

# JU\_GERICHTE ASS 2022 53 vom 2. Februar 2023

JU Tribunal cantonal, 2023-02-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ju\\_gerichte\\_ASS\\_2022\\_53](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ju_gerichte_ASS_2022_53)

FR: JU\_GERICHTE ASS 2022 53 du 2 février 2023

IT: JU\_GERICHTE ASS 2022 53 del 2 febbraio 2023

## Regeste

APG Covid-19 - Perte de gain | recours

## Erwägungen

### E. 2

période du 1er janvier au 30 avril 2020, respectivement CHF 11'000.- après correction opérée suite à divers problèmes de trésorerie (pce 2 intimée). B. \_\_\_\_\_ Sàrl a, pour sa part, annoncé à l'intimée avoir versé la somme de CHF 64'000.- au recourant à titre de salaire soumis à cotisations pour l'activité qu'il a exercée depuis le 1er mai 2020 (pce 1 intimée), ainsi que la somme de CHF 10'500.- pour 2021 (pce 1 intimée). C. Le recourant a présenté plusieurs demandes d'allocation pour perte de gain (APG) COVID-19, en tant que personne qui occupe une position assimilable à celle d'un employeur au sein de la société B. \_\_\_\_\_ Sàrl. Il a notamment présenté neuf demandes d'allocation pour la période du 17 septembre 2020 au 30 juin 2021, en se prévalant d'une baisse du chiffre d'affaires de la société due aux raisons suivantes : « clients en fermeture administrative / mandats suspendus ». Dans ce cadre, l'appelant a produit, par courriel du 29 juin 2021, à la demande de l'intimée, les décomptes de ses salaires de la société B. \_\_\_\_\_ Sàrl pour les mois de mai à décembre 2020 (pce 4 intimée), lesquels portent sur des salaires mensuels bruts de CHF 10'000.- pour les mois de mai à octobre 2020, puis de CHF 2'000.- mensuel brut pour les mois de novembre à décembre 2020. D. Par décision du 30 août 2021 (pce 5 intimée), l'intimée a rejeté la demande de prestations du recourant, au motif qu'il n'a pas perçu un revenu d'au moins CHF 10'000.- au titre de revenu soumis à cotisations en 2019 pour son activité au sein de la société B. \_\_\_\_\_ Sàrl, l'une des trois conditions cumulatives nécessaires pour prétendre aux APG. E. Le recourant a formé opposition contre cette décision le 8 septembre 2021 (pce 6 intimée). Il fait en substance grief à l'intimée de retenir que le revenu AVS de 10'000.- soumis à AVS en 2019 devrait être réalisé « dans la même entreprise que 2020 ». Ce « critère dans le critère » ne résulte d'aucun texte de loi. Il a, en l'occurrence, réalisé un revenu suffisant auprès de C. \_\_\_\_\_ SA en 2019, étant précisé que son cahier des charges comprenait de manière explicite des fonctions dirigeantes pour le compte de B. \_\_\_\_\_ Sàrl. Le recourant a produit le 3 février 2022 (pce 10 intimée), son certificat de salaire pour l'année 2021 attestant qu'un salaire annuel brut de CHF 10'500.- lui a été versé par B. \_\_\_\_\_ Sàrl pour cette période. F. Reprenant l'instruction du cas, l'intimée a requis du recourant le 11 février 2022 (pce 11 intimée) la production de documents complémentaires portant sur le chiffre d'affaires mensuel réalisé par la société de mai à octobre 2020, ainsi que les décomptes de salaires comptabilisés dans ladite société. Le recourant a produit les documents demandés le 2 mars 2022 (pce 12 intimée), précisant que les décomptes de salaires remis par courriel du 29 juin 2021

