RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2716/2021 **ATAS/1269/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 29 novembre 2021

6ème Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié c/o Mme B_____, à Genève, comparant avec élection de domicile en l'étude de Me Aleksandra PETROVSKA	recourant
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, sise 12, rue des Gares, case postale 2595, Genève	intimée

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Christine WEBER-FUX et Yda ARCE, Juges assesseures

EN FAIT

A. **a.** Monsieur A_____ (ci-après : l'intéressé) est assuré auprès de la caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse) en tant que personne indépendante.

b. Le 27 janvier 2019, la caisse a fixé les cotisations 2019 de l'intéressé sur la base d'un revenu déterminant de CHF 11'900.-.

B. **a.** La caisse a alloué à l'intéressé une allocation pour perte de gain COVID-19 (APG-COVID) journalière de CHF 27,20, dès le 17 mars 2020.

b. Par décision du 9 septembre 2020, la caisse a fixé définitivement la cotisation sociale de l'intéressé pour l'année 2018, sur la base d'un revenu déterminant de CHF 30'400.-.

c. Le 23 septembre 2020, l'intéressé a requis de la caisse une modification de ses APG-COVID.

d. Le 7 octobre 2020, l'administration fiscale cantonale (AFC) a émis un avis de taxation de l'activité d'indépendant de l'intéressé, pour l'année 2019, faisant état d'un bénéfice net de CHF 28'174.-.

e. Par décision du 23 octobre 2020, la caisse a rejeté la demande de recalcul de l'intéressé, au motif que celle-ci était déposée postérieurement au 16 septembre 2020.

f. Par décision du 18 novembre 2020, la caisse a fixé définitivement les cotisations sociales de l'intéressé pour 2019, sur la base d'un revenu déterminant de CHF 28'600.-.

g. Les 26 février et 4 mars 2021, l'intéressé a demandé à la caisse une explication sur la manière de calculer ses APG-COVID.

h. Le 10 mars 2021, l'intéressé a requis de la caisse une reconsidération des décisions pour tenir compte d'un revenu de CHF 28'600.-.

i. Par courriel du 11 mars 2021, la caisse a indiqué à l'intéressé que sa demande de recalcul était tardive, car formée après le 16 septembre 2020.

j. Par décision du 30 mars 2021, la caisse a indiqué que le revenu annuel retenu était de CHF 11'900.- de sorte que l'APG-COVID journalière était de CHF 27,20 par jour.

k. L'intéressé a fait opposition à la décision précitée le 7 avril 2021, en relevant que la caisse aurait pu obtenir sans difficulté sa taxation fiscale 2019, "téléversée" en date du 24 juillet 2020.

l. Par décision du 23 avril 2021, la caisse a fait suite à la demande de l'intéressé du "7 avril 2021 d'adaptation du montant de ses APG-COVID" et l'a rejetée, au motif que la demande était postérieure au 16 septembre 2020.

m. L'intéressé a fait opposition à cette décision le 3 mai 2021, au motif qu'il avait transmis le 24 juillet 2020 sa déclaration d'impôt pour l'année 2019 et reçu sa taxation le 7 octobre 2020, de sorte que les APG-COVID devaient être calculées sur la base du revenu 2019.

n. Par décision du 6 juillet 2021, la caisse a rejeté l'opposition de l'intéressé formée à l'encontre de sa décision du 23 avril 2021, au motif que toutes les demandes de recalcul de l'intéressé avaient été déposées postérieurement au 16 septembre 2020.

C. **a.** Le 20 août 2020, l'intéressé, représenté par une avocate, a recouru auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice à l'encontre de la décision précitée, en concluant à son annulation et au recalcul de ses APG-COVID sur la base d'un revenu déterminant de CHF 28'600.- dès le 17 mars 2020. Il n'avait reçu sa taxation fiscale que le 7 octobre 2020, suite au dépôt de sa déclaration d'impôt le 24 juillet 2020 ; il convenait de se baser sur son revenu de 2019, le montant des APG-COVID, fondé sur un revenu de CHF 11'900.-, étant dérisoire et inéquitable.

b. Le 15 septembre 2021, la caisse a conclu au rejet du recours.

c. Le 20 octobre 2021, l'intéressé a répliqué en relevant qu'il s'était retrouvé dans un état de vulnérabilité psychique depuis le début de la pandémie, ce qui l'avait retardé dans ses démarches administratives et ce qui expliquait le dépôt tardif de sa déclaration d'impôt.

EN DROIT

1.

