RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/137/2021 **ATAS/76/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 27 janvier 2022

3ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à VERSOIX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Samir DJAZIRI

recourant

contre

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

intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente ; Christine LUZZATTO et Philippe LE GRAND ROY, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'intéressé), moniteur d'auto-école et chauffeur de taxi, a déposé en date du 23 mars 2020 une demande d'allocation pour perte de gain en cas de coronavirus (APG).

b. Le 27 août 2020, la caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la CCGC ou la caisse) a nié à l'intéressé le droit à une APG.

c. Par pli reçu le 19 novembre 2020 par la caisse, l'intéressé s'est opposé à cette décision.

d. Par décision du 14 décembre 2020, la caisse a déclaré l'opposition irrecevable pour cause de tardiveté. Cela étant, dans sa décision, la caisse a souligné que même si l'opposition avait été considérée comme recevable, elle aurait été rejetée au fond, car le revenu retenu pour le décompte des cotisations 2019 de l'intéressé - CHF 8'000.- - était inférieur à celui ouvrant droit à une allocation pour perte de gain.

B. **a.** Par écriture du 14 janvier 2021, l'intéressé a interjeté recours contre cette décision, en concluant à son annulation, à la recevabilité de son opposition et au renvoi de la cause à la caisse pour nouvelle décision, avec suite de frais et dépens

Le recourant allègue n'avoir jamais reçu la décision du 14 décembre 2020 et n'en avoir eu connaissance que lorsqu'il s'est enquis par téléphone à la caisse des suites données à sa demande, en octobre 2020. Une copie de la décision lui a alors été adressée, à laquelle il s'est formellement opposé dans les trente jours suivant sa réception.

Sur le fond, le recourant fait valoir qu'à teneur de son compte de pertes et profits 2019, son bénéfice s'élevait à CHF 12'103.40 en 2019.

b. Invitée à se déterminer, la caisse, dans sa réponse du 11 février 2021, a indiqué admettre le caractère recevable de l'opposition, ajoutant que c'était en revanche à juste titre que le recourant s'était vu nier le droit à l'allocation pour perte de gain.

c. Le 23 février 2021, la caisse a rendu une nouvelle décision formelle en ce sens, annulant et remplaçant celle du 14 décembre 2020.

Elle y reconnaît le caractère recevable de l'opposition, mais rejette celle-ci sur le fond. Reprenant les arguments déjà invoqués dans la décision du 14 décembre 2020, la caisse constate que le revenu retenu pour le décompte des cotisations 2019 de l'intéressé est inférieur à celui ouvrant droit à une allocation pour perte de gain.

En effet, le revenu déterminant du recourant pour le calcul des cotisations AVS 2019 s'élevait à CHF 8'000.- selon le décompte de cotisations. Seul ce montant est déterminant, dès lors que la taxation fiscale définitive pour 2019 n'a pas été

disponible avant le 16 septembre 2020 et que le bilan pour cette année ne lui a pas non plus été communiqué avant le 17 mars 2020.

d. Par écriture du 18 mars 2021, le recourant a noté avoir obtenu gain de cause quant à la recevabilité de son opposition et en a tiré la conclusion que son recours du 14 janvier 2021 était donc devenu sans objet sur ce point. Il l'a en revanche maintenu à l'encontre de la décision du 23 février 2021, en sollicitant, pour compléter son argumentation, un délai dont il a suggéré que l'échéance coïncide avec celle du délai de recours de trente jours à l'encontre de la nouvelle décision.

e. Par écriture du 26 mars 2021, le recourant a indiqué qu'il entendait persister dans son recours à l'encontre de la nouvelle décision sur opposition de la caisse.

Il argue en substance que les directives administratives n'ont d'effets qu'à l'égard de l'administration et ne créent pas de nouvelles règles de droit. Il estime que, dans la mesure où son bilan a été transmis à l'autorité le 19 novembre 2020, soit plus de trois mois avant que la décision attaquée ne soit rendue, c'est sur cette base qu'aurait dû être calculé son revenu déterminant (CHF 12'103.40). Dès lors, il conclut à l'octroi d'une allocation pour perte de gain à compter du 17 mars 2020.

f. L'intimée conclut au rejet du recours.

Elle rappelle que si les directives de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) ne créent certes pas de nouvelles règles de droit, elles sont destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales et visent à unifier, voire codifier, la pratique des organes d'exécution. Elles ont notamment pour but d'établir des critères généraux d'après lesquels sera tranché chaque cas d'espèce, dans l'intérêt d'une pratique uniforme et du respect de l'égalité de traitement des ayants-droit. Le juge ne s'en écarte que si elles établissent des normes non conformes aux dispositions légales applicables, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence.

Pour le surplus, l'intimée considère qu'il n'y a pas lieu d'octroyer des frais et dépens au recourant du simple fait qu'il a obtenu gain de cause s'agissant de la recevabilité de son opposition puisqu'il a tort sur le fond et que, sur ce plan, elle avait déjà fourni toutes les explications utiles dans sa décision sur opposition du 14 décembre 2020, reprise dans celle du 23 février 2021.

