RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/564/2021 **ATAS/1102/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 26 octobre 2021

9ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à CHÂTELAINE, représenté par Monsieur B_____	recourant

contre

GASTROSOCIAL CAISSE DE COMPENSATION, sise Buchserstrasse 1, AARAU	intimée

Siégeant : Eleanor McGREGOR, Présidente; Andres PEREZ et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

A. Monsieur A_____ (ci-après : l'intéressé) exploite à titre d'indépendant le café-restaurant « C_____ ».

B. a. Le 5 décembre 2020, l'intéressé a formé une demande d'allocations pour perte de gain (ci-après : APG) due au Coronavirus à la caisse de pension Gastrosocial (ci-après : la caisse) à compter du 3 novembre 2020, faisant valoir que son établissement avait été fermé en raison des mesures fédérales.

b. Par décision du 13 janvier 2021, la caisse a refusé de lui octroyer les APG, au motif que son revenu était nul pour l'année 2019.

c. Le 29 janvier 2021, l'intéressé a formé opposition contre la décision précitée, relevant que le retard de l'administration fiscale ne devait pas avoir d'incidence sur la décision de la caisse.

À l'appui de son opposition, l'intéressé a produit la décision de cotisations personnelles des indépendants pour l'année 2018, faisant état d'un revenu soumis à cotisations de CHF 58'300.-, ainsi que les bilan et compte de pertes et profits 2019.

d. Par décision sur opposition du 5 février 2021, la caisse a rejeté l'opposition. Par facture d'acomptes du 28 janvier 2019, un revenu de CHF 0.- avait été soumis à cotisations. Un ajustement du revenu soumis à cotisations n'avait pas été annoncé par l'intéressé au cours de l'année 2019, étant précisé que le relevé de compte du 28 janvier 2019 faisait référence à l'obligation de communiquer un changement significatif de revenus à la caisse. Ni la loi, ni la circulaire ne prévoyaient la référence à la déclaration fiscale ou aux états comptables. L'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 13 mars 2020 (ordonnance 2 COVID-19 - RO 2020 773) ne prévoyant pas d'indemnité minimale, la caisse avait à juste titre nié à l'intéressé le droit à l'APG.

C. a. L'intéressé a formé recours contre la décision sur opposition précitée auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) le 15 février 2021, concluant à l'octroi des APG. Il avait cotisé pour l'année 2018 et attendait l'envoi des cotisations pour 2018 et 2019.

À l'appui de son recours, l'intéressé a notamment produit le bordereau de l'administration fiscale cantonale 2019, daté du 20 janvier 2021 et faisant état d'un bénéfice net de CHF 54'480.-.

b. Par réponse du 3 mars 2021, la caisse a conclu au rejet du recours.

c. Le 26 avril 2021, l'intéressé a renoncé à former une réplique.

d. Le 11 octobre 2021, sur demande de la chambre de céans, la caisse a produit la facture d'acompte de cotisations pour l'année 2019 du 28 janvier 2019, ainsi que la décision définitive de cotisations personnelles pour l'année 2019, datée du 6 octobre 2021, et faisant état d'un revenu soumis à cotisations de CHF 59'700.-.

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 perte de gain en lien avec le Coronavirus, sous réserve de dérogations expresses (art. 1 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19). 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 recours (ATAS/1208/2020 du 10 décembre 2020).

2. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

   Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable.

3. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de l'intimée niant au recourant le droit à l'APG à compter du 3 novembre 2020.

4. a. En raison de la propagation de la COVID-19, le Conseil fédéral a, le 28 février 2020, qualifié la situation prévalant en Suisse de « situation particulière », au sens de l'art. 6 al. 2 let. b de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (LEP - RS 818.101). Sur cette base, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus du 28 février 2020 (RO 2020 573), puis l'ordonnance 2 COVID-19, qui limitait notamment l'accueil dans les restaurants, les bars, les discothèques et les boîtes de nuit à cinquante personnes (art. 6 al. 2). Après avoir qualifié la situation en Suisse de « situation extraordinaire » au sens de l'art. 7 LEP, le Conseil fédéral a procédé à des modifications de cette ordonnance, notamment en ordonnant la fermeture des restaurants (art. 6 al. 2 let. b). Cette modification est entrée en vigueur le 17 mars 2020 (RO 2020 783). Les magasins et marchés ont pu rouvrir dès le 11 mai 2020 (RO 2020 1401).

