RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1686/2002 **ATAS/685/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

4ème chambre

du 1er septembre 2004

En la cause

Monsieur W_____, mais comparant par Me Albert GRAF, avocat, en l'Etude duquel il élit domicile

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, 54, route de Chêne, 1208 Genève

intimé

Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente, Mmes Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, juges.

EN FAIT

1. Monsieur W_____ était associé avec signature collective à deux dans la société en nom collectif X_____, SOCIETE GENERALE DE NETTOYAGE, W_____ & CIE, inscrite au Registre du commerce de Genève le mai 1994.

2. Cette société a été dissoute par jugement du 18 février 2000 du Tribunal de première instance de Genève.

3. Par décision du 21 décembre 2001, la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la Caisse) a notifié à Monsieur W_____ une décision de cotisation AVS / AI / APG pour personne de condition indépendante de 8'497 fr. 20 pour l'année 1996. Cette décision était basée sur un montant déterminant de 87'000 fr.

4. Par acte du 17 janvier 2002, l'intéressé a interjeté recours contre cette décision auprès de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants (cause A/1686/2002). La décision était arbitraire en ce sens qu'elle se fondait sur des chiffres qui lui étaient inconnus. L'intimée était requise de produire les documents sur lesquels elle avait fondé sa décision.

5. Par préavis du 19 mars 2002, la Caisse a conclu au rejet du recours. En tant qu'associé d'une société en nom collectif, le recourant était tenu de cotiser à l'assurance-vieillesse et survivants à titre d'indépendant. N'ayant reçu aucune information de la part du recourant ni de l'autorité fiscale cantonale (ci-après : AFC) en raison d'un recours en matière fiscale, la Caisse avait été contrainte de taxer le recourant d'office, car la prescription quinquennale était pratiquement atteinte pour l'année 1996. Pour ce faire, la Caisse s'était fondée sur les taxations d'office exécutées par l'AFC pour les années suivantes. Par ailleurs, lorsque le résultat de la procédure pendante auprès de l'AFC serait connu, un éventuel ajustement des cotisations pourrait se faire.

6. Par courrier du 6 mai 2002, le recourant a indiqué que la société avait dégagé des pertes importantes en raison de la liquidation et qu'il n'avait lui-même pas encaissé de salaire en 1997. La production par la Caisse de la liste des salaires pour l'année 1996 était expressément requise.

7. Le 11 juillet 2002, la Caisse s'est exécutée et a produit l'attestation des salaires pour 1996, tout en précisant qu'elle ignorait en quoi ce document pouvait être utile dans le cadre de la présente affaire. En tant qu'associé à responsabilité illimitée de la société, le recourant n'en était pas salarié et ne figurait pas sur l'attestation. En sa qualité d'associé, il devait être qualifié d'indépendant, de sorte que les décisions de

cotisation étaient basées sur sa taxation fiscale et non sur un salaire. Par ailleurs, l'AFC avait entre-temps rendu une décision définitive de taxation pour l'année 1996 prenant en compte un revenu de 70'000 fr. La décision de taxation pouvait donc être ramenée à 6'650 fr. 40, plus 186 fr. de frais administratifs.

8. Par décisions du 12 juillet 2002, la Caisse a fixé les cotisations dues pour la période de janvier 1997 à juin 2000. Pour 1997, 1998 et 1999, les cotisations s'élevaient à 6'836 fr. 40 par année et étaient basées sur un revenu déterminant de 70'000 fr. Pour janvier à juin 2000, le revenu pris en compte était de 87'800 fr. et les cotisations fixées à 4'287 fr. 30.

9. Par acte du 13 août 2002, l'intéressé a interjeté recours contre ces décisions pour le motif qu'elles n'étaient pas motivées et se fondaient sur des chiffres arbitraires inconnus de lui-même (cause A/1815/2002). Elles étaient à l'évidence le fruit d'une erreur puisqu'elles ne correspondaient pas à ses revenus.

10. Par préavis du 4 octobre 2002, la Caisse a rappelé que le recourant était tenu de cotiser à l'AVS en tant qu'indépendant. Les cotisations dues avaient été fixées sur la base des informations fournies par l'impôt fédéral direct.

11. Le recourant a sollicité à plusieurs reprises des délais pour se déterminer sans toutefois déposer de conclusions formelles par-devant le Tribunal cantonal des assurances sociales, à qui les causes avaient été transmises le 1er août 2003.

12. Sur demande du Tribunal cantonal des assurances sociales, la Caisse a produit les communications fiscales pour les 29e et 30e périodes. Après vérification auprès des autorités fiscales, les taxations avaient été maintenues, de sorte que la Caisse n'avait pas de motif de revenir sur ses décisions.

