

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 22 octobre 2021

Composition : Mme DESSAUX, présidente
Mme Pasche et M. Piguet, juges
Greffière : Mme Monod

Cause pendante entre :

B. _____ **SÀRL**, à [...], recourante, représenté par Fiduciaire F. _____ Sàrl,
à [...],

et

GASTROSOCIAL CAISSE DE COMPENSATION, à Aarau, intimée.

Art. 2 al. 3 et 5 Ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ; art. 11 LAPG ; art. 4 et 7 RAPG.

E n f a i t :

A. B._____Sàrl (ci-après également : la société ou la recourante) a été inscrite au registre vaudois du commerce le 20 février 2020, avec pour but l'exploitation de plusieurs établissements de restauration, comme le Café I._____ à [...], dont l'activité a débuté le 19 octobre 2020. C._____ et D._____ sont les associés gérants de la société, dotés de la signature individuelle.

B._____Sàrl a été affiliée dès sa création auprès de Gastrosocial Caisse de compensation (ci-après : la Caisse ou l'intimée) pour la perception des cotisations sociales. Elle a déclaré le versement de salaires en faveur de ses employés dès le 19 octobre 2020 et, notamment, d'un salaire mensuel brut de 6'000 fr. en faveur de C._____ à compter du 1^{er} novembre 2020.

Le Café I._____ a été fermé en application des mesures fédérales et cantonales de lutte contre le coronavirus du 3 novembre au 9 décembre 2020, puis du 27 décembre 2020 au 19 avril 2021.

B. B._____Sàrl a requis des allocations pour perte de gain en cas de coronavirus en faveur de C._____, par demandes formelles successives, déposées auprès de la Caisse les 7 janvier, 4 et 24 février, 3 mars, 7 avril et 5 mai 2021, pour les mois de novembre 2020 à avril 2021. A notamment été produite une attestation de la Fiduciaire F._____Sàrl du 19 février 2021, laquelle précisait que C._____ était au bénéfice d'un contrat de travail dès le 1^{er} novembre 2020. Ce contrat prévoyait le versement d'un salaire mensuel brut de 6'000 fr. en faveur de ce dernier. Les associés gérants de la société n'avaient toutefois pas perçu de salaire effectif, ni d'autres prestations financières, depuis le 1^{er} novembre 2020.

Par décision du 24 mars 2021, la Caisse a nié le droit de B._____Sàrl au versement des allocations pour perte de gain en cas de coronavirus en faveur de son associé gérant. Elle a retenu que C._____ n'avait perçu aucun salaire entre février et octobre 2020. Dès lors, il ne

subissait aucune perte de revenu du fait des mesures de lutte contre le coronavirus.

B._____Sàrl, représentée par Fiduciaire F._____Sàrl, s'est opposée à cette décision par écriture du 8 avril 2021, exposant que le Café I._____ à [...] n'avait ouvert ses portes qu'en date du 19 octobre 2020, du fait de travaux achevés le 16 octobre 2020. A son avis, une perte de revenu devait être prise en compte au profit de C._____ du fait de son salaire contractuel durant les périodes de fermeture imposées du 3 novembre au 9 décembre 2020, ainsi que dès le 27 décembre 2020.

La Caisse a rendu sa décision sur opposition le 11 mai 2021, maintenant sa décision du 24 mars 2021. Elle a rappelé qu'en cas de début d'activité en 2020, il convenait de déterminer le revenu réalisé en moyenne par mois en 2020 avant l'interruption de l'activité. Dans le cas particulier, l'opposante n'avait dégagé aucun revenu moyen avant cette interruption. Dès lors, aucune perte de revenu ne pouvait être prise en compte en faveur de l'associé gérant. L'attestation du 19 février 2021 confirmait d'ailleurs l'absence de salaire versé en sa faveur.

C. B._____Sàrl, assistée de Fiduciaire F._____Sàrl, a déféré la décision sur opposition précitée à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal par acte de recours du 8 juin 2021. Réitérant pour l'essentiel les arguments avancés au stade de la procédure d'opposition, elle a conclu à l'octroi des allocations pour perte de gain en cas de coronavirus en faveur de C._____ pour les périodes du 3 novembre au 9 décembre 2020, ainsi que du 27 décembre 2020 au 19 avril 2021.

