

Indemnité journalière,
personne de condition
indépendante,
indépendant, fixation du
montant de l'indemnité
journalière, salaire soumis à
cotisations

**Art. 23 et 24 LAI ;
21^{quater} RAI**

Selon l'art. 23 LAI, dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012, l'indemnité de base s'élève à 80 % du revenu que l'assuré percevait pour la dernière activité lucrative exercée sans restriction due à des raisons de santé. Le calcul du revenu de l'activité lucrative au sens des al. 1 et 1^{bis} se fonde sur le revenu moyen sur lequel les cotisations prévues par la LAVS sont prélevées (revenu déterminant) (al. 3). Selon l'art. 21^{quater} al. 1 RAI, **l'indemnité journalière pour les personnes de condition indépendante est calculée d'après le dernier revenu obtenu sans atteinte à la santé**, ramené au gain journalier, soumis au prélèvement des cotisations conformément à la LAVS. Selon le chiffre 0835 de la circulaire de l'OFAS concernant les indemnités journalières de l'assurance-invalidité (CIJ), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2022, pour les personnes de condition indépendante, le revenu déterminant pour le calcul de l'indemnité journalière se fonde sur le dernier revenu d'activité lucrative, converti en revenu journalier, précédant la survenance de l'atteinte à la santé, et sur lequel des cotisations AVS ont été prélevées.

La juridiction cantonale a retenu que selon l'extrait du compte individuel AVS, le revenu annuel (brut) du recourant s'élevait à CHF 66'400.- pour l'année 2013. Les cotisations sociales correspondantes n'avaient cependant pas été acquittées par le recourant dans leur totalité. Pour l'année 2013, le recourant avait uniquement versé les cotisations correspondant à un revenu annuel (brut) de CHF 9'333.-, le solde des créances de cotisations étant présumé irrécouvrable. L'argumentation du recourant soulève la question de savoir **quel est le revenu déterminant au sens de l'art. 23 al. 3 LAI** : celui sur lequel des cotisations ont effectivement été prélevées, comme l'a retenu la juridiction cantonale, ou celui qui est soumis au prélèvement de cotisations et sert de base pour la fixation des cotisations, comme le prétend le recourant.

Le TF procède à une interprétation du texte légal. Selon lui, la volonté du législateur est claire. Les interprétations historique et systématique conduisent à retenir que l'art. 23 al. 1 LAI, lu en corrélation avec les art. 17 ss RAI, ne prévoit nullement que les cotisations sont réputées formatrices des indemnités journalières de la LAI dans la mesure seulement où elles sont versées. Au contraire, il y a lieu de comprendre que l'art. 23 al. 1 LAI, en lien avec l'art. 21^{quater} al. 1 RAI, prévoit que l'indemnité journalière pour les personnes de condition indépendante **est calculée d'après le dernier revenu obtenu sans atteinte à la santé, ramené au gain journalier, soumis au prélèvement des cotisations conformément à la LAVS** (et non pas celui sur lequel des cotisations ont effectivement été prélevées).

En conséquence, **la juridiction cantonale a fait une application erronée du droit fédéral** en fixant le revenu déterminant au sens de l'art. 23 al. 3 LAI en fonction du « revenu pour lequel le recourant avait matériellement versé les cotisations » (de CHF 9'333.-) et en corrigeant en conséquence le revenu de l'année 2013 soumis aux cotisations (de CHF 66'400.-). Bien fondé, le recours est admis.

Auteur : Christian Grosjean, avocat à Genève

Recours contre l'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève du 22 décembre 2022 (A/2363/2022 ATAS/1167/2022).

Faits :

A.

