RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3255/2020 **ATAS/234/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 15 mars 2021

6ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié _____, à VEYRIER, comparant recourant
avec élection de domicile en l'étude de Maître Daniela LINHARES

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, intimée
sise 12 rue des Gares, Case postale 2595, GENEVE

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Teresa SOARES et Jean-Pierre WAVRE, juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur A_____ (ci-après : le recourant), né le _____ 1979, a contacté le 21 avril 2020, par courriel, la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la Caisse) et le 3 juillet 2020, il lui a transmis un formulaire d'affiliation en tant que chauffeur de taxi indépendant. Il a mentionné une activité exercée depuis le 1er juillet 2018. Selon ses comptes d'exploitation, il avait réalisé un bénéfice, en 2018, de CHF 22'464.45 et, en 2019, de CHF 49'334.55.

2. Le 7 juillet 2020, le recourant a déposé auprès de la Caisse une demande d'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus (APG), depuis le 16 mars 2020.

3. Le 15 juillet 2020, la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (ci-après : la SUVA) a informé le recourant qu'il était considéré comme exerçant, depuis le 1er juillet 2018, une activité indépendante.

4. Par décision du 27 juillet 2020, la Caisse a refusé au recourant le versement de l'APG, au motif qu'il n'était pas reconnu comme indépendant au 17 mars 2020 par une caisse de compensation, ni affilié à l'Office cantonal des assurances sociales (ci-après : l'OCAS) à ce titre.

5. Par décision du 29 juillet 2020, la Caisse a procédé à l'affiliation du recourant au 1er juillet 2018 comme personne de condition indépendante.

6. Le 12 août 2020, le recourant a fait opposition à la décision de la Caisse du 27 juillet 2020, en faisant valoir qu'il avait versé rétroactivement des cotisations personnelles dès le 1er juillet 2018, avec les intérêts ; il lui était impossible de continuer son activité sans aide financière.

7. Par décision du 14 septembre 2020, la Caisse a rejeté l'opposition du recourant, au motif que celui-ci n'était pas, avant le 17 mars 2020, affilié comme personne de condition indépendante.

8. Le 16 octobre 2020, le recourant, représenté par une avocate, a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice d'un recours à l'encontre de la décision précitée, concluant à son annulation et à l'octroi d'APG dès le 17 mars 2020, subsidiairement dès le 2 juin 2020. Son activité répondait à tous les critères d'une activité indépendante et elle avait subi une baisse, en raison du confinement ; son affiliation avait été faite rétroactivement au 1er juillet 2018, de sorte qu'il avait droit à l'APG.

9. Le 4 novembre 2020, la Caisse a conclu au rejet du recours, en relevant que le recourant l'avait contactée par courriel le 21 avril 2020 et que la procédure d'affiliation avait été initiée postérieurement au 17 mars 2020.

10. Le 6 décembre 2020, le recourant a persisté dans ses conclusions, en relevant que l'APG était due à tout le moins dès le 21 avril 2020.

11. Sur quoi la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 7 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ – E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA – RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur le régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile, du 25 septembre 1952 (LAPG – RS 834.1).

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La procédure devant la chambre de céans est régie par les dispositions de la LPGA et celles du titre IVA (soit les art. 89B à 89I) de la LPA, complétées par les autres dispositions de la LPA en tant que ses articles précités n'y dérogent pas (art. 89A LPA), les dispositions spécifiques que la LAPG contient le cas échéant sur la procédure restant réservées (art. 1 LAPG).

   Les dispositions de la LPGA s'appliquent également 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]).

3. 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).

4. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 38 al. 4 let. b et 56ss LPGA ; 89Bss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA – E 5 10]).

5. Le litige porte sur le droit du recourant à des APG dès le 17 mars 2020.

6. 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.

7. 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. 7*e* de l'ordonnance 2 COVID-19).

8. 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.

9. a. L'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : l'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. 4b).

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. 7*e* 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).

10. 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).

11. En l'occurrence, dans sa décision du 29 juillet 2020, l'intimée a considéré que le recourant remplissait les conditions d'une affiliation en qualité d'indépendant avec effet au 1er juillet 2018.

    Dans sa décision du 27 juillet 2020, confirmée sur opposition le 14 septembre 2020, l'intimée refuse l'octroi d'allocations pour perte de gain en cas de coronavirus en invoquant pour seul motif le fait que la reconnaissance du statut d'indépendant du recourant n'est intervenue qu'après le 17 mars 2020, soit postérieurement à l'entrée en vigueur de l'Ordonnance sur les pertes de gain COVID-19.

    Pour sa part, le recourant fait valoir en substance qu'en admettant son affiliation en tant qu'indépendant et en faisant rétroagir celle-ci au 1er juillet 2018, il serait

cohérent de considérer qu'il exerçait une activité indépendante le 17 mars 2020, lui ouvrant ainsi le droit à des APG.

La chambre de céans constate qu'il est admis que le recourant 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 plus d'une année et demie.

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

S'agissant de la condition prévoyant la soumission obligatoire du recourant à la LAVS (art. 2 al. 1bis l'Ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, applicable par renvoi des al. 3 et 3bis), il est constant que le recourant la remplit, ne serait-ce qu'au vu de son domicile en Suisse (cf. art. 1*a* al. 1 let. a LAVS).

Concernant enfin la condition d'une 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 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 l'Ordonnance sur les pertes de gain COVID-19et ch. 1041.2 CCPG) –, il incombera à l'intimée de se prononcer sur cette question et, en cas de reconnaissance d'une perte de gain, de calculer l'indemnité due au recourant.

La chambre de céans considère 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. Il n'en est rien en l'espèce : l'intimée considère elle-même – au plus tard depuis la décision d'affiliation du 29 juillet 2020 – que le recourant exerce une activité indépendante depuis le 1er juillet 2018. Il s'ensuit que la question d'un éventuel abus – tel qu'il découle de l'hypothèse décrite – ne se pose même pas. Dans ces conditions, le fait que la décision attaquée ne se limite pas à reconnaître le début de cette activité au 1er juillet 2018 mais fasse 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 équivaut à introduire une condition supplémentaire que l'Ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ne prévoit pas. Une telle application extensive du ch. 1025 CCPG n'est toutefois pas admissible (cf. ci-dessus : consid. 8b).

C'est dans ce sens que la chambre de céans, statuant en plénum, a rendu un arrêt le 4 mars 2021 (ATAS/177/2021).

12. Le recours sera donc partiellement admis, la décision litigieuse annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour qu'elle reprenne l'examen de la demande d'allocation du 7 juillet 2020

13. Bien qu'il obtienne gain de cause, le recourant, non représenté et n'ayant pas fait valoir de frais engendrés par la procédure, n'a en principe pas droit à des dépens et ne remplit pas non plus les critères permettant qu'il soit dérogé à cette règle ; on ne saurait considérer, en l'espèce, que l'importance de la cause et sa complexité aient rendu nécessaires des frais ou un volume de travail excédant ce qu'un particulier peut ordinairement et raisonnablement prendre sur lui pour la défense de ses intérêts (ATF 127 V 205 consid. 5b ; cf. ég. ATF 125 II 518 et Jean MÉTRAL, in Dupont/Moser-Szeless [éd.], Commentaire romand de la loi sur la partie générale des assurances sociales n. 103 ad art. 61 LPGA).

    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 recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Annule la décision sur opposition du 14 septembre 2020.
4. Renvoie la cause à l'intimée pour reprise de l'examen de la demande du 7 juillet 2020 et nouvelle décision.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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
Julia BARRY	Valérie MONTANI

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