

FR_GERICHTE 608 2022 118 vom 4. Mai 2023

FR Kantonsgericht, 2023-05-04, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_608_2022_118

FR: FR_GERICHTE 608 2022 118 du 4 mai 2023

IT: FR_GERICHTE 608 2022 118 del 4 maggio 2023

Regeste

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

Erwägungen

E. 1

Recevabilité Interjeté en temps utile et dans les formes légales par une personne directement touchée par la décision attaquée, le recours est recevable à la forme.

E. 2

Règles générales applicables à la détermination du droit aux APG-Corona des personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur

E. 2.1

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) est entrée en vigueur le 17 mars 2020. Elle a été abrogée avec effet au 1er janvier 2023.

E. 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 selon le ch. I de l'ordonnance du 4 novembre 2020 en vigueur depuis le 17 septembre 2020, respectivement le ch. I de l'ordonnance du 16 avril 2020 en vigueur depuis le 17 mars 2020, 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 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.

Tribunal cantonal TC Page 5 de 10 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. L'art. 2 al. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 a été abrogé avec effet au 17 février 2022.

E. 2.3

Visant les « cas de rigueur », 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, teneur selon le ch. I de l'ordonnance du 4 novembre 2020, en vigueur depuis le 17 septembre 2020 et modifiée avec effet au 17 février 2022, respectivement le ch. I de l'ordonnance du 16 avril 2020, en vigueur depuis le 17 mars 2020, modifié avec effet au 17 février 2022, prévoit que les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA et les personnes visées à l'art. 31 al. 3 let. b et c LACI, mais qui ne sont pas concernées par l'art. 2 al. 3 précité, ont droit à l'allocation perte de gain si elles sont assurées obligatoirement au sens de la LAVS, 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 en 2019. L'art. 2 al. 3ter de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, teneur selon le ch. I de l'ordonnance du 4 novembre 2020, en vigueur du 17 septembre 2020 au 18 décembre 2020, précise que l'activité est significativement limitée au sens de l'art. 2 al. 3bis lorsque le chiffre d'affaires mensuel baisse d'au moins 55% par rapport au chiffre d'affaires mensuel moyen des années 2015 à 2019. Ce seuil de 55% a été réduit à 40% pour la période à partir du 19 décembre 2020, puis à 30% dès le 1er avril 2021. La même disposition ajoute notamment que si l'activité lucrative a débuté après 2015 et avant 2020, la moyenne doit être calculée sur la période de revenu correspondante. L'art. 5 al. 2quater de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa teneur entrée 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. L'indemnité journalière correspond à 80% de cette perte de salaire.

E. 3

Règles applicables à la procédure de restitution d'allocations déjà versées

E. 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.

E. 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 ou d'une révision procédurale de la décision par laquelle celles-ci étaient allouées sont réalisées; une deuxième décision sur la restitution en tant que telle des prestations,

Tribunal cantonal TC Page 6 de 10 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; arrêt TC FR 608 2022 82 du 27 septembre 2022 consid. 4).

E. 3.3

et les références). 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 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 (arrêt TC FR 608 2021 137 du 2 décembre 2021 consid. 3.3 et les références). 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 (arrêt TC FR 608 2021 137 du 2 décembre 2021 consid. 3.3). 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 (arrêts TC FR 608 2021 137 du 2 décembre 2021 consid. 3.3 et les références; 608 2022 82 du 27 septembre 2022 consid. 4 et les références).

E. 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, 1^{ère} 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).

E. 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).

Tribunal cantonal TC Page 7 de 10

E. 4

Question litigieuse Dans la décision sur opposition attaquée, la Caisse a réclamé la restitution d'une partie des APG- Corona versées du 17 septembre 2020 au 31 décembre 2020. Pour la période du 17 au 30 septembre 2020, après avoir demandé dans sa décision sur opposition la restitution de CHF 691.-, la Caisse conclut désormais à la restitution de CHF 83.40, soit un montant même inférieur à celui que le recourant propose dans les conclusions de son recours, sur la base d'un nouveau calcul qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause. Il en résulte que cette question n'est plus litigieuse et que, pour cette période, le recours doit être admis dans le sens que le montant à restituer par le recourant est réduit de CHF 691.- à CHF 83.40. Le recourant ne conteste pas son devoir de restituer les

APG-Corona à concurrence de CHF 316.55 pour octobre 2020 et de CHF 382.95 pour novembre 2020. Ces points ne sont dès lors pas litigieux. Enfin, pour décembre 2020, la Caisse exige la restitution de l'intégralité des APG-Corona versées, soit le montant de CHF 2'638.10, au motif que la condition de la limitation significative de l'activité n'était pas remplie et que le droit aux prestations n'existait dès lors pas pour ce mois. Quant au recourant, il affirme que la société qui l'emploie comme dirigeant a subi une telle limitation significative de son activité et soutient ainsi que son droit aux APG-Corona doit être reconnu dans son principe, avec pour conséquence que le montant à restituer devrait être réduit en conséquence. Il en résulte que la seule question restant litigieuse en l'état est de déterminer si la société pour laquelle le recourant travaille a subi en décembre 2020 une limitation significative de son activité au sens de l'art. 2 al. 3bis et 3ter de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19.