A., né en 1974, a exploité à titre indépendant un commerce d'importation de produits exotiques. Il a déposé une demande de prestations de l'assurance-invalidité le 18 août 2017. Après plusieurs mesures d'instruction, notamment sur le plan médical, l'Office de l'assurance-invalidité du canton de Genève (ci-après: l'office AI) a octroyé à l'assuré une mesure d'orientation professionnelle du 30 mai au 31 juillet 2022 (communication du 3 juin 2022). En se fondant sur un revenu annuel (brut) déterminant de 5'862 fr. 79, il a fixé le montant des indemnités journalières de l'assurance-invalidité à 13 fr. 60 par jour (décision du 7 juillet 2022).

B.

A. a déféré la décision du 7 juillet 2022 devant la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice de la République et canton de Genève, demandant à ce que le montant des indemnités journalières de l'assurance-invalidité soit fixé à un montant minimum de 135 fr. par jour. Dans le cadre de la procédure de recours, l'office AI s'est rallié à une prise de position du service juridique de la Caisse cantonale genevoise de compensation du 11 octobre 2022, selon laquelle le montant des indemnités journalières devait se fonder sur le revenu annuel déterminant de l'année 2013 (année précédant la survenance de l'atteinte à la santé), soit sur un montant annuel (brut) de 9'333 fr. Statuant le 22 décembre 2022, la Cour de justice a partiellement admis le recours et réformé la décision du 7 juillet 2022 en ce sens que l'indemnité journalière s'élève à 21 fr. 60 à compter du 30 mai 2022.

C.

A. forme un recours en matière de droit public contre cet arrêt dont il demande l'annulation. Il conclut au renvoi de la cause à l'office AI pour complément d'instruction au sens des considérants et nouvelle décision. Le recours est assorti d'une demande d'assistance judiciaire.

L'office AI produit une prise de position de la Caisse cantonale genevoise de compensation du 10 mai 2023, et conclut par ce biais au rejet du recours, tandis que l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) renonce à se déterminer.

Considérant en droit :

1.

Le recours en matière de droit public peut être formé notamment pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), que le Tribunal fédéral applique d'office (art. 106 al. 1 LTF), n'étant limité ni par les arguments de la partie recourante, ni par la motivation de l'autorité précédente. Le Tribunal fédéral fonde son raisonnement sur les faits retenus par la juridiction de première instance (art. 105 al. 1 LTF), sauf s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF).

2.

Le litige porte sur le montant des indemnités journalières de l'assurance-invalidité dues au recourant dès le 30 mai 2022.

2.1. Selon l'art. 23 LAI, dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012, l'indemnité de base s'élève à 80 % du revenu que l'assuré percevait pour la dernière activité lucrative exercée sans restriction due à des raisons de santé; toutefois, elle s'élève à 80 % au plus du montant maximum de l'indemnité journalière fixée à l'art. 24 al. 1 LAI (al. 1). L'indemnité de base s'élève, pour l'assuré qui suit des

mesures de nouvelle réadaptation au sens de l'art. 8a LAI, à 80 % du revenu qu'il percevait immédiatement avant le début des mesures; toutefois, elle s'élève à 80 % au plus du montant maximal de l'indemnité journalière (al. 1bis). Le calcul du revenu de l'activité lucrative au sens des al. 1 et 1bis se fonde sur le revenu moyen sur lequel les cotisations prévues par la LAVS sont prélevées (revenu déterminant) (al. 3).

Le Conseil fédéral a précisé dans le RAI (RS 831.201) la base de calcul des indemnités journalières pour différentes catégories d'assurés (art. 21 ss RAI), notamment ceux exerçant une activité indépendante. Selon l'art. 21^{quater} al. 1 RAI, l'indemnité journalière pour les personnes de condition indépendante est calculée d'après le dernier revenu obtenu sans atteinte à la santé, ramené au gain journalier, soumis au prélèvement des cotisations conformément à la LAVS. L'indemnité journalière pour les assurés qui rendent vraisemblable que, durant la période de réadaptation, ils auraient entrepris une activité lucrative indépendante d'une assez longue durée est calculée d'après le revenu qu'ils auraient pu en obtenir (art. 21^{quater} al. 2 RAI).

