

## VD\_GERICHTE ZF22.038582 vom 23. Januar 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-01-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_ZF22.038582](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZF22.038582)

FR: VD\_GERICHTE ZF22.038582 du 23 janvier 2023

IT: VD\_GERICHTE ZF22.038582 del 23 gennaio 2023

### Volltext

TRIBUNAL CANTONAL APG 9/22 - 1/2023 ZF22.038582 CO UR DE S ASSURANCES  
S OCIALES \_\_\_\_\_ Arrêt du 23 janvier  
2023 \_\_\_\_\_ Composition :Mme PASCHE, présidente Mme Berberat et M.  
Piguet, juges Greffière : Mme Monod \*\*\*\*\* Cause pendante entre : B.\_\_\_\_\_, à [...],  
recourant, représenté par CAP Compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA, à  
Genève, et CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FÉDÉRATION DES  
ENTREPRISES ROMANDES FER CIAM 106.1, à Genève, intimée. \_\_\_\_\_  
Art. 8 al. 1 et 9 Cst., art. 12 LPGA ; art. 15 loi COVID-19 ; art. 2 al. 3, al. 3bis et 3ter  
ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 402

- 2 - E n f a i t : A. a) B.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'assuré ou le recourant), domicilié à [...], a été  
affilié auprès de la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des entreprises  
romandes FER-CIAM 106.1 (ci-après : la Caisse ou l'intimée) en tant qu'indépendant du  
1er janvier 1996 au 31 juillet 2020. Jusqu'au 10 août 2020, l'assuré était titulaire, avec  
signature individuelle, de l'entreprise « C.\_\_\_\_\_ », qui avait pour but la reliure  
industrielle. L'assuré a déposé une demande d'allocations pour perte de gain en cas de  
coronavirus à compter du 17 mars 2020 auprès de la Caisse, qui lui a versé ces allocations  
du 17 mars au 16 septembre 2020, pour un total net de 19'381 fr. 50. b) Le 10 août 2020,  
l'assuré a transformé la raison individuelle en société anonyme. Il est désormais  
administrateur avec signature individuelle de D.\_\_\_\_\_ SA, avec siège à [...], qui a pour  
but l'exploitation d'un atelier de reliure industrielle. D.\_\_\_\_\_ SA a repris les actifs et  
passifs de l'entreprise individuelle exploitée jusqu'ici sous la raison de commerce «  
C.\_\_\_\_\_ ». Par courrier à l'assuré du 4 septembre 2020, la Caisse a relevé que selon la  
Feuille officielle suisse du commerce du 10 août 2020, la raison individuelle avait été radiée  
et dissoute. Partant, elle informait l'assuré avoir procédé à la radiation de son affiliation  
avec effet au 31 juillet 2020. c) Le 17 novembre 2020, l'assuré a déposé auprès de la Caisse  
une demande d'allocations pour perte de gain en lien avec le coronavirus pour la période du  
17 septembre au 31 octobre 2020. Il a indiqué que son revenu soumis à l'AVS avait été de  
50'000 fr. en 2019, que son revenu de l'activité lucrative avait été de 0 fr. pour le mois au  
cours duquel la demande était déposée, et que le chiffre d'affaires de l'entreprise avait été  
de 9'800 fr. en août 2020, de 15'400 fr. en septembre 2020, et de 9'100 fr. en octobre 2020.

- 3 - Par déclaration de salaire reçue par la Caisse le 13 janvier 2021, l'assuré a déclaré qu'il  
avait reçu de D.\_\_\_\_\_ SA une rémunération de 25'000 fr. pour la période du 1er août au  
31 décembre 2020. d) Le 19 janvier 2021, l'assuré a déposé deux autres demandes  
d'allocations pour perte de gain en lien avec le coronavirus, pour les mois de novembre et  
décembre 2020. Pour le mois de novembre 2020, il a indiqué que le chiffre d'affaires de la  
société s'était élevé à 10'475 fr., et qu'il avait été de 21'182 fr. pour décembre 2020. Il a, à  
nouveau, indiqué que le revenu 2019 soumis à l'AVS avait été de 50'000 fr., et que le

