

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1813/2004

ATAS/580/2005

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

1^{ère} Chambre

du 10 mai 2005

En la cause

Madame R _____, domiciliée à Troinex – Genève, mais
comparant par Maître Monica BERTHOLET en l'Etude de laquelle
elle élit domicile

recourante

contre

**CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'AVS DE LA
FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX
(FER-CIAM)**, sise rue de Saint-Jean 98 à Genève

intimée

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Karine STECK et Juliana BALDE, Juges

EN FAIT

1. Madame R_____ exerce une activité indépendante dans le cadre d'un bureau d'étude E_____. En janvier 2003, l'intéressée a donné naissance à un garçon prénommé A. . Le 23 janvier 2003, elle a déposé une demande d'allocations de maternité.
2. Par décision du 29 janvier 2003, la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'AVS DE LA FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX /FER-CIAM (ci-après la caisse) lui a octroyé des allocations de maternité, calculées sur la base du revenu déclaré pour l'année 2003, soit 23'000 fr.
3. La caisse a fixé le 22 juin 2004 le montant des cotisations AVS-AI dû par l'intéressée pour 2002 et 2003, tenant compte d'un revenu 2002 de 42'000 fr. et d'un revenu 2003 de 32'650 fr., établis sur la base des bilans et comptes de pertes et profits produits. Sur demande de l'assurée, elle lui a ainsi notifié une décision complémentaire d'allocation-maternité le 23 juin 2004, calculée sur le nouveau montant de 32'650 fr.
4. L'intéressée a formé opposition le 30 juin 2004. Elle demande à ce que son allocation soit calculée en fonction du revenu qu'elle a effectivement réalisé en 2002, soit 42'000 fr. selon décision de cotisations du 22 juin 2004.
5. Par décision du 5 août 2004, la caisse a rejeté l'opposition de l'intéressée, au motif que pour les indépendantes, le calcul de l'allocation de maternité s'effectue sur la base du premier acompte de cotisations AVS de l'année de l'accouchement, soit 2003.
6. L'intéressée, représentée par Maître Monica BERTHOLET, a interjeté recours le 17 septembre 2004 contre ladite décision. Elle estime que les revenus de l'année 2002 doivent être retenus pour le calcul de l'allocation, soit 42'000 fr., et non ceux de l'année 2003.
7. Dans sa réponse du 20 septembre 2004, la caisse a conclu au rejet du cours.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. f LOJ, Le Tribunal cantonal des assurances sociales statue en instance unique sur les contestations prévues à l'art. 9 de la loi cantonale sur l'assurance-maternité, du 14 décembre 2000 – LAMat (cf. art. 1 let. r et 56V al. 2 let. f LOJ). Sa compétence pour juger le cas d'espèce est ainsi établie.

2. Interjeté dans le délai légal de 30 jours et dans la forme prescrits par l'art. 19 al. 1 LAMat, le recours est recevable.
3. Bénéficient des prestations de l'assurance-maternité les personnes qui, au moment de l'accouchement ou du placement en vue d'adoption, ont été assujetties à la loi pendant trois mois au moins (art. 4 LAMat).

Sont assujetties à la LAMat et tenues de verser des cotisations pour assurer le financement de l'assurance-maternité, les personnes indépendantes obligatoirement assurées selon la LAVS qui déploient une activité lucrative stable dans le canton de Genève (art. 2 al. 1 let. b LAMat). Selon l'art. 3 al. 3 LAMat, sont assimilées à des personnes salariées ou indépendantes celles qui touchent des indemnités journalières destinées à compenser une perte de gain de l'assurance militaire, d'une assurance-accidents, d'une assurance-maladie et de l'assurance-chômage.

En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante exerce une activité lucrative indépendante dans le canton de Genève. Elle est ainsi assujettie à la loi et peut bénéficier des allocations de maternité.

4. Le calcul des prestations s'effectue selon les modalités prévues à l'art. 9 LAMat. L'allocation est égale à 80% du gain assuré (art. 9 al. 1 LAMat). Par gain assuré, on entend le revenu de l'activité lucrative déterminant pour le calcul des cotisations à l'AVS ; celui-ci ne peut toutefois pas dépasser le montant maximal déterminant pour l'assurance-accidents obligatoire (art. 9 al. 2 LAMat).

Pour les indépendantes, l'allocation est calculée sur la base du revenu provenant d'une activité lucrative sur lequel a été perçue la dernière cotisation à l'AVS avant l'accouchement (art. 9 al. 6 LAMat). Selon le règlement d'application, il s'agit du revenu servant de base aux acomptes des cotisations AVS de l'année en cours (art. 7 RELAMat). L'art. 8 al. 1 RELAMat précise que l'allocation de maternité est calculée sur le revenu déterminant selon le mode de calcul des allocations pour perte de gain.

L'art. 5 al. 1 RAPG, applicable par analogie et mutatis mutandis, prévoit que l'allocation pour les personnes de condition indépendante est calculée d'après le revenu, ramené au gain journalier, qui a servi de base à la dernière décision de cotisations à l'AVS rendue avant l'accouchement. Sur demande, l'allocation est ajustée si, par la suite, une nouvelle décision est prise pour l'année pendant laquelle l'accouchement a eu lieu.

