

DRÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2545/2021-DIV

ATA/1357/2021

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 14 décembre 2021**

dans la cause

**Monsieur A\_\_\_\_\_**

représenté par Me Francesco La Spada, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE ET DE L'EMPLOI**

---

## EN FAIT

- 1) B\_\_\_\_\_ (ci-après : l'entreprise) est une entreprise individuelle inscrite au registre du commerce du canton de Genève (ci-après : RC) depuis le 1<sup>er</sup> octobre 1985, ayant son siège à C\_\_\_\_\_.

Monsieur D\_\_\_\_\_, titulaire de la signature individuelle de la société, exploite un E\_\_\_\_\_ à l'adresse rue F\_\_\_\_\_, à C\_\_\_\_\_.

- 2) Le 20 décembre 2013, M. D\_\_\_\_\_ a engagé Monsieur A\_\_\_\_\_, son partenaire enregistré, en tant que responsable de la gestion du E\_\_\_\_\_, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2014, pour un salaire mensuel de CHF 6'000.-, porté ultérieurement à CHF 6'500.- bruts versé treize fois durant l'année, selon les bulletins de salaire figurant au dossier.

Selon le RC, M. A\_\_\_\_\_ bénéficie d'une procuration individuelle.

- 3) Le 21 décembre 2020, M. A\_\_\_\_\_ a complété, sur la plateforme dédiée à cet effet, une demande d'allocations pour perte de gain (ci-après : APG) extraordinaires à la suite de la pandémie de COVID-19, fondée sur la loi sur l'aide financière extraordinaire de l'État destinée aux cadres avec fonction dirigeante pour la période entre le 1<sup>er</sup> juin 2020 et le 16 septembre 2020 dans le cadre de la crise sanitaire du coronavirus (COVID-19) du 29 octobre 2020 (ci-après : loi 12'801) et son règlement d'application du 9 décembre 2020.

Dans la rubrique « Qualité dans l'entreprise (durant la période de demande d'aide) », le point « Conjoint/e de cadre dirigeant ou de personne ayant une position assimilable à celle de l'employeur » était coché.

Les éléments suivants étaient également mentionnés :

Taux d'activité de l'entreprise	100
Nombre de mois complets d'activité de l'ayant droit en 2019	1
Revenu imposable 2019 dans l'entreprise concernée	CHF 75'322.-
Revenu mensuel réalisé en juin 2020	CHF 6'276.-
Vous avez perçu des APG pour le mois de juin 2020	Non

Revenu mensuel réalisé en juillet 2020	CHF 6'276.-
Vous avez perçu des APG pour le mois de juillet 2020	Non
Revenu mensuel réalisé en août 2020	CHF 6'276.-
Vous avez perçu des APG pour le mois d'août 2020	Non
Revenu mensuel réalisé en septembre 2020	CHF 6'276.-
Vous avez perçu des APG pour le mois de septembre 2020	Non

4) Sur demande du département de l'économie et de l'emploi (ci-après : DEE ou le département), M. A\_\_\_\_\_ a transmis, le 27 janvier 2021, les factures d'acomptes des cotisations salariales de l'entreprise relatives aux mois d'avril à juin et de juillet à septembre 2020, son certificat de salaire annuel 2019 ainsi que ses fiches de salaire des mois de janvier 2019 et juin à septembre 2020.

5) Par décision du 10 février 2021, le département a refusé d'accorder à M. A\_\_\_\_\_ l'aide financière requise.

Il n'était pas éligible à cette mesure qui était uniquement destinée aux cadres dirigeants salariés et à leurs conjoints salariés travaillant dans la même entreprise constituée en société anonyme (ci-après : SA) ou en société à responsabilité limitée (ci-après : Sàrl).

La perte de gain des indépendants était toutefois couverte par la caisse de compensation de l'intéressé auprès de laquelle il pouvait solliciter une APG spécifique.

Il était également invité à consulter le site internet de l'État concernant le nouveau plan de soutien destiné aux entreprises genevoises et à soumettre une demande s'il estimait remplir les critères d'éligibilité.

6) Le 8 mars 2021, le département a octroyé CHF 172'101.50 à M. D\_\_\_\_\_, correspondant aux coûts fixes de l'entreprise pour l'année 2020, en vertu de sa demande d'aide financière, fondée sur la loi relative aux aides financières extraordinaires de l'État destinée aux entreprises particulièrement touchées par la crise économique ou directement par les mesures de lutte contre l'épidémie de coronavirus, pour l'année 2021 (loi 12'863 du 29 janvier 2021).

