF 46'150.-, soit un revenu mensuel de CHF 3'845.80. Dans votre formulaire de demande APG-Corona, vous indiquez ne pas avoir perçu de salaires pour les mois de janvier à mars 2021. Cependant, à la lumière de votre Tribunal cantonal TC Page 4 de 10 comptabilité et en particulier du compte salaire de la société, il ressort que vous avez perçu un salaire mensuel de CHF 4'615.- tant le 31 janvier 2021 que le 29 mars 2021 pour les deux mois concernés. Par conséquent, vous n'avez pas subi de perte de salaire pour ces mois, même s'il existe une baisse du chiffre d'affaire de votre société. » E. Par recours du 2 août 2021 interjeté auprès du Tribunal cantonal, le recourant conclut implicitement à l'annulation de la décision sur opposition confirmant son devoir de restituer les allocations perte de gain COVID-19 pour les mois de janvier 2021 et mars 2021. Il fonde sa position sur le fait que ces allocations ont permis à la société de payer la majeure partie de ses salaires pour ces deux mois. Il précise que ces montants n'ont pas servi à payer d'autres factures et que le solde des salaires a pu être versé grâce au paiement de factures émises en 2020 et payées en 2021. Il ajoute que sans ces rentrées d'argent relatives aux factures 2020 et sans les versements d'allocations perte de gain COVID-19, la société aurait dû licencier le personnel, voire être mise en faillite. Se référant enfin à l'affirmation de la Caisse de compensation selon laquelle il n'aurait pas subi de perte de salaire, il indique qu'au contraire, sans les versements d'allocations perte de gain, ses salaires n'auraient été que de CHF 577.75 pour janvier 2021 et CHF 1'211.05 pour mars 2021. Dans ses observations du 30 août 2021, la Caisse de compensation conclut au rejet du recours. Elle relève en particulier que, à la lumière de la comptabilité produite, le recourant avait perçu son salaire mensuel habituel pour les mois de janvier 2021 et mars 2021, de telle sorte qu'il n'avait pas subi de perte de salaire. Dans un second échange d'écritures, les parties ont maintenu leurs positions. Autant qu'utiles à la solution du litige, il sera fait état de leurs arguments dans les considérants en droit du présent arrêt. 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. 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. 3bis 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

Tribunal cantonal TC Page 5 de 10 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 leur activité lucrative est significativement limitée en raison de mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19 ordonnées par une autorité, si elles subissent une perte de gain ou de salaire et si elles ont touché pour cette activité au moins CHF 10'000.- à titre de revenu soumis aux cotisations AVS en 2019. 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. Selon l'art. 2 al. 3ter de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa teneur ici applicable, en vigueur du 19 décembre 2020 au 31 mars 2021, l'activité lucrative est considérée comme significativement limitée au sens de ce qui précède lorsque le chiffre d'affaires mensuel baisse d'au moins 40% par rapport au chiffre d'affaires mensuel moyen des années 2015 à 2019. Si l'activité a débuté après 2015 et avant 2020, la moyenne doit être calculée sur la période de revenu correspondante. 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 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