Selon l'art. 21 al. 3 RAI, lorsque la dernière activité lucrative exercée par l'assuré sans restriction due à des raisons de sa santé remonte à plus de deux ans, il y a lieu de se fonder sur le revenu que l'assuré aurait tiré de la même activité, immédiatement avant la réadaptation, s'il n'était pas devenu invalide.

2.2. Selon le chiffre 0835 de la circulaire de l'OFAS concernant les indemnités journalières de l'assurance-invalidité (CIJ), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2022, pour les personnes de condition indépendante, le revenu déterminant pour le calcul de l'indemnité journalière des personnes de condition indépendante se fonde sur le dernier revenu d'activité lucrative, converti en revenu journalier, précédant la survenance de l'atteinte à la santé, et sur lequel des cotisations AVS ont été prélevées (VSI 2002 p. 187). Peu importe que les cotisations de l'année considérée aient fait l'objet d'une décision entrée en force. D'éventuelles décisions de réduction ou de remise ne sont pas davantage à prendre en compte (anciennement ch. 3039 CIJ, dans sa teneur du 1^{er} janvier 2004 au 31 décembre 2021).

3.

3.1. La juridiction cantonale a retenu que le recourant avait droit à une indemnité journalière de 21 fr. 60 par jour pour la période du 30 mai 2022 au 31 juillet 2022 (9'333 fr. x 1,0349 / 360 x 0,80). Selon l'extrait du compte individuel AVS, le revenu annuel (brut) du recourant s'élevait à 66'400 fr. pour l'année 2013. Les cotisations sociales correspondantes n'avaient cependant pas été acquittées par le recourant dans leur totalité. Pour l'année 2013, le recourant avait uniquement versé les cotisations correspondant à un revenu annuel (brut) de 9'333 fr., le solde des créances de cotisations étant présumé irrécouvrable. Aussi, la caisse de compensation avait inscrit dans le compte individuel AVS le revenu annuel (brut) ayant servi à fixer les cotisations pour l'année 2013 (66'400 fr.), puis corrigé ce revenu par une inscription "en moins" (à hauteur de 57'067 fr.; conformément au ch. 2346 de la directive de l'OFAS concernant le certificat d'assurance et le compte individuel [D CA/CI]). Le montant de 9'333 fr. (66'400 fr. - 57'067 fr.) avait ensuite été actualisé à un taux de 3,49 %, selon les données de l'Office fédéral de la statistique.

3.2. Invoquant une violation des art. 23 LAI et 21^{quater} RAI, le recourant reproche à l'autorité précédente de n'avoir pas tenu compte du gain "réellement réalisé". En particulier, il reproche à la juridiction cantonale d'avoir fixé le montant de ses indemnités journalières sur la base du revenu sur lequel des cotisations AVS avaient été effectivement versées (9'333 fr., avant indexation). Il demande à ce que ses indemnités journalières soient fixées sur la base du revenu ayant servi à fixer les cotisations AVS de l'année 2013 (66'400 fr., avant indexation).

4.

L'argumentation du recourant soulève la question de savoir quel est le revenu déterminant au sens de l'art. 23 al. 3 LAI: celui sur lequel des cotisations ont effectivement été prélevées, comme l'a retenu la juridiction cantonale, ou celui qui est soumis au prélèvement de cotisations et sert de base pour la fixation des cotisations, comme le prétend le recourant.

4.1. La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme; il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 149 IV 9 consid. 6.3.2.1; 147 V 242 consid. 7.2; 146 V 87 consid. 7.1 et les références).