- 7) Le 13 mars 2021, M. A\_\_\_\_\_ a formé réclamation auprès du département contre la décision du 10 février 2021.

Ni la loi 12'801 ni son règlement ne prévoyaient de conditions relatives à la forme juridique de l'entreprise.

Outre le fait que l'office cantonal de l'emploi (ci-après : OCE) et l'office cantonal des assurances sociales (ci-après : OCAS) avaient reconnu sa qualité de personne avec pouvoir de décision déterminant, il remplissait toutes les conditions prévues par cette loi 12'801.

- 8) Le 7 mai 2021, le mandataire de M. A\_\_\_\_\_ s'est enquis de l'état d'avancement de la procédure relative à sa réclamation.
- 9) Par décision du 30 juin 2021, le département a indiqué, d'une part, qu'il avait répondu à la réclamation de M. A\_\_\_\_\_ le 23 avril 2021 et, d'autre part, que celui-ci n'était pas éligible à la mesure sollicitée.

L'aide prévue par la loi 12'801 visait à accorder un soutien pour la période où les régimes fédéraux n'avaient prévu aucune indemnisation pour les cadres dirigeants et à atténuer ainsi leur manque à gagner. L'ensemble du dispositif mis en place au niveau cantonal depuis mars 2020 ne laissait pas de place au doute quant aux personnes potentiellement bénéficiaires.

Ainsi, il ressortait des communications du Conseil d'État des 14, 15 et 20 octobre 2020 qu'« Ayant pris la mesure de [l']inégalité de traitement entre une indemnité forfaitaire limitée dans le temps pour les cadres avec fonction dirigeante et un dédommagement plus élevé et sans discontinuité pour les indépendants, le Conseil d'État a complété l'aide fédérale accordée aux premiers entre le mois de mars et fin mai 2020. Il dépose aujourd'hui un projet de loi [...] pour couvrir également la période du 1<sup>er</sup> juin au 16 septembre, date au-delà de laquelle l'indemnisation unifiée voulue par la Confédération a pris effet ». Il était précisé que « L'objectif de ce projet de loi est de garantir une égalité de traitement entre les entrepreneurs avec société en nom propre ayant bénéficié des APG et les cadres avec fonction dirigeante, comme les garagistes, les imprimeurs ou encore les restaurateurs, qui pour certains se sont versés des salaires moindres que ceux de leurs employés voire pas de salaire du tout, depuis le début de la crise ».

Le traitement de l'ensemble des demandes d'aides en faveur des cadres dirigeants l'avait été notoirement dans le but de respecter l'objectif considéré.

Partant, que ce soit pour les indemnités cantonales complémentaires pour réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) dispensées de mars à mai 2020 ou les APG de juin à septembre de la même année, les aides avaient été octroyées à destination de bénéficiaires hors entreprises individuelles, ces derniers ayant fait

l'objet de mesures de dédommagement conduites par les seules instances fédérales.

Dès lors que le département ne pouvait remettre en cause cet objectif ainsi que le traitement apporté à ce jour aux milliers de demandes en respect de celui-ci, la prise de position du 10 février 2021 était confirmée.

- 10) Par courriel du 29 juillet 2021, le département a transmis à l'avocat de M. A\_\_\_\_\_ le courrier du 23 avril précédent qu'il avait adressé directement à ce dernier.

Il en ressort que, dans la mesure où la société était enregistrée en raison individuelle, M. A\_\_\_\_\_ était, durant la période de juin à septembre 2020, couvert par les « aides APG corona » versées par sa caisse de compensation.

Or, la demande d'aide financière extraordinaire fondée sur la loi 12'801 était réservée aux cadres des entreprises constituées en SA ou Sàrl, lesquels n'étaient pas couverts par les caisses de compensation.

En outre, M. A\_\_\_\_\_ avait perçu son plein salaire durant la période concernée au vu des documents remis. Il n'avait dès lors pas subi de perte de gain.

- 11) Par acte du 30 juillet 2021, M. A\_\_\_\_\_ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre les décisions des 23 avril et 30 juin 2021, concluant, principalement, à leur annulation et à ce que les aides prévues par la loi 12'801 lui soient octroyées pour la période du 1<sup>er</sup> juin au 16 septembre 2020, subsidiairement à ce qu'il soit autorisé à soumettre une telle demande, ce « sous suite de frais et dépens ».