E. 5

Discussion sur l'existence d'une limitation significative de l'activité

E. 5.1

Il a été vu ci-dessus que, pour que l'activité d'une entreprise soit considérée comme significativement limitée au sens de l'art. 2 al. 3bis et 3ter de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, il faut que son chiffre d'affaires mensuel baisse d'au moins 55% par rapport au chiffre d'affaires mensuel moyen des années 2015 à 2019, avec la précision que ce seuil de 55% a été réduit à 40% pour la période à partir du 19 décembre 2020. En l'espèce, il est établi et non contesté que le chiffre d'affaires mensuel moyen des années 2015 à 2019, servant de point de comparaison avec celui réalisé en décembre 2020, est de CHF 9'177.- (chiffre d'affaires de CHF 550'595.- cumulé sur cinq ans, divisé par 60 mois; voir notamment observations du 21 septembre 2022 faisant référence au rapport d'audit établi par le réviseur). Le point de divergence entre les parties est lié au mode de calcul du chiffre d'affaires de décembre 2020. Pour la Caisse, qui se réfère à l'avis du réviseur, ce chiffre d'affaires correspond aux montants encaissés en décembre 2020 par la société qui emploie le recourant comme dirigeant, à savoir CHF 7'654.-. Le recourant estime quant à lui qu'il convient plutôt de se référer aux montants facturés par la société durant ce mois, soit CHF 3'416.25.

E. 5.2

La jurisprudence en matière d'impôt fédéral direct sur le revenu d'une activité indépendante et sur le bénéfice des personnes morales – qui peut être reprise dans le présent contexte où il s'agit

Tribunal cantonal TC Page 8 de 10 d'établir le chiffre d'affaires réalisé par une société à responsabilité limitée durant une période déterminée – consacre les principes de périodicité et de réalisation. Ces principes impliquent que les revenus sont attribués à la période fiscale au cours de laquelle ils sont réalisés. Un revenu est réalisé lorsqu'une prestation est faite à l'entreprise et que celle-ci acquiert une prétention ferme sur laquelle elle a effectivement un pouvoir de disposition. En règle générale, l'acquisition d'une prétention est déjà considérée comme un revenu dans la mesure où son exécution ne paraît pas incertaine. Cette hypothèse correspond à la « Soll-Methode ». Dans le cas d'honoraires résultant de contrats de mandat, la prétention est ainsi acquise au moment où le mandat confié a été porté à son terme, ou, pour simplifier, au moment de la facturation, pour autant que celle-ci ne soit pas artificiellement retardée. Par contre, si l'exécution de la prétention acquise paraît d'emblée

peu probable, c'est le moment de la perception réelle de la prestation qui est pris en considération. Cette seconde hypothèse correspond au principe de l'encaissement (« Ist-Methode ») (voir arrêts TF 2C_810/2017 du 16 août 2018 consid. 6.2 et les références; 2C_1035/2020 du 12 novembre 2021 consid. 5.1 et les références). Pour les indépendants ne tenant pas de comptabilité commerciale et auxquels la loi impose uniquement de présenter un état des actifs et des passifs ainsi qu'un relevé de leurs recettes et dépenses, la jurisprudence en matière fiscale admet, sous l'angle du moment de la réalisation du revenu, qu'ils appliquent de façon générale la méthode de l'encaissement, selon laquelle un revenu est réputé réalisé au moment de l'encaissement seulement (voir arrêt TF 2C_810/2017 du 16 août 2018 consid. 6.3 et les références).

E. 5.3

En l'espèce, le chiffre d'affaires à déterminer est celui réalisé en décembre 2020 par la société qui emploie le recourant comme dirigeant. Cette société a l'obligation de tenir une comptabilité et ne devrait dès lors pas bénéficier de la pratique susmentionnée permettant aux indépendants qui ne tiennent pas de comptabilité commerciale d'appliquer de façon générale la méthode de l'encaissement pour comptabiliser leurs revenus. Il en résulte qu'elle doit en principe comptabiliser les revenus formant son chiffre d'affaires au moment de leur facturation, pour autant que celle-ci ne soit pas retardée. Par ailleurs, contrairement à ce que semble affirmer la Caisse, rien ne s'oppose à ce que le chiffre d'affaires réalisé en décembre 2020 par la société soit déterminé en tenant compte du moment de la facturation. Certes, le réviseur indique que, pour l'ensemble de l'année 2020, la société a comptabilisé l'ensemble de ses revenus au 31 décembre 2020, sans détail. Cela ne permet pas d'en conclure, comme le fait le réviseur, qu'il n'est pas possible de déterminer les éléments facturés en décembre 2020. En effet, ces indications pouvaient être requises auprès de la société, respectivement du recourant, puis au besoin vérifiées. Du reste, le recourant a produit dans la présente procédure un relevé de ses chiffres d'affaires mensuels réalisés pour les mois de septembre à décembre 2020, basés sur les montants facturés durant chacun de ses mois (pièce 9 annexée au recours). Il en résulte des chiffres d'affaires de CHF 3'823.35 pour septembre 2020, CHF 3'231.- pour octobre 2020, CHF 4'038.75 pour novembre 2020 et CHF 3'416.25 pour décembre 2020. Dans ces conditions, la Caisse ne pouvait pas se référer aux montants encaissés en décembre 2020, soit un total de 7'654.- correspondant à des montants facturés antérieurement, pour établir le chiffre d'affaires réalisé par la société pour ce mois durant lequel elle n'a facturé qu'un montant de CHF 3'416.25. Cela est d'autant moins le cas dans le présent contexte où le calcul du chiffre d'affaires réalisé par la société doit servir à déterminer si celle-ci a subi une limitation significative