Tribunal cantonal TC Page 6 de 10 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). Le chiffre 1069.1 CCPG, introduit dans la version 8 du 4 novembre 2020, valable à partir du 17 septembre 2020, prévoit le principe que, pour les personnes salariées occupant une position assimilable à celle d'un employeur, le revenu moyen déterminant est calculé sur la base du revenu de l'activité lucrative soumis à l'AVS déclaré en 2019. Le chiffre 1058 CCPG, dans sa teneur introduite dans la version 10 du 18 décembre 2020, valable à partir du 17 septembre 2020, précise quant à lui notamment que pour les personnes dont la position est assimilable à celle d'un employeur, l'allocation se monte à 80% de la perte de salaire subie au cours du mois correspondant. Cette ligne directrice est illustrée par l'exemple suivant : « une personne dont la position est assimilable à celle d'un employeur fait valoir son droit à l'allocation pour perte de gain COVID-19 pour le mois de décembre 2020 car son entreprise a enregistré une baisse de chiffre d'affaires [de plus de 40%]. En effet, cette personne a vu son revenu mensuel soumis à l'AVS tomber alors à CHF 4'500.-, alors qu'il était de CHF 6'000.- pendant toute l'année 2019. Le montant de l'allocation est calculé comme suit :  $(6'000 - 4'500) / 30 \times 80\% = 40$ . L'indemnité journalière est donc de CHF 40.- ». 3. Règles relatives à la restitution de prestations versées à tort 3.1. Selon l'art. 25 al. 1 LPGA, applicable par renvoi de l'art. 1 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile. 3.2. La procédure de restitution de prestations implique trois étapes en principe distinctes: une première décision sur le caractère indu des prestations, soit sur le point de savoir si les conditions d'une reconsidération de la décision par laquelle celles-ci étaient allouées sont réalisées; une deuxième décision sur la restitution en tant que telle des prestations, au sens de l'art. 25 al. 1, 1ère phrase, LPGA et, le cas échéant, une troisième décision sur la remise de l'obligation de restituer au sens de l'art. 25 al. 1, 2ème phrase, LPGA (voir art. 3 et 4 de l'ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales, OPGA; RS 830.11; arrêt TF 9C\_678/2011 du 4 janvier 2012 consid. 5.2). 3.3. La première décision sur le caractère indu des prestations vise à déterminer si les conditions d'une reconsidération ou d'une révision procédurale des décisions par lesquelles les prestations litigieuses ont été allouées sont remplies (ATF 126 V 46 consid. 2b et les références citées). La reconsidération et la révision sont explicitement réglées à l'art. 53 LPGA, qui codifie la jurisprudence antérieure à son entrée en vigueur: selon un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision formellement passée en force de chose jugée sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable. En outre, par analogie avec la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, l'administration est

Tribunal cantonal TC Page 7 de 10 tenue de procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, pouvant conduire à une appréciation juridique différente (ATF 127 V 466 consid. 2c et les références citées). Pour juger s'il est admissible de reconsidérer une décision pour le motif qu'elle est sans nul doute erronée, il faut se fonder sur les faits et la situation

juridique existant au moment où cette décision a été rendue, compte tenu de la pratique en vigueur à l'époque (ATF 125 V 383 consid. 3 et les références citées). Ces principes sont aussi applicables lorsque des prestations ont été accordées sans avoir fait l'objet d'une décision formelle et que leur versement, néanmoins, a acquis force de chose décidée. Il y a force de chose décidée si l'assuré n'a pas, dans un délai d'examen et de réflexion convenable, manifesté son désaccord avec une certaine solution adoptée par l'administration et exprimé sa volonté de voir statuer sur ses droits dans un acte administratif susceptible de recours (ATF 129 V 110 consid. 1.1; arrêt TF 8C\_39/2019 du 10 juillet 2019 consid. 4.2).

3.4. La deuxième décision relative au principe même de la restitution comprend en particulier l'examen des effets rétroactifs ou non de la correction à opérer en raison du caractère indu des prestations, à la lumière de l'art. 25 al. 1, 1ère phrase, LPGA et des dispositions des lois spéciales applicables (PÉTREMAND in Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales 2018, art. 25 n. 30).