4.2. L'interprétation littérale part du texte de la loi. Selon l'art. 23 al. 3 LAI, le calcul du revenu de l'activité lucrative au sens des al. 1 et 1bis se fonde sur le revenu moyen sur lequel les cotisations prévues par la LAVS sont prélevées ("[...] bildet das durchschnittliche Einkommen, von dem Beiträge nach dem AHVG erhoben werden"; "[...] è determinante il reddito medio sul quale sono riscossi i contributi secondo la LAVS"). Selon les termes de la disposition, celle-ci constitue une règle de calcul du "revenu déterminant" ("massgebendes Einkommen", "reddito determinante"), dont le législateur décrit les modalités. Or la lecture littérale de l'art. 23 al. 3 LAI n'indique pas, à elle seule, ce qu'il faut entendre par le revenu "sur lequel les cotisations sont prélevées", soit s'il s'agit du revenu sur lequel des cotisations ont été versées, d'une part, ou celui sur lequel celles-ci sont fixées ou celui qui est soumis au prélèvement des cotisations, d'autre part. Une interprétation purement littérale est en outre rendue plus difficile par les variations linguistiques de la disposition, le législateur usant des termes "prélever" en français (prendre avant un partage), "erheben" en allemand (percevoir) et "risuotere" en italien (encaisser). De plus, au chiffre 0835 CIJ, censé expliciter le cadre législatif, l'OFAS a repris en allemand le texte de l'art. 23 al. 3 LAI ("nach dem AHVG erhoben werden"). Dans les versions française et italienne, il a modifié le temps du verbe ("ont été prélevées"; "sono stati prelevati"), exprimant que des cotisations ont été versées sur le revenu déterminant. À elle seule, l'interprétation littérale de l'art. 23 al. 3 LAI, même lue en corrélation avec la CIJ, ne permet pas d'infirmar, quoi qu'en dise le recourant, les conclusions de la juridiction cantonale.

4.3. Sur le plan historique, il convient de procéder à un bref rappel de l'origine de la disposition en cause, en lien avec l'évolution législative des normes pertinentes.

4.3.1. Selon l'ancien art. 24 al. 1 LAI, dans sa version en vigueur du 1^{er} juillet 1999 (6^e révision du régime des allocations pour perte de gain [APG]) au 31 décembre 2003 (4^e révision de la LAI), les dispositions de la LAPG qui régiss[aient] le mode de calcul et les taux maximaux des allocations s'appliqu[aient] aux indemnités journalières. Aux termes de l'ancien art. 24 al. 2 LAI, dans sa teneur en vigueur du 1^{er} janvier 1960 au 31 décembre 2003 (RO 1959 863), pour le calcul de l'indemnité journalière revenant à l'assuré ayant exercé une activité lucrative, le revenu du travail acquis dans sa dernière activité exercée en plein [était] déterminant.

Interprétant cette disposition, l'ancien Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'était déterminant le revenu que la personne assurée avait effectivement réalisé avant la survenance de l'atteinte à sa santé, sans qu'il soit nécessaire que des cotisations aient été prélevées sur ce revenu selon l'art. 2 LAI (arrêt I 365/00 du 28 novembre 2001 consid. 4a/aa et 4a/ee, publié in VSI 5/2002 p. 187). Rien ne permettait en particulier d'affirmer que, par le revenu du travail acquis dans sa dernière activité exercée en plein,

il était fait référence au dernier revenu soumis à l'obligation de cotiser (arrêt I 365/00 précité consid. 4a/bb). Le Tribunal fédéral des assurances a de plus rappelé que les indemnités journalières de la LAI avaient pour but de garantir à l'assuré et à ses proches l'assise matérielle nécessaire à leur existence pendant la période de la réadaptation. Les moyens nécessaires à cette fin ne pouvaient pas être définis de manière générale, mais dépendaient de divers facteurs, variables au fil du temps. Le Tribunal fédéral des assurances en a conclu que cela plaiderait plutôt en faveur d'une prise en compte, pour le calcul des indemnités journalières, de facteurs déterminants actuels, soit de facteurs les plus proches possibles de la date de la survenance de l'atteinte à la santé, sans qu'il ne soit exigé que des cotisations aient été prélevées sur les revenus en question au sens de l'art. 2 LAI (arrêt I 365/00 précité consid. 4a/cc).

4.3.2. Dans le cadre de la 4^e révision de la LAI, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004, le législateur n'a pas maintenu le lien entre le régime des APG et celui des indemnités journalières. Il a créé un régime propre à la LAI (art. 22 ss LAI), qui s'inspire du système d'indemnités journalières de la LAA (Message du CF concernant la 4^e révision de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, FF 2001 3095 ch. 2.3.2; ERWIN MURER, Invalidenversicherungsgesetz [Art. 1-27^{bis} IVG], 2014, n° 10 et 19 ad art. 23-25). Le législateur a tout d'abord introduit à l'art. 23 al. 1 LAI une disposition qui reprend en substance la teneur de l'ancien art. 24 al. 2 LAI (arrêts 9C_126/2010 du 28 septembre 2010 consid. 2.1; I 1081/06 du 23 octobre 2007 consid. 3.1; MEYER/REICHMUTH, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesgesetz über die Invalidenversicherung IVG, 4^e éd. 2023, n° 1 ad art. 23 LAI). Partant, les conditions donnant droit à une indemnité journalière sont demeurées identiques à celles prévues dans la réglementation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003 (Message précité, FF 2001 3128 ch. 4.2). Puis, le législateur a inséré à l'art. 23 al. 3 LAI - sans débat aux Chambres fédérales (BO 2003 CN 1937; BO 2003 CE 756) - un nouvel alinéa, selon lequel est déterminant pour le calcul du revenu de l'activité lucrative au sens de l'al. 1 le revenu moyen sur lequel les cotisations prévues par la LAVS sont prélevées (revenu déterminant).

4.3.3. Dans le cadre de la 6^e révision AI, premier volet, le législateur a enfin complété l'art. 23 al. 3 LAI par la mention "de l'art. 1bis ", pour tenir compte de l'introduction de l'art. 23 al. 1bis LAI, et l'a reformulé.

4.3.4. Il résulte de cet aperçu que le législateur a souhaité que les conditions de l'art. 23 LAI donnant droit à une indemnité journalière de la LAI demeurent identiques à celles prévues dans la réglementation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003 (Message précité, FF 2001 3128 ch. 4.2). Dans ces conditions, d'un point de vue historique, il n'y a pas lieu de s'écarter des considérations de l'arrêt I 365/00 précité, selon lesquelles le revenu déterminant pour le calcul des indemnités journalières est celui effectivement réalisé avant la survenance de l'atteinte à la santé, sans égard au fait que des cotisations aient été prélevées sur ce montant (consid. 4.3.1 supra). L'OFAS renvoie d'ailleurs à cet arrêt au chiffre 0835 CIJ.

4.4. Sous l'angle systématique, l'art. 23 al. 1 LAI règle le montant de l'indemnité de base et prévoit en même temps une garantie minimale et un montant maximum (Message précité, FF 2001 3128 ch. 4.2). Selon cet alinéa, le calcul de l'indemnité journalière s'opère sur la base du revenu que l'assuré percevait pour la dernière activité lucrative exercée sans restriction due à des raisons de santé. Dès lors que le législateur s'est inspiré du système d'indemnités journalières de la LAA (consid. 4.3.2 supra), l'art. 23 al. 3 LAI décrit ensuite les modalités du calcul. En ce sens, à la différence du "gain assuré" de la LAA (cf. art. 17 al. 1 LAA), le législateur a introduit la notion du "revenu déterminant", soit le revenu moyen sur lequel les cotisations prévues par la LAVS sont prélevées.