revenu de l'activité lucrative soumis à l'AVS pendant le mois pour lequel la demande était formulée était de 0 franc. Il a en outre précisé que la date de début d'activité était le 1er août 2020, et n'a pas complété les rubriques « chiffre d'affaires selon le compte de résultat de l'entreprise » pour les années 2015 à 2019. e) Par trois décisions du 18 février 2021, la Caisse a refusé de mettre l'assuré au bénéfice d'une indemnité pour perte de gain COVID-19 pour la période du 17 septembre au 31 décembre 2020. Elle a retenu, en substance, que la société D. \_\_\_\_\_ SA avait débuté son activité le 1er août 2020 et qu'elle ne pouvait se prévaloir d'un minimum de trois mois d'activité avec un chiffre d'affaires mensuel pour pouvoir bénéficier des allocations pour perte de gain COVID-19 pour les mois de septembre et octobre 2020. Pour les mois de novembre et décembre 2020, la baisse de chiffre d'affaires était inférieure à 55 % au moins par rapport au chiffre d'affaires mensuel moyen, et n'atteignait pas non plus 40 % pour la période du 19 au 31 décembre 2020. La Caisse a joint à sa décision un tableau intitulé « Aide au calcul de la baisse significative du chiffre d'affaires », selon lequel, avec un chiffre d'affaires de 9'800 fr. en août 2020, de 14'313 fr. en septembre 2020, et de 8'648 fr. en octobre 2020, soit un total pour trois mois de 32'761 fr., le chiffre d'affaires mensualisé pour 2020 était de 10'920 fr. 33. Compte tenu d'un chiffre d'affaires de 10'475 fr. en novembre 2020, la baisse en pourcent n'était que de 4.08 %. Quant à décembre 2020, où la société avait réalisé un chiffre d'affaires de

- 4 - 21'182 fr., il n'y avait pas de baisse du chiffre d'affaires. Il en allait de même pour la période du 19 au 31 décembre 2020. f) Par courrier du 3 mars 2021, l'assuré a fait opposition au refus de lui verser des allocations perte de gain COVID-19 pour la période du 17 septembre au 31 décembre 2020. Il a fait valoir que D. \_\_\_\_\_ SA avait repris les actifs et passifs de la raison individuelle C. \_\_\_\_\_, active depuis 1996, et ne pouvait dès lors être considérée comme une « nouvelle » création d'entreprise, précisant que la décision de transformer la raison individuelle en société anonyme avait été prise avant la crise sanitaire. g) Par décision sur opposition du 3 mai 2021, la Caisse a confirmé la teneur de ses décisions initiales, en retenant qu'il ne fallait pas tenir compte de l'existence de l'entreprise individuelle au-delà du 10 août 2020, mais uniquement de l'activité de D. \_\_\_\_\_ SA. La condition d'une perte de chiffre d'affaires d'au moins 55 % sur une durée de trois mois au minimum n'était donc pas remplie. Elle a en outre estimé que l'assuré n'avait pas subi de perte de salaire, puisqu'il avait déclaré avoir perçu une rémunération de la société s'élevant à 25'000 fr. sur la période d'août à décembre 2020, alors qu'il avait perçu une rémunération de 50'000 fr. pour l'ensemble de l'année 2019. B. a) Par acte du 27 mai 2021, B. \_\_\_\_\_, représenté par CAP Compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA, a recouru contre la décision sur opposition du 3 mai 2021 auprès de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève, en concluant au versement de l'allocation pour perte de gain en lien avec le coronavirus. Il a invoqué, notamment, la violation du principe de la légalité, dans la mesure où la décision attaquée se fondait les directives administratives, qui n'étaient même pas en vigueur lorsqu'il avait soumis sa première demande d'allocations. Il a exposé que durant l'été 2020, il avait procédé à la modification de la forme juridique de l'entreprise qu'il exploitait en raison individuelle depuis plus de 20 ans pour constituer une société anonyme, dans l'unique but d'en faciliter la