Il remplissait toutes les conditions pour pouvoir bénéficier des APG extraordinaires prévues par la loi 12'801. En effet, il s'était vu reconnaître tant par l'OCE que par l'OCAS la qualité de personne avec pouvoir de décision déterminant et avait prouvé la perte de chiffre d'affaires supérieure à 55 %. Enfin, ni cette loi ni son règlement d'application ne prévoyaient de conditions relatives à la forme juridique de l'entreprise.

Lors du premier confinement, quelle que fût cette forme juridique, les cadres dirigeants n'avaient eu droit qu'à des RHT plafonnés à CHF 4'100.- par mois. En revanche, les autres employés avaient eu droit à des RHT à 80 % du salaire, « soit bien supérieur au plafond appliqué aux cadres dirigeants ». Or, les décisions attaquées opéraient une distinction entre les cadres dirigeants d'entreprises individuelles et ceux d'entreprises constituées en SA et Sàrl, ce qui violait les principes de la liberté économique, de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire.

- 12) Le 30 juillet 2021, la juge déléguée a invité les parties à se déterminer sur la compétence de la chambre administrative plutôt que celle de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre des assurances sociales).
- 13) Le 16 août 2021, le département a indiqué que le recours dont il était question relevait de la compétence de la chambre des assurances sociales au vu du cadre législatif ainsi que du traitement appliqué à l'ensemble des dossiers de demandes d'aides cantonales.
- 14) Le même jour, M. A\_\_\_\_\_ a expliqué qu'à son sens, la chambre de céans était compétente pour trancher le litige.
- 15) Invité à se déterminer sur le fond, le département a conclu, le 8 septembre 2021, au rejet du recours.

Les travaux préparatoires de la loi 12'801 indiquaient qu'elle avait pour objectif de soutenir financièrement le tissu économique genevois, en particulier les personnes exerçant une fonction dirigeante ou leur conjoint salarié dans l'entreprise, face aux conséquences de la crise sanitaire de COVID-19. Elle visait ainsi à pallier les inconvénients liés à la période durant laquelle les régimes fédéraux n'avaient prévu aucune indemnisation pour ces personnes, soit du 1<sup>er</sup> juin au 16 septembre 2020. Le législateur cantonal avait, par la loi 12'801, décidé de prolonger le principe d'un régime d'aides complémentaires en faveur des cadres dirigeants de sociétés de capitaux ayant prévalu au printemps 2020, et non d'étendre le champ des bénéficiaires aux entrepreneurs indépendants. Ainsi, l'aide APG extraordinaire était destinée uniquement aux cadres dirigeants salariés ou à leur conjoint salarié d'entreprises de capitaux inscrites au RC comme SA ou Sàrl.

Dans la mesure où M. D\_\_\_\_\_ ne remplissait pas la qualification d'employeur occupé tel que défini par la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0), applicable par renvoi des art. 3 de la loi 12'801 et 5 du règlement d'application, son conjoint occupé dans l'entreprise ne pouvait pas remplir cette exigence.

Selon les documents fournis, le recourant avait perçu un plein salaire durant la période concernée. Même si ces salaires avaient été versés à titre d'avances, la cause du versement demeurait valable. En outre, il n'y avait eu aucun versement anticipé par rapport à l'exigibilité de la créance de salaire puisque ceux-ci avaient été versés les 24 juin, 27 juillet, 25 août et 25 septembre 2020. Dès lors et même si la loi 12'801 devait être applicable aux entreprises en raison individuelle, le recourant n'avait subi aucun manque à gagner.

Même s'il s'agissait d'un autre type de mesure de soutien, l'entreprise individuelle concernée avait perçu une indemnité « cas de rigueur » de CHF 172'101.50 sur décision du département du 8 mars 2021, correspondant au maximum de l'indemnité et représentant le plafond des coûts fixes de l'entreprise pour l'année 2020. Dans ce montant de CHF 172'101.50, l'entreprise avait perçu CHF 24'832.- pour l'année 2020 au titre d'indemnisation des charges salariales de son seul et unique employé, M. A\_\_\_\_\_, montant qui était supérieur au montant théorique des APG extraordinaires de CHF 21'574.- auxquelles il aurait eu droit en application de loi 12'801.

