RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1501/2001 **ATAS/733/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 9 septembre 2005

En la cause

Madame B_____, mais comparant par Me Manuel MOURO, en l'Etude duquel elle élit domicile	recourante
contre	
CAISSE DE COMPENSATION DE LA FEDERATION DES ARTISANS ET COMMERCANTS (FACO), sise chemin Rieu 18, à Genève	intimée

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,
Mesdames Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, Juges.

EN FAIT

1. Madame B_____ est affiliée à la caisse de compensation de la Fédération des artisans et commerçants (ci-après la FACO) en tant qu'indépendante.

2. Par décision du 26 mai 2001, la FACO a fixé le montant des cotisations AVS-AI-APG dues par l'assurée pour l'année 2000 à 5'624 fr. 40 et celui des contributions pour allocations familiales à 1'065 fr. 60. Pour ce faire, elle s'est basée sur le revenu annuel moyen des années 1997 et 1998, soit 60'222 fr. (1997 : 74'889 fr. ; 1998 : 45'556 fr.).

3. Par décision du 28 mai 2001, la FACO a encore reconnu un solde en faveur de l'assurée de 3'175 fr. 95, compte tenu de la rectification de ses cotisations 2000 par rapport à une décision antérieure et provisoire fixant lesdites cotisations à 8'188 fr. 80 et les contributions à 1'551 fr. 60, solde qui avait été compensé avec des montants dus selon d'anciens décomptes.

4. Par décision du 11 juin 2001, la FACO a enfin réclamé à l'intéressé 522 fr. 20 à titre d'intérêts moratoires sur les cotisations arriérées et de frais de poursuite.

5. Par courrier du 25 juin 2001, l'assurée a recouru contre ces trois décisions auprès de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants - alors compétente. Sous suite de dépens, elle a conclu d'une part à ce que ses cotisations personnelles soient calculées sur la base du revenu réalisé en l'an 2000 et d'autre part, à ce qu'il soit constaté qu'elle ne devait pas le montant de 522 fr. 20. Elle a expliqué avoir été confrontée à d'importantes difficultés conjoncturelles et avoir subi des pertes de revenus conséquentes dans sa profession d'émailleuse, ce qui l'avait contrainte à réorienter son activité professionnelle.

   Ses bénéfices annuels nets avaient été les suivants :
   - pour l'année 1997 : 74'888 fr. 30,
   - pour l'année 1998 : 45'556 fr. 39,
   - pour l'année 1999 : 30'549 fr.
   - et pour l'année 2000 : 14'681 fr. 10.

   La recourante a allégué que la décision du 26 mai 2001, violait le principe de la légalité et de l'interdiction de l'arbitraire en se basant sur ses revenus 1997 et 1998 au lieu de son revenu 2000. Enfin, elle a sollicité, au cas où le Tribunal de céans devait estimer que le montant des cotisations et des intérêts étaient dus, la remise de l'obligation de payer lesdits montants, compte tenu de son revenu actuel.

6. Dans sa réponse du 2 juillet 2001, la FACO a expliqué que les revenus sur lesquels elle s'était basée pour fixer les cotisations lui avaient été communiqués par l'administration fiscale. Ils s'élevaient respectivement :

- à 124'718 fr. en 1995,
- à 48'425 fr. en 1996,
- à 74'889 fr. en 1997
- et à 45'556 fr. en 1998.

Les cotisations 2000 devaient être basées sur le revenu moyen des années 1997 et 1998, conformément à la loi.

Quant au décompte du 28 mai 2001, il correspondait à la différence entre les cotisations facturées pour l'année 2000 (sur la base d'une décision provisoire) et les cotisations définitives. Le solde en faveur de l'assurée, de 3'175 fr. 95, avait été compensé avec des décomptes antérieurs faisant l'objet d'actes de défaut de biens.

Le décompte n°0120000 du 11 juin 2001 représentait les frais et intérêts relatifs aux nouvelles cotisations et aux actes de défaut de biens précités.

L'intimée a par ailleurs allégué que l'assurée ne l'avait jamais informée de sa réorganisation professionnelle.