La Caisse a répondu au recours le 14 juillet 2021 et conclu à son rejet. Elle a renvoyé à la teneur de la décision sur opposition entreprise, ainsi qu'aux directives administratives régissant son activité.

Par réplique du 12 août 2021, B._____Sàrl a maintenu ses conclusions, se prévalant des fiches de salaires et du certificat annuel de

salaires, établis en faveur de C._____, ainsi que de l'attestation des salaires versés par la société, adressée à la Caisse pour l'année 2020.

Le 30 août 2021, la Caisse a fait valoir que les personnes dont la position est assimilable à celle d'un employeur, tel que C._____, devaient pouvoir attester d'un salaire effectivement versé avant l'interruption de l'activité. Il ne suffisait pas, à son avis, qu'un salaire contractuel ait été prévu. Il fallait en revanche qu'un salaire effectif ait été versé durant au moins un mois pour qu'une perte de gain puisse être prise en considération.

B._____Sàrl s'est déterminée le 21 septembre 2021, précisant avoir honoré en priorité les salaires de ses employés et les factures de ses fournisseurs, au détriment du salaire de son associé gérant, lequel avait du reste mis ses factures personnelles en suspens. Dans la mesure où C._____ était au bénéfice d'un salaire contractuel dès novembre 2020, une perte de salaire devait lui être reconnue du fait de l'interruption de l'activité.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent aux allocations pour pertes de gain en lien avec le coronavirus, sous réserve de dérogations expresses (art. 1 de l'ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus [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 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 du tribunal compétent (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]). Il respecte pour le surplus les formalités prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable.

2. Est litigieuse en l'espèce la question de savoir si la recourante peut prétendre, sur le principe, à l'octroi des allocations pour pertes de gain en lien avec le coronavirus à compter du 3 novembre 2020 en faveur de son associé gérant, C._____.

3. a) A teneur de l'art. 15 al. 2 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), ont 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.

b) Selon l'art. 2 al. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (dans sa teneur en vigueur à compter du 8 octobre 2020), les personnes qui exercent une activité 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) 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).

c) L'art. 5 al. 1 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (dans sa teneur en vigueur à compter du 8 octobre 2020) prévoit que l'indemnité journalière est égale à 80 % du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation. L'al. 2 de cette disposition précise que pour déterminer le montant du revenu, l'art. 11 al. 1 LAPG (loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité ; RS 834.1) s'applique par analogie. L'al.

2^{ter} de cette même disposition indique que, pour les ayants droit exerçant une activité lucrative indépendante au sens notamment de l'art. 2 al. 3, le revenu soumis aux cotisations AVS en 2019 est déterminant pour le calcul de l'allocation.

d) Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler récemment que dans la mesure où l'art. 11 al. 1 LAPG est applicable par analogie en vertu de l'art. 5 al. 2 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 susmentionné, le RAPG (règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain ; RS 834.11) et la jurisprudence rendue en la matière le sont également (cf. TF 9C_53/2021 du 30 juin 2021 consid. 5.2, destiné à la publication).

4. a) Conformément à l'art. 11 al. 1 LAPG, le revenu moyen acquis avant l'entrée en service est le revenu déterminant pour le calcul des cotisations dues conformément à la LAVS. Le Conseil fédéral édicte des dispositions relatives au calcul de l'allocation et fait établir par l'Office fédéral des assurances sociales des tables dont l'usage est obligatoire et dont les montants sont arrondis à l'avantage de l'ayant droit.

b) En vertu de l'art. 7 al. 1 RAPG, l'allocation est calculée, pour les personnes exerçant une activité indépendante, d'après le revenu, converti en revenu moyen, qui a servi de base à la dernière décision de cotisations à l'AVS rendue avant l'entrée en service. L'allocation est ajustée sur demande si, par la suite, une nouvelle décision de cotisation est prise pour l'année pendant laquelle le service a été accompli (al. 1^{bis}). Selon l'art. 7 al. 2 RAPG, pour les personnes qui rendent vraisemblable qu'elles auraient entrepris une activité indépendante de longue durée pendant la période du service, l'allocation est calculée d'après le revenu qu'elles auraient pu obtenir.

c) S'agissant des personnes salariées, l'art. 4 al. 2 RAPG indique que, pour les personnes qui rendent vraisemblable que, durant le service, elles auraient entrepris une activité salariée de longue durée ou

gagné sensiblement plus qu'avant d'entrer en service, l'allocation est calculée d'après le revenu qu'elles ont perdu.