Les autres faits seront repris - en tant que de besoin - dans la partie "en droit" du présent arrêt.

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 à l'allocation pour perte de

gain en lien avec le coronavirus, sous réserve de dérogation expresse (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 Cour de céans est ainsi compétente pour connaître du recours (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.

3. Les recours successifs, interjetés dans les forme et délai prévus par la loi (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA), sont recevables.

4. En tant que le recours du 14 janvier 2021 était formé pour contester l'irrecevabilité de l'opposition formée en novembre 2020, il est devenu sans objet, dès lors que l'intimée a reconnu le caractère recevable de l'opposition litigieuse. Le recourant ayant obtenu gain de cause, une indemnité de CHF 500.- lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFPA - E 5 10.03]) ;

La procédure s'est toutefois poursuivie, la nouvelle décision sur opposition ne donnant pas satisfaction à l'intéressé.

5. Le litige se limite désormais au bien-fondé du refus de l'intimée de verser une APG en cas de coronavirus au recourant à compter de mars 2020.

6. Le 17 mars 2020 est entrée en vigueur l'ordonnance du 20 mars 2020 sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus (COVID-19) (ordonnance sur les pertes de gain COVID - 19 - RS 830.31).

Selon l'art. 2 al. 3 en relation avec l'art. 2 al. 1bis let. c de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa teneur du 23 avril 2020 au 16 septembre 2020, les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA) ont droit à l'allocation perte de gain si elles sont assurées obligatoirement au sens de la LAVS et si elles subissent une perte de gain en raison d'une mesure prévue à l'art. 6 al. 1 et 2 de l'ordonnance du 13 mars 2020 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ordonnance 2 COVID-19; RS 818.101.24; abrogée au 22 juin 2020).

Visant les « cas de rigueur », l'art. 2 al. 3bis en relation avec l'art. 2 al. 1bis let. c de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa teneur en vigueur du 17 mars 2020 au 16 septembre 2020, prévoit que les personnes qui exercent une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 12 LPGA, mais qui ne sont pas concernées par l'art. 2 al. 3 précité, ont droit à l'allocation perte de gain si elles sont assurées obligatoirement au sens de la LAVS, si elles subissent une perte de gain en raison des mesures prises par le Conseil fédéral afin de lutter contre le coronavirus

et si leur revenu déterminant pour le calcul des cotisations AVS de l'année 2019 se situe entre CHF 10'000.- et CHF 90'000.-.

En vertu de l'art. 5 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, dans sa teneur selon le ch. I de l'ordonnance du 19 juin 2020, en vigueur depuis le 17 mars 2020 (RO 2020 2223), 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. 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 à cette date (al. 2).

Selon l'art. 1a al. 1 phr. 1 LAPG, les personnes qui effectuent un service dans l'armée suisse ou dans le Service de la Croix-Rouge ont droit à une allocation pour chaque jour de solde.

Selon l'art. 11 al. 1 LAPG, le revenu moyen acquis avant l'entrée en service est le revenu déterminant pour le calcul des cotisations dues conformément à la LAVS. Le Conseil fédéral édicte des dispositions relatives au calcul de l'allocation et fait établir par l'Office fédéral des assurances sociales des tables dont l'usage est obligatoire et dont les montants sont arrondis à l'avantage de l'ayant droit.

Selon l'art. 7 al. 1 du règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG - RS 834.11), pour les personnes exerçant une activité indépendante, l'allocation est calculée d'après le revenu, converti en revenu moyen, qui a servi de base à la dernière décision de cotisations à l'AVS rendue avant l'entrée en service. L'allocation est ajustée sur demande si, par la suite, une nouvelle décision de cotisation est prise pour l'année pendant laquelle le service a été accompli (al. 1). Pour les personnes qui rendent vraisemblable qu'elles auraient entrepris une activité indépendante de longue durée pendant la période du service, l'allocation est calculée d'après le revenu qu'elles auraient pu obtenir (al. 2). Si une personne exerçant une activité indépendante n'est pas astreinte à payer des cotisations en vertu de la LAVS, son allocation est calculée d'après le revenu acquis au cours de l'année précédant celle de l'entrée en service (al. 3).

Aux termes de l'art. 9 al. 3 LAVS, le revenu provenant d'une activité indépendante et le capital propre engagé dans l'entreprise sont déterminés par les autorités fiscales cantonales et communiqués aux caisses de compensation.

La perception des acomptes de cotisations est régie par l'art. 24 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101). Ils sont fixés sur la base du revenu probable de l'année de cotisation (al. 2). S'il s'avère, pendant ou après l'année de cotisation, que le revenu diffère sensiblement du revenu probable, les caisses de compensation adaptent les acomptes de cotisations (al. 3). Les personnes tenues de payer des cotisations doivent fournir aux

caisses de compensation les renseignements nécessaires à la fixation des cotisations, leur transmettre, sur demande, des pièces justificatives et leur signaler lorsque le revenu diffère sensiblement du revenu probable (al. 4).

