RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2888/2020 **ATAS/286/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 30 mars 2021

1ère Chambre

En la cause

Monsieur A_____ recourants

et

Madame B_____,

tous deux domiciliés _____, à GRAND-LANCY, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Alexandre de GORSKI

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, intimée
Service juridique, sise rue des Gares 12, GENÈVE

Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; Monique STOLLER FÜLLEMANN et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseures

EN FAIT

1. Monsieur A_____, né le _____ 1969, a déposé le 8 juin 2020 une demande d'allocation pour perte de gain (APG) en cas de coronavirus, en apposant la mention suivante sur le formulaire : « déjà envoyé par e-mail depuis le 25 mars 2020. Sans aucune réponse !!! Pourquoi ??? Genève le 4 mai 2020 ». Il précise qu'il exerce une activité indépendante dans le cadre du marché aux puces de Plainpalais et de deux boutiques « C_____» à la rue de D_____.

2. Par décision du 2 juillet 2020, se référant à la demande du 25 mars 2020, la caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la CCGC) a informé l'intéressé que celle-ci était rejetée, au motif qu'il n'était pas reconnu comme indépendant par une caisse de compensation et qu'il n'était pas non plus affilié à l'office cantonal des assurances sociales (OCAS) à ce titre.

3. Par courriel du 6 juillet 2020, l'intéressé a indiqué que « je fais le marché aux puces depuis de nombreuses années et j'ai été très mal conseillé par vos services qui m'ont toujours affilié comme personne sans activité lucrative ce qui est totalement faux ! ».

   Lui et son épouse, Madame B_____, ont rempli un questionnaire d'affiliation pour personne de condition indépendante le 10 juillet 2020. Il a estimé son revenu net annuel à environ CHF 15'000.-.

4. L'intéressé et son épouse ont formé opposition le 27 juillet 2020 à la décision du 2 juillet 2020, alléguant que « nous avons appris avec surprise que nous n'avions pas le statut d'indépendants alors que dans la réalité et surtout dans les faits nous le sommes. (…) Dès réception de votre courrier, nous avons immédiatement fait toutes les démarches requises afin de régulariser nos situations avec l'OCAS mais après plusieurs semaines nous attendons toujours leur réponse que nous ne manquerons pas de vous communiquer dès réception et vous pourrez très facilement rectifier votre décision erronée. Nous avons tous les justificatifs qui prouvent que nous sommes indépendants pour ma part depuis au moins 2005 et pour ma femme depuis 2018 et les conditions pour l'octroi des allocations sont plus que remplies ».

5. Par décision notifiée à l'intéressé le 13 août 2020, la CCGC a rejeté l'opposition. Elle constate que l'intéressé ne dispose pas du statut d'indépendant reconnu par l'OCAS au 17 mars 2020 et qu'il n'a du reste jamais entrepris aucune démarche en ce sens avant cette date.

6. L'intéressé et son épouse, représentés par Me Alexandre de GORSKI, ont interjeté recours le 14 septembre 2020 contre ladite décision sur opposition. Ils précisent que leur affiliation en tant qu'indépendants est en cours de traitement auprès de la CCGC.

   Ils produisent leurs déclarations d'impôts, selon lesquelles ils exercent une activité professionnelle indépendante à 50% dans le canton de Genève, lui depuis 2015, elle

depuis 2018. Ils concluent à l'octroi de l'allocation pour perte de gain en leur qualité d'indépendant.

7. Par décision du 15 septembre 2020, la CCGC a procédé à l'affiliation de l'intéressé rétroactivement au 1er janvier 2015 comme personne de condition indépendante.

8. Dans sa réponse au recours du 15 octobre 2020, la CCGC a conclu au rejet du recours.

   Elle constate en effet que la demande d'affiliation de l'intéressé, déposée le 6 juillet 2020, l'a été postérieurement au 17 mars 2020, date de l'entrée en vigueur des mesures du Conseil fédéral. Or, seuls les indépendants affiliés en tant que tels auprès d'une caisse de compensation à cette date peuvent faire valoir leur droit à l'allocation.

   Elle a par ailleurs rappelé que l'épouse de l'intéressé n'avait quant à elle pas déposé de demande visant à l'octroi d'une APG-Covid, de sorte qu'aucune décision ne lui avait été notifiée.

9. Ce courrier a été transmis à l'intéressé. Un délai au 19 novembre 2020 lui a été accordé pour se déterminer. Il ne s'est pas manifesté.

EN DROIT

1. Les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA – RS 830.1) s'appliquent aux allocations 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). La chambre de céans est ainsi compétente pour connaître du présent recours (cf. ATAS/1208/2020 du 10 décembre 2020).

2. Le 1er janvier 2021 est entrée en vigueur la modification du 21 juin 2019 de la LPGA. Toutefois, dans la mesure où le recours était, au 1er janvier 2021, pendant devant la chambre de céans, il reste soumis à l'ancien droit (cf. art. 83 LPGA).

3. L'intéressé et son épouse ont recouru contre la décision sur opposition du 13 août 2020. Or, cette décision n'a été notifiée qu'à l'intéressé, dès lors que seul celui-ci a sollicité l'octroi d'APG. A qualité pour former une opposition ou un recours, outre l'assuré, toute personne touchée par la décision ou la décision sur opposition et qui a un intérêt digne d'être protégé à ce que la décision soit annulée ou modifié (art. 59 LPGA ; ATF 130 V 560 ; Circulaire sur le contentieux dans l'AVS, l'AI, les APG et les PC, n° 2001).

   Force est ainsi de constater que l'épouse de l'intéressé n'a pas la qualité pour recourir, de sorte que son recours est irrecevable.

Celui de l'intéressé en revanche, interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA).

4. Le litige porte sur le droit de l'intéressé à des APG, singulièrement sur le point de savoir s'il est nécessaire que son statut d'indépendant ait été reconnu au moment de l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19.

5. a. Selon l'art. 185 al. 3 de la Constitution fédérale (Cst. – RS 101), le Conseil fédéral peut s'appuyer directement sur cet article pour édicter des ordonnances et prendre des décisions, en vue de parer à des troubles existants ou imminents menaçant gravement l'ordre public, la sécurité extérieure ou la sécurité intérieure. Ces ordonnances doivent être limitées dans le temps (soit à une durée maximale de six mois ; cf. art. 7d al. 2 let. a de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 [LOGA – RS 172.010]).

   En application de l'art. 185 al. 3 Cst., le Conseil fédéral a édicté, le 20 mars 2020, l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19. Entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 mars 2020 et déployant ses effets pendant six mois à compter de son entrée en vigueur (art. 11), cette ordonnance a subi, au cours de sa durée de validité, des modifications les 16 avril, 19 juin et 1er juillet 2020 (déployant toutes des effets rétroactifs au 17 mars 2020), avant de voir sa durée de validité prolongée du 17 septembre 2020 au 31 décembre 2021, à la faveur de la modification du 11 septembre 2020 (art. 11 al. 4). Par l'adoption de la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19, du 25 septembre 2020 (loi COVID-19 – RS 818.102), entrée en vigueur le 26 septembre 2020 (17 septembre 2020 pour les mesures en cas de perte de gain), le législateur a conféré une base légale à l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (cf. art. 15 et 21 de la loi COVID-19).

   b. Étant donné que sur le plan matériel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1; ATF 127 V 467 consid. 1 et les références) et que le juge des assurances sociales se fonde sur l'état de fait tel qu'il se présente jusqu'à la date de la décision litigieuse (in casu : 1er septembre 2020 ; cf. ATF 121 V 366 consid. 1b), il convient d'appliquer les dispositions de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 dans leur teneur en vigueur à ce moment précis (cf. ATF 132 V 215 consid. 3.1.2), ce qui revient, en l'occurrence, à appliquer l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 dans son état au 6 juillet 2020. Aussi la chambre de céans citera-t-elle les dispositions matérielles de cette ordonnance telles qu'elles se présentaient à cette date.

6. Entre le 13 mars 2020, date de son entrée en vigueur, et le 22 juin 2020, date de son abrogation, l'ordonnance 2 du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19 – RS 818.101.24), a connu diverses modifications de son article 6, disposition fixant un cadre aux manifestations et

établissements, soit en les frappant d'une interdiction (ou fermeture) pure et simple (al. 1 et 2) soit en les autorisant à certaines conditions (al. 3 et 4).

À ces restrictions découlant du droit fédéral, s'ajoutaient également celles – cas échéant plus étendues – mises en place par les cantons en cas de risque spécifique, et qui étaient soumises à l'approbation du Conseil fédéral (art. 7e de l'ordonnance 2 COVID-19).

7. Aux termes de l'art. 2 al. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (état au 6 juillet 2020), ont droit à l'allocation les personnes considérées comme indépendantes au sens de l'art. 12 LPGA qui 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. La condition prévue à l'al. 1bis, let. c, s'applique aussi à ces personnes.