Tribunal cantonal TC Page 9 de 10 de son activité durant le mois en question. En effet, comme le relève le recourant, les paiements dépendent dans une certaine mesure du « bon vouloir » des clients et sont notamment plus conséquents lors des clôtures comptables de fin d'année, de telle sorte que la référence au montant facturé paraît plus appropriée pour déterminer l'activité réelle que la société a pu conserver en dépit des difficultés rencontrées en lien avec les mesures destinées à lutter contre le coronavirus. Enfin, la motivation de la Caisse – reprise de l'avis du réviseur – selon laquelle il conviendrait de se référer aux encaissements pour assurer une « régularité sur la comparaison du chiffre d'affaires malgré le changement de méthode de comptabilisation » ne peut pas être suivie. En effet, le réviseur relève lui-même que si les chiffres d'affaires annuels de 2015 à 2018 (compris

entre CHF 83'386.- et CHF 130'423.-) paraissent avoir été établis sur la base des montants encaissés, le chiffre d'affaires pour 2019 (CHF 140'083.85) comprend quant à lui un montant de CHF 46'507.45 correspondant à des montants non encaissés (voir rapport d'audit, chiffre 2.3, selon lequel « la comptabilisation des débiteurs en 2019 a permis d'augmenter sensiblement le chiffre d'affaires de cette année-là »). Il en résulte que le chiffre d'affaires mensuel moyen des années 2015 à 2019 servant de point de comparaison, à savoir CHF 9'177.- (chiffre d'affaires de CHF 550'595.- divisé par 60 mois; voir consid. 5.1), prend en considération des montants facturés, mais non encore encaissés durant les années en question. Pour cette raison également, il se justifie de calculer le chiffre d'affaires de la société pour décembre 2020 en tenant compte des prestations qu'elle a facturées durant ce mois, plutôt qu'en se référant aux montants qu'elle a encaissés à ce moment sur la base de factures antérieures.

E. 5.4

La comparaison entre le chiffre d'affaires correspondant aux prestations facturées en décembre 2020, soit CHF 3'416.25 et le chiffre d'affaires mensuel moyen des années 2015 à 2019, soit CHF 9'177.-, met en évidence une baisse de chiffre d'affaires de 62.8%, supérieure aux seuils respectifs de 55% (pour la période du 1er au 18 décembre 2020) et de 40% (pour la période du 19 décembre au 31 décembre 2020) au-delà desquels l'activité est considérée comme significativement limitée au sens des art. 2 al. 3bis et 3ter de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19. Il en résulte que c'est à tort que la Caisse a nié le droit du recourant aux APG-Corona pour décembre 2020 au motif que la condition de la limitation significative de l'activité n'était pas remplie. La société dirigée par le recourant a en effet subi en décembre 2020 une perte de chiffre d'affaires attestant une telle limitation significative.

E. 6

Sort du recours et frais

E. 6.1

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, le recours est admis dans le sens que, pour le mois de septembre 2020, le montant à restituer par le recourant est réduit de CHF 691.- à CHF 83.40 et que, pour le mois de décembre 2020, la cause est renvoyée à la Caisse pour qu'elle calcule la perte de salaire subie, statue à nouveau sur le droit aux APG-Corona et, cas échéant, rende une nouvelle décision de restitution.

E. 6.2

Vu le principe de la gratuité prévalant en la matière (voir art. 61 al. 1 let. fbis LPGA), il n'est pas perçu de frais de justice.

Tribunal cantonal TC Page 10 de 10 la Cour arrête : I. Le recours est admis. Partant, la décision sur opposition du 4 juillet 2022 est modifiée dans le sens que, pour le mois de septembre 2020, le montant à restituer par A. _____ est réduit de CHF 691.- à CHF 83.40. Pour le mois de décembre 2020, la cause est renvoyée à la Caisse pour qu'elle calcule la perte de salaire subie, statue à nouveau sur le droit aux APG-Corona et, cas échéant, rende une nouvelle décision de restitution. 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 recourant 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 4 mai 2023/msu La Présidente Le Greffier-stagiaire

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