13. Le 22 décembre 2003, le recourant a sollicité la jonction des procédures relatives à ses deux recours.

14. Par ordonnance du 12 janvier 2004, le TCAS a joint la cause A/1815/2002 à la cause A/1686/2002.

15. Par courrier du 22 mars 20004, le recourant a indiqué que la société était virtuellement en faillite, alors qu'il n'en avait été que partenaire passif. Etant actuellement indépendant avec de faibles revenus, les taxations d'office erronées étaient contestées pour le surplus.

16. Le Tribunal de céans a requis des informations complémentaires des autorités fiscales concernant les taxations des 29ème et 30ème périodes

17. Les documents ont été communiqués aux parties et la cause gardée à juger.

EN DROIT

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

   Suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs par le Tribunal fédéral (TF) le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire urgente (art. 162 LOJ) permettant au TCAS de siéger sans assesseurs, à trois juges titulaires, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

   Statuant sur un recours de droit public, le TF a, dans un arrêt rendu le 1er juillet 2004, confirmé que cette disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était, de surcroît, conforme au droit fédéral (arrêt 1P. 183/2004).

   Egalement saisi de la question de l'éventuelle inconstitutionnalité du TCAS, le TF a estimé que la création de ce tribunal ne pouvait être remise en cause, vu la force dérogatoire du droit fédéral, et plus particulièrement de l'art. 57 LPGA en l'occurrence.

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'assurance-vieillesse et survivants (cf. art. 56 V LOJ). Le Tribunal de céans est ainsi compétent en la matière.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après : LPGA) 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 de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467, consid. 1, 121 V 386, consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 LPGA). Le présent litige sera en conséquence examiné à la lumière des dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (ci-après : LAVS) et du règlement l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après : RAVS) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

4. Déposé dans les forme et délais imposés par la loi, le présent recours est recevable, en vertu de l'art. 84 LAVS.

5. Le litige porte sur les cotisations personnelles dues par le recourant à l'assurance vieillesse et survivants.

6. Selon l'art. 1er al. 1 de la LAVS, sont assurés conformément à la présente loi les personnes physiques domiciliées en Suisse. Les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative (art 3 al. 1er LAVS). Les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pourcent du revenu provenant de l'exercice de l'activité dépendante et indépendante (art 4 al. 1er LAVS).

   Est réputé revenu provenant d'une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 9 al. 1er LAVS, 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 (art. 17 RAVS). Les cotisations perçues sur le revenu provenant d'une activité indépendante obtenu dans une entreprise doivent être payées par le propriétaire (art 20 al. 1er RAVS).

   Selon les Directives sur les cotisations de travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative (DIN), les associés en nom collectif exercent une activité indépendante quelle que soit l'ampleur de leur participation personnelle à la marche des affaires de la société en tant qu'indépendants (n° 1024).

   Une cotisation de 7,8 % est perçue sur le revenu provenant d'une activité indépendante. Pour calculer la cotisation, le revenu est arrondi au multiple de 100 francs immédiatement inférieur. S'il est inférieur à 48 300 francs, mais s'élève au moins à 7800 francs par an, le taux de cotisation est ramené jusqu'à 4,2 %, selon un barème dégressif (art 6 al. 1er LAVS). Le revenu provenant d'une activité indépendante comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante. Le revenu provenant d'une activité indépendante et le capital propre engagé dans l'entreprise sont déterminés par les autorités fiscales cantonales et communiqués aux caisses de compensation (art. 9 al. 1 et 3 LAVS). Les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité indépendante sont déterminées et versées périodiquement. Si une personne tenue de payer des cotisations néglige, après sommation, de donner toutes les indications nécessaires au calcul des cotisations, celles-ci seront fixées par une taxation d'office (art 14 al. 2 et 3 LAVS).

   Pour établir le revenu déterminant, les autorités fiscales cantonales se fondent sur la taxation passée en force de l'impôt fédéral direct. En l'absence d'une taxation passée en force de l'impôt fédéral direct, les données fiscales déterminantes sont tirées de la taxation passée en force de l'impôt cantonal sur le revenu ou, à défaut,

de la déclaration vérifiée relative à l'impôt fédéral direct. Par ailleurs, les caisses de compensation sont liées par les données des autorités fiscales cantonales. Si les autorités fiscales cantonales ne peuvent pas communiquer le revenu, les caisses de compensation estimeront le revenu déterminant pour fixer les cotisations et le capital propre engagé dans l'entreprise sur la base des données dont elles disposent. Les personnes tenues de payer des cotisations doivent renseigner les caisses de compensation et, sur demande, produire toutes les pièces utiles (art. 23 RAVS).

