

# **GE\_GERICHTE ATAS/1014/2021 vom 30. September 2021**

GE Cour de justice, 2021-09-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1014\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1014_2021)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1014/2021 du 30 septembre 2021

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1014/2021 del 30 settembre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 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).

### **E. 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, compte tenu de la suspension des délais entre le 15 juillet et le 15 août, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA).

### **E. 3**

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

### **E. 4**

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

A/2565/2020 - 5/10 - 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 (mais le 17 septembre 2020 pour les mesures en cas de perte de gain), le législateur a conféré a posteriori une base légale à l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (cf. art. 15 et 21 de la loi COVID-19). b. Sur le plan matériel, il convient d'appliquer 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) ; le juge des assurances sociales doit se fonder sur l'état de fait tel qu'il se présente jusqu'à la date de la décision litigieuse, soit dans le cas d'espèce jusqu'au 27 juillet 2020 (cf. ATF 121 V 366 consid. 1b). Il convient donc 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 suite aux modifications entrées en vigueur au 1er juillet 2020. Aussi la chambre de céans citera-t-elle les dispositions matérielles de cette ordonnance telles qu'elles se présentaient à cette date.

#### **E. 5**

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).

#### **E. 6**

Aux termes de l'art. 2 al. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (état au 1er 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, les personnes considérées comme indépendantes au sens de l'art. 12 LPGA qui ne sont

A/2565/2020 - 6/10 - 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, 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.

#### **E. 7**

a. 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 supra. 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).

A/2565/2020 - 7/10 - 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).

#### **E. 8**

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).

## **E. 9**

Par décision du 19 mai 2020, l'intimée a considéré que la recourante remplissait les conditions d'une affiliation en qualité d'indépendante avec effet au 1er janvier 2020. Aussi lui a-t-elle adressé, le jour de cette décision, une facture destinée au paiement des cotisations pour la période allant du 1er janvier 2020 au 31 mars 2020.

A/2565/2020 - 8/10 - L'intimée, dans sa décision du 19 mai 2020 confirmée sur opposition le 27 juillet 2020, refuse à l'intéressée l'octroi d'allocations pour perte de gain en cas de coronavirus au seul motif que la reconnaissance du statut d'indépendante de la recourante 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, la recourante fait valoir, en substance que s'il est exact que la demande d'affiliation a été transmise à la caisse postérieurement au 17 mars 2020, il n'en reste pas moins que l'affiliation en tant qu'indépendante a été admise par la caisse, avec effet au 1er janvier 2020 et qu'il serait donc logique de considérer que la recourante exerçait une activité indépendante le 17 mars 2020, lui ouvrant ainsi le droit à des APG en cas de coronavirus. La chambre de céans constate que, dans la mesure où la décision d'affiliation du 19 mai 2020 n'a fait l'objet, ni d'une contestation de la part de la recourante, ni d'une reconsidération de la part de l'intimée, les parties à la procédure s'accordent à admettre, sur la base des pièces produites par la recourante à l'appui de sa demande d'affiliation - qui comprennent notamment un contrat de bail à loyer prenant effet le 20 décembre 2019, en vue de l'ouverture d'un salon de coiffure, de factures de produits destinés à la coiffure, datant du mois de février 2020 et enfin de reçus de montants payés pour des coupes de cheveux aux mois de février et mars 2020 - que la recourante exerçait déjà une activité indépendante, au moment de l'entrée en vigueur de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19. Il s'ensuit que la recourante 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. S'agissant de la condition prévoyant la soumission obligatoire de la recourante 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), il n'est pas contesté que la recourante la remplit. 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 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) –, l'intimée ne s'est pas prononcée sur cet élément, fondant sa décision uniquement sur la condition du dépôt de la demande d'affiliation avant le 17 mars 2020. Comme cela ressort de l'arrêt du 4 mars 2021 (ATAS/177/2021), la chambre de céans

considère, pour sa part, 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,

A/2565/2020 - 9/10 - 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 situation est différente, l'intimée admet – au plus tard depuis la décision d'affiliation du 19 mai 2020 – que la recourante exerçait une activité indépendante depuis le mois de janvier 2020. Il s'ensuit que la question d'un éventuel abus – tel qu'il découle de l'hypothèse décrite supra – ne se pose pas. Dans ces conditions, le fait que la décision attaquée ne se limite pas à reconnaître le début de cette activité au 1er janvier 2020, mais fasse, en outre, dépendre le droit à l'allocation d'une décision d'affiliation ou du dépôt d'une demande d'affiliation comme indépendante antérieure 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 pas admissible.

#### **E. 10**

Le recours sera donc admis, la décision litigieuse annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour qu'elle reprenne l'examen de la demande d'allocation du 30 avril 2020 à la lumière des considérants qui précèdent et détermine la perte de gain et le montant des APG en cas de coronavirus dues à la recourante.

#### **E. 11**

Obtenant gain de cause et étant représentée par un mandataire professionnellement qualifié, la recourante se verra accorder une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA ; art. 89H al. 3 LPA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 [RFPA - E 5 10.03]), arrêtée en l'espèce à CHF 800.-.

#### **E. 12**

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

A/2565/2020 - 10/10 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.