

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 30 septembre 2022

Composition : M. PIGUET, président
Mmes Di Ferro Demierre et Durussel, juges
Greffière : Mme Guardia

Cause pendante entre :

A.J. _____, à [...], recourante,
B.J. _____, à [...], recourant,

et

B. _____, à [...], intimée.

Art. 9 Cst. ; art. 12, 25 et 53 al. 1 LPGA ; art. 4 OPGA ; art. 2 al. 3 et 3^{bis} ordonnance sur les pertes de gain COVID 19 ; art. 24 al. 1 LPA-VD

E n f a i t :

A. a) A.J._____ (ci-après : l'assurée ou la recourante) ainsi qu'B.J._____ (ci-après : l'assuré ou le recourant) travaillent comme vétérinaires à l'enseigne de la société en nom collectif [...] et étaient affiliés en tant que travailleurs indépendants auprès de la B._____ (ci-après : la caisse ou l'intimée).

Le 22 avril 2020, les assurés ont chacun déposé une demande d'allocations pour perte de gain en cas de coronavirus auprès de la caisse. Ils ont invoqué une perte de gain résultant des mesures prises par le Conseil fédéral.

Dans ce cadre, la caisse a notamment versé aux assurés les sommes suivantes :

- à A.J._____ :
 - o 6'911 fr. 10 pour la période du 17 mai 2020 au 15 juillet 2020 (décision du 29 juillet 2020) ;
 - o 3'570 fr. 75 pour la période du 16 juillet 2020 au 15 août 2020 (décision du 20 août 2020) ;
 - o 3'685 fr. 95 pour la période du 16 août 2020 au 16 septembre 2020 (décision du 22 septembre 2020) ;
- à B.J._____ :
 - o 4'865 fr. 05 pour la période du 17 mai 2020 au 15 juillet 2020 (décision du 29 juillet 2020) ;
 - o 2'513 fr. 65 pour la période du 16 juillet 2020 au 15 août 2020 (décision du 20 août 2020) ; et
 - o 2'594 fr. 70 pour la période du 16 août 2020 au 16 septembre 2020 (décision du 22 septembre 2020).

b) Le 9 juin 2020, les assurés ont transformé la société en nom collectif [...] qu'ils exploitaient jusqu'alors en société à responsabilité

limitée, U._____ Sàrl. Par courrier daté du 18 juin 2020, les assurés ont informé la caisse de ce changement.

Par décisions du 14 juin 2021, la caisse a condamné A.J._____ et B.J._____ à lui rembourser 11'518 fr.55 et 8'108 fr. 50, montants correspondant aux sommes versées au titre d'allocations pour perte de gain coronavirus pendant la période du 9 juin au 16 septembre 2020.

Dans un courrier daté du 29 juin 2021, la fiduciaire d'U._____ Sàrl s'est opposée à la décision du 14 juin 2021 concernant A.J._____. Elle a fait de même pour B.J._____ dans un envoi daté du 13 juillet 2021. Aux termes de ses oppositions, elle a indiqué qu'en raison de difficultés liées à la pandémie de COVID-19, les assurés avaient vu leur statut d'employé « validé au cours du mois de septembre » 2020 de sorte que la société n'avait pas pu requérir d'indemnités pour réduction de l'horaire de travail les concernant. Elle invoquait ainsi la bonne foi des intéressés ainsi que l'important préjudice économique devant découler du remboursement de la somme réclamée.

Par décisions sur opposition du 30 août 2021, la Caisse a rejeté les oppositions susmentionnées. Elle a considéré que les assurés étaient devenus salariés de la société U._____ Sàrl dès la date de son inscription au registre du commerce et qu'ils ne pouvaient dès lors plus prétendre aux allocations perte de gain considérées. Elle a en outre rejeté les demandes de remise formulées dans les oppositions, estimant que la condition de la bonne foi n'était pas réalisée.

