



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1415/2001-2-AVS

ATAS/121/2004

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du mardi 9 mars 2004

2ème Chambre

En la cause

Monsieur B _____

recourant

Contre

**CAISSE DE COMPENSATION AVS-AI-APG DE LA
FEDERATION DES ARTISANTS ET COMMERCANTS
(FACO), chemin Rieu 18 à Genève**

Intimée

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Juliana BALDE et Maya CRAMER, Juges.

EN FAIT

1. Monsieur B_____ (ci-après le recourant) a exploité une fiduciaire du 1er octobre 1997 au 30 juin 2001 sous les raisons sociales suivantes : en raison individuelle B_____ du 1er octobre 1997 au 31 décembre 1997, sous la forme d'une Société en Nom Collectif X_____ & B_____ "Y_____" du 1er janvier 1998 au 31 décembre 2000, puis en raison individuelle B_____ Gérard "Y_____" du 1er janvier 2001 au 30 juin 2001.

En parallèle, le recourant a créé et exploité une société en Raison Individuelle sous la raison sociale "B_____ – Z_____", depuis le 1er janvier 1999 jusqu'à ce jour.

2. Par décision du 28 juin 2001, la Caisse de compensation FACO (ci-après la caisse) a notifié au recourant une décision de cotisations personnelles provisoire pour l'année 2000, sur la base du revenu annuel estimé pour 2000.
3. Par décision du 28 septembre 2001 la caisse a notifié une nouvelle décision de cotisations personnelles provisoire pour l'année 2000, indiquant avoir ajouté le revenu correspondant à l'activité de "Z_____" à celui de "Y_____".
4. Dans son recours du 19 octobre 2001, le recourant conteste qu'il ne soit pas tenu compte de l'année 1997, alors que son activité en tant qu'indépendant pour sa fiduciaire a débuté au 1er octobre 1997, les changements de raisons sociales n'ayant pas affecté ni le but ni le siège de la société. Il demande que la taxation 2000 soit calculée sur la base des années 1997 et 1998, et produit les comptes pertinents en annexe.
5. Dans son préavis du 19 novembre 2001, la caisse explique avoir fait application de l'art. 25 al. 1 RAVS (en vigueur en 2000).
6. Par écritures du 27 novembre 2001, le recourant explique que la société "B_____ – Z_____" n'a pas son siège à la même adresse que sa fiduciaire ni le même but. Il est impératif en conséquence de distinguer les deux entités et de taxer séparément leurs activités. S'agissant de l'application de l'art. 25 RAVS, le recourant relève qu'en l'occurrence l'entreprise n'a pas changé de forme juridique mais uniquement de raison sociale, qu'elle a été exploitée par lui-même et est restée une société de personnes de sorte qu'il n'y a pas lieu

d'appliquer cet article. Il demande que son activité du 1er octobre 1997 au 30 juin 2001 pour sa fiduciaire soit considérée comme une activité continue.

7. Au 1er août 2003, en raison de la modification de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire, la cause a été transférée au nouveau Tribunal cantonal des assurances sociales.
8. Par courrier du 3 septembre 2003, le Tribunal de céans s'est adressé à la caisse afin de savoir si les allégations du recourant avaient été retenues.

Par écritures du 17 décembre 2003 la caisse répond qu'il est exact que selon la procédure ordinaire de taxation les années 1997 et 1998 devraient être prises en considération, mais qu'il s'agit en l'occurrence d'une procédure extraordinaire en raison de la source de revenu supplémentaire tirée de l'activité de "Z_____". Elle reprend son argumentation relative à l'art. 25 RAVS et conclut au rejet du recours. Elle indique avoir notifié deux taxations définitives en juin 2003 auxquelles le recourant n'a pas fait opposition.

9. Par courrier du 7 janvier 2004, le recourant conteste avoir reçu les décisions définitives datées des 3 juin et 18 juin 2003 annexées à la correspondance de la caisse et relève une erreur d'adressage. Il reprend son argumentation.
10. Après avoir adressé copie de cette correspondance à la caisse le 9 janvier 2004, le Tribunal a indiqué aux parties avoir gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 05) a été modifiée et a institué dès le 1er août 2003 un Tribunal cantonal des assurances sociales. Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS et d'AI ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique (cf. article 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.
2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA : RS 830.1) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de

nombreuses modifications dans le domaine des assurances sociales. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état postérieur à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467, consid. 1, 121 V 836, consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 de la LPGA. Le présent litige sera par conséquent examiné à la lumière des dispositions légales et du règlement sur l'assurance vieillesse et survivants en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