Le but de cette loi 12'801 était de rétablir une égalité de traitement en faveur des cadres dirigeants de sociétés de capitaux à la suite de l'abrogation le 1<sup>er</sup> juin 2020 de l'exception prévue par l'art. 5 de l'ordonnance sur les mesures dans le domaine de l'assurance-chômage en lien avec le coronavirus (COVID-19) du 20 mars 2020 (ordonnance COVID-19 assurance-chômage - RS 837.033). N'ayant pas le statut d'indépendants « sous société en nom propre », ces cadres dirigeants n'avaient pas pu bénéficier du régime d'aide fédérale sans discontinuité. Le législateur cantonal devait donc distinguer la situation de ces deux catégories d'entrepreneurs rendues dissemblables à la suite de l'abrogation de l'exception consacrée par l'art. 5 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage. Il n'y avait donc aucune violation du principe de l'égalité de traitement, y compris entre personnes appartenant à la même branche économique.

Toutes les décisions du département, prises sur la base d'une juste et correcte appréciation des faits et dans le respect de la loi, n'aboutissaient pas à un résultat susceptible de heurter le sentiment de justice et d'équité puisque le recourant, en qualité de salarié, était en tout temps éligible aux RHT « ordinaires ».

- 16) Dans sa réplique du 29 octobre 2021, le recourant a relevé que le conjoint de l'employeur occupé dans l'entreprise individuelle de ce dernier pouvait prétendre aux aides. Le recourant était aussi bien un employé occupé dans l'entreprise de son conjoint au sens de l'art. 31 al. 3 let. b LACI que, au vu de son statut de responsable, un cadre dirigeant au sens de l'art. 31 al. 3 let. c LACI.

Les montants qu'il avait reçus de juin à septembre 2020 ne constituaient pas une avance de salaire mais une avance d'indemnité APG selon le droit des assurances sociales. En tout état de cause, la condition déterminante n'était pas le versement d'un montant à l'employé mais la perte du chiffre d'affaires à hauteur de 55 % de l'entreprise.

M. D\_\_\_\_\_ n'avait pas perçu une indemnité de CHF 24'832.- pour couvrir ses propres charges salariales, mais pour couvrir celles de l'ensemble de ses employés, d'un montant de CHF 248'325.-. En cas de répartition de cette indemnité entre les employés en fonction de leurr salaire, la charge salariale de

M. A\_\_\_\_\_ n'aurait été couverte qu'à hauteur de CHF 8'450.- sur CHF 84'504.-. Cela correspondait à CHF 704.- par mois, soit CHF 2'816.- pour les mois de juin à septembre 2020. Dès lors, ni lui-même ni M. D\_\_\_\_\_ n'avaient été indemnisés de manière à couvrir sa charge salariale. Ainsi, ces versements ne s'opposaient pas aux aides prévues par la loi 12'801.

- 17) Le 2 novembre 2021, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.
- 18) Le contenu des pièces jointes aux écritures sera pour le surplus détaillées ci-dessous dans la mesure nécessaire au traitement du recours.

### **EN DROIT**

- 1) a. La chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 132 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). Elle examine d'office sa compétence, qui est déterminée par la loi et ne peut être créée par accord entre les parties (art. 11 al. 1 et 2 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- b. Le recours à la chambre administrative est ouvert contre les décisions des autorités et juridictions administratives au sens des art. 4, 4A, 5, 6, al. 1 let. a et e, et 57 LPA. Sont réservées les exceptions prévues par la loi (art. 132 al. 2 LOJ). Le recours à la chambre administrative est ouvert dans d'autres cas lorsque la loi le prévoit expressément (art. 132 al. 6 LOJ). En outre, le recours à la chambre administrative n'est pas recevable contre les décisions pour lesquelles le droit fédéral ou une loi cantonale prévoit une autre voie de recours (art. 132 al. 8 LOJ).
- c. Selon l'art. 4 de la loi 12'801, le département est l'autorité, au sens de l'art. 5 let. c de la LPA, chargée de son application.  
  
L'art. 8 de la loi 12'801 prévoit la voie de la réclamation auprès du département contre les décisions prises en application de celle-là.
- d. Récemment, la chambre de céans a eu à traiter d'un dossier ayant pour objet le bien-fondé d'une décision du département refusant à une SA une aide financière extraordinaire fondée sur la loi 12'863 (ATA/1055/2021 du 12 octobre 2021).
- e. En l'espèce, les décisions attaquées, ainsi que la loi 12'801 ou son règlement d'application ne renseignent pas sur les voies de droit ouvertes à l'encontre d'une décision fondée sur la ladite loi.