B. Par actes du 28 septembre 2021, complétés le 7 octobre 2021, A.J._____ et B.J._____ ont recouru à l'encontre des décisions sur opposition du 30 août 2021 devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal et conclu implicitement à l'annulation des décisions de restitution.

Par réponses du 16 décembre 2021, la caisse a conclu au rejet des recours.

Par répliques du 16 février 2022, A.J. _____ et B.J. _____ ont confirmé leurs précédents moyens et conclusions.

Par dupliques du 3 mars 2022, la caisse a maintenu sa position.

A.J. _____ et B.J. _____ se sont encore déterminés le 21 mars 2022, réitérant leurs précédentes explications.

E n d r o i t :

1. L'art. 24 al. 1 LPA-VD prévoit que l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation de faits identique ou à une cause juridique commune. Dans la mesure où les recours du 28 septembre 2021 se rapportent à une situation de faits identique et à une cause juridique commune, il convient de joindre les causes APG 18/21 et APG 19/21 et de se prononcer sur les deux recours dans un seul et unique arrêt.

2. a) La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable au régime des allocations pour perte de gain (art. 1 de la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité [LAPG ; RS 834.1]). Les décisions et les décisions sur opposition prises par les caisses cantonales de compensation peuvent faire l'objet d'un recours au tribunal des assurances du canton où la caisse de compensation a son siège (art. 56 al.1 LPGA et 24 al. 1 LAPG), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) Déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a de la loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure

administrative [LPA-VD ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), les recours sont recevables.

3. a) Le litige porte sur le bien-fondé de la restitution, par les recourants, des sommes de 11'518 fr. 55 et 8'108 fr. 50 correspondant aux allocations pour perte de gain en lien avec le coronavirus qu'ils auraient indûment perçues entre le 9 juin et le 16 septembre 2020.

b) Dans ses décisions sur opposition du 30 août 2021, la caisse intimée a non seulement tranché la question du bien-fondé des restitutions ordonnées par décisions du 14 juin 2021 mais s'est également prononcée sur la remise de l'obligation de restituer au sens des art. 25 al. 1 LPGA et 4 de l'ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales [OPGA ; RS 830.11]. Or cette question ne peut être traitée sur le fond que si la décision portant sur la restitution est entrée en force (art. 4 al. 4 OPGA ; TF 9C_466/2014 du 2 juillet 2014 consid. 3.1 *in fine*).

Dès lors, la caisse intimée a outrepassé ses compétences en tranchant la question de la remise et les décisions attaquées doivent être annulées sur ce point.

3. a) Selon l'art. 2 al. 3, en relation avec l'art. 2 al. 1^{bis} let. c de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa teneur du 17 mars 2020 (RO 2020 1257) au 16 septembre 2020 (RO 2020 3705), les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA 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) et si elles subissent une perte de gain en raison d'une mesure prévue à l'art. 6 al. 1 et 2 de l'ordonnance 2 COVID-19 (ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus ; RS 818.101.24 ; abrogée au 22 juin 2020 [RO 2020 2205]).

b) Visant les « cas de rigueur », l'art. 2 al. 3^{bis}, introduit le 19 juin 2020 avec effet rétroactif au 17 mars 2020 (RO 2020 2223) – dans sa teneur en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020 (RO 2020 4571) –, en relation avec l'art. 2 al. 1^{bis}, let. c, de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, prévoit que les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA, mais qui ne sont pas concernées par l'art. 2 al. 3 précité, ont droit à l'allocation perte de gain si elles sont assurées obligatoirement au sens de la LAVS, si elles subissent une perte de gain en raison des mesures prises par le Conseil fédéral afin de lutter contre le coronavirus et si leur revenu déterminant pour le calcul des cotisations AVS de l'année 2019 se situe entre 10'000 fr. et 90'000 francs.

c) 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 a 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).

4. a) Aux termes de l'art. 25 al. 1, 1^{ère} phrase, LPGA, les prestations indûment touchées doivent être restituées.

b) L'obligation de restituer suppose que soient réunies les conditions d'une reconsidération (caractère sans nul doute erroné de la décision et importance notable de la rectification) ou d'une révision procédurale de la décision par laquelle les prestations en cause ont été allouées (ATF 130 V 318 consid. 5.2 et les références).

aa) Selon l'art. 53 al. 1 LPGA, les décisions formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant. Sont " nouveaux " au sens de cette disposition, les faits qui se sont

produits jusqu'au moment où, dans la procédure principale, des allégations de faits étaient encore recevables, mais qui n'étaient pas connus du requérant malgré toute sa diligence. Les preuves, quant à elles, doivent servir à prouver soit les faits nouveaux importants, qui motivent la révision, soit des faits qui étaient certes connus lors de la procédure précédente, mais qui n'avaient pas pu être prouvés, au détriment du requérant. Ce qui est décisif, c'est que le moyen de preuve ne serve pas à l'appréciation des faits seulement, mais à l'établissement de ces derniers (ATF 127 V 353 consid. 5b et les références ; TF 9C_371/2008 du 2 février 2009 consid. 2.3).

bb) Selon l'art. 53 al. 2 LPGA, l'assureur peut revenir sur les décisions formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable. Pour juger s'il est admissible de reconsidérer une décision pour le motif qu'elle est sans nul doute erronée, il faut se fonder sur les faits et la situation juridique existant au moment où cette décision a été rendue, compte tenu de la pratique en vigueur à l'époque (ATF 125 V 383 consid. 3 et les références). Par le biais de la reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit, de même qu'une constatation erronée résultant de l'appréciation des faits. Un changement de pratique ou de jurisprudence ne saurait en principe justifier une reconsidération (ATF 117 V 8 consid. 2c ; 115 V 308 consid. 4a/cc). Pour des motifs de sécurité juridique, l'irrégularité doit être manifeste (« zweifellos unrichtig »), de manière à éviter que la reconsidération devienne un instrument autorisant sans autre limitation un nouvel examen des conditions à la base des prestations de longue durée. En particulier, les organes d'application ne sauraient procéder en tout temps à une nouvelle appréciation de la situation après un examen plus approfondi des faits. Une inexactitude manifeste ne saurait être admise lorsque l'octroi de la prestation dépend de conditions matérielles dont l'examen suppose un pouvoir d'appréciation, quant à certains de leurs aspects ou de leurs éléments, et que la décision initiale paraît admissible compte tenu de la situation antérieure de fait et de droit. S'il subsiste des doutes raisonnables sur le caractère erroné de la décision initiale, les conditions de la reconsidération

ne sont pas remplies (TF 9C_575/2007 du 18 octobre 2007 consid. 2.2 ; TFA I 907/06 du 7 mai 2007 consid. 3.2.1).

c) Le droit de demander la restitution de prestations indûment touchées 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 (art. 25 al. 2, 1^{ère} phrase LPGA). Il s'agit là de délais (relatif et absolu) de péremption, qui doivent être examinés d'office (ATF 146 V 217 consid. 2.1 ; 142 V 20 consid. 3.2.2 ; 140 V 521 consid. 2.1).

5. Ancré à l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; 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 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).

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).

6. a) En l'occurrence, considérant que, durant la période litigieuse, les recourants n'exerçaient pas leur activité en qualité d'indépendants mais en qualité de salariés d'U._____ Sàrl, la caisse intimée a procédé à la reconsidération de ses décisions et ordonné la restitution des montants versés entre le 9 juin et le 16 septembre 2020 au titre d'allocations pour perte de gain.