Dans le cadre des dispositions d'exécution de l'art. 23 LAI, parmi les précisions sur la base de calcul des indemnités journalières pour différentes catégories d'assurés (art. 21 ss RAI), le Conseil fédéral a prévu une règle concernant les assurés exerçant une activité indépendante. Selon l'art. 21^{quater} al. 1 RAI, le

calcul de l'indemnité journalière pour les personnes de condition indépendante se fonde sur le dernier revenu obtenu sans atteinte à la santé, ramené au gain journalier, soumis au prélèvement des cotisations conformément à la LAVS. L'exigence que le revenu en cause soit "soumis au prélèvement des cotisations conformément à la LAVS" ("von dem Beiträge nach dem AHVG erhoben werden"; "soggetto al prelievo dei contributi conformemente alla LAVS") est formulée de telle manière qu'on ne peut en déduire la condition d'un prélèvement effectif des cotisations.

4.5. Ensuite des éléments qui précèdent, la volonté du législateur est claire. Les interprétations historique et systématique conduisent à retenir que l'art. 23 al. 3 LAI, lu en corrélation avec les art. 17 ss RAI, ne prévoit nullement que les cotisations sont réputées formatrices des indemnités journalières de la LAI dans la mesure seulement où elles sont versées. Au contraire, il y a lieu de comprendre que l'art. 23 al. 3 LAI, en lien avec l'art. 21quater al. 1 RAI, prévoit que l'indemnité journalière pour les personnes de condition indépendante est calculée d'après le dernier revenu obtenu sans atteinte à la santé, ramené au gain journalier, soumis au prélèvement des cotisations conformément à la LAVS (et non pas celui sur lequel des cotisations ont effectivement été prélevées).

C'est le lieu d'ajouter qu'en ce qui concerne le revenu soumis au prélèvement des cotisations conformément à la LAVS, les conditions pour une modification du revenu déterminant (art. 21^{sexies} RAI) ou une réduction de l'indemnité journalière (art. 21^{septies} RAI) ne dépendent pas du versement ultérieur des cotisations sociales. Au contraire, le ch. 0835 CIJ précise expressément que d'éventuelles décisions de réduction ou de remise des cotisations (au sens de l'art. 11 LAVS) ne doivent pas être prises en compte. Il n'en va pas différemment si les cotisations sociales sont ultérieurement amorties car irrécouvrables.

4.6. En conséquence de ce qui précède, la juridiction cantonale a fait une application erronée du droit fédéral en fixant le revenu déterminant au sens de l'art. 23 al. 3 LAI en fonction du "revenu pour lequel le recourant avait matériellement versé les cotisations" (de 9'333 fr.) et en corrigeant en conséquence le revenu de l'année 2013 soumis aux cotisations (de 66'400 fr.).

5.

Bien fondé, le recours doit être admis, ce qui conduit au renvoi de la cause à l'office AI intimé pour qu'il fixe le montant des indemnités journalières dues au recourant en fonction du revenu déterminant de 66'400 fr. (avant indexation).

6.

Vu l'issue du litige, les frais judiciaires sont mis à la charge de l'office AI intimé (art. 66 al. 1 LTF). Celui-ci versera également une indemnité de dépens au recourant pour la procédure fédérale (art. 68 al. 1 LTF).

La cause est renvoyée à l'autorité précédente pour nouvelle décision sur les frais et dépens de la procédure antérieure (art. 68 al. 5 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis. L'arrêt de la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre des assurances sociales, du 22 décembre 2022 et la décision de l'Office de l'assurance-invalidité du canton de Genève du 7 juillet 2022 sont annulés. La cause est renvoyée à l'Office de l'assurance-invalidité du canton de Genève pour nouvelle décision au sens des considérants.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 500 fr., sont mis à la charge de l'intimé.

3.

L'intimé versera à l'avocat du recourant la somme de 2'800 fr. à titre de dépens pour la procédure devant le Tribunal fédéral.

4.

La cause est renvoyée à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre des assurances sociales, pour nouvelle décision sur les frais et les dépens de la procédure antérieure.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, à la Cour de justice de la République et canton de Genève, Chambre des assurances sociales, et à l'Office fédéral des assurances sociales.