Toutefois, vu la nature de ces décisions, soit un refus d'une aide financière extraordinaire de l'État destinée aux cadres avec fonction dirigeante dans le cadre

de la crise de sanitaire du COVID-19 et non une problématique relative au régime des APG découlant de l'ordonnance sur les mesures en cas de perte de gain en lien avec le coronavirus (COVID-19) du 20 mars 2020 (ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 - RS 830.31), le précédent traité par la chambre de céans (ATA/1055/2021 précité) et la répartition des compétences résultant des art. 132 et 134 LOJ, la chambre de céans considère qu'elle est compétente pour traiter le recours.

Dirigé contre des décisions rendues par une autorité administrative et interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est par conséquent recevable de ces points de vue (art. 132 LOJ ; art. 62 al. 1 let. a LPA).

La question de savoir si le recourant a un intérêt pour recourir, en vertu de l'art. 60 al. 1 let. b LPA, peut rester ouverte, compte tenu de l'issue du litige.

2) Le litige a pour objet le bien-fondé des décisions du département des 23 avril et 30 juin 2021 refusant au recourant une aide financière extraordinaire sur la base de la loi 12'801.

a. Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). Les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (al. 2), non réalisée en l'espèce.

b. En vertu de l'art. 185 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le Conseil fédéral peut édicter des ordonnances et des arrêtés pour parer à des troubles graves de l'ordre public ou de la sécurité intérieure ou extérieure, survenus ou imminents. Ces ordonnances doivent être limitées dans le temps (au maximum six mois, art. 7d al. 2 let. a de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997 - LOGA - RS 172.01).

Sur la base de ce droit d'édicter des ordonnances d'urgence, 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 du 28 septembre 2012 (LEP - RS 818.101) et édicté différentes ordonnances sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus, lesquelles ont limité les entreprises dans leur activité.

3) a. Selon l'art. 2 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, en dérogation à l'art. 31 al. 3 let. c LACI, les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ont le droit à l'indemnité en cas de RHT ; il

en va de même des conjoints ou des partenaires enregistrés de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise.

Conformément à l'art. 5 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage, en dérogation à l'art. 34 al. 1 et 2 LACI, un montant forfaitaire de CHF 3'320.- était versé au conjoint ou au partenaire enregistré de l'employeur, occupé à plein temps dans l'entreprise de celui-ci (let. a), aux personnes qui fixaient les décisions que prend l'employeur – ou pouvaient les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ; il en allait de même des conjoints et des partenaires enregistrés de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (let. b).

Ces dispositions ont été abrogées avec effet au 1<sup>er</sup> juin 2020 (RO 2020 1777).

b. L'art. 31 al. 3 let. b LACI précise que le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci, n'a pas droit à l'indemnité en cas de RHT. Cela vaut également pour les personnes qui fixent les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ; il en va de même des conjoints de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (let. c).

c. Conformément à l'art. 2 al. 3 et 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 dans sa teneur jusqu'au 17 septembre 2020, ont également droit à l'allocation les personnes considérées comme indépendantes au sens de l'art. 12 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) qui subissent une perte de gain en raison d'une mesure prévue à l'art. 6 al. 1 et 2 de l'ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19) du 13 mars 2020 (ci-après : Ordonnance 2 COVID-19). La condition prévue à l'al. 1bis let. c s'applique aussi à ces personnes (al. 3). 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 D\_\_\_\_\_r 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 2<sup>ème</sup> phr., s'applique par analogie au calcul du revenu déterminant de l'année 2019. La condition prévue à l'al. 1bis let. c s'applique aussi à ces personnes (al. 3bis).

d. Selon l'art. 15 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), dans sa teneur à son entrée en vigueur avec effet rétroactif au 17 septembre 2020, le Conseil fédéral peut prévoir le versement

d'APG aux personnes qui doivent interrompre ou limiter de manière significative leur activité lucrative à cause de mesures prises pour surmonter l'épidémie de COVID-19. Seules les personnes frappées par une perte de gain ou de salaire et qui, dans leur entreprise, ont subi une perte de chiffre d'affaires d'au moins 55 % par rapport au chiffre d'affaires moyen des années 2015 à 2019 sont considérées comme ayant dû limiter de manière significative leur activité lucrative (al. 1). Ont également droit à l'allocation notamment les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA et les personnes qui occupent une position assimilable à celle d'un employeur (al. 2).