   Le 28 octobre 2020, le Conseil fédéral a étendu l'obligation du port du masque aux espaces publics extérieurs des installations et établissements (art. 3b al. 1 de l'ordonnance COVID-19 situation particulière), limité le nombre de clients à quatre par table dans les restaurants et imposé leur fermeture entre 23h00 et 06h00 (art. 5a de l'ordonnance COVID-19 situation particulière). Ces dispositions sont entrées en vigueur le 29 octobre 2020 (RO 2020 4503).

   Le 12 décembre 2020 est entrée en vigueur une modification de l'ordonnance COVID-19 situation particulière prévoyant que les établissements de restauration devaient demeurer fermés entre 19h00 et 06h00 (art. 5a). Tout canton pouvait toutefois prévoir d'étendre ces heures d'ouverture si les capacités hospitalières étaient garanties, le taux de reproduction effectif du virus était inférieur à 1 durant au moins sept jours consécutifs et le nombre de nouvelles infections par 100'000 personnes était inférieur à la moyenne suisse au cours des sept derniers

jours également ; le cas échéant, il pouvait décider que les établissements de restauration restaient ouverts au plus tard jusqu'à 23h00 (art. 7 al. 2 et 3).

b. Sur le plan cantonal, le Conseil d'État a adopté, le 1er novembre 2020, l'arrêté d'application de l'ordonnance COVID-19 situation particulière et sur les mesures de protection de la population (ci-après : l'arrêté COVID-19), publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 2 novembre 2020, lequel est entré en vigueur le 2 novembre 2020 à 19h00 et qui, à son art. 11 al. 1 let. d, ordonnait la fermeture des installations et établissements offrant des consommations, notamment bars, cafés-restaurants, cafeterias, buvettes et établissements assimilés ouverts au public.

5. a. Parallèlement aux restrictions imposées par l'ordonnance 2 COVID-19, le Conseil fédéral a adopté, le 20 mars 2020, l'ordonnance sur les mesures en cas de perte de gain en lien avec le coronavirus (ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 - RS 830.31), laquelle est entrée en vigueur rétroactivement au 17 mars 2020.

Selon l'art. 2 al. 3 de cette ordonnance, dans sa teneur – applicable en l'occurrence – au 19 décembre 2020 (cf. *infra* consid. 7), pour autant qu'elles remplissent la condition prévue à l'al. 1bis let. c (à savoir qu'elles soient assurées obligatoirement au sens de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 [LAVS - RS 831.10]), les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA 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).

En vertu de l'art. 5 de l'ordonnance, 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 de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 (LAPG - RS 834.1) s'applique par analogie (al. 2). Pour les ayants droit exerçant une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 2 al. 3, le revenu soumis aux cotisations AVS en 2019 est déterminant pour le calcul de l'allocation. Une fois le montant de l'allocation fixé, un nouveau calcul se fondant sur une base de calcul plus récente est exclu (al. 2ter).

b. L'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : OFAS) a émis des lignes directrices relatives à l'application de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 dans la circulaire sur l'APG en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus, valables à partir du 17 septembre 2020 (ci-après : CCPG, état au 18 décembre 2020).

D'après le ch. 1065 CCPG, la base de calcul de l'indemnité pour les indépendants correspond, en principe, au revenu réalisé en 2019. Pour ce faire, c'est le revenu retenu pour le décompte des cotisations 2019 (acomptes de cotisations) qui est

déterminant. Par contre, si, au moment où l'indemnité est déterminée, la taxation fiscale définitive pour 2019 est déjà disponible, celle-ci doit être prise comme base de calcul.