5. En l'espèce, il appert de la partie en fait qui précède que le revenu ayant servi de base à la taxation AVS pour l'année 2003 est de 32'650 fr. C'est sur ce revenu que la caisse a recalculé l'allocation de maternité.

La recourante conteste ce mode de calcul, et demande à ce que son revenu de l'année 2002 soit pris en compte, soit un revenu déterminant de 42'000 fr. Elle considère que l'art. 7 RELAMat est contraire à la volonté du législateur (art. 9 al. 6 LAMat) parce que ce n'est pas sur la base des acomptes des cotisations AVS de l'année en cours que les allocations doivent être calculées mais en fonction de la dernière décision de cotisations à l'AVS rendue avant l'accouchement, par analogie avec l'art. 5 RAPG.

Il y a lieu de rappeler que l'art. 9 LAMat renvoie expressément aux règles applicables en matière d'AVS.

Selon l'art. 22 RAVS, les cotisations sont fixées pour chaque année de cotisation. L'année de cotisation correspond à l'année civile. La cotisation AVS due pour l'année 2003 est ainsi calculée sur la base du revenu réalisé en 2003. De même, la cotisation 2002 l'est-elle sur le revenu 2002. Il convient de se fonder sur le revenu provenant de l'activité lucrative sur lequel a été perçue la dernière cotisation avant l'accouchement (art. 9 al. 6 LAMat). Il faut comprendre par dernière cotisation la dernière cotisation annuelle conformément à l'art. 22 RAVS. Le revenu concerné est en conséquence celui de l'année 2002.

Aux termes de l'art. 24 al. 1 et 2 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance vieillesse et survivants (RAVS) :

« Pendant l'année de cotisation, les personnes tenues de payer des cotisations doivent verser périodiquement des acomptes de cotisations.

Les caisses de compensation fixent les acomptes de cotisations sur la base du revenu probable de l'année de cotisation. Elles peuvent se baser sur le revenu déterminant pour la dernière décision de cotisation, à moins que la personne tenue de payer des cotisations ne rende vraisemblable qu'il ne correspond manifestement pas au revenu probable ».

L'art. 7 RELAMat n'est à cet égard pas contraire à l'art. 9 al. 6 LAMat. En effet, il règle la question des acomptes de cotisations AVS à verser durant l'année en cours, soit en l'espèce 2003. Ces acomptes sont estimés sur la base du revenu de

l'année antérieure et la caisse procède à la rectification le cas échéant, dès que le montant des cotisations peut être définitivement fixé.

Le système des allocations perte de gain est fondé sur le même principe. En effet,

« Si, lors de l'entrée en service, les cotisations dues pour l'année en cause n'ont pas encore fait l'objet d'une décision passée en force, l'allocation est calculée d'après le revenu que la caisse de compensation a retenu pour fixer les acomptes de cotisations pour cette année (voir les directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des non-actifs).

Si, ultérieurement, la caisse de compensation fixe pour l'année en cause une cotisation supérieure sur la base de la communication fiscale, la personne qui fait du service peut demander que l'allocation soit adaptée et que la différence lui soit payée après coup. La caisse de compensation doit fournir aux personnes intéressées une information appropriée quant à cette possibilité. Si la cotisation fixée après coup est inférieure, la restitution des allocations versées en trop n'est pas réclamée » (Directives concernant le régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile n° 5045 et 5046).

Selon l'exposé des motifs également : « le Conseil d'Etat réglera le mode de calcul de l'allocation en s'appuyant, le cas échéant sur les dispositions du régime des APG. Il édictera en particulier des dispositions pour le cas où le montant de la cotisation à l'AVS serait modifié par une décision ultérieure. Ainsi, lorsqu'une personne indépendante est astreinte à verser, sur la base d'une nouvelle évaluation de son revenu, une cotisation plus élevée à l'AVS, elle peut faire valoir son droit à une allocation adaptée en conséquence » (Mémorial du Grand Conseil 2000/IV 3129).

C'est en conséquence sur le revenu 2002 que l'allocation de maternité doit être calculée, soit en l'espèce 42'000 fr. La cotisation personnelle annuelle payée à l'AVS par la recourante avant l'accouchement, soit la cotisation due pour l'année 2002, a en effet fait l'objet d'une taxation définitive en juin 2004, sur la base d'un revenu annuel de 42'000 fr.

Au vu de ce qui précède, le recours s'avère bien fondé et doit être admis sur ce point.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision sur opposition du 5 août 2004.
4. Dit et prononce que l'allocation de maternité due à Madame R_____ doit être calculée sur un revenu annuel de 42'000 fr.
5. Renvoie la cause à l'intimée pour nouveau calcul.
6. Condamne l'intimée à verser à la recourante la somme de 1'000 fr., à titre de participation à ses frais et dépens.
7. Dit que la procédure est gratuite.

La greffière:

Marie-Louise QUELOZ

La Présidente :

Doris WANGELER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties par le greffe le