### E. 3

correspondent aux salaires effectivement versés ; ils ne représentent toutefois qu'une part des salaires comptabilisés. Le salaire comptabilisé correspond en effet au salaire prévu contractuellement, avec une partie versée et l'autre partie mise en dettes. Figure ainsi au passif du bilan pour l'année 2020, la somme de CHF 56'000.-, correspondant au salaire du recourant, non chargé et non payé (compte 2280.1). Pour l'année 2021, le salaire effectivement reçu est de CHF 10'500.- et le salaire comptabilisé de CHF 180'000.-. La perte de salaire pour 2021 est ainsi de CHF 169'500.-. G. Dans sa décision sur opposition du 4 mai 2022, l'intimée a rejeté l'opposition formée par le recourant (pce 13). L'intimée retient que le recourant, en tant qu'associé gérant de B. \_\_\_\_\_ Sàrl, a une position assimilable à celle d'un employeur. Dans la mesure où le recourant est salarié de cette entreprise depuis mai 2020, il s'agit d'examiner la situation comme s'il s'agissait d'une nouvelle activité. Il s'ensuit que la condition d'avoir touché au moins CHF 10'000.- à titre de revenu soumis aux cotisations AVS est remplie, étant précisé que le revenu perçu auprès de B. \_\_\_\_\_ Sàrl en 2020 s'élève à CHF 64'000.-. En revanche, concernant la deuxième condition d'octroi d'APG, soit la perte de salaire, seule la perte effective de salaire est indemnisée. Or, dans la mesure où le recourant détient toujours une créance de salaire envers B. \_\_\_\_\_ Sàrl, correspondant à la différence entre le salaire contractuel et le salaire versé, l'intimée ne peut pas constater l'existence d'une perte de salaire effective pendant les mois faisant l'objet des demandes. Le recourant ne peut prétendre dès lors aux APG, sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner la condition de la baisse significative du chiffre d'affaires pour chaque mois concerné par les demandes. H. Le recourant a interjeté recours contre cette décision le 2 juin 2022. Il s'étonne que, bien que les arguments soulevés dans son opposition aient été acceptés, l'intimée a refusé ses demandes pour un motif autre, lequel n'a pas été invoqué précédemment. En outre, un nouvel élément doit être pris en compte, soit la clôture des comptes 2021 et le fait qu'il a abandonné en totalité et sans compensation la créance inscrite dans la comptabilité comme salaire non versé pour l'année 2020 (CHF 56'000.-), et 2021 (CHF 96'000.-). I. Dans son mémoire de réponse du 4 juillet 2022, l'intimée conclut au rejet du recours. Elle relève en préambule que l'admission des griefs soulevés par le recourant dans son opposition ne l'empêchait pas d'examiner si les autres conditions d'octroi des APG étaient également remplies. S'agissant de l'abandon de créances, qui n'est du reste pas étayé par pièces, l'intimée considère que ce réajustement comptable, effectué dans l'unique but de contourner, a posteriori, l'absence de réalisation de la condition de perte de salaire, est constitutif d'un abus de droit. J. Le recourant, par le truchement de son mandataire, s'est déterminé le 10 octobre 2022 et a conclu, principalement, à l'annulation de la décision attaquée, à la reconnaissance de son droit à percevoir des APG COVID-19 pour les mois de septembre 2020 à juin 2021. Il a également conclu, subsidiairement, au renvoi du

#### **E. 4**

dossier à l'intimée pour nouvelle décision, le tout sous suite des frais et dépens. Il répète que l'intimée ne pouvait se fonder sur des motifs différents pour légitimer ses décisions, initiale et sur opposition, et que, ce faisant, elle a violé son droit d'être entendu. Il produit en outre, à l'appui de son recours, copie du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 30 avril 2022 de B. \_\_\_\_\_ Sàrl, dans le cadre de laquelle des mesures d'assainissement ont été mises en œuvre, dont, notamment, l'abandon par le recourant de ses créances de salaire pour l'année 2020 et 2021. Il produit également les comptes annuels 2021 de cette société. K. Les parties se sont encore déterminées les 26 octobre 2022, 8 novembre 2022 et 15 novembre 2022. L. Il sera revenu ci-après, dans la mesure utile, sur les

autres éléments du dossier. En droit : 1. Interjeté dans les forme et délai légaux par une personne disposant manifestement de la qualité pour recourir, le recours est recevable et il y a lieu d'entrer en matière (cf. art. 56ss LPGA applicables aux allocations prévues dans l'ordonnance sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus (COVID-19) ; art. 1 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 [RS 830.31] ; ATF 147 V 423). 2. Est litigieux en l'espèce le droit du recourant à des APG en cas de coronavirus pour la période de septembre 2020 à juin 2021. Il convient dès lors d'examiner les dispositions en vigueur à cette période (ATF 148 V 162 consid. 3.2 ; TF 9C\_292/2022 du 19 août 2022 consid. 2.1). 3. Dans ce cadre, le recourant semble faire grief à l'intimée d'avoir, dans sa décision sur opposition, rejeté sa demande de prestations pour un motif qu'elle n'avait pas invoqué dans sa décision initiale. Ce grief est sans fondement. Non seulement l'intimée n'était pas liée par les conclusions de l'opposant et pouvait modifier la décision tant à son avantage qu'à son détriment (art. 12 al. 1 OPGA), mais, en outre, son comportement n'est pas contraire au principe de la bonne foi. Lorsque l'octroi de prestations est soumis à la réalisation de conditions cumulatives, comme c'est le cas ici, et que l'une fait défaut, rien n'oblige l'autorité à examiner si les autres conditions sont ou non réalisées. En l'occurrence, au stade de la décision initiale, l'examen de l'intimée s'est limitée à la question du revenu minimum de CHF 10'000.-. Elle n'a ni admis, ni examiné, si les autres conditions étaient réalisées. Au stade de la procédure sur opposition, reconnaissant que la condition du revenu minimum était satisfaite, l'intimée a dès lors procédé à l'examen des autres conditions, respectivement celle de la perte de salaire. En considérant que cette condition n'était pas réalisée, alors qu'elle n'avait pas procédé à son examen auparavant, son comportement ne saurait être considéré comme étant abusif.

#### **E. 4.1**

Aux termes de l'art. 15 de la loi sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (RS 818.102), en vigueur avec effet rétroactif depuis le 17 septembre 2020, le Conseil fédéral peut prévoir le versement d'allocations pour perte de gain aux personnes qui doivent interrompre ou limiter de manière significative leur activité lucrative à cause de mesures prises pour surmonter l'épidémie de COVID-19. Seules les personnes frappées par une perte de gain ou de salaire et qui, dans leur entreprise, ont subi une perte de chiffre d'affaires d'au moins 55 % par rapport au chiffre d'affaires moyen des années 2015 à 2019 sont considérées comme ayant dû limiter de manière significative leur activité lucrative (al. 1). Ont également droit à l'allocation notamment 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) et les personnes qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur (al. 2). La perte de chiffre d'affaires devait être d'au moins 40 % à compter du 19 décembre 2020 (RO 2020 5821), puis de 30 % à compter du 1er avril 2021 (RO 2021 153).

#### **E. 4.2**

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, en vigueur depuis le 17 septembre 2020 et jusqu'au 30 juin 2021, 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 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. L'art. 2 al. 3bis 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 :

#### **E. 4.3**

L'art. 2 al. 3ter de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, en vigueur depuis le 17 septembre 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. Si l'activité lucrative a débuté après 2015 et avant 2020, la moyenne doit être calculée sur la période de revenu correspondante. Les personnes ayant débuté leur activité lucrative après 2019 doivent prouver qu'elles ont subi une baisse de chiffre d'affaires d'au moins 55 % par mois comparé au chiffre d'affaires moyen réalisé sur au moins trois mois ; la moyenne des trois mois où le chiffre d'affaires était le plus élevé étant déterminante. La baisse du chiffre d'affaires devait être de 40 % au moins à compter du 19 décembre 2020 (RO 2020 5829), respectivement de 30 % à compter du 1er avril 2021 (RO 2021 183).

#### **E. 4.4**

Une perte de gain d'un indépendant correspond à une perte de salaire en cas d'activité salariée (cf. TF 9C\_ 603/2021 du 16 décembre 2021 consid. 4.5 ; commentaires de l'OFAS sur les modifications d'ordonnances du 4 novembre 2020, en particulier sur l'art. 2, al. 3-4, de l'ordonnance Covid-19 sur la perte de gain). La perte de gain d'un indépendant ne peut pas être assimilée à une baisse du chiffre d'affaires, même si une telle baisse entraîne souvent - mais pas nécessairement - une baisse du bénéfice et, de ce point de vue, une perte de gain. Pour les assurés ayant une position similaire à celle d'un employeur, la baisse du chiffre d'affaires de leur employeur peut se répercuter régulièrement sur le résultat de l'entreprise ; la détérioration (éventuelle) de ce dernier n'entraîne toutefois pas nécessairement une perte de salaire pour la personne assurée (ATF 148 V 265 consid. 5.3.4.2). Dans le cas d'une personne assurée ayant une position similaire à celle d'un employeur, le critère déterminant est de savoir si elle a elle-même subi une perte de salaire. En d'autres termes, son droit à l'allocation de gain Corona est subsidiaire au maintien du salaire par l'employeur (ATF 148 V 265 consid. 5.3.5).

#### **E. 4.5**

Selon les directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG [DSD] de l'OFAS, valables dès le 1er janvier 2019, la rémunération comprend des prestations en argent ou en nature, éventuellement une créance du salarié. Une rémunération peut ne pas être versée mais seulement portée en compte (ch. 1007). Un revenu appréciable en argent est considéré comme acquis au moment où il est comptabilisé, en tous cas si la rétribution portée en compte correspond à une créance ayant une valeur économique et dont le salarié peut disposer. Les rétributions portées en compte qui constituent un salaire éventuel ou une simple promesse de salaire ne sont

#### **E. 4.6**

En l'espèce, en tant qu'associé gérant avec signature individuelle de la société B. \_\_\_\_\_ Sàrl, il est admis que la situation du recourant est assimilable à celle d'un employeur. Dans la mesure où le recourant est salarié de cette entreprise depuis le 1er mai 2020, l'examen

des conditions d'octroi des APG COVID-19 doit s'examiner à compter de cette date (cf. ch. 1069.2 de la circulaire de l'OFAS sur l'allocation pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus – Corona- perte de gain [CCPG]). Le recourant ayant perçu pour son activité exercée de mai à décembre 2020 la somme de CHF 64'000.-, la condition d'avoir réalisé au moins CHF 10'000.- à titre de revenu soumis aux cotisations AVS est remplie et n'est également pas contestée au stade du recours. S'agissant de la condition de perte de salaire, il ressort des éléments au dossier que B.\_\_\_\_\_ Sàrl a versé au recourant en 2020 CHF 64'000.- sur la somme de CHF 120'000.- due contractuellement. La différence de CHF 56'000.-, non versée, a dès lors été comptabilisée dans les dettes de la société dans la mesure où le travail a été effectué. Pour l'année 2021, CHF 10'500.- ont été versés au recourant sur la somme de CHF 180'000.- qui lui était due contractuellement et qui a été comptabilisée (pces 4 et 12). Ces dettes de salaires, comptabilisées au passif du bilan de la société, n'ont pas été remboursées au recourant. Il ressort en outre des éléments fournis par le recourant que le chiffre d'affaires de la société B.\_\_\_\_\_ Sàrl a drastiquement baissé en 2020 (445'759.- en 2018, 447'077.- en 2019 et 130'883.- en 2020 ; chiffres issus de la décision attaquée). Compte tenu de la situation de la société, des mesures d'assainissement ont été prises lors de l'assemblée de B.\_\_\_\_\_ Sàrl du 30 avril 2022 (PJ 1 recourant du

#### **E. 4.7**

Les éléments du dossier ne permettent toutefois pas à la Cour d'examiner si la dernière condition est réalisée, à savoir si la société B.\_\_\_\_\_ Sàrl a subi une baisse de son chiffre d'affaires en lien avec les mesures de lutte contre le coronavirus. La cause est dès lors renvoyée à l'intimée pour qu'elle reprenne l'instruction du dossier sur cette question, puis rende une nouvelle décision. 5. La procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGA). Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à une indemnité de dépens à verser par l'intimée (art. 61 let. g LPGA), arrêtée conformément à l'ordonnance fixant le tarif des honoraires d'avocat (RSJU 188.61) et au vu de la note de frais produite par le recourant, laquelle n'a suscité aucune remarque de la part de l'intimée. 9 PAR CES MOTIFS LA COUR DES ASSURANCES admet le recours ; partant, annule la décision sur opposition du 4 mai 2022 ; renvoie la cause à l'intimée pour instruction complémentaire et nouvelle décision dans le sens des considérants ; dit que la procédure est gratuite ; alloue au recourant une indemnité de dépens fixée globalement à CHF 3'984.10 (y.c. débours et TVA), à verser par l'intimée ; informe les parties des voies et délais de recours, selon avis ci-après ; ordonne la notification du présent arrêt : ■ au recourant, par son mandataire ; ■ à l'intimée ; ■ à l'Office fédéral des assurances sociales, Effingerstrasse 20, 3003 Berne. Porrentruy, le 2 février 2023 AU NOM DE LA COUR DES ASSURANCES Le président : La greffière : Jean Crevoisier Nathalie Brahier

#### **E. 5**

Finalement, dans la mesure où les conditions cumulatives du droit aux APG étaient connues du recourant (cf. PJ 6 recourant), on ne saurait voir dans l'examen de ces conditions par l'intimée, au stade de la décision sur opposition, une violation du droit d'être entendu du recourant, ce d'autant plus que l'intimée lui a expressément indiqué, par courrier du 11 février 2022, qu'elle avait besoin de connaître son revenu et le chiffre d'affaires réalisés dès le début de son activité pour se déterminer, et, en particulier, des décomptes de salaires comptabilisés de janvier à juin 2021 pour examiner la condition de la perte de gain pour ces périodes (pce 11). 4. Pour lutter contre l'épidémie de Coronavirus, le Conseil fédéral a pris

une série de mesures urgentes, qu'il a modifiées au gré de l'évolution de la situation sanitaire. Il est renoncé à revenir ici sur l'évolution de la situation sanitaire et juridique.

#### **E. 6**

a. si leur activité lucrative est significativement limitée en raison de mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19 ordonnées par une autorité ; b. si elles subissent une perte de gain ou de salaire, et c. si elles ont touché pour cette activité au moins CHF 10'000.- à titre de revenu soumis aux cotisations en 2019 ; si celle-ci n'a pas été exercée pendant une année complète, cette condition s'applique proportionnellement à sa durée.

#### **E. 7**

en revanche pas réputées avoir été acquises (par exemple lorsque la valeur réelle de la rétribution n'apparaît que si les affaires de l'entreprise évoluent favorablement ; (Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG [DSD], ch. 1010 ss.). Dans une ancienne jurisprudence, auquel renvoie ces directives, le Tribunal fédéral des assurances a notamment considéré que des salaires portés en compte, mais non versés, par une entreprise en mauvaise posture, devaient être considérés comme une simple promesse de salaire ou un salaire éventuel dont la réalisation dépendait de la situation ultérieure de l'entreprise. La créance de salaires n'ayant par la suite pas été réalisée, la dette de cotisation ne saurait de ce fait avoir pris naissance. Une solution contraire serait choquante, selon le Tribunal fédéral des assurances, dès lors que les salaires comptabilisés n'ont pour ainsi dire presque pas été payés. Dans cette mesure, le Tribunal a laissé ouverte la question de savoir si une renonciation éventuelle à la créance de salaire portée en compte serait relevante du point de vue de l'AVS (RCC 1957 p. 316).

#### **E. 10**

Communication concernant les moyens de recours : Il vous est loisible de déposer un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement, conformément aux dispositions de la LTF, en particulier aux art. 42, 82 ss et 90 ss LTF, dans un délai de 30 jours à partir de la date où ce jugement vous a été notifié (art. 100 LTF). Ce délai ne peut pas être prolongé (art. 47 al. 1 LTF).

Le mémoire de recours sera adressé au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Le mémoire doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Il doit exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit (art. 42 al. 2 LTF). Le recours ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). Si la décision qui fait l'objet d'un recours concerne l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire, le recours peut porter sur toute constatation incomplète ou erronée des faits (art. 97 al. 2 LTF). Les décisions préjudicielles ou incidentes sont susceptibles de recours aux conditions des art. 92 et 93 LTF. Les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes au mémoire. Il en va de même du jugement attaqué (art. 42 al. 3 LTF). Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral, soit, à l'attention de ce dernier, à la Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).

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