En vertu de l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 (dans sa nouvelle teneur en vigueur depuis le 17 septembre 2020 - RO 2020 4571), les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA et les personnes visées à l'art. 31 al. 3 let. b et c LACI, pour autant qu'elles ne soient pas concernées par l'al. 3 et qu'elles remplissent la condition prévue à l'al. 1bis let. c, ont droit à l'allocation notamment si elles subissent une perte de gain ou une perte de salaire (let. b).

e. Le 29 octobre 2020, le Grand Conseil a adopté la loi 12'801.

L'art. 1 régit l'aide financière extraordinaire apportée par l'État de Genève aux cadres avec fonction dirigeante dans le contexte des mesures de soutien à l'économie en lien avec la crise sanitaire du coronavirus (COVID-19) (al. 1), dans le but d'atténuer le manque à gagner des cadres avec fonction dirigeante durant la période du 1<sup>er</sup> juin au 16 septembre 2020 (al. 2).

Selon l'art. 2, l'aide financière est extraordinaire par rapport aux sources de financement usuelles et aux autres mesures prises lors de crises sanitaires ou d'autres événements entraînant une paralysie du système économique (al. 1). Elle est subsidiaire par rapport à d'autres prestations dont le demandeur aurait pu bénéficier (al. 2).

L'art. 3 prévoit que la participation de l'État est versée aux personnes relevant de l'art. 15 de la Loi COVID-19, soit l'employeur salarié de son entreprise ainsi que son conjoint ou son partenaire enregistré, salarié dans l'entreprise de celui-ci (let. a) ainsi que les personnes qui « fixent » les décisions que prend l'employeur – ou peuvent les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise; il en va de même des conjoints et des partenaires enregistrés de ces personnes, qui sont salariés dans l'entreprise (let. b).

Conformément à l'art. 6, l'aide financière consiste en une indemnité versée par l'État de Genève d'un montant mensuel maximum de CHF 5'880.-, soit CHF 196.- par jour ouvré (al. 1). Elle est exclusivement destinée aux personnes ayant subi une perte de gain ou de salaire en raison de la baisse d'activité de leur

entreprise en lien avec la crise sanitaire du coronavirus (COVID-19), laquelle s'est exprimée par une perte de chiffre d'affaires d'au moins 55 % par rapport à une moyenne pluriannuelle. Les critères d'évaluation sont fixés par voie réglementaire (al. 2).

f. L'art. 5 du règlement d'application de la loi 12'801 délimite les conditions d'éligibilité de l'entreprise ainsi que celles des cadres avec fonction dirigeante et de leur conjoint et/ou partenaire enregistré.

Selon l'art. 5 al. 6 règlement d'application de la loi 12'801, en application de l'art. 3 de la loi 12'801, peuvent prétendre à une aide financière les personnes visées à l'art. 31 al. 3 let. b et c de la LACI.

L'al. 7 de ce même article prévoit que pour prétendre à l'aide financière accordée par l'État de Genève, les bénéficiaires doivent être assurés obligatoirement au sens de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10), au moment de la demande et pour toute la période d'indemnisation (affiliation à une caisse AVS) (let. a) et avoir réalisé un revenu de l'activité lucrative d'au moins CHF 10'000.- en 2019, ou un revenu équivalent calculé au prorata si l'activité a démarré en 2020 (let. b).

g. Selon l'exposé des motifs, la loi 12'801 avait pour but d'aider les petits entrepreneurs tels que les garagistes, les imprimeurs ou encore les restaurateurs, employant en moyenne entre cinq et quinze collaborateurs. Ces entrepreneurs faisaient face à des charges incompressibles très contraignantes pour maintenir à flot leur outil de production. Il n'était pas rare qu'ils se versent un salaire moindre que celui de leurs employés, qu'ils avaient mis au régime RHT pour ne pas avoir à les licencier, voire pas de salaire du tout. N'ayant pas le statut d'indépendant « sous société en nom propre », ils n'avaient pas pu bénéficier du régime d'allocations pour perte de gain. Le projet de loi rééquilibrait une inégalité de traitement avec les indépendants qui avaient pu percevoir des APG sans discontinuité. De surcroît, il offrait un soutien à des entrepreneurs qui étaient parmi ceux qui formaient le plus d'apprentis dans le canton, lesquels en cas de faillite de leur employeur, se retrouveraient « sur le carreau » sans possibilité de terminer leur apprentissage (PL 12'801, p. 6).