Enfin, elle ne pouvait accorder une remise sur les cotisations personnelles de la recourante, le décompte du 28 mai 2001 étant en sa faveur. Elle pourrait, le cas échéant, examiner une réduction ou une remise des intérêts moratoires facturés sur le décompte du 11 juin 2001.

7. Dans sa réplique du 3 août 2001, la recourante a affirmé avoir dûment informé la caisse de ses revenus, de sa réorganisation professionnelle et de ses difficultés financières. Elle s'est pour le surplus référée à son recours.

8. Par courrier du 28 janvier 2002, l'intimée a persisté dans ses conclusions. Elle s'est cependant déclarée prête à étudier la demande d'une nouvelle estimation des revenus 2000, si les justificatifs d'une modification profonde des bases du revenu 2000 lui parvenaient dans un délai raisonnable.

9. En date du 20 janvier 2005, une audience de comparution personnelle s'est tenue devant le Tribunal de céans. La recourante a expliqué que le client important qui représentait l'essentiel de ses commandes avait vendu son entreprise en 1998. Ses revenus avaient donc baissé en 1999 déjà ; cependant, restaient encore en cours les commandes passées en 1998. En 2000, ces commandes ayant été honorées, elle n'avait plus eu de travail du tout et avait dû rendre son atelier. Depuis lors, elle donnait des cours dans les écoles primaires et avait accepté plusieurs « petits boulots », tels que l'enfilage de perles. Ce n'est qu'en 2002 qu'elle a retrouvé un client important : ROLEX.

10. Dans des observations du 4 mars 2005, la recourante a sollicité l'application de la disposition permettant une taxation transitoire pour la période allant du moment de

son changement d'activité au début de la prochaine période ordinaire de cotisations. Elle a produit une attestation de son ancien bailleur, dont il ressort qu'elle a occupé des locaux professionnels jusqu'au mois de mars 2000.

11. Par courrier du 22 mars 2005, l'intimée a relevé que la recourante était affiliée chez elle depuis 1995 pour une activité de « création de bijoux ». Elle a exprimé des doutes quant au fait que le passage de travaux d'émaillage à une activité telle que l'enfilage de perles constitue un changement de profession entraînant l'application de la procédure de taxation extraordinaire. Elle a suggéré qu'il conviendrait plutôt de considérer la nouvelle activité de l'assurée comme une activité salariée à domicile. Afin de pouvoir se déterminer, la caisse a sollicité diverses pièces pouvant justifier de la situation d'indépendante ou de salariée de la recourante en l'an 2000. La caisse a indiqué que s'il apparaissait que la recourante avait exercé une nouvelle activité d'indépendante, elle fixerait ses cotisations selon la procédure extraordinaire. Si elle devait être qualifiée de salariée à domicile, la caisse rectifierait également la taxation existante. Enfin, l'intimée a relevé que les décisions d'acomptes de cotisations rendues en 2000 étaient passées en force, de sorte que les intérêts et frais de poursuites du décompte du 11 janvier 2001 ne pouvaient être annulés.

12. Par courrier du 28 avril 2005, la recourante a rappelé avoir subi en l'an 2000 une réduction spectaculaire de ses revenus en raison de la perte de son principal client et avoir dû initier une réorientation complète de son travail, qui justifie selon elle l'application de la taxation extraordinaire. Elle a assuré n'avoir en outre jamais travaillé comme salariée à domicile. Enfin, elle a expliqué avoir toujours été affiliée en qualité d'indépendante, d'abord auprès de la FACO, puis auprès de sa nouvelle caisse de compensation.

13. En réponse à une question du Tribunal de céans, l'intimée a notamment transmis diverses pièces concernant les intérêts moratoires réclamés (décomptes de cotisations et actes de défaut de biens).

14. Interrogée une nouvelle fois par le Tribunal de céans, la recourante a indiqué, par courrier du 29 juin 2005, que sa principale source de revenu - les commandes de la société X_____SA qui représentaient 90 à 95% des travaux qu'elle effectuait - s'était tarie au cours de l'année 2000, ce qui expliquait la chute de ses revenus et la réorganisation de son activité. En 2000, elle avait réalisé de petits mandats d'émaillage pour des bijoutiers nouvellement démarchés et réalisé à ce titre un chiffre d'affaires d'environ 20'000 fr. En parallèle, elle s'était efforcée de diversifier ses sources de revenu en se consacrant à la création de colliers de perles « fantaisie ». Elle avait acheté du matériel brut et créé elle-même différentes pièces, qu'elle avait confiées à des boutiques pour être vendues. Le temps consacré à cette activité avait été important, mais les revenus générés s'étaient limités à environ 2'400 fr., ce qui avait à peu près couvert l'achat du matériel. Elle a encore expliqué

que son activité d'émailleuse était rémunérée sur la base d'un salaire horaire de 60 fr., tandis que la création de bijoux était rémunérée à la pièce. Ainsi, son bilan 2000 se fondait sur une activité résiduelle d'émailleuse ayant généré l'essentiel de ses revenus et sur une activité principale - en temps consacré - de créatrice de bijoux « fantaisie » ayant généré des revenus symboliques. Suite à la disparition de son principal client pour l'émaillage, son taux d'activité avait chuté et pouvait être estimé à 30 à 40% sur l'année. Enfin, son activité salariée d'enseignante n'avait débuté qu'en 2001 et ne concernait dès lors pas la présente procédure.

15. Dans des observations du 29 juillet 2005, l'intimée a relevé que selon les déclarations de la recourante, sa principale source de revenus en 2000 provenait de mandats d'émaillage pour un montant de 20'000 fr. En diversifiant ses sources de revenus et en créant des colliers de perles avec la vente desquels elle n'avait pu que couvrir à peu près l'achat du matériel, elle n'avait pas fondamentalement changé de profession ; en effet, elle continuait à pratiquer son activité d'émailleuse à domicile. Dès lors la taxation ordinaire de cotisations dont elle avait été l'objet était justifiée, la perte d'un client ne constituant pas un changement de profession au sens de la loi.

16. Ce courrier a été transmis à la recourante le 2 août 2005 et la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er 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.

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires de la loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire du 14 novembre 2002, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la présente loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants sont transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-

vieillesse et survivants. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

4. Le Tribunal de céans constate que le recours, interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, est recevable conformément à l'art. 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS).

5. Pour une personne qui exerce une activité lucrative, l'obligation de payer des cotisations dépend, notamment, de la qualification du revenu touché dans un certain laps de temps ; il faut se demander si cette rétribution est due pour une activité indépendante ou pour une activité salariée (art. 5 et 9 LAVS, art. 6ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 - RAVS).

   Selon l'art. 5 al. 2 LAVS, on considère comme salaire déterminant toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé ; quant au revenu provenant d'une activité indépendante, il comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (art. 9 al. 1 LAVS).

   Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances sociales (TFA), le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranché d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce qui est déterminant, ce sont plutôt les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'assurance-vieillesse et survivants, mais ne sont pas déterminants. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de la société et ne supporte pas le risque économique encouru par l'entrepreneur. Ces principes ne conduisent cependant pas à eux seuls à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Les manifestations de la vie économique revêtent en effet des formes si diverses qu'il faut décider dans chaque cas particulier si l'on est en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante en considérant toutes les circonstances de ce cas. Souvent, on trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité ; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (ATF 123 V 162 consid. 1 ; 122 V 171 consid. 3a ; 283 consid. 2a ; 119 V 161 consid. 2 et les arrêts cités ; ATFA non publié du 14 novembre 2002 cause H 1988/02).

6. En vertu de l'art. 22 RAVS, la cotisation annuelle sur le revenu net de l'activité indépendante est fixée dans une décision pour une période de cotisations de deux

ans. Celle-ci s'ouvre au début de chaque année civile paire. La cotisation annuelle est calculée en général d'après le revenu net moyen d'une période de calcul de deux ans. Celle-ci comprend la deuxième et la troisième année antérieure à la période de cotisation. L'art. 23 RAVS dispose que pour établir le revenu déterminant, les autorités fiscales cantonales se fondent sur la taxation passée en force de l'impôt fédéral direct (al. 1). Les caisses de compensations sont liées par les données des autorités fiscales (al. 4).