5. a) D'après le ch. 1069.2 de la CCPG (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 ; état au 4 novembre 2020), si l'activité a débuté en 2020, le montant de l'allocation est calculé à partir du revenu moyen réalisé en 2020 d'après les décomptes de salaire ; si l'activité a débuté en 2021, on se base sur cette information en 2021. Si l'activité a débuté il y a moins d'un an, le ch.1067 s'applique par analogie.

b) Selon le ch. 1067 de la CCPG, 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 (cf. ATF 133 V 431). La période d'activité effective doit être attestée (statut d'indépendant auprès de la caisse de compensation, bilans comptables ou autres documents probants).

6. a) En l'espèce, il est établi que B. _____ Sàrl, respectivement le Café I. _____, a débuté son activité le 19 octobre 2020 et qu'un salaire contractuel a été prévu dès le 1^{er} novembre 2020 en faveur de son associé gérant, C. _____. Font dès lors défaut un revenu soumis aux cotisations AVS pour l'année 2019, ainsi qu'un revenu moyen dégagé avant novembre 2020.

b) Cela étant, compte tenu du renvoi à l'art. 11 LAPG, respectivement à l'art. 7 al. 2 RAPG, contenu à l'art. 5 al. 2 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, il n'y a pas lieu de s'écarter du salaire mensuel brut de 6'000 fr. prévu dès le 1^{er} novembre 2020 en faveur de C. _____. Il s'agit en effet de la perte de revenu rendue vraisemblable au sens entendu par l'art. 7 al. 2 RAPG. La même conclusion s'impose d'ailleurs en cas d'examen de son cas à l'aune de l'art. 4 al. 2 RAPG, en sa qualité de salarié de B. _____ Sàrl.

c) Au demeurant, contrairement à ce que soutient l'intimée, on ne voit pas que les ch. 1069.2 et 1067 de la CCPG permettraient de parvenir à un résultat différent, compte tenu du salaire prévu en faveur de l'associé gérant et dûment annoncé aux termes de l'attestation annuelle des salaires 2020 déposée par B. _____ Sàrl pour le Café I. _____ auprès de l'intimée.

d) Il y a donc lieu de retenir que la perte de revenu subie par C. _____, du fait de la fermeture du Café I. _____, équivaut au salaire mensuel brut de 6'000 fr., convenu contractuellement par la recourante dès le 1^{er} novembre 2020.

7. a) Bien fondé, le recours doit être admis et la décision attaquée réformée, en ce sens que la recourante a droit aux allocations pour pertes de gain en lien avec le coronavirus pour les périodes litigieuses en faveur de son associé gérant. La cause est, au surplus, renvoyée à l'intimée pour le calcul de ces prestations, en tenant compte d'un revenu mensuel brut de 6'000 fr. versé à C. _____ dès novembre 2020.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA).

c) Obtenant gain de cause, la recourante, qui a agi avec l'assistance d'un mandataire professionnel, a droit en principe à une indemnité de dépens. Il convient, en l'espèce, de la fixer à 500 fr. et de mettre à la charge de l'intimée (art. 61 let. g LPGA et art. 10 et 11 du TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

I. Le recours est admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 11 mai 2021 par Gastrosocial Caisse de compensation est réformée en ce sens que la recourante a droit aux allocations pour perte de gain en lien avec le coronavirus pour les périodes du 3 novembre au 9 décembre 2020 et du 27 décembre 2020 au 19 avril 2021 en faveur de son associé gérant.
- III. La cause est renvoyée à Gastrosocial Caisse de compensation pour calcul des prestations dans le sens des considérants.
- IV. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- V. Gastrosocial Caisse de compensation versera à la recourante une indemnité de 500 fr. (cinq cents francs) à titre de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- Fiduciaire F. _____ Sàrl, à [...] (pour B. _____ Sàrl),
- Gastrosocial Caisse de compensation, à Aarau,
- 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 :