7. L'Office fédéral des assurances sociales (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'allocation pour perte de gain en cas de mesures destinées à lutter contre le coronavirus (ci-après CCPG). Il sera fait référence ci-après à la teneur de cette circulaire valable au 3 juillet 2020.

De telles directives de l'OFAS ne créent pas de nouvelles règles de droit, mais sont destinées à assurer l'application uniforme des prescriptions légales, en visant à unifier, voire à codifier la pratique des organes d'exécution. Elles ont notamment pour but d'établir des critères généraux d'après lesquels sera tranché chaque cas d'espèce et cela aussi bien dans l'intérêt de la praticabilité que pour assurer une égalité de traitement des ayants droit. Selon la jurisprudence, ces directives n'ont d'effet qu'à l'égard de l'administration dont elles donnent le point de vue sur l'application d'une règle de droit et non pas une interprétation contraignante de celle-ci. Cela ne signifie toutefois pas que le juge n'en tienne pas compte. Au contraire, il doit les prendre en considération lors de sa décision lorsqu'elles offrent une interprétation satisfaisante des dispositions légales applicables et adaptée au cas d'espèce. Il ne s'en écarte que dans la mesure où les directives établissent des normes qui ne sont pas conformes aux dispositions légales applicables (voir ATF 145 V 84 consid. 6.1.1 et les références).

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 cotisation) 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.

Le ch. 1065.1 CCPG précise que si l'indemnité a été fixée sur la base des revenus utilisés pour les acomptes de cotisation 2019 et que ceux-ci n'ont pas été adaptés depuis la dernière décision définitive de cotisation, les revenus de la dernière décision définitive de cotisation doivent être pris en compte sur demande du bénéficiaire. Si, au moment de la demande, la taxation fiscale pour 2019 est déjà disponible, c'est celle-ci qui doit être prise en compte. La demande de nouveau calcul, respectivement de révision ou de reconsidération, doit être adressée à la caisse de compensation au plus tard le 16 septembre 2020.

Selon une jurisprudence de la Cour des assurances sociales vaudoise, reprise par la Cour de céans, le revenu à prendre en compte pour fixer l'APG ne peut être déterminé sur le seul résultat d'exploitation d'un exercice comptable, solution qui serait contraire à l'art. 9 al. 3 LAVS, qui dispose que le revenu provenant d'une activité indépendante et le capital propre engagé dans l'entreprise sont déterminés

par les autorités fiscales cantonales et communiqués aux caisses de compensation (CASSO APG 2/20 – 13/2020 du 18 septembre 2020 ; ATAS/117/2021 du 16 février 2021 consid. 18).

8. En l'espèce, l'activité du recourant (moniteur d'auto-école, chauffeur de taxi) n'a pas été interdite par le Conseil fédéral. Aussi, en application de l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, les APG ne pouvaient être octroyées que si le revenu déterminant pour le calcul des cotisations AVS de l'année 2019 se situait entre CHF 10'000 et CHF 90'000.-.

À teneur du dossier, l'intimée a rendu formellement une décision de cotisations personnelles relative à l'année 2019 le 27 janvier 2019. C'est dès lors à juste titre qu'elle s'est fondée sur le revenu de CHF 8'000.- retenu dans ladite décision. Celui-ci étant inférieur au minimum ouvrant le droit à l'APG, selon l'art. 2 al. 3bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, la décision querellée doit être confirmée.

Contrairement à ce que soutient le recourant, l'intimée n'avait à tenir compte des pièces comptables transmises le 19 novembre 2020, selon la jurisprudence précitée (CASSO APG 2/20 – 13/2020 du 18 septembre 2020; ATAS/117/2021 du 16 février 2021 consid. 18, confirmée par la Cour de céans dans un arrêt de principe du 25 mars 2021 [ATAS/296/2021]). Quant à la décision de taxation fiscale pour l'année 2019, celle n'était pas encore rendue au moment de la nouvelle décision sur opposition et donc a fortiori pas avant le 16 septembre 2020 (cf. art. 5 al. 2 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19).

9. Infondé, le recours est rejeté.

10. 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 du 14 janvier 2021 recevable.

Au fond :

2. Prend acte de la décision sur opposition du 23 février 2021, annulant et remplaçant celle du 14 décembre 2020.
3. Constate que le recours du 14 janvier 2021 est devenu sans objet.
4. Condamne l'intimée à verser au recourant la somme de CHF 500.- à titre de participation à ses frais et dépens.

À la forme :

5. Déclare le recours du 26 mars 2021 recevable.

Au fond :

6. Le rejette.
7. Dit que la procédure est gratuite.
8. 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-Catherine SECHAUD	Karine STECK

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