Il ne fait pas de doute que la transformation de la société en nom collectif [...] en société à responsabilité limitée constitue un fait important au sens de l'art. 53 al. 2 LPGA et que les décisions rendues par la caisse intimée sans tenir compte de cette information étaient manifestement erronées. Elle influence en effet directement le statut (indépendant ou salarié) des intéressés. Or les mécanismes d'indemnisation adoptés par le législateur en lien avec la pandémie diffèrent selon le statut des personnes touchées par les mesures liées au coronavirus, seuls les indépendants pouvant prétendre à des allocations pour perte de gains (cf. consid. 3 *supra*).

Ainsi, la caisse intimée était fondée, sur le principe, à procéder à la reconsidération des décomptes d'allocations pour perte de gain en lien avec le coronavirus, à supprimer avec effet rétroactif les allocations à compter du 9 juin 2020 et, partant, à exiger la restitution des prestations indûment reçues dès cette date.

b) Les recourants reprochent à la caisse intimée de ne pas les avoir informés des conséquences de la transformation de leur société en nom collectif. Ils critiquent le fonctionnement administratif de l'intimée,

estimant que c'est en raison de manquements au niveau de son organisation qu'ils se voient à présent dans une situation financière difficile, obligés de rembourser les allocations pour perte de gain qu'ils ont perçues. Ils affirment en effet que, s'ils avaient été pleinement informés de l'effet de la transformation de leur société, ils auraient demandé – dans les délais pour ce faire – des indemnités pour réduction de l'horaire de travail en leur faveur.

Par leurs reproches, les recourants invoquent le droit à la protection de leur bonne foi. En l'occurrence cependant, les conditions posées par la jurisprudence pour que les recourants se voient appliquer ce mécanisme (cf. consid 5 *supra*) ne sont pas réunies. Il ressort en effet des déclarations des recourants que la transformation de leur société en nom collectif en société à responsabilité limitée a été décidée antérieurement à la survenance de la pandémie et qu'elle a été justifiée par des raisons complètement indépendantes du présent litige. En d'autres termes, les manquements invoqués ne sont pas en lien de causalité avec le choix d'adopter la forme d'une société à responsabilité limitée. En outre, ces manquements n'ont pas non plus induit les recourants à adopter un comportement préjudiciable à leurs intérêts sur lequel ils ne peuvent plus revenir. Même à admettre que la caisse intimée aurait dû immédiatement informer les recourants que, devenus salariés à la suite du changement de forme juridique de leur société, ils ne pouvaient plus prétendre aux allocations pour perte de gains à partir du 9 juin 2020, ceux-ci n'auraient dans tous les cas pas pu obtenir d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail. En effet, le droit extraordinaire à l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail pour les associés et gérants d'une société à responsabilité limitée (art. 2 de l'ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus [RS 837.033]) a été supprimé avec effet au 1^{er} juin 2020 (RO 2020 1777).

c) En définitive, si la décision de modifier la forme juridique de la société a entraîné des conséquences financières douloureuses pour les recourants, elle résulte d'un choix délibéré de ces derniers, effectué en

toute conscience, qui ne fait pas suite à des renseignements qui auraient été donnés par la caisse 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.

7. a) Sur le vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis en ce sens que les décisions sur opposition du 30 août 2021 sont annulées en tant qu'elles portent sur la question de la remise de l'obligation de restituer, la caisse intimée étant invitée à rendre une décision formelle à cet égard une fois la décision sur les restitutions entrée en force.

b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. f^{bis} LPGA), ni d'allouer de dépens aux recourants - au demeurant non représentés - qui n'obtiennent pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA *a contrario*).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I.** Les causes APG 18/21 et APG 19/21 sont jointes.
- II.** Les recours formés par A.J._____ et B.J._____ sont partiellement admis.
- III.** Les décisions sur opposition rendues le 30 août 2021 par B._____ sont annulées en tant qu'elles portent sur la remise de l'obligation de restituer ; elles sont confirmées pour le surplus.
- IV.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède est notifié à :

- A.J. _____
- B.J. _____,
- B. _____,
- Office fédéral des assurances sociales,

par l'envoi de photocopies.

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 :