   Selon l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (état au 6 juillet 2020), les personnes considérées comme indépendantes au sens de l'art. 12 LPGA qui ne sont pas concernées par l'al. 3 ont droit à l'allocation pour autant qu'elles subissent une perte de gain en raison des mesures prises par le Conseil fédéral afin de lutter contre le coronavirus et que leur revenu déterminant pour le calcul des cotisations AVS de l'année 2019 se situe entre CHF 10'000.- et CHF 90'000.- ; l'art. 5 al. 2, 2ème phrase, s'applique par analogie au calcul déterminant de l'année 2019. La condition prévue à l'al. 1bis, let. c, s'applique aussi à ces personnes.

   À teneur de l'art. 5 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (état au 6 juillet 2020), l'indemnité journalière est égale à 80% du revenu moyen de l'activité lucrative obtenu avant le début du droit à l'allocation (al. 1). Pour déterminer le montant du revenu, l'art. 11 al. 1 LAPG s'applique par analogie. Après la fixation du montant de l'allocation, cette dernière ne peut faire l'objet d'un nouveau calcul que si une taxation fiscale plus récente est envoyée à l'ayant droit d'ici au 16 septembre 2020 et que celui-ci dépose une demande de nouveau calcul d'ici cette date (al. 2).

   Conformément à l'art. 11 al. 1, première phrase, LAPG, le revenu moyen acquis avant l'entrée en service est le revenu déterminant pour le calcul des cotisations dues conformément à la LAVS.

8. a. L'Office fédéral des assurances sociales - OFAS a émis, dès le 17 mars 2020, des directives sur l'application de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19. À cet effet, il a rédigé une circulaire sur l'allocation pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus – Corona-perte de gain (ci-après : CCPG). Cette circulaire, qui compte onze versions à ce jour, sera citée dans sa teneur au 3 juillet 2020 (version 6) pour les raisons évoquées ci-dessus (consid. 5b).

   Ont droit à l'allocation les personnes qui, au moment de l'interruption de leur activité lucrative sont salariées au sens de l'art. 10 LPGA, ou exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA, et sont assurées à titre obligatoire en vertu de la LAVS (ch. 1019 CCPG).

Sont considérées comme exerçant une activité indépendante les personnes qui perçoivent des revenus non obtenus dans le cadre d'une activité salariée (ch. 1024 CCPG).

L'élément déterminant est que la caisse de compensation ait reconnu à ces personnes le statut d'indépendant. Le fait qu'elles soient affiliées à la caisse de compensation en qualité d'indépendant suffit en principe pour que ce statut leur soit reconnu (ch. 1025 CCPG).

Ont droit à l'allocation les personnes exerçant une activité lucrative indépendante qui, en raison d'une mesure prise en vertu de l'art. 6 al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19 ont subi une perte de gain à la suite d'une fermeture d'entreprise décidée au niveau fédéral. Sont assimilés à cette catégorie les indépendants qui ne peuvent pas reprendre leur activité pour cause d'absence ou d'insuffisance du plan de protection (ch. 1041 CCPG).

Le ch. 1041 CCPG s'applique par analogie aux personnes exerçant une activité indépendante qui subissent une perte de revenu en raison d'une mesure prise en vertu de l'art. 7e de l'ordonnance 2 COVID-19 visant la restriction ou l'arrêt des activités dans certaines branches de l'économie ordonnés par le canton et autorisés par le Conseil fédéral (ch. 1041.1 CCPG).

Ont droit à l'allocation les personnes ayant une activité indépendante dont le revenu soumis à l'AVS se situe entre CHF 10'000.- et CHF 90'000.-, et dont l'entreprise n'a certes pas été fermée en vertu de l'art. 6 al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19, mais qui ont subi une perte de gain directe ou indirecte en raison des mesures prises par la Confédération ou des mesures prises par un canton et approuvées par le Conseil fédéral (ch. 1041.2 CCPG).

b. Destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, les directives de l'administration n'ont pas force de loi et, par voie de conséquence, ne lient ni les administrés ni les tribunaux; elles ne constituent pas des normes de droit fédéral au sens de l'art. 95 let. a LTF et n'ont pas à être suivies par le juge. Elles servent tout au plus à créer une pratique administrative uniforme et présentent à ce titre une certaine utilité; elles ne peuvent en revanche sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, les directives ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 132 V 121 consid. 4.4 et les références; ATF 131 V 42 consid. 2.3 et les références; arrêt du Tribunal fédéral 9C_283/2010 du 17 décembre 2010 consid. 4.1).

9. Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une

allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références). Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b ; 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

10. Par décision du 15 septembre 2020, la caisse a considéré que l'intéressé remplissait les conditions d'une affiliation en qualité d'indépendant avec effet au 1er janvier 2015. Il sera dès lors tenu de s'acquitter de cotisations personnelles à compter de cette date (art. 16 al. 1 LAVS).

    Dans sa décision du 2 juillet 2020, confirmée sur opposition le 13 août 2020, la caisse a refusé l'octroi de l'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus, au motif que le statut d'indépendant de l'intéressé n'a été reconnu qu'après le 17 mars 2020, soit postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19.

    L'intéressé soutient que la décision serait entachée d'arbitraire, dans la mesure où « dans la réalité et surtout dans les faits », il est indépendant depuis bien avant le 17 mars 2020.

    La chambre de céans constate que dans la mesure où la décision d'affiliation du 15 septembre 2020 n'a fait l'objet ni d'une contestation de la part de l'intéressé ni d'une reconsidération de la part de la caisse, les parties à la procédure s'accordent à admettre, sur la base des pièces produites à l'appui de sa demande d'affiliation, que l'intéressé exerçait déjà, une activité indépendante au moment de l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, et ce depuis 2015.

    Il s'ensuit que l'intéressé remplit la condition de l'activité indépendante prévue par l'art. 2 al. 3 et 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19.

    De même en est-il de la condition prévoyant qu'il soit obligatoirement soumis à la LAVS (art. 2 al. 1bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, applicable par renvoi des al. 3 et 3bis), ne serait-ce qu'au vu de son domicile en Suisse (cf. art. 1a al. 1 let. a LAVS).

    Il y a enfin lieu de relever que la condition de la perte de gain – découlant soit d'une fermeture ordonnée en vertu de l'art. 6 al. 2 de l'ordonnance 2 COVID-19 (art. 2 al. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19) soit directement ou indirectement des mesures prises par la Confédération ou des mesures prises par un canton et approuvées par le Conseil fédéral (art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 et ch. 1041.2 CCPG) –, est également réalisée, ce que la caisse ne conteste pas. Elle n'invoque du reste ni une absence de perte de gain, ni une erreur dans la détermination de l'étendue de cette perte, mais uniquement le fait que l'intéressé ait sollicité son affiliation postérieurement à l'entrée en vigueur de

l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (17 mars 2020) et que son statut d'indépendant n'était pas reconnu à cette date.

La chambre de céans a considéré, dans un arrêt tout récent, daté du 4 mars 2021 (ATAS/177/2021), qu'en tant que le ch. 1025 CCPG prévoit qu'il est nécessaire que la caisse de compensation ait reconnu le statut d'indépendant, cette disposition de la circulaire sert à concrétiser la condition de l'exercice d'une activité indépendante au moment de l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, ce de manière à exclure du bénéfice des allocations une activité indépendante qui aurait démarré après le 17 mars 2020 et qui, par ce biais, aurait éventuellement vu son commencement motivé par l'expectative de percevoir des allocations pour compenser les mesures sanitaires restreignant ou empêchant cette activité d'entrée de cause. En l'espèce, la caisse considère elle-même que l'intéressé exerce une activité indépendante depuis le 1er janvier 2015. Il s'ensuit que la question d'un éventuel abus – tel qu'il découle de l'hypothèse décrite – ne se pose même pas. Dans son arrêt du 4 mars 2021, la chambre de céans a considéré que la caisse ne pouvait pas, en faisant en outre dépendre le droit à l'allocation d'une décision d'affiliation et/ou d'une demande d'affiliation comme indépendant antérieure(s) au 17 mars 2020 introduire une condition supplémentaire que l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ne prévoit pas.

11. Le recours sera donc admis, la décision litigieuse annulée et la cause renvoyée à la caisse pour qu'elle reprenne l'examen de la demande d'allocation du 25 mars 2020 à la lumière des considérants qui précèdent.

12. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours de Madame B_____ irrecevable faute de qualité pour recourir.
2. Déclare le recours de Monsieur A_____ recevable.

Au fond :

3. Admet le recours de M. A_____ et annule la décision du 13 août 2020.
4. Renvoie la cause à la caisse au sens des considérants.
5. Accorde à l'intéressé une indemnité de CHF 950.- à titre de dépens, à la charge de la caisse.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Nathalie LOCHER	Doris GALEAZZI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le