

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1567/2008

ATAS/1218/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 5

du 30 octobre 2008

En la cause

Monsieur L_____, domicilié à GENEVE, représenté par
FIDUCAP Société fiduciaire SA

recourant

contre

LA CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
sise route de Chêne 54, GENEVE

intimée

**Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Isabelle DUBOIS, Juliana BALDE, Doris
WANGELER, Karine STECK, Juges; Christine BULLIARD MANGILI et
Anne REISER, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Le 12 septembre 2007, l'Administration fiscale a communiqué à la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse) que M. L. _____, né en 1938, a réalisé en 2005 un revenu provenant de l'exercice d'une activité indépendante de 25'287 fr.
2. Par décision du 15 janvier 2008, la caisse a déterminé la cotisation personnelle AVS/AI/APG de l'assuré pour 2005 à 1'340 fr. 90, dont 2,8 % de frais d'administration. Pour le calcul de cette cotisation, elle a considéré que l'assuré avait réalisé en janvier 2005 un revenu de 25'287 fr. et en a déduit la franchise pour un mois applicable aux personnes de plus de 65 ans.
3. Par courrier du 16 janvier 2008, la caisse a communiqué cette décision à l'assuré et lui a réclamé un montant de 1'409 fr. 25, compte tenu des intérêts moratoires dus.
4. Par courrier du 5 février 2008, l'assuré s'est opposé à cette décision, par l'intermédiaire de sa fiduciaire. Il a expliqué que le revenu pris en considération concernait le prix de vente de son commerce, après déduction de la perte d'exploitation du mois de janvier 2005 de 796 fr. Il n'a pas contesté le revenu retenu de 25'287 fr., mais a estimé qu'il fallait prendre en considération la franchise annuelle pour personnes de plus de 65 ans de 16'800 fr., s'agissant du prix de vente de son commerce. Par conséquent, il a considéré que le revenu soumis à cotisation s'élevait à 8'487 fr. Enfin, il a également contesté la perception d'intérêts moratoires.
5. Par décision du 18 avril 2008, la caisse a rejeté l'opposition de l'assuré. Elle a exposé que la circulaire concernant les cotisations dues à l'AVS, AI et APG par les personnes exerçant une activité lucrative et qui ont atteint l'âge ouvrant le droit à une rente de vieillesse (CAR) prévoyait que si une personne commençait ou cessait une activité lucrative indépendante au cours de l'année de cotisation, la franchise annuelle était calculée pro rata temporis. Or, l'assuré, qui avait atteint l'âge légal de la retraite en mars 2003, avait cessé son activité lucrative indépendante le 31 janvier 2005. Par conséquent, l'intimée a considéré qu'il fallait diminuer la franchise annuelle proportionnellement à la durée de l'exercice de l'activité indépendante. Concernant les intérêts moratoires, elle a fait valoir qu'il s'agissait d'une obligation légale pour compenser le gain que réalisait le débiteur au détriment du créancier du fait du paiement tardif des cotisations.
6. Par acte posté le 6 mai 2008, l'assuré recourt contre cette décision, par l'intermédiaire de sa fiduciaire, en concluant à son annulation et à la fixation de la cotisation à un montant inférieur, en tenant compte de la franchise annuelle intégrale pour personnes de plus de 65 ans. Il a renoncé à contester la perception des intérêts moratoires.

7. Dans son préavis du 18 juin 2008, l'intimée conclut au rejet du recours, en reprenant son argumentation antérieure. Pour le surplus, elle relève que le bénéfice produit par la remise d'un commerce constitue un revenu au même titre que le revenu provenant directement de l'activité lucrative.
8. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Interjeté dans les délai et forme prescrits par la loi, le recours est recevable (art.56 ss LPGA).
3. Est litigieuse en l'espèce la question de savoir s'il faut prendre en considération, pour le calcul de la cotisation AVS/AI/APG, la franchise annuelle prévue pour une personne indépendante à l'âge de la retraite, s'agissant d'un revenu provenant de la remise du commerce, ou une franchise pro rata temporis à la date de la remise.
4. Selon l'art. 3 al. 1 LAVS, les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative. Aux termes de l'art. 4 al. 1 LAVS, les cotisations des assurés exerçant une activité lucrative sont calculées en pourcents du revenu provenant de l'exercice de l'activité dépendante ou indépendante. Le revenu provenant d'une activité indépendante comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (art. 9 al. 1 LAVS). L'art. 17 al. 1 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS) précise à cet égard qu'est réputé revenu provenant d'une activité indépendante, tout revenu acquis dans une situation indépendante provenant de l'exploitation d'une entreprise commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou sylvicole, de l'exercice d'une profession libérale ou de toute autre activité, y compris notamment les bénéfices en capital.

L'art. 4 al. 2 let. b LAVS prévoit que le Conseil fédéral peut excepter du calcul des cotisations le revenu de l'activité lucrative obtenu par les femmes dès 64 ans révolus, par les hommes dès 65 ans révolus, jusqu'à concurrence d'une fois et demie le montant minimum de la rente de vieillesse prévue à l'art. 34 al. 5 LAVS. Le Conseil fédéral a fait usage de cette délégation de compétence, en adoptant l'art. 6

quater RAVS. A l'al. 2, cette disposition fixe à 16'800 fr. par an la part du revenu de l'activité indépendante non soumise à cotisations dans ce cas.