3.5. Quant à la troisième décision sur l'éventuelle remise de l'obligation de restituer, elle implique l'examen de deux conditions matérielles, soit la bonne foi de l'assuré et l'existence d'une situation difficile, prévues à l'art. 25 al. 1, seconde phrase, LPGA. Ces conditions sont cumulatives et leur réalisation est nécessaire pour que la remise de l'obligation de restituer soit accordée (arrêt TF 8C\_203/2015 du 23 septembre 2015 consid. 4 et les références citées). S'agissant de la bonne foi, il convient de rappeler que le principe fondamental qui gouverne les rapports entre les administrés et l'administration est celui selon lequel nul n'est censé ignorer la loi (arrêt TF 2C\_951/2014 du 16 avril 2015 consid. 3.1.1). Dès lors, en vertu de ce principe général valable également dans le droit des assurances sociales, nul ne peut tirer avantage de sa propre méconnaissance du droit (ATF 126 V 308 consid. 2b et les références citées). La jurisprudence en déduit que la bonne foi, en tant que condition de la remise, est exclue d'emblée lorsque les faits qui conduisent à l'obligation de restituer, telle la violation du devoir d'annoncer ou de renseigner, sont imputables à un comportement dolosif ou à une négligence grave. Il y a négligence grave quand un ayant droit ne se conforme pas à ce qui peut raisonnablement être exigé d'une personne capable de discernement dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (arrêts TF 8C\_203/2015 précité consid. 4, 8C\_129/2015 du 13 juillet 2015 consid. 4 et les références citées). Quant à la condition de la situation difficile, il ressort de l'art. 5 OPGA qu'elle existe lorsque les dépenses reconnues par la législation applicable en matière de prestations complémentaires et les dépenses supplémentaires admises sont supérieures aux revenus déterminants selon cette législation.

3.6. Par ailleurs, selon la jurisprudence, l'existence des trois étapes en principe distinctes de la procédure de restitution implique que le destinataire d'une décision de restitution qui entend la contester dispose en réalité de deux moyens qu'il convient de distinguer de façon claire: s'il prétend qu'il avait droit aux prestations en question, il doit faire opposition dans un délai de 30 jours; en

Tribunal cantonal TC Page 8 de 10 revanche, s'il admet avoir perçu indûment des prestations, mais qu'il invoque sa bonne foi et des difficultés qu'il rencontrerait en cas de remboursement, il doit présenter une demande de remise. La demande de remise ne peut être traitée sur le fond que si la décision de restitution est entrée en force, la remise et son étendue faisant l'objet d'une procédure distincte (voir art. 4 al. 2 OPGA). L'art. 4 al. 4 OPGA précise qu'une telle demande doit être déposée au plus tard 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution (arrêt TF 8C\_799/2017 du 11 mars 2019 consid. 6).

4. Discussion sur la reconsidération du droit aux allocations perte de gain COVID-19 pour les mois de janvier 2021 et mars 2021 En l'espèce, il n'est pas contesté que

le recourant occupe une position assimilable à celle d'un employeur au sein de sa société, qu'il est assuré obligatoirement au sens de la LAVS et que, en tant que salarié, il a perçu en 2019 un revenu soumis à cotisations sociales supérieur à CHF 10'000.-. A ce titre, pour les mois litigieux de janvier 2021 et mars 2021, il peut prétendre à des allocations perte de gain COVID-19 pour autant que son activité ait été significativement limitée en raison de mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19 et qu'il ait subi une perte de salaire. Contrairement à ce qui figurait dans les demandes d'allocations perte de gain COVID-19 du 3 février 2021 et du 29 mars 2021, la société a versé au recourant le salaire habituel de CHF 4'615.- pour les mois de janvier 2021 et mars 2021, en date du 31 janvier 2021, respectivement du 29 mars 2021 (voir partie en fait, let. B). Il en résulte que pour ces deux mois, contrairement au mois de février 2021 pour lequel il n'a pas reçu de salaire, le recourant ne remplit pas la condition de la perte de salaire. Il peut par ailleurs être relevé avec l'autorité intimée que le salaire de CHF 4'615.- versé en janvier 2021 et mars 2021 est même largement supérieur au revenu mensuel réalisé en 2019, à savoir CHF 3'845.80, déterminant pour effectuer la comparaison et fixer la hauteur de la perte hypothétique. Le fait que la société ait connu à partir de janvier 2021 une forte baisse de son activité n'y change rien. Ce qui est décisif, c'est qu'elle a été en mesure, pour les mois en cause, de verser au recourant un salaire même supérieur au revenu mensuel réalisé en 2019. Certes, le recourant soutient à cet égard qu'en réalité, ce serait uniquement grâce aux allocations perte de gain COVID-19 versées à la société que celle-ci a pu s'acquitter de l'intégralité de son salaire. Cela est toutefois contredit par le fait que les deux salaires en question ont été payés par la société avant même que les allocations perte de gain COVID-19 lui aient été versées. Par ailleurs et surtout, la comptabilité provisoire produite par la société pour les mois de janvier à avril 2021 fait ressortir que celle-ci a encaissé des montants importants durant les mois de janvier 2021 (quatre versements correspondant à des montants facturés en 2020, pour un total de CHF 20'476.90) et mars 2021 (quatre versements correspondant à des montants facturés en janvier 2021, pour un total de CHF 11'552.65). L'encaissement de ces montants importants, correspondant sur deux mois à plus de quatre fois le chiffre d'affaires mensuel moyen d'environ CHF 7'000.- réalisé entre août 2017 et décembre 2019 (voir ci-dessus partie en fait, let. D), permet d'expliquer que, malgré la forte réduction de son activité, la société a continué à verser au recourant son salaire usuel à tout le moins pour les mois de janvier et mars 2021. En conséquence, le recourant n'ayant pas subi de perte de salaire pour les mois de janvier 2021 et mars 2021, il n'avait pas droit pour ces deux mois aux allocations perte de gain COVID-19. C'est