Selon la jurisprudence, toute taxation fiscale est présumée conforme à la réalité; cette présomption ne peut être infirmée que par des faits. Dès lors que les caisses de compensation sont liées par les données fiscales, et que le juge des assurances sociales examine, en principe, uniquement la décision de la caisse quant à sa légalité, le juge ne saurait s'écarter des décisions de taxation entrées en force que si celles-ci contiennent des erreurs manifestes et dûment prouvées, qu'il est possible de rectifier d'emblée, ou s'il s'impose de tenir compte d'éléments de fait sans pertinence en matière fiscale mais déterminants sur le plan des assurances sociales. A cet égard, de simples doutes sur l'exactitude d'une taxation fiscale ne suffisent pas. La détermination du revenu est, en effet, une tâche qui incombe aux autorités fiscales, et il n'appartient pas au juge des assurances sociales de procéder lui-même à une taxation. L'assuré exerçant une activité lucrative indépendante doit donc faire valoir ses droits en matière de taxation - avec les effets que celle-ci peut avoir sur le calcul des cotisations AVS - en premier lieu dans la procédure judiciaire fiscale (ATF 110 V 86 consid. 4 et 370 s., 106 V 130 consid. 1, 102 V 30 consid. 3a; VSI 1997 p. 26 consid. 2b et la référence).

Par ailleurs, les principes concernant la force contraignante des communications fiscales s'appliquent également en cas de taxation d'office. Aussi les caisses de compensation et le juge des assurances sociales sont-ils liés par la communication fiscale fondée sur une taxation d'office passée en force, bien que celle-ci soit moins précise qu'une taxation établie selon la procédure ordinaire, c'est-à-dire par rapport à des données concrètes (ATFA non publié du 5 décembre 2000 en la cause H 15/00 ; RCC 1988 p. 321 et les références).

7. En l'espèce, la Caisse a déterminé les cotisations du recourant sur la base d'une activité indépendante. Peu importe à ce propos quelle était son implication dans la société en nom collectif. Le Tribunal de céans remarque toutefois que cette société portait le nom du recourant depuis l'origine et que cela a continué à être le cas lors du changement d'associé intervenu en 1996. Il semble donc peu probable qu'il n'ait été que partenaire passif de cette société, ce d'autant plus qu'il n'a jamais cessé d'en être l'un des deux associés.

La détermination du revenu incombe en premier lieu aux autorités fiscales. L'autorité fiscale a fourni à la Caisse les données sur lesquelles elle avait imposé le recourant entre 1996 et 2000. Le recourant indique contester ces taxations,

lesquelles ne correspondraient pas à la réalité. Or, il a déjà eu l'occasion de faire valoir ses arguments dans le cadre d'une procédure judiciaire fiscale, laquelle a permis de confirmer les taxations d'office auxquelles il avait été soumis. En dehors de faits probants permettant de renverser la présomption de conformité de la taxation à la réalité, le juge des assurances sociales ne saurait s'écarter des décisions de taxation entrées en force que si celles-ci contiennent des erreurs manifestes et dûment prouvées, qu'il est possible de rectifier d'emblée, ou s'il s'impose de tenir compte d'éléments de fait sans pertinence en matière fiscale mais déterminants sur le plan des assurances sociales.

En l'espèce, les éléments amenés à l'appui du recours sont inexistants, à l'exception de quelques documents concernant la comptabilité de la société pour l'année 1997. L'assuré ne produit aucune pièce qui permettrait de penser que les taxations en force contiendraient des erreurs manifestes et il ne s'impose aucunement de tenir compte d'autres éléments déterminants sur le plan des assurances sociales. A cet égard, les documents concernant l'année 1997 produits ne sont pas suffisants pour infirmer la présomption de l'exactitude de la taxation fiscale, cela d'autant moins que l'administration fiscale cantonale a confirmé au Tribunal de céans le montant des taxations d'office pour les 29e et 30e périodes, soit les années 1997-1998 et 1999-2000. Ces taxations se basent sur des revenus respectifs de 70'000 et 87'800 fr., ce qui correspond aux montants retenus par la Caisse Il n'appartient donc pas au juge de procéder à une nouvelle taxation.

8. Au bénéfice de ce qui précède, c'est à bon droit que la Caisse s'est basée sur les informations reçues de la part des autorités fiscales pour déterminer le montant des cotisations personnelles dues par le recourant.

Le recours est donc rejeté et les décisions de cotisation confirmées, notamment celle concernant l'année 1996 en tant qu'elle a fixé les cotisations dues à 6'650 fr. 40 plus 186 fr. de frais administratifs dès réception de la taxation fiscale définitive.

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 les recours recevables ;

Au fond :

2. Les rejette ;

3. Confirme les décisions attaquées, notamment celle fixant les cotisations pour l'année 1996 à 6'650 fr. 40 plus 186 fr. de frais administratifs ;

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 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).

Le greffier: La Présidente :

Walid BEN AMER Juliana BALDE

Le secrétaire-juriste : Marius HAEMMIG

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