- 5 - revente, ignorant les impacts qu'aurait cette modification, alors que rien de lui permettait d'anticiper que le changement en question empêcherait la prise en compte des

chiffres d'affaires antérieurs à celui-ci. Il est ainsi d'avis que les directives administratives ne constituent pas une base légale suffisante, d'une part, mais que leur application in casu viole les principes de prévisibilité et d'accessibilité. Il s'est plaint, dans un autre moyen, d'une violation du principe de l'égalité de traitement, estimant qu'il ne faisait guère de doute que bon nombre de dirigeants salariés de personnes morales et d'innombrables indépendants exploitant leur raison individuelle avaient été mis au bénéfice des allocations pour perte de gain COVID-19. Il a enfin soutenu qu'étant donné qu'il demeurait l'unique ayant droit économique de la société économique, qu'il décidait seul de la conduite de la société, que le salaire versé, comme celui perçu quand il exerçait en qualité d'indépendant, restait lié aux résultats d'exploitation, sans qu'il ne dispose de ressources financières externes, avec une société déployant la même activité, avec la même clientèle, dans les mêmes locaux, les mesures étatiques mises en place pour lutter contre la crise sanitaire l'avaient impacté, lui et sa société, dans une même proportion que s'il n'en avait pas modifié la forme juridique. Il estimait dès lors faire l'objet d'une violation de l'égalité de traitement de la part de la Caisse, qui n'avait pas considéré les particularités du cas d'espèce. Il a notamment joint à son écriture une attestation de la notaire [...], datée du 4 mars 2021, selon laquelle elle avait instrumenté l'acte constitutif de la société anonyme et indiquait qu'il y avait « une continuité d'exploitation » sous la seule réserve du changement de la forme juridique. b) Dans sa réponse du 13 juillet 2021, la Caisse a conclu au rejet du recours. c) Par réplique du 28 juillet 2021, l'assuré a notamment précisé qu'il avait déclaré, à tort, avoir perçu un revenu soumis à cotisations AVS de 25'000 fr. pour la période d'août à décembre 2020, dans le but d'éviter des lacunes de cotisations. En réalité, il n'avait perçu aucune rémunération de la part de D. \_\_\_\_\_ SA sur cette période. Il a également exposé que s'il avait eu conscience que la simple modification

- 6 - du statut juridique de sa société l'exclurait de facto des aides étatiques indispensables à la survie de son exploitation, il aurait attendu quelques mois supplémentaires, estimant que l'objectif de prévisibilité administrative n'avait pas vraiment été assuré par les directives appliquées. Il a encore plaidé que l'application rigide et sans égard aux particularités du cas d'espèce des directives administratives par la Caisse consacrait une inégalité de traitement. Il a produit des pièces complémentaires visant à établir l'absence de rémunération, à savoir un extrait bancaire pour la période du 1er juillet au 31 décembre 2020 de son compte bancaire d'entreprise, ainsi que des fiches de salaires de [...] pour novembre et décembre 2020, et de [...], pour les mêmes mois, ainsi que pour lui-même, pour le mois de janvier 2021. Était encore joint un extrait de son compte privé faisant état d'opérations pour la période du 14 janvier 2020 au 9 juillet 2021. d) En duplique, le 13 septembre 2021, la Caisse a maintenu sa position. Elle a notamment indiqué qu'aucune demande de rectification de la déclaration des salaires n'avait été déposée par D. \_\_\_\_\_ SA pour l'année 2020 jusqu'alors. Elle a joint à son envoi un extrait des commentaires des dispositions réglementaires applicables. e) L'assuré a également maintenu sa position par écriture du 29 septembre 2021. C. Par arrêt du 30 juin 2022, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève a déclaré le recours irrecevable faute de compétence à raison du lieu, et a transmis la cause à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois. D. Par courrier du 3 octobre 2022, la juge instructrice a informé les parties que la cause avait été transmise à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois, comme objet de sa compétence, par la Chambre des assurances sociales de Genève, en indiquant qu'elle paraissait en état d'être jugée et le serait lorsque l'état du rôle le permettrait.