Le projet de loi ne concernait pas les personnes exerçant une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 de la LPG, car le Conseil fédéral avait prévu pour eux à l'art. 2 al. 3 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, un régime d'APG pour la période du 17 mars au 16 septembre 2020. Dès le 17 septembre 2020, l'art. 15 de la Loi COVID-19 permettait la poursuite de ce régime d'APG (PL 12'801, p. 6).

En revanche, pour les personnes qui occupaient une position assimilable à celle d'un employeur, le Conseil fédéral avait prévu, dans son ordonnance

COVID-19 assurance-chômage, qu'en dérogation à l'art. 34 al. 2 LACI, un montant forfaitaire de CHF 3'320.- serait pris en compte comme gain déterminant pour un emploi à plein temps pour le calcul de l'indemnité RHT. Cette disposition avait toutefois été abrogée le 1<sup>er</sup> juin 2020, ce qui signifiait que cette catégorie de personnes n'était au bénéfice d'aucune indemnité pour la période du 1<sup>er</sup> juin au 16 septembre 2020, date à partir de laquelle le régime des APG pourrait leur être appliqué en vertu de l'art. 15 de la loi COVID-19 (PL 12'801, p. 7).

Par conséquent, le projet de loi visait à pallier les inconvénients liés à la période pendant laquelle les régimes fédéraux n'avaient prévu aucune indemnisation pour les cadres dirigeants ou leur conjoint occupé dans l'entreprise, à savoir du 1<sup>er</sup> juin au 16 septembre 2020 (PL 12'801, p. 7).

h. Lors du premier débat (Mémorial 2020, « Annexe : objets nouveaux » de la session VI des 29 et 30 octobre 2020), un député a expliqué que le projet de loi 12'801 entendait combler une lacune. Il se trouvait en effet que les dirigeants d'entreprises et surtout de petites entreprises – garages, imprimeries, restaurants – qui exerçaient leur activité au travers d'une personne morale comme une société anonyme ou à responsabilité limitée, quand bien même ils cotisaient à l'assurance-chômage, ne bénéficiaient pas des allocations. Ces petits patrons n'avaient perçu aucune compensation alors que leur société avait pu perdre plus de 55 %, plus de 60 %, plus de 70 %, voire jusqu'à 100 % de leur chiffre d'affaires. Entre le mois de juin et le 16 septembre 2020, ils n'avaient perçu aucune aide de quelque sorte que ce soit. Le projet de loi visait à pallier ce déficit.

Un autre député a précisé que les personnes concernées ne bénéficiaient pas des RHT ; la prestation prévue par le projet de loi 12'801 leur permettrait d'être traitées comme des indépendants qui, eux, avaient droit aux APG, aide fédérale, de CHF 5'880.- par mois également.

Le conseiller d'État en charge du département a encore expliqué que les personnes considérées étaient des patrons qui avaient cotisé, mais qui ne bénéficiaient pas des RHT.

i. En résumé, du 17 mars 2020 au 31 mai 2020, les personnes ayant une position assimilable à l'employeur (salariés dirigeants) ainsi que les conjoints et partenaires enregistrés de ces personnes n'avaient pas eu droit à des allocations pour perte de gain COVID-19, mais à des indemnités en cas de RHT à titre exceptionnel dans le cadre de l'assurance-chômage (art. 2 de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage).

Entre le 1<sup>er</sup> juin et le 16 septembre 2020, seules les personnes ayant une position assimilable à l'employeur dans le domaine de l'événementiel (y compris les conjoints ou partenaires enregistrés occupés dans l'entreprise) avaient eu droit

à des APG-COVID-19 aux conditions de l'art. 2 al. 3ter de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19.

À partir du 17 mars 2020 et jusqu'au 16 septembre 2020, les indépendants qui n'avaient pas dû fermer leur entreprise, mais qui avaient subi une perte de gain en raison des mesures de lutte contre le coronavirus prises par le Conseil fédéral, avaient eu droit à l'allocation de perte de gain (APG-COVID-19), si leur revenu déterminant pour le calcul des cotisations AVS de l'année 2019 se situait entre CHF 10'000.- et CHF 90'000.- (art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 dans sa teneur alors en vigueur). La limitation du revenu déterminant à CHF 90'000.- était justifiée par le fait que seuls les cas de rigueur devaient être pris en compte. En contrepartie, aucune exigence n'avait été posée quant à l'ampleur du manque à gagner subi pendant cette période.