Dans sa jurisprudence relative aux anciennes dispositions du RAVS, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2000, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a jugé que l'art. 6 quater RAVS ne s'appliquait pas au bénéfice en capital provenant de la liquidation d'une entreprise. Toutefois, la situation juridique était alors différente. En effet, en vertu de l'art. 23ter let.a aRAVS, lorsqu'un assuré a accompli sa 50^{ème} année au moment de la cessation totale de l'exploitation, les bénéfices en capital étaient assimilés à des prestations de prévoyance au sens de l'art. 6bis aRAVS. Selon cette disposition ne sont pas réputées revenu provenant d'une activité lucrative, les prestations allouées volontairement par l'employeur ou une institution de prévoyance indépendante lors de la cessation du rapport de service, dans la mesure où elles ne dépassent pas, ajoutées aux prestations réglementaires d'institutions de prévoyance indépendantes et aux indemnités de départ non comprises dans le revenu, en une année les pourcentages suivants du dernier salaire annuel : jusqu'à 120'000 fr., 65 %; pour la tranche suivante de 120'000 fr., 50 %; pour la part excédant de 240'000 fr., 40 %. S'est posée alors à l'époque la question de savoir si, en plus de l'exonération du bénéfice en capital résultant de la vente de l'exploitation, ce bénéfice pouvait bénéficier de la franchise prévue par l'art. 6 quater RAVS. C'est dans ce cadre, que le TFA a jugé que les deux systèmes ne pouvaient être combinés.

Cependant, dans la mesure où les bénéfices en capital ne sont aujourd'hui plus assimilés à des prestations de prévoyance, rien ne s'oppose à l'application de l'art. 6quater RAVS, de sorte que le principe d'une exonération partielle des cotisations doit être admise pour les femmes à partir de 64 ans et les hommes dès 65 ans.

Se pose dès lors la question de savoir s'il y a lieu d'appliquer aux bénéfices provenant de la remise des commerce la franchise annuelle au prorata temporis ou dans son intégralité.

Selon le ch. 3009 CAR, "*Si une personne commence ou cesse une activité lucrative indépendante au cours d'une année de cotisation, la franchise annuelle est calculée proportionnellement à la durée de ce rapport (pro rata temporis)*". Cette directive ne fait aucune distinction entre les bénéfices provenant de l'exploitation de l'entreprise et le bénéfice en capital.

Toutefois, les directives de l'administration, si elles visent à assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés ni les tribunaux. Elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (cf. ATF 131 V 42 consid. 2.3, ATF 128 I 171 consid. 4.3, 121 II 478 consid. 2b;

MOOR, Droit administratif, vol. I, 2ème édition, Berne 1994, p. 264 ss; SPIRA, Le contrôle juridictionnel des ordonnances administratives en droit fédéral des assurances sociales, in: Mélanges GRISEL, Neuchâtel 1983, p. 803 ss).

S'agissant du bénéfice provenant de la remise d'un commerce, il convient en premier lieu de relever que ce bénéfice est souvent réalisé plusieurs années après la cessation d'activité de l'entreprise, hypothèse dans laquelle la caisse de compensation doit affilier à nouveau l'assuré comme indépendant pour l'année en question (cf. Commentaires des modifications du RAVS au 1^{er} janvier 2001, in Pratique VSI 2000, p. 116). Le mois où ce bénéfice est réalisé au cours d'une année est ainsi totalement arbitraire et ne permet généralement pas de considérer que l'assuré a cessé l'activité lucrative à ce mois précis.

L'interprétation doit être en outre conforme à la Constitution. (Cst.). Or, une telle façon de faire entraînerait une inégalité de traitement manifeste, prohibée par l'art. 8 Cst. Un arrêté de portée générale est contraire au principe de l'égalité de traitement lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'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 (ATF 124 I 297).

En l'espèce, assimiler un bénéfice en capital à un bénéfice provenant de l'exploitation de l'entreprise créerait une inégalité de traitement dans la mesure où une personne qui ne parviendrait à vendre son exploitation qu'à la fin de l'année civile, après avoir cessé l'exploitation de son commerce, se trouverait avantagée par rapport à celle qui remet son commerce au début de l'année. Une telle différence de traitement n'est justifiée par aucun motif.

Cela étant, le Tribunal de céans admet qu'il y a lieu de déduire in casu du revenu soumis à cotisation la franchise annuelle de 16'800 fr. dans son intégralité.

5. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis.
6. L'intimé qui succombe sera condamné à verser au recourant une indemnité de 800 fr. à titre de dépens.

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

Statuant

en vertu de l'art. 56U al. 2 LOJ

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision du 18 avril 2008.
4. Renvoie le dossier à l'intimée pour le calcul de la cotisation personnelle AVS/AI/APG pour 2005, en tenant compte de la déduction de la franchise intégrale de 16'800 fr.
5. Condamne l'intimée à verser au recourant une indemnité de 800 fr. à titre de dépens.
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); 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

Claire CHAVANNES

Maya CRAMER

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