1.1 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 APG en lien avec le Coronavirus, sous réserve de dérogations expresses [art. 1 de l'ordonnance sur les mesures en cas de pertes de gain en lien avec le coronavirus (COVID-19) du 20 mars 2020 (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 (ATAS/1208/2020 du 10 décembre 2020).

1.2 Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, l'acte de recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA-GE - E 5 10]).

2. Le litige porte sur le montant des APG-COVID allouées au recourant depuis le 17 mars 2020.

3.

3.1 Le Conseil fédéral a adopté, le 20 mars 2020, l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, laquelle est entrée en vigueur rétroactivement au 17 mars 2020. L'autorité de recours appliquant le droit en vigueur au jour où l'autorité administrative a statué pour la première fois, soit en l'occurrence le 23 avril 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), c'est la version de l'ordonnance précitée dans sa teneur au 1er avril 2021 qui est applicable.

Selon l'article 2 al. 3 bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, 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'art. 3 et qu'elles remplissent la condition prévue à l'art. 1bis, let. c ont droit à l'allocation : a. Si leur activité lucrative est significativement limitée en raison de mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19 ordonnées par une autorité ; b. si elles subissent une perte de gain ou une perte de salaire et c. si elles ont touché pour cette activité au moins CHF 10'000.- à titre de revenu soumis aux cotisations AVS en 2019 ; cette condition s'applique par analogie si l'activité a débuté après 2019 ; si celle-ci n'a pas été exercée pendant une année complète, cette condition s'applique proportionnellement à sa durée.

En vertu 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 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. 1bis, let. b, ch. 2, al. 3 ou 3bis qui ont déjà perçu une allocation en vertu de la version de la présente ordonnance qui était en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020, la base de calcul reste la même (al. 2 bis). Pour les ayants droit exerçant une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 2, al. 1bis, let. b, ch. 2, al. 3, 3bis ou 3quinquies, 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. 2 ter).

À teneur de l'art. 11 al. 1 phr. 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 (ci-après : l'OFAS) des tables dont l'usage est obligatoire et dont les montants sont arrondis à l'avantage de l'ayant droit.

Vu la délégation précitée, le Conseil fédéral a édicté le règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG - RS 834.11). Selon l'art. 7 al. 1 RAPG, 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).

Il résulte ainsi de l'art. 7 al. 1 RAPG que le montant de l'allocation doit être fixé en tenant compte de la dernière décision de cotisation prise, même si cette décision est postérieure au début de la période pour laquelle l'APG est demandée. Cela correspond à la volonté du législateur, qui a prévu à l'art. 11 al. 1 phr. 1 LAPG que le revenu moyen acquis avant l'entrée en service est le revenu déterminant pour le calcul des cotisations dues conformément à la LAVS, mais pas que c'est la dernière décision de cotisation avant l'entrée en service qui l'est. Le but principal du régime des allocations pour perte de gain est en effet de compenser au plus près la perte de revenu subie du fait de l'accomplissement d'un service ou de l'accouchement (arrêt du Tribunal fédéral 9C_253/2014 du 28 juillet 2014 consid. 6.3.2 ; ATAS/1032/2021 du 6 octobre 2021).

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.

3.2 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 dans son état au 15 avril 2021, version 15, applicable au jour de la décision du 23 avril 2021).

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. Pour les ayants droit qui ont déjà perçu une indemnité fondée sur la version de l'ordonnance en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020, la base de calcul reste la même.

3.3 En l'espèce, le recourant ayant perçu des APG-COVID antérieurement au 17 septembre 2020, il convient de déterminer le montant de celles-ci conformément aux dispositions de l'ordonnance applicable dans sa teneur en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020 (cf. art. 5 al. 2bis de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19), singulièrement d'examiner si, comme l'évoque le

recourant, un recalcul de ses APG-COVID, depuis le 17 mars 2020, sur la base de sa taxation fiscale du 7 octobre 2020, aurait dû être effectué.

4.

4.1 L'art. 5 al. 2 de l'ordonnance sur la perte de gain COVID-19, dans sa teneur au 6 juillet 2020, en vigueur jusqu'au 16 septembre 2020, prévoit que, 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 à cette date.

D'après le ch. 1065.1, dernière phrase CCPG (état au 3 juillet 2020, version 6, applicable jusqu'au 17 septembre 2020), si, au moment de la demande, la taxation fiscale définitive 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.

4.2 En l'occurrence, le recourant a reçu sa taxation fiscale postérieurement au délai du 16 septembre 2020 précité, soit le 7 octobre 2020. Il estime cependant que l'intimée aurait dû, nonobstant le délai du 16 septembre 2020, prendre en compte sa taxation fiscale 2019.

5.