L'art. 25 al. 1 RAVS, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2000, réglait la fixation des cotisations selon la procédure extraordinaire. Aux termes de cette disposition réglementaire, si l'assuré commence une activité indépendante ou si les bases du revenu ont subi, depuis la période de calcul retenue par l'autorité fiscale cantonale, une modification durable due à un changement de profession ou d'établissement, commercial ou autre, à la disparition ou à la naissance d'une source de revenu, 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.

Pour que l'art. 25 al. 1 RAVS soit applicable, il ne suffit pas d'une variation du revenu, aussi considérable soit-elle : il faut encore que les bases mêmes du revenu aient subi une modification durable due à l'une des causes énumérées, en d'autres termes que la structure fondamentale de l'entreprise ou de l'activité comme telle en soit affectée (RCC 1968 p. 274). Ce changement doit être durable. Du point de vue quantitatif, la variation sensible du gain - selon la pratique administrative, la différence doit être de 25 % au moins (ATF 105 V 117) - s'apprécie en fonction du revenu global soumis à cotisations, tel qu'il résulte des différentes sources de revenus à prendre en considération. Enfin, il doit exister un rapport de causalité entre la modification des bases de revenu et la variation sensible du gain (ATF 106 V 76 ss. consid. 3a; RCC 1992 p. 500 consid. 2b/aa à dd).

Ainsi, l'application de cette disposition présuppose que les conditions cumulatives suivantes soient réalisées :

a) Le changement doit être causé non seulement par des fluctuations "normales" du revenu, mais par une modification des bases mêmes de celui-ci. Ainsi, les fluctuations dues à la conjoncture, la diminution volontaire du volume des affaires ou la perte de clients ne constituent pas une modification des bases de revenu au sens de l'art. 25 al. 1 RAVS (RCC 1981 p. 246 ; 1981 p. 330; 1982 p. 81 et 1992 p. 499).

b) Ce changement doit être durable.

c) La modification de revenu doit être sensible. A cet égard, une diminution de 25% représente la limite inférieure que la jurisprudence permet de prendre en compte.

d) Il doit exister un rapport de causalité entre la modification des bases de revenu et celle du montant de ce revenu; la disparition ou l'apparition d'une source de gain doit influencer le revenu dans son ensemble; tel n'est pas le cas, par exemple, lorsque la diminution du revenu est compensée par un rendement meilleur d'une autre source (RCC 1981 p. 240; 1988 p. 538).

Il y a lieu de noter que le TFA a jugé que le transfert du siège d'une petite entreprise ou du lieu de l'activité d'une personne exerçant une profession libérale ne constituait pas un changement propre à entraîner une modification des bases du revenu, même s'il en résultait une perte de clientèle (RCC 1981 p. 330; ATFA non publié du 9 avril 1987 en la cause H 147/85).

Enfin, l'art. 25 RAVS est une disposition exceptionnelle, qui comme l'a relevé la jurisprudence de nombreuses fois (déjà sous l'empire de l'ancien art. 23 lit. b RAVS, dont l'actuel art. 25 RAVS a repris le contenu), ne souffre aucune interprétation extensive.

7. Selon l'art. 41bis al. 1 let. c RAVS, des intérêts moratoires doivent être prélevés sur les cotisations paritaires qui n'ont pas été payées dans les trente jours à compter de la facturation, dès la facturation. Ils cessent de courir lorsque les cotisations sont intégralement payées (art. 41bis al. 2 RAVS). Les cotisations sont réputées payées lorsqu'elles parviennent à la caisse de compensation (art. 42 al. 1 RAVS, en vigueur depuis le 1er janvier 2001). Les art. 41bis al. 1 let. c et 42 RAVS se fondent sur l'art. 14 al. 4 let. e LAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002), par lequel le législateur a chargé le Conseil fédéral d'édicter des prescriptions sur la perception d'intérêts moratoires.

8. En l'occurrence, il s'agit tout d'abord d'établir quel(s) type(s) d'activités a exercé la recourante en 2000 (indépendante ou salariée), puis de déterminer si la procédure extraordinaire de fixation des cotisations peut être appliquée pour cette année.

Au vu des pièces et explications produites, il convient de constater que l'activité de créatrice de bijoux (colliers « fantaisie ») de la recourante doit être qualifiée d'indépendante, puisque celle-ci achète elle-même les matériaux bruts, crée les bijoux et les confie à des boutiques qui ont pour mandat de les vendre. Elle ne dépend en effet d'aucun employeur quant à l'organisation de son travail, ne se trouve pas dans un rapport de subordination caractéristique d'un contrat de travail et supporte le risque économique encouru par l'employeur.

Cependant, il apparaît que son activité principale est restée celle de l'émaillage. En effet, en 2000, elle a établi des factures concernant cette activité :

- le 25 janvier 2000 pour 735 fr.,
- le 2 février 2000 pour 740 fr.,
- le 7 avril 2000 pour 1'100 fr.,
- le 17 mars 2000 pour 967 fr. 50,
- le 25 mai 2000 pour 900 fr.,
- le 7 juin 2000 pour 2'900 fr.,
- le 27 juin 2000 pour 800 fr.,
- le 31 août 2000 pour 300 fr.,
- le 11 octobre 2000 pour 300 fr.,
- le 13 octobre 2000 pour 180 fr.,
- le 18 septembre 2000 pour 50 fr. 30,
- le 27 septembre 2000 pour 1'750 fr.

Une dernière facture de 2000 (date précise non mentionnée) de 6'705 fr. est également relative à l'émaillage.

Seules trois factures concernant des colliers en perles semi-précieuses à hauteur de 1'450 fr. (29 mai 2000), de 600 fr. (10 décembre 2000) et de 1'800 fr. (12 décembre 2000) ont été produites.

Ainsi, l'activité de créatrice de bijoux doit être qualifiée d'accessoire (gain obtenu selon la recourante après déduction des frais de matériel : 2'400 fr.), par rapport à l'activité d'émailleuse, qui lui rapportait des revenus bien plus importants, auprès de clients nombreux et diversifiés, telles que l'attestent les factures produites. Le fait que depuis mars 2000, elle ait dû se séparer de son atelier professionnel, en raison de la perte de son principal client, et qu'elle doive désormais effectuer son activité d'émailleuse à la maison n'y change rien. En outre, le temps que la recourante a consacré à son activité de créatrice de bijoux n'a pas été établi et cet argument ne permet pas de considérer cette activité comme principale.

Il y a ainsi lieu de constater que la recourante n'a pas changé de profession et que par conséquent la procédure extraordinaire de fixation des cotisations ne peut lui être appliquée. Les décisions de la caisse des 26 et 28 mai 2001, basées sur la communication de l'autorité fiscale (années déterminantes : 1997 et 1998, selon l'art. 22 RAVS), d'ailleurs non contestée par la recourante, doivent donc être confirmées.

9. Il convient par ailleurs de constater que les intérêts moratoires fixés à 522 fr. 20 par décision du 11 juin 2001 ressortent des actes de défaut de biens concernant les décomptes de cotisation n°0001000, 0002000, 0003000, entrés en force, et sont dus sur la base de l'art. 41bis RAVS.

10. Enfin, quant à la demande de remise de la recourante, celle-ci ne peut être prise en compte, ses cotisations ayant déjà été payées. En effet, la décision de cotisations du 26 mai 2001 a fait apparaître un solde de 3'175 fr. 95 en faveur de l'assurée, par

rapport à un décompte provisoire et précédent fixant les cotisations et contributions 2000 respectivement à 8'188 fr. 80 et 1'551 fr. 60, solde qui a été compensé avec des montants dus selon d'anciens décomptes.

Au vu de ce qui précède, le recours, mal fondé, doit être rejeté.

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. Le rejette.

3. Dit que la procédure est gratuite.

4. 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 quelle 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).

La greffière: La Présidente :

Janine BOFFI Karine STECK

La secrétaire-juriste : Frédérique GLAUSER

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