Aucune indemnité en cas de RHT n'était prévue pour le conjoint de l'employeur, occupé dans l'entreprise de celui-ci et pour les personnes qui fixaient les décisions que prend l'employeur – ou pouvaient les influencer considérablement – en qualité d'associé, de membre d'un organe dirigeant de l'entreprise ou encore de détenteur d'une participation financière à l'entreprise ; il en allait de même des conjoints et des partenaires enregistrés de ces personnes, qui sont occupés dans l'entreprise (art. 31 al. 3 let. b et c LACI).

Dans une deuxième phase qui avait débuté le 17 septembre 2020, les dispositions de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 avaient été adaptées dans le but d'étendre les mesures en cas de perte de gain en lien avec le coronavirus.

Les personnes ayant une position assimilable à l'employeur et leur conjoint ou partenaire enregistré travaillant dans l'entreprise avaient depuis lors eu droit à certaines conditions, à des allocations pour perte de gain COVID-19, en vertu de l'art. 2 al. 3bis en vigueur depuis le 17 septembre 2020 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19.

En outre, la limite supérieure de revenu de CHF 90'000.- pour l'indemnisation des personnes indirectement touchées par des mesures prises par le Conseil fédéral afin de lutter contre le coronavirus avait été supprimée. En lieu et place, il était prévu que l'activité lucrative devait être significativement limitée en raison de mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19 ordonnées par une autorité (art. 2 al. 3bis let. a de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 dans sa teneur en vigueur depuis le 17 septembre 2020).

- 4) En l'espèce, il ressort clairement des travaux préparatoires de la loi 12'801 que l'aide financière extraordinaire prévue par celle-ci est destinée aux entrepreneurs qui exercent leur activité au travers d'une personne morale comme une SA ou une Sàrl. À l'inverse des patrons exerçant sous société en nom propre,

ces entrepreneurs n'ont perçu aucune aide entre les mois de juin et septembre 2020.

La loi cantonale est en effet principalement destinée à pallier les inconvénients liés à la période durant laquelle les régimes fédéraux n'avaient prévu aucune indemnisation pour les cadres dirigeants ou leurs conjoints occupés dans l'entreprise, qui ont subi une perte de salaire.

La loi cantonale prévoit certes, à son art. 3 let. b, une participation de l'État pour les personnes qui fixent les décisions de l'employeur, ou peuvent les influencer considérablement, ce qui, à rigueur de texte, n'exclut pas que des aides financières soient octroyées à des employés d'entreprises individuelles. Or, même à considérer que le recourant se trouve dans ce cas de figure, l'aide financière de l'État ne saurait lui être accordée, au motif qu'il n'a subi aucune perte de salaire. Il ressort, en effet, du formulaire complété le 21 décembre 2020, que l'intéressé a perçu l'entier de ses salaires pour la période de juin à septembre 2020, soit CHF 6'276.- nets par mois. Les bulletins de salaire versés au dossier par le département confirment, du reste, que le recourant n'a subi aucune perte de salaire durant cette période. Or, l'art. 6 al. 2 de la loi 12'801 précise que l'aide financière est exclusivement destinée aux personnes ayant subi une perte de salaire, ce qui n'est manifestement pas le cas du recourant au vu de ces pièces.

Dans ces circonstances, le recourant n'est pas éligible à l'aide financière prévue par la loi 12'801 et son règlement d'application.

Partant, les décisions attaquées seront confirmées et le recours sera rejeté, en tant qu'il est recevable.

- 5) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 800.- sera mis à la charge du recourant, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

rejette, en tant qu'il est recevable, le recours interjeté le 30 juillet 2021 par Monsieur A\_\_\_\_\_ contre les décisions du département de l'économie et de l'emploi des 23 avril et 30 juin 2021 ;

met un émolument de CHF 800.- à la charge de Monsieur A\_\_\_\_\_ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; 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, 1000 Lausanne 14, 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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Francesco La Spada, avocat du recourant, ainsi qu'au département de l'économie et de l'emploi.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mme Krauskopf, M. Verniory,  
Mmes Lauber, McGregor, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :