

# **GE\_GERICHTE ATAS/544/2024 vom 28. Juni 2024**

GE Cour de justice, 2024-06-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_544\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_544_2024)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/544/2024 du 28 juin 2024

IT: GE\_GERICHTE ATAS/544/2024 del 28 giugno 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA - RS 830.1) s'appliquent aux allocations en cas de perte de gain en lien avec le Coronavirus, sous réserve de dérogations expresses (art. 1 de l'ordonnance sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus [COVID-19] du 20 mars 2020 [ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 - RS 830.31]). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 56 al. 1 et 57 LPGA). Selon la jurisprudence, les décisions prises par une caisse cantonale de compensation en matière d'allocations en cas de perte de gain COVID-19 peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal des assurances du canton où la caisse de compensation a son siège (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_738/2020 du 7 juin 2021 consid. 3.3). Dès lors que l'intimée, sise dans le canton de Genève, a rendu la décision litigieuse de restitution en matière d'allocations en cas de perte de gain COVID-19, la chambre de céans est compétente à raison du lieu et de la matière pour juger du cas d'espèce.

### **E. 1.2**

Interjeté dans la forme (art. 61 let. b LPGA) et le délai de 30 jours (art. 60 al. 1 LPGA ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]) prévus par la loi, le recours est recevable.

### **E. 2**

Le litige porte sur une demande de restitution d'un montant de CHF 14'360.55 qui a été versé par l'intimée à la recourante à titre d'allocation pour perte de gain COVID-19 en faveur des trois associés de celle-ci pour la période du 17 septembre au 30 novembre 2020.

### **E. 3**

Aux termes de l'art. 25 al. 1 1re phrase LPGA, applicable par le renvoi de l'art. 1 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, les prestations indûment touchées doivent être restituées.

A/3695/2023 - 6/12 - Selon la jurisprudence, cela implique que soient réunies les conditions d'une reconsidération (art. 53 al. 2 LPGA) ou d'une révision procédurale (art. 53 al. 1 LPGA) de la décision par laquelle les prestations ont été accordées (ATF 130 V 318 consid. 5.2). Selon l'art. 25 al. 2 1re phrase LPGA, le droit de demander la restitution s'éteint trois ans après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation.

### **E. 4.1**

L'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 a été adoptée le 20 mars 2020 dans le cadre des mesures prises pour lutter contre la pandémie liée au coronavirus, laquelle est entrée en vigueur rétroactivement au 17 mars 2020 (art. 11 al. 1). Selon son art. 2 al. 3 (dans sa teneur du 17 septembre 2020 au 16 février 2022 [RO 2020 4574 ; RO 2022 97]), ont droit à l'allocation, pour autant qu'elles remplissent la condition prévue à l'al. 1bis let. c – à savoir qu'elles soient assurées obligatoirement au sens de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10) –, 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 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0) : si elles doivent interrompre leur activité lucrative en raison de mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19 ordonnées par une autorité (let. a), et si elles subissent une perte de gain ou une perte de salaire (let. b). Aux termes de l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (dans sa teneur du 17 septembre 2020 au 16 février 2022 [RO 2020 4574 ; RO 2022 97]), 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, pour autant qu'elles ne soient pas concernées par l'al. 3 et qu'elles remplissent la condition prévue à l'al. 1bis let. c ont droit à l'allocation : si leur activité lucrative est significativement limitée en raison de mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19 ordonnées par une autorité (let. a), si elles subissent une perte de gain ou une perte de salaire (let. b), et si elles ont touché pour cette activité au moins CHF 10'000.- à titre de revenu soumis aux cotisations AVS en 2019 [...] (let. c). L'art. 31 al. 3 LACI vise le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci (let. b) et les personnes 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 (let. c).

#### **E. 4.2**

Le Tribunal fédéral a confirmé que la perte de salaire est une condition du droit à l'allocation en cas de perte de gain pour les assurés définis à l'art. 31 al. 3

A/3695/2023 - 7/12 - let. c LACI (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_603/2021 du 16 décembre 2021 consid. 4.5). Dans le bulletin à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'exécution des prestations complémentaires n° 448 du 21 janvier 2022, l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : OFAS) a également souligné que l'existence d'une perte de salaire est une condition de base pour l'allocation en cas de perte de gain COVID-19 (cf. ATAS/178/2022 du 17 février 2022 consid. 5).

#### **E. 4.3**

Le commentaire des modifications de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 entrées en vigueur le 17 septembre 2020 (disponible sur le portail du Gouvernement Suisse à l'adresse suivante :

<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-80968.html>) indique en particulier, en lien avec l'art. 2 al. 3bis précité que « [o]nt droit à l'allocation les personnes exerçant une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA ou les personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur qui sont assurées obligatoirement au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, à condition que leur activité lucrative soit significativement limitée en raison de

mesures de lutte ordonnées au niveau cantonal ou fédéral, et que cela entraîne une diminution considérable de leur chiffre d'affaires. Les personnes exerçant une activité lucrative indépendante doivent en outre subir une perte de gain, et les personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur, une perte de salaire ».

#### **E. 4.4**

Aux termes de l'art. 5 al. 1 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, l'indemnité journalière est égale à 80% du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation. En vertu de l'art. 5 al. 2quater de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, en vigueur depuis le 17 septembre 2020 (RO 2020 4574), 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. Dans le commentaire des modifications de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 entrées en vigueur le 17 septembre 2020, le Conseil fédéral indique, en lien avec l'art. 5 al. 2quater précité, que « [c]et alinéa règle le montant et le calcul de l'allocation pour les personnes salariées. Sont concernées les personnes salariées au sens de l'art. 10 LPGA y compris les personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur au sens de l'art. 31 al. 3 let. b et c LACI. L'allocation est versée sur la base de la perte de salaire prouvée et signalée à la caisse de compensation pour la période correspondante. Pour évaluer la perte, le salaire doit être comparé au revenu mensuel moyen soumis à l'AVS en 2019. L'indemnité journalière correspond à 80% de cette perte de salaire ».

A/3695/2023 - 8/12 -

#### **E. 4.5**

Selon l'art. 8a de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, en vigueur depuis le 17 septembre 2020 (RO 2020 4574), les conditions d'octroi sont réexaminées à intervalles réguliers. À cette fin, les caisses de compensation AVS peuvent procéder à des vérifications aléatoires qu'elles effectuent elles-mêmes ou qu'elles confient à des experts externes.

#### **E. 5**

Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 353 consid. 5b et les références ; 125 V 193 consid. 2 et les références ; 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 et les références). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et la référence).

#### **E. 6.1**

En l'espèce, la décision (initiale) de restitution du 23 décembre 2022 se fonde sur le rapport d'évaluation du 28 septembre 2022 et ses annexes (pièces comptables) qui constatent un écart entre les salaires déclarés dans la demande d'APG-COVID et ceux comptabilisés durant la période litigieuse du 17 septembre au 30 novembre 2020. Il s'agit de faits nouveaux, découverts après coup, de nature à modifier le calcul des prestations, et justifiant

avec effet ex tunc la révision de la décision précédemment rendue d'octroi des APG-COVID. Ceci étant dit, il n'est pas contesté par l'intimée que B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, assurés obligatoirement au sens de la LAVS, occupent, en leur qualité d'associés de la société, une position assimilable à celle d'un employeur, que leur activité lucrative était significativement limitée en raison des mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19 ordonnées par les autorités, et qu'ils ont touché pour cette activité au moins CHF 10'000.- à titre de revenu soumis aux cotisations AVS en 2019. Est seule litigieuse la question de savoir s'ils ont subi une perte de salaire pendant la période litigieuse du 17 septembre au 30 novembre 2020. Selon les informations figurant dans leur demande d'allocation, le revenu de l'activité lucrative soumis à l'AVS en 2019 était de CHF 1'398.83 par mois (× douze) pour B\_\_\_\_\_ (CHF 16'785.96 par année), CHF 2'200.- par mois (× treize) pour C\_\_\_\_\_ (CHF 31'806.- par année), et CHF 2'208.- par mois (× treize) pour D\_\_\_\_\_ (CHF 31'903.- par année). Ces données sont corroborées par leurs décomptes de salaire de l'année 2019 et leurs certificats de salaire de l'année 2019 produits par la fiduciaire, dont il ressort un salaire annuel brut de CHF 16'787.- pour B\_\_\_\_\_ (CHF 1'398.88 × douze), un salaire annuel brut de CHF 31'806.- pour C\_\_\_\_\_ (CHF 2'200.- × douze auquel

A/3695/2023 - 9/12 - s'ajoutait une prime de fin d'année de CHF 5'406.41 soumise à cotisations), et un salaire annuel brut de CHF 31'902.- pour D\_\_\_\_\_ (CHF 2'208.- × douze auquel s'ajoutait une prime de fin d'année de CHF 5'406.49 soumise à cotisations). D'après le rapport d'évaluation de la fiduciaire du 28 septembre 2022, les salaires bruts déclarés dans la demande d'allocation (soit CHF 0.-) différaient de ceux comptabilisés de septembre à décembre 2020, soit CHF 1'335.- par mois pour B\_\_\_\_\_ (N° AVS 1\_\_\_\_\_), CHF 2'728.- par mois pour C\_\_\_\_\_ (N° AVS 2\_\_\_\_\_), et CHF 2'698.- par mois pour D\_\_\_\_\_ (N° AVS 3\_\_\_\_\_). Ces montants ressortent effectivement tant des décomptes de salaire des trois associés des mois de septembre à décembre 2020 fournis par la fiduciaire (identiques à ceux figurant dans le dossier de l'intimée sous pièces 9 à 11) que des certificats de salaire 2020 versés au dossier par la fiduciaire, lesquels font état d'un salaire mensuel brut de CHF 1'334.93 pour B\_\_\_\_\_ (CHF 16'019.- par an), CHF 2'728.05 pour C\_\_\_\_\_ (CHF 32'736.- par an), et CHF 2'698.47 pour D\_\_\_\_\_ (CHF 32'382.- par an). Dans son courrier du 31 mai 2024, la fiduciaire a également indiqué que les salaires nets perçus sont enregistrés dans la comptabilité de la société de l'année 2020 et qu'ils concordent avec ceux mentionnés dans les certificats de salaire. Cela étant, les associés ont expliqué qu'au moment de la demande d'allocation, faute de rentrées d'argent significatives les mois précédant cette demande, ils n'avaient pas pu se verser de salaire, raison pour laquelle était mentionnée l'absence de salaire touché le mois au cours duquel la demande était déposée, et que les APG-COVID reçues le 22 décembre 2020 (le lendemain du décompte d'allocation du 21 décembre 2020) avaient été comptabilisées rétroactivement comme salaires de l'année 2020. D'après ledit décompte, le montant de - CHF 2'820.- a été versé à titre d'APG-COVID en faveur de B\_\_\_\_\_ pour la période du 17 septembre au 30 novembre 2020 (sans les cotisations AVS/AI/APG/AC de CHF 179.75) ; et celui de - CHF 5'340.- a été versé à titre d'APG-COVID en faveur tant de C\_\_\_\_\_ que de D\_\_\_\_\_ pour cette même période (sans les cotisations AVS/AI/APG/AC de CHF 340.40 pour chacune). En date du 1er juin 2022, l'intimée a invité la société à indiquer dans un tableau, pour chacun des trois associés, les salaires versés et les APG-COVID reçues notamment en 2020, en relevant que, afin d'éviter les lacunes de cotisations AVS, les caisses de compensation avaient l'obligation de vérifier si les APG-COVID avaient bien été déclarées sur la

déclaration annuelle des salaires. Dans ce tableau complété le 28 juillet 2022, non transmis à la fiduciaire, il a été fait mention :

A/3695/2023 - 10/12 - - d'un montant de CHF 2'820.- à titre d'APG-COVID sans les cotisations AVS et d'un salaire brut versé de CHF 13'199.16, soit un total de CHF 16'019.16 en ce qui concernait B\_\_\_\_\_ ; - d'un montant de CHF 5'340.- à titre d'APG-COVID sans les cotisations AVS et d'un salaire brut versé de CHF 27'396.60, soit un total de CHF 32'736.60 en ce qui concernait C\_\_\_\_\_ ; et - d'un montant de CHF 5'340.- à titre d'APG-COVID sans les cotisations AVS et d'un salaire brut versé de CHF 27'041.64, soit un total de CHF 32'381.64 en ce qui concernait D\_\_\_\_\_. Dans le formulaire « Déclaration des salaires versés par l'employeur à son personnel » pour la période du 1er janvier au 31 décembre 2020 – non communiqué à la fiduciaire –, signé le 26 janvier 2021, un mois après la perception des APG-COVID (le 22 décembre 2020) et l'établissement des certificats de salaire 2020 (le 31 décembre 2020), la société a déclaré un salaire brut de CHF 16'019.16 pour B\_\_\_\_\_, CHF 32'736.60 pour C\_\_\_\_\_ et CHF 32'381.64 pour D\_\_\_\_\_. Force est de constater que le salaire mensuel brut de B\_\_\_\_\_ à hauteur de CHF 1'334.93, auquel se réfère la fiduciaire dans son rapport d'évaluation (où ce montant est arrondi à CHF 1'335.-) ainsi que dans son courrier du 31 mai 2024, multiplié par douze mois donne un salaire annuel brut de CHF 16'019.16, montant qui correspond à celui indiqué dans le certificat de salaire 2020 (arrondi à CHF 16'019.-), dans le formulaire du 26 janvier 2021 et dans le tableau du 28 juillet 2022. Il s'ensuit que les APG-COVID obtenues à hauteur de CHF 2'820.- étaient effectivement incluses dans le salaire brut de l'année 2020 ( $16'019.16 - 2'820 = 13'199.16 / \text{douze mois} = \text{CHF } 1'099.93$  par mois). Le salaire mensuel brut de C\_\_\_\_\_ à hauteur de CHF 2'728.05, auquel se réfère la fiduciaire dans son rapport d'évaluation (arrondi à CHF 2'728.-) ainsi que dans son courrier du 31 mai 2024, multiplié par douze mois donne un salaire annuel brut de CHF 32'736.60, montant qui correspond à celui indiqué dans le certificat de salaire 2020 (arrondi à CHF 32'736.-), dans le formulaire du 26 janvier 2021 et dans le tableau du 28 juillet 2022. Il en découle que les APG-COVID perçues à hauteur de CHF 5'340.- étaient bel et bien intégrées dans le salaire brut de l'année 2020 ( $32'736.60 - 5'340 = 27'396.60 / \text{douze mois} = \text{CHF } 2'283.05$  par mois). Le salaire mensuel brut de D\_\_\_\_\_ à hauteur de CHF 2'698.47, auquel se réfère la fiduciaire dans son rapport d'évaluation (arrondi à CHF 2'698.-) ainsi que dans son courrier du 31 mai 2024, multiplié par douze mois donne un salaire annuel brut de CHF 32'381.64, montant qui correspond à celui indiqué dans le certificat de salaire 2020 (arrondi à CHF 32'382.-), dans le formulaire du 26 janvier 2021 et dans le tableau du 28 juillet 2022. Aussi les APG-COVID touchées à hauteur de

A/3695/2023 - 11/12 - CHF 5'340.- étaient-elles comprises dans le salaire brut de l'année 2020 ( $32'381.64 - 5'340 = 27'041.64 / \text{douze mois} = \text{CHF } 2'253.47$  par mois). Par conséquent, contrairement aux conclusions de la fiduciaire, B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ ont vu leur revenu mensuel soumis à l'AVS tomber pour la période du 17 septembre au 30 novembre 2020, soit CHF 1'099.93 pour le premier, CHF 2'283.05 pour la deuxième, et CHF 2'253.47 pour la troisième, alors qu'il était de CHF 1'398.88 (CHF 16'787.- / douze mois) pour le premier, CHF 2'446.60 (CHF 31'806.- / treize) pour la deuxième, et CHF 2'454.- (CHF 31'902.- / treize) pour la troisième en 2019.

## E. 6.2

Ainsi, les trois associés ont subi une perte de salaire durant la période litigieuse. Ceci dit, la perte de salaire déterminante a une incidence sur le montant de l'indemnité journalière (cf.

art. 5 al. 2<sup>quater</sup> de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ; consid. 4.4 ci-dessus). En l'occurrence, la perte de salaire est en réalité moindre que celle retenue initialement par l'intimée. En effet, dans la demande de prestations, les associés ont fait état d'un salaire brut nul dès le 17 septembre 2020. Or, les documents comptables attestent la perception d'un salaire brut durant la période litigieuse, abstraction faite des APG-Covid touchées. Par conséquent, il convient de renvoyer le dossier à l'intimée pour nouveau calcul de l'indemnité journalière et nouvelle décision.

#### **E. 7**

Au vu de ce qui précède, le recours est partiellement admis, la décision sur opposition du 12 octobre 2023 annulée, et la cause renvoyée à l'intimée pour nouvelle décision au sens des considérants. La recourante, qui a agi sans l'assistance d'un avocat dans une cause d'une complexité et d'une importance relatives n'ayant pas exigé un investissement particulier de sa part (cf. ATF 133 III 439 consid. 4 ; 115 Ia 12 consid. 5 ; 110 V 72 consid. 7), n'a pas droit à des dépens (dans ce sens : ATAS/420/2023 du

#### **E. 12**

juin 2023). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGa a contrario).

\*\*\*\*\*

A/3695/2023 - 12/12 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES  
SOCIALES : Statuant À la forme :

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