Tribunal cantonal TC Page 9 de 10 dès lors à juste titre que la Caisse de compensation a constaté le caractère manifestement erroné de ses décomptes du 22 février 2021 et du 6 avril 2021 et que, reconsidérant sa position, elle a nouvellement décidé qu'elle ne pouvait pas octroyer les allocations perte de gain COVID-19 pour les mois de janvier 2021 et mars 2021. Le recours sera dès lors rejeté et la décision sur opposition du 12 juillet 2021 confirmée sous cet angle. 5. Discussion sur la restitution des prestations et l'éventuelle remise de l'obligation de restituer. 5.1. Il ressort de ce qui précède que la Caisse de compensation a versé des montants de CHF 4'037.25 et de CHF 3'403.95 au titre d'allocations perte de gain COVID-19, alors que les conditions d'un tel octroi n'étaient pas remplies. Ces prestations ont ainsi bien été perçues alors qu'elles n'étaient pas dû. C'est dès lors de façon justifiée que la Caisse de compensation a retenu que le recourant devait restituer ce montant, sur le principe, au sens de l'art. 25 al. 1, 1ère phrase LPGA. Le recours sera en conséquence rejeté et la décision sur opposition du 12 juillet 2021 également

confirmée sous l'angle du principe de la restitution des allocations perte de gain COVID-19 pour les mois de janvier et mars 2021. 5.2. Quant à l'éventuelle remise de l'obligation de restituer les montants en question, elle ne fait pas l'objet de la décision attaquée qui porte sur la reconsidération du droit aux allocations et sur le principe de la restitution des allocations versées indûment. Le recours du 3 août 2021 ne saurait ainsi porter sur cette question qui pourrait, cas échéant, faire l'objet d'une nouvelle décision de Caisse de compensation dans l'hypothèse où le recourant déposerait une demande de remise dans les 30 jours à compter de l'entrée en force de la décision de restitution, respectivement du présent arrêt (voir ci-dessus consid. 3.5). Dans la mesure où le recourant conclut implicitement à une telle remise de son obligation de restituer, le recours est en conséquence irrecevable. 6. Sort du recours et frais 6.1. En résumé, le recours doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable, et la décision sur opposition du 12 juillet 2021 confirmée. 6.2. 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). (dispositif en page suivante)

Tribunal cantonal TC Page 10 de 10 la Cour arrête: I. Le recours est rejeté, dans la mesure où il est recevable. 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 2 décembre 2021/msu Le Président : La Greffière-stagiaire :

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