5.1 A cet égard, les Tribunaux cantonaux des assurances des cantons de Vaud et de Zürich ont jugé que l'art. 5 al. 2 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, en vigueur dès le 6 juillet 2020, ainsi que le chiffre 1065.1 CCPG, état au 3 juillet 2020, étaient manifestement contraires au principe de l'égalité de traitement, de sorte que le délai fixé au 16 septembre 2020 pour la prise en compte de la taxation fiscale des recourants n'était pas applicable (arrêt de la cour des assurances sociales du canton de Vaud du 17 mai 2021 – APG 36/20 – 1, entré en force, et arrêt du Tribunal cantonal des assurances sociales du canton de Zürich du 29 octobre 2020 EE.2020. 00006, qui a fait l'objet d'un recours de l'OFAS, déclaré irrecevable par le Tribunal fédéral selon l'arrêt 9C_752/2020 du 9 mars 2021).

Ces considérations peuvent être reprises en l'espèce, ce d'autant que par arrêt du 25 novembre 2021, le plénum de la chambre de céans a jugé dans le même sens (ATAS/1247/2021).

5.2 Selon la jurisprudence, une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou qu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de

manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 141/153 consid. 5.1 ; 140 I 77 consid. 5.1 ; 137 V 334 consid. 6.2.1 ; 134 I 23 consid. 9.1).

En édictant l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19, le Conseil fédéral a posé le principe que la base de calcul de l'allocation pour les indépendants devait correspondre en principe au revenu réalisé en 2019. En limitant dans le temps la possibilité de se prévaloir de la décision définitive de taxation pour 2019 pour fixer le montant du revenu moyen de l'activité lucrative déterminant pour le calcul de l'allocation, l'art. 5 al. 2 de l'ordonnance sur les pertes de gain COVID-19 ainsi que le ch. 1065.1 de la CCPG sont manifestement contraires au principe de l'égalité de traitement, tel qu'il est consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. En effet, la faculté pour la personne exerçant une activité indépendante qui requiert le versement de l'allocation pour perte de gain en lien avec le coronavirus de se prévaloir de la décision définitive de taxation pour 2019 dépend d'un facteur purement aléatoire, à savoir la célérité mise par les autorités fiscales pour établir ladite taxation. La personne concernée n'a toutefois aucune prise sur la procédure de taxation car elle ne dispose d'aucun moyen pour contraindre les autorités fiscales à rendre une décision de taxation dans un délai précis. De fait, l'introduction d'une limite temporelle au 16 septembre 2020 pour la production de la décision définitive de taxation pour 2019 – laquelle constitue d'ailleurs une dérogation au régime général des allocations pour perte de gain (cf. art. 7 al. 1 RAPG) – revient à privilégier, arbitrairement et sans motif légitime, les personnes dont le dossier a été traité par les autorités fiscales avant cette date par rapport à celles dont la taxation n'a été entreprise que postérieurement. La crainte d'une éventuelle surcharge de l'autorité administrative liée aux demandes de réexamen des décisions d'allocation afin de tenir compte des décisions définitives de taxation pour 2019 ne saurait justifier une violation de ce principe fondamental de l'état de droit qu'est l'égalité de traitement.

Aussi faut-il retenir que la limitation dans le temps de la possibilité de se prévaloir de la décision définitive de taxation pour 2019 ne repose sur aucun motif sérieux et objectif et est, partant, contraire au principe de l'égalité de traitement (Arrêt de la Cour des assurances sociales du canton de Vaud - APG 36/20 du 17 mai 2021).

5.3 En l'occurrence, au vu des considérations qui précèdent, l'intimée aurait dû procéder au recalcul des APG-COVID du recourant, depuis le 17 mars 2020, sur la base du revenu 2019 retenu dans la taxation fiscale du recourant du 7 octobre 2020, nonobstant le fait que celle-ci a été émise postérieurement au 16 septembre 2020.

6. Partant, le recours sera admis, la décision litigieuse annulée et la cause sera renvoyée à l'intimée pour nouveau calcul des APG-COVID du recourant, depuis le 17 mars 2020, en tenant compte de la taxation fiscale 2019 du 7 octobre 2020.

Le recourant étant représenté, il a droit à des dépens qui peuvent être fixés à CHF 1'500.- (art. 61 let. g LPGA).

Pour le surplus, la procédure est gratuite.

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 de l'intimée du 6 juillet 2021.
4. Renvoie la cause à l'intimée pour nouvelle décision, dans le sens des considérants.
5. Alloue au recourant une indemnité de CHF 1'500.- à charge de l'intimée.
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
Adriana MALANGA	Valérie MONTANI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'au Secrétariat d'État à l'économie par le greffe le