- 7 - E n d r o i t : 1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable au régime des allocations pour perte de gain (art. 1 LAPG [loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité ; RS 834.1], art. 1 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 [ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus [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 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA). b) En l'espèce, le recours a été interjeté en temps utile, auprès de la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève, qui a décliné sa compétence en faveur de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois. Le recours respecte pour le surplus les formalités prévues par la loi (cf. art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable. 2. A teneur de la décision sur opposition attaquée, le litige a pour objet le droit du recourant à l'allocation pour perte de gain en lien avec le coronavirus pour la période du 17 septembre au 31 décembre 2020. 3. a) Selon l'art. 15 de la loi COVID-19 (loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 ; RS 818.102), 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 (al. 1, première phrase). Seules les personnes frappées par une

- 8 - 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, deuxième phrase, dans sa teneur en vigueur du 17 septembre au 18 décembre 2020). Ont également droit à l'allocation notamment les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA et les personnes qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur (al. 2). b) Aux termes de l'art. 12 al. 1 LPGA, est considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante celui dont le revenu ne provient pas de l'exercice d'une activité en tant que salarié. Selon la jurisprudence, le gérant ou le dirigeant d'une entreprise employé par cette dernière est, même s'il a dans les faits une position d'actionnaire unique ou majoritaire et une influence déterminante sur la marche des affaires, formellement un travailleur salarié de la société (TF 8C\_202/2019 du 9 mars 2020 consid. 3.3 et les références citées). c) Selon l'art. 2 al. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (dans sa teneur en vigueur à compter du 17 septembre 2020), 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 (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0), pour autant qu'elles soient assurées obligatoirement au sens de la LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10), ont droit à l'allocation 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). L'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (dans sa teneur en vigueur à compter du 17 septembre 2020) 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, pour

- 9 - autant qu'elles ne soient pas concernées par l'al. 3 et qu'elles soient assurées obligatoirement au sens de la LAVS, 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 10'000 fr. à titre de revenu soumis aux cotisations AVS en 2019 (let. c). Selon l'art. 2 al. 3ter de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (dans sa teneur en vigueur du 8 octobre au 19 décembre 2020), l'activité lucrative est considérée comme significativement limitée 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. Dans sa teneur en vigueur à compter du 19 décembre 2020, l'art. 2 al. 3ter prévoit que l'activité lucrative est considérée comme significativement limitée 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 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. d) L'art. 5 al. 2quater de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (dans sa teneur en vigueur à compter du 17 septembre 2020) précise que pour les salariés au sens de l'art. 10 LPGA, la perte de salaire

- 10 - 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. Le commentaire des modifications de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 entrées en vigueur le 17 septembre 2020 (disponible sur internet dans le communiqué de presse du Département fédéral de l'intérieur du 4 novembre 2020) indique, en lien avec l'art. 5 al. 2quater, que cet alinéa règle le montant et le calcul de l'allocation pour les personnes salariées, 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. e) La Circulaire de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) sur l'allocation pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus (CCPG, dans sa version valable à partir du 17 septembre 2020) précise à son ch. 1058 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. Quant à la détermination du revenu précédant le début du premier droit à l'allocation, le ch. 1069.1 CCPG prévoit que pour les personnes dont la position est assimilable à celle d'un employeur et leurs conjoints ou partenaires enregistrés travaillant dans l'entreprise, le revenu moyen déterminant est calculé sur la base du revenu de l'activité lucrative soumis à l'AVS déclaré en 2019. 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 (ATF 133 V 431) ; la période d'activité effective doit être attestée (ch. 1067

auquel renvoie le ch. 1069.1 CCPG). 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 (ch. 1069.2).

