

FR_GERICHTE 608 2021 18 vom 2. August 2021

FR Kantonsgericht, 2021-08-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_608_2021_18

FR: FR_GERICHTE 608 2021 18 du 2 août 2021

IT: FR_GERICHTE 608 2021 18 del 2 agosto 2021

Regeste

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

Erwägungen

E. 27

juillet 2020, en indiquant les chiffres d'affaires réalisés en juillet, août, septembre et octobre 2020 (dossier administratif p. 10). C. Le 30 décembre 2020, la recourante a formé opposition contre la décision du 7 décembre 2020, dans les termes suivants: « Comme notre entreprise n'a ouvert qu'en août 2020, nous ne comprenons pas votre motif de non-reconnaissance du droit à l'indemnisation. Logiquement, un salaire n'a pas été effectué dans cette entreprise en 2019. Comme notre entreprise doit être fermée par l'Etat fédéral et l'Etat en raison de la COVID-19, aucun revenu n'est généré. Nous vous prions donc de réexaminer votre décision. » Par décision sur opposition du 18 janvier 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 la société avait été affiliée comme employeur le 1er novembre 2019 et que c'était dès lors l'année 2019, durant laquelle aucun salaire n'avait été versé, qui était déterminante. D. Par recours du 30 janvier 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 depuis le 1er août 2020. Elle indique notamment qu'elle a créé la société en automne 2019 à la demande de la régie en charge des locaux – alors en construction – qui allaient être occupés par le café-presse. Il n'avait de plus jamais été question que la société soit active avant l'été 2020, le contrat de bail ayant débuté en juin 2020 en vue pour les travaux d'aménagement et le personnel ayant été « inscrit » au 1er août 2020, date du début de l'exploitation du café-presse.

Tribunal cantonal TC Page 3 de 7 Dans ses observations du 18 février 2021, la Caisse de compensation conclut au rejet du recours en se référant pour l'essentiel à sa décision sur opposition. Elle ajoute toutefois que la question qui se pose porte sur la notion de « début d'activité ». Elle mentionne à cet égard qu'elle prend en compte dans sa pratique la date de l'affiliation de la société, car celle-ci garantit la sécurité du droit et l'égalité de traitement entre assurés. La référence au début de l'activité effective impliquerait selon elle une charge de travail supplémentaire car il faudrait déterminer dans chaque cas distinct quand l'activité a réellement commencé, ce qui causerait par ailleurs une certaine insécurité pouvant conduire à des abus. 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. 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.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 7 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. Enfin, l'art. 5 al. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 limite le montant maximal de l'allocation à CHF 196.- par jour. 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 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. Des modalités de calcul relatives à des situations spécifiques ont été ajoutées dans la version 14 du 19 mars 2021.

Tribunal cantonal TC Page 5 de 7 Le chiffre 1069.2 CCPG indique toutefois 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.

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 aux mesures cantonales arrêtées par le Conseil d'Etat le 3 novembre 2020, a dû, dès le 4 novembre 2020 à 23 heures, fermer le café kiosque 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. 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.

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. Dans les deux hypothèses, si l'activité en question a débuté moins d'une année avant la période visée par la demande d'allocation, le montant de celle-ci est calculé à partir du revenu moyen réalisé en 2019 pour le premier cas et en 2020 pour le deuxième cas, la conversion en revenu journalier moyen se faisant sur la base de la période d'activité effective avant la période visée par la demande d'allocation.

3.3. En l'espèce, la société a été constituée dans un premier temps pour des motifs contractuels liés à la construction des futurs locaux du café presse qu'elle entendait exploiter. Par courrier du 27 novembre 2019, suite à l'inscription de la société au registre du commerce, la Caisse de compensation, par sa section cotisations, s'est référée à son obligation de vérification pour requérir de la société qu'elle remplisse un questionnaire intitulé « annonce pour personnes juridiques ». Complétant ce questionnaire le 13 février 2020, la société a notamment indiqué que la date de l'ouverture de l'exploitation était prévue pour le mois de mai ou juin 2020 et qu'elle n'occupait pas de personnel. Néanmoins, par communication du 3 juin

2020, la Caisse de compensation lui a indiqué qu'elle l'avait affiliée en tant qu'employeur avec effet au 1er novembre 2019.

Tribunal cantonal TC Page 6 de 7 Il ne ressort toutefois pas du dossier qu'une déclaration de salaires aurait été remplie pour 2019, voire qu'un décompte de salaire aurait été établi pour cette année. Au contraire, la déclaration de salaires établie le 28 décembre 2020 fait plutôt ressortir que celle-ci n'a pas versé de salaires jusqu'au mois de juillet 2020 y compris. Ce document mentionne en effet des salaires bruts de CHF 30'333.25 au total versés à la recourante pour les mois d'août 2020 à décembre 2020, un salaire brut de CHF 455.60 versé à une travailleuse pour le mois d'août 2020 et des salaires bruts de CHF 897.50 au total pour les mois de septembre 2020 à décembre 2020. Ces montants ont par ailleurs été retenus comme tels par la Caisse de compensation qui, par facture de cotisations pour l'année 2020, a fixé le montant total dû par la société à CHF 5'119.65, sur la base d'un total des salaires bruts de CHF 31'686.35 (30'333.25 + 455.60 + 897.50). Il en résulte que la société a certes été constituée et inscrite au registre du commerce en novembre 2019, mais qu'elle n'a pas exercé d'activité commerciale, n'a pas généré de chiffre d'affaires et n'a pas employé de salariés avant les derniers jours du mois de juillet 2020 (selon la demande d'allocation du 18 décembre 2020), voire le début du mois d'août 2020 (selon les déclarations ressortant de l'opposition du 30 décembre 2020 et du recours du 30 janvier 2021). Sur cette base, il doit ainsi être admis que l'activité salariée sur laquelle la recourante fonde sa prétention à l'allocation perte de gain n'a pas débuté en 2019, mais en 2020. La seule constitution d'une société en novembre 2019 en vue de développer l'exploitation d'un café presse n'est en effet pas suffisante pour en déduire que l'activité salariée de la recourante a commencé au même moment. Le fait que la Caisse de compensation ait affilié cette société comme employeur avec effet au 1er novembre 2020, alors qu'elle ne l'était pas dans les faits, n'y change rien. Il peut encore être ajouté que, contrairement à l'appréciation de la Caisse de compensation qui considère les cas comme similaires, les circonstances de l'espèce ne sont pas assimilables à la situation d'une personne physique qui aurait par hypothèse débuté une activité indépendante en exploitant un café dès la fin de l'année 2019, sans toutefois réaliser de revenu durant les premiers mois (voir l'exemple cité dans les observations du 18 janvier 2021, tiré de « questions et réponses de l'OFAS en matière de Corona-perte de gain selon les dispositions d'ordonnance en vigueur à partir du 17.09.2020, ch. 01-01-05, état au 16.12.2020 »). En effet, dans le présent litige, seule la société existait formellement en 2019, mais l'activité pour laquelle la recourante revendique l'allocation perte de gain n'avait pas commencé. 4. Sort du recours et frais. 4.1. Sur le vu de ce qui précède, pour fixer le montant de l'allocation perte de gain à laquelle la recourante peut prétendre en raison de la fermeture du café presse exploité par sa société, la Caisse de compensation ne pouvait pas se référer à un revenu nul réalisé en 2019, mais elle devait au contraire se baser sur le revenu moyen réalisé en 2020 depuis le début de l'activité jusqu'à la fermeture précitée. Le recours sera dès lors admis, la décision attaquée annulée et la cause renvoyée à la Caisse de compensation pour nouveau calcul de l'allocation perte de gain au sens des considérants. 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).

Tribunal cantonal TC Page 7 de 7 la Cour arrête: I. Le recours est admis. Partant, la décision attaquée du 18 janvier 2021 est annulée et la cause renvoyée à la Caisse de compensation pour nouveau calcul de l'allocation perte de gain au sens des considérants. 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 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.