3. Interjeté dans les délais et forme légaux, le recours est recevable (art. 84 de la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants (ci-après aLAVS; RS 831.10) en vigueur au 31.12.02.
4. Au vu de la jurisprudence fédérale il convient d'appliquer les dispositions légales en vigueur au moment des faits pertinents (ATF 127 V 467 & 121 V 386). Il convient en l'occurrence d'appliquer les règles de la loi et du règlement sur l'assurance vieillesse et survivants (ci-après aLAI et aRAVS) telles qu'en vigueur jusqu'au 31 décembre 2000, puisque les cotisations en cause sont celles de l'année 2000. A relever que contrairement à ce qu'indique le recourant dans ses dernières écritures, les cotisations 1999 ne sont pas en cause ici puisque que son recours du 19 octobre 2001 porte sur la décision de cotisations 2000, du 28 septembre 2001 et qu'aucun autre recours n'est pendant devant la juridiction de céans.
5. Au moment des faits la RAVS prévoyait à son article 25 une procédure extraordinaire de taxation "pour cause de prise d'une activité lucrative indépendante ou de modification des bases du revenu", ainsi rédigé :

"Si l'assuré commence une activité indépendante ou si les bases des revenus ont subi, depuis la période de calcul retenu par l'autorité fiscale cantonale, une modification durable due à un changement de profession ou d'établissement, commerciale ou autre, à la disparition ou à la naissance d'une source de revenus, à la répartition nouvelle du revenu de l'exploitation ou encore à l'invalidité de l'assuré, qui entraîne une variation sensible du gain, la caisse estimera elle-même le revenu net et fixera sur cette base les cotisations pour une durée allant du commencement de l'activité ou du moment du changement jusqu'au début de la prochaine période ordinaire de cotisations".

Ainsi faut-il soit que l'assuré ait commencé une activité indépendante, soit que ces bases de revenus aient subi une modification durable en raison d'un changement de profession ou d'établissement, par exemple. Il en découle qu'un changement d'établissement ne suffit pas à justifier la procédure extraordinaire s'il n'implique

pas de modification durable des revenus. La jurisprudence a confirmé que les bases mêmes du revenu doivent avoir subi une modification durable pour que cet article trouve application. L'art. 25 aRAVS est une disposition d'exception que ne doit pas être interprétée de manière extensive. Elle suppose des changements importants (ATFA J.H. du 05.04.1982, ATFA du 16.02.1989). Pour les entreprises à caractère commercial, cela signifie que la structure économique de l'activité de l'entreprise doit avoir été fondamentalement modifiée. Ainsi deux associés qui décident de liquider leur société mais qui poursuivent des mandats au-delà de la liquidation ne se voient pas appliquer l'art. 25 aRAVS (ATFA A.D. du 02.08.1978 in RCC 1979 p. 51). De même une société anonyme qui existe depuis de nombreuses années en parallèle avec une raison individuelle n'est pas considérée comme en liaison directe avec celle-ci de sorte que l'art. 25 aRAVS n'est pas applicable (ATFA du 16.02.1989). De même le transfert du siège d'une petite entreprise ou du lieu de l'activité d'une personne indépendante n'est pas un changement propre à entraîner une modification des bases de revenus, même s'il en résulte en l'occurrence une perte de clientèle, de sorte que l'art. 25 ne s'applique pas non plus (Cf. RCC 1981 p. 330).

Il ressort de la jurisprudence susmentionnée que les circonstances du cas d'espèce ne justifiaient pas l'application de la méthode extraordinaire. D'une part, les changements de raison sociale n'ont pas eu pour conséquence de modifications notables des bases de revenus, et d'autre part, comme le relève le recourant, le passage d'une raison individuelle exploitée seul en société en non collectif exploitée à deux puis en raison individuelle sous la même enseigne exploitée à nouveau en personne ne constitue aucunement un changement d'établissement commercial, mais uniquement un changement des raisons sociales. En outre ni le but, ni le siège de l'entreprise n'a changé.

C'est donc à tort que la caisse a appliqué la méthode extraordinaire pour la fiduciaire du recourant.

C'est également à tort que la caisse a inclus, dans le calcul des revenus déterminant les revenus perçus de l'entreprise "Z_____", entreprise créée par le recourant en parallèle à sa fiduciaire et qui n'a ni le même siège, ni le même but que celle-ci. C'est à juste titre que le recourant souhaite que les deux entreprises soient taxées de façon séparée.

Certes les données des autorités fiscales cantonales lient les caisses de compensation. Ce lien est absolu pour les caisses et relatif pour le juge des assurances sociales. D'autre part, il se limite au calcul du revenu déterminant et du calcul et du capital propre engagé dans l'entreprise (ATFA J.L.M. du 17.08.1987; ATFA du 27.02.1985; ATFA du 10.09.1982 in RCC 1983.21). Si donc la caisse

est limitée par ces communications fiscales dans l'appréciation des revenus entrant en considération, cela n'implique nullement qu'elle applique la méthode extraordinaire d'une part, et qu'elle associe les revenus des deux activités distinctes du recourant d'autre part.

En conclusion, le recours sera admis, et la décision dont est recours annulée. A noter que la preuve de la réception, par le recourant, des décisions définitives, incombe à la caisse, et qu'à défaut de preuve elle devra notifier les décisions définitives sur la base du présent arrêt.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. En conséquence annule la décision du 28 septembre 2001 ou toute décision l'ayant remplacée pour les cotisations 2000.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement qu'elle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier :

Pierre RIES

La Présidente :

Isabelle DUBOIS

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