- 11 - Selon le ch. 1041.5 CCPG, si l'activité a débuté en 2020 ou en 2021, la personne doit justifier par des moyens appropriés que son chiffre d'affaires mensuel est inférieur d'au moins 55 %, respectivement de 40 % ou de 30 % par rapport au chiffre d'affaires moyen réalisé durant au moins trois mois. Un droit à l'allocation existe lorsqu'un chiffre d'affaires a été généré durant au moins trois mois. La moyenne des trois mois où le chiffre d'affaires a été le plus élevé est déterminante pour le calcul du manque à gagner. Le ch. 1041.5a CCPG, introduit en janvier 2021, prévoit désormais ce qui suit : « En cas de changement de statut juridique (transformation de raisons individuelles, de sociétés de personnes ou de personnes morales), l'examen de la baisse du chiffre d'affaires, le droit et le calcul de l'allocation se basent uniquement sur le nouveau statut. Les chiffres 1041.5 et 1041.6 s'appliquent par analogie. » f) Bien que les directives administratives ne lient en principe pas le juge, celui-ci est néanmoins tenu de les considérer dans son jugement, pour autant qu'elles permettent une interprétation des normes juridiques qui soit adaptée au cas d'espèce et équitable. Ainsi, si les directives administratives constituent une concrétisation convaincante des dispositions légales, le tribunal ne s'en départit pas sans motif pertinent. Dans cette mesure, il est tenu compte du but de l'administration tendant à garantir une application égale du droit (ATF 141 V 365 consid. 2.4 et les références citées). 4. a) Ancré à l'art. 9 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101) et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi exige que l'administration et les administrés se comportent réciproquement de manière loyale. En particulier, l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part. A certaines conditions, le citoyen peut ainsi exiger de l'autorité qu'elle se conforme

- 12 - aux promesses ou assurances qu'elle lui a faites et ne trompe pas la confiance qu'il a légitimement placée dans celles-ci. De la même façon, le droit à la protection de la bonne foi peut aussi être invoqué en présence, simplement, d'un comportement de l'administration susceptible d'éveiller chez l'administré une attente ou espérance légitime (ATF 131 II 627 consid. 6.1 ; 129 II 361 consid. 7.1). b) Selon la jurisprudence, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu. Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice et que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 141 V 530 consid. 6.2 ; 131 II 627 consid. 6.1 et les références citées). Plus largement, le principe de la bonne foi s'applique lorsque l'administration crée une apparence de droit, sur laquelle l'administré se fonde pour adopter un comportement qu'il considère dès lors comme conforme au droit (TF 6B\_659/2013 du 4 novembre 2013 consid. 3.1 et la référence citée). 5. a) En l'occurrence, l'intimée a constaté qu'elle ne pouvait pas tenir compte du chiffre d'affaires réalisé par le recourant dans le cadre de sa raison individuelle pour déterminer le droit aux allocations pour perte de gain en cas de coronavirus en tant que dirigeant salarié

de sa société anonyme à compter du 17 septembre 2020. Ainsi pour la période du 17 septembre au 31 octobre 2020, comme l'activité de la société anonyme avait débuté en août 2020, la condition de la réalisation de trois mois au moins de chiffre d'affaires n'était pas remplie. Quant au mois de novembre 2020, au vu des éléments chiffrés contenus dans la demande du recourant du 19 janvier 2021, la condition d'une perte de chiffre

- 13 - d'affaires d'au moins 55 % n'était pas remplie. Il en allait de même pour le mois de décembre 2020, la Caisse ayant précisé qu'il n'y avait pas eu de perte d'au moins 40 % du 19 au 31 décembre 2020. La Caisse a en outre rappelé qu'une autre condition cumulative pour percevoir les allocations pour perte de gain en cas de coronavirus était celle de la perte de salaire. Or, le recourant ne justifiait pas, dans ses différentes demandes, d'un salaire versé en août 2020 permettant de vérifier si la condition de la perte de salaire était remplie, l'activité de la société anonyme ayant débuté en août 2020, et le revenu d'indépendant réalisé en 2019 (50'000 fr.) ne pouvant être pris en compte pour déterminer la perte de salaire dans le cadre de l'activité réalisée sous une nouvelle forme juridique, alors que le recourant avait, au demeurant, mentionné un revenu de 25'000 fr. pour la période d'août à décembre 2020 dans la déclaration annuelle des salaires 2020. b) Le recourant soutient quant à lui n'avoir procédé à la modification de la forme juridique de la société qu'il exploitait en raison individuelle depuis plus de 20 ans pour constituer une société anonyme, que dans l'unique but d'en faciliter la revente, ignorant les impacts qu'aurait cette modification. A son avis, vu qu'il demeure l'unique ayant droit économique de la société anonyme, qu'il décide seul de la conduite de la société, que le salaire qu'il se verse, comme celui perçu quand il exerçait comme indépendant, reste lié aux résultats d'exploitation, sans qu'il ne dispose de ressources financières externes, avec une société déployant la même activité, avec la même clientèle, dans les mêmes locaux, les mesures étatiques mises en place pour lutter contre la crise sanitaire l'ont impacté, lui et sa société, dans une même proportion que s'il n'en avait pas modifié la forme juridique. c) Le recourant ne peut toutefois être suivi dans ses explications. Le fait d'avoir transformé la raison individuelle en société anonyme n'est pas sans effet. Comme le relève l'intimée, les conditions d'octroi de l'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus au titre de la limitation d'activité pour les dirigeants salariés diffèrent de celles relatives aux personnes de condition indépendante. Ainsi et