6. Selon une jurisprudence constante, le juge ne doit établir d'office que les faits pertinents pour statuer sur l'objet du litige. D'un point de vue temporel, cela signifie que les faits à établir sont en principe ceux qui se sont produits jusqu'au moment de la décision (sur opposition) contestée (cf. Jean METRAL, Commentaire romand de la LPGA, 2018, n. 14 ad art. 56 LPGA et n. 57 ad art. 61 LPGA). Les faits survenus postérieurement et ayant modifié cette situation doivent faire l'objet d'une nouvelle décision administrative (ATF 131 V 242 consid. 2.1 ; ATF 121 V 362 consid. 1b).

7. Dans le cas particulier, le café-restaurant exploité par le recourant a dû fermer ses portes le 2 novembre 2020 à 19h00 à la suite des mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19 ordonnées par le Conseil d'État (art. 11 al. 1 let. d de l'arrêté COVID-19 ; cf. *supra* consid. 4b). Le 5 décembre 2020, le recourant a formé une demande d'APG en raison de l'interruption de son activité lucrative depuis le 3 novembre 2020. Son droit à l'APG dépend en conséquence de l'art. 2 al. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa version au 19 décembre 2020, étant rappelé que l'autorité de recours applique le droit en vigueur au jour où l'autorité administrative a statué pour la première fois, soit, en l'occurrence, le 13 janvier 2021 (cf. ATF 144 II 326 consid. 2.1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_53/2021 du 30 juin 2021 consid. 2.1 et 5.1, destiné à la publication).

   Ainsi qu'il a été exposé *supra*, pour les ayants droit exerçant une activité lucrative indépendante au sens de cette disposition, le revenu soumis aux cotisations AVS en 2019 est déterminant pour le calcul de l'allocation (art. 5 al. 2ter de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19). Par contre, si, au moment où l'indemnité est déterminée, la taxation fiscale définitive pour 2019 est déjà disponible, celle-ci doit être prise comme base de calcul (CCPG n. 1065).

   En l'occurrence, dans la décision entreprise, l'intimée a pris comme base de calcul l'acompte de cotisations 2019 datant du 28 janvier 2019, dont il résulte, pour l'année concernée, un revenu soumis à cotisations de CHF 0.-. En prenant en compte le 80 % de ce revenu, l'indemnité équivalait ainsi à CHF 0.-. Devant la chambre de céans, le recourant a toutefois produit sa taxation fiscale définitive pour l'année 2019, datée du 20 janvier 2021, et faisant état d'un bénéfice net de CHF 54'480.-. Force est ainsi de constater qu'au moment où l'intimée a statué sur opposition, soit le 5 février 2021, la taxation fiscale définitive pour 2019 était, partant, déjà disponible. Or, conformément à la circulaire précitée, la taxation fiscale définitive doit, dans ce cas, être privilégiée au revenu retenu dans le décompte des cotisations 2019. Il s'ensuit que la taxation fiscale définitive pour 2019, laquelle fait état d'un bénéfice net de CHF 54'480.-, doit être prise comme base de calcul.

8. Bien-fondé, le recours sera admis. La décision querellée sera annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour qu'elle établisse de nouveaux décomptes en tenant compte du revenu 2019, tel qu'il résulte de la taxation fiscale définitive pour 2019.

   Le recourant, représenté par un conseil, obtient ainsi gain de cause, de sorte qu'il a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, que la chambre de céans fixera à CHF 2'000.- (art. 61 let. g LPGA ; art. 89H al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA ; RS E 5 10 ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 ; RFPA - RS E 5 10.03).

   Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. f^{bis} *a contrario* LPGA).

* * * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision sur opposition du 5 février 2021.
4. Renvoie la cause à l'intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
5. Alloue au recourant, à la charge de l'intimée, une indemnité de CHF 2'000.- à titre de participation à ses frais et dépens.
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
Marie NIERMARÉCHAL	Eleanor McGREGOR

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