- 14 - conformément aux dispositions rappelées ci-dessus (consid. 3), le recourant doit démontrer qu'il subit une perte de salaire. Or, il a fait état d'un revenu de l'activité lucrative soumis à l'AVS de 50'000 fr. en 2019. S'il a certes indiqué un revenu inexistant pour les mois concernés par la demande d'allocations pour perte de gain dans les formulaires qu'il a complétés, il a cependant adressé à l'intimée, le 13 janvier 2021, la déclaration des salaires versés par l'employeur à son personnel, dont il ressort qu'il a perçu un salaire de 25'000 fr. pour les mois d'août à décembre 2020. On relèvera à cet égard que figure sur la déclaration des salaires la mention « certifié exact et conforme à la LAVS et aux dispositions d'application ». Or, conformément à l'art. 87 al. 1 LAVS, celui qui, par des indications fausses ou incomplètes, ou de toute autre manière, aura obtenu, pour lui-même ou pour autrui, sur la base de la présente loi, une prestation qui ne lui revient pas, sera puni d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, à moins qu'il ne s'agisse d'un crime ou d'un délit frappé d'une peine plus lourde. Si le recourant a certes produit des extraits de comptes bancaires, privé et « entreprise », cela ne suffit pas à établir qu'il n'a perçu aucune rémunération de la société pour la période en cause, à plus forte raison en l'absence de

demande de rectification de la déclaration des salaires d'août à décembre 2020. Ainsi, en l'absence de perte de salaire pour les mois concernés, c'est à bon droit que l'intimée a nié le droit aux prestations. d) Pour le surplus, le ch. 1041.5a CCPG n'était pas en vigueur pour la période concernée par les trois demandes (soit du 17 septembre au 31 décembre 2020). Cela étant, même sans appliquer ce chiffre, l'intimée était fondée à nier le droit aux prestations. Certes, le recourant plaide que la société anonyme n'est que le prolongement de la raison individuelle, dont elle est une copie presque conforme, avec la même activité, dans les mêmes locaux, avec les mêmes clients, et la même personne décidant seule de sa conduite. Or, la base de calcul des allocations pour perte de gain en cas de coronavirus pour les indépendants et les personnes dont la position est assimilable à celle d'un employeur est différente. Ainsi pour les indépendants, le calcul se base sur le revenu soumis à cotisations AVS en 2019 (art. 5 al. 2ter de l'ordonnance

- 15 - sur les pertes de gain COVID-19), alors que pour les salariés, qui comprennent les personnes dont la position est assimilable à celle d'un employeur, c'est la perte de salaire qui est déterminante (cf. art. 5 al. 2quater de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19). Il ressort également du commentaire des modifications de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, ad art. 2 al. 3ter, que pour les personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur – comme le recourant – le chiffre d'affaires déterminant est celui de la personne morale. Par ailleurs, selon le même commentaire, ad art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, pour les personnes ayant une position assimilable à celle d'un employeur, c'est le salaire soumis à l'AVS 2019 qui fait foi. Si l'activité a débuté après 2019, on se base sur le salaire soumis à l'AVS touché pendant la durée de l'activité en question. Dans la mesure où les demandes d'allocations pour perte de gain litigieuses pour la période du 17 septembre au 31 décembre 2020 ont été déposées par le recourant en sa qualité de dirigeant de D. \_\_\_\_\_ SA, c'est donc à juste titre que l'intimée a pris en compte le chiffre d'affaires de la société anonyme, à compter de sa création, en août 2020, sans que l'on ne puisse déceler de violation du principe de la légalité. Pour le surplus, l'intimée a procédé à une correcte application des dispositions de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (cf. consid. 3 let. b, c et d) pour nier le droit aux prestations. 6. a) Le recourant se plaint d'une violation du principe de l'égalité de traitement. b) Selon la jurisprudence, une décision ou un arrêté viole le principe d'égalité consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. L'inégalité apparaît ainsi comme une forme particulière

- 16 - d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 146 II 56 consid. 9.1 ; 145 I 73 consid. 5.1 ; 144 I 113 consid. 5.1.1). On rappellera que principe de la légalité de l'activité administrative prévaut en principe sur celui de l'égalité de traitement. En conséquence, le justiciable ne peut généralement pas se prétendre victime d'une inégalité devant la loi lorsque celle-ci est correctement appliquée à son cas, alors qu'elle aurait été faussement, voire pas appliquée du tout, dans d'autres cas. Cela présuppose cependant, de la part de l'autorité dont la décision est attaquée, la volonté d'appliquer correctement à l'avenir les dispositions légales en question. Le citoyen ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir

que l'administration persévérera dans l'inobservation de la loi. Il faut encore que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'impose de donner la préférence au respect de la légalité (ATF 139 II 49 consid. 7.1 et les références ; TF 8C\_605/2013 du 17 juin 2014 consid. 3.3 ; ATF 136 I 65 consid. 5.6). c) Le grief tiré de la violation du principe de l'égalité de traitement n'est pas fondé. En affirmant que l'intimée n'a pas tenu compte des « particularités du cas d'espèce », le recourant aimerait précisément que le principe dont il se prévaut ne lui soit pas appliqué. Pour le surplus, on peine à comprendre ce que le recourant entend tirer de l'allégation selon laquelle il ne ferait guère de doute que bon nombre de dirigeants salariés de personnes morales et d'innombrables indépendants exploitant leur raison individuelle ont été mis au bénéfice des allocations pour perte de gain en cas de coronavirus. En particulier, s'il entendait se prévaloir du principe de l'égalité dans l'illégalité, il lui appartenait de démontrer l'existence d'une pratique contraire au droit, ce qu'il n'a pas argué. 7. En définitive, si la décision de modifier la forme juridique de la raison individuelle en société anonyme a entraîné des conséquences douloureuses pour le recourant, elle résulte d'un choix délibéré de ce

- 17 - dernier, effectué en toute conscience, qui ne fait pas suite à des renseignements qui auraient été donnés par l'intimée. A cet égard, on doit relever qu'il n'appartient pas à celle-ci d'assumer les conséquences financières d'un tel choix, lequel a été opéré, à l'évidence, sur la base d'une analyse incomplète de la situation juridique et économique. 8. a) Sur le vu de ce qui précède, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision sur opposition attaquée confirmée. b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la loi spéciale ne le prévoyant pas (art. 61 let. fbis LPGA), ni d'allouer de dépens, dès lors que le recourant n'obtient pas gain de cause et qu'il n'est de toute façon pas représenté (art. 61 let. g LPGA a contrario). Par ces motifs, la Cour des assurances sociales p r o n o n c e : I. Le recours est rejeté. II. La décision sur opposition rendue le 3 mai 2021 par la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des entreprises romandes FER CIAM 106.1 est confirmée. III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens. La présidente : La greffière : Du

- 18 - L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, à : - CAP Compagnie d'Assurance de Protection Juridique SA, à Genève (pour B. \_\_\_\_\_), - Caisse interprofessionnelle de la Fédération des entreprises romandes FER CIAM 106.1, à Genève, - Office fédéral des assurances sociales, à Berne. Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF). La greffière :

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