RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/ 2072/2003 **ATAS/622/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

4ème Chambre

du 11 août 2004

En la cause

H_____, comparant par la fiduciaire de Rive SA, aux bureaux de laquelle il élit domicile

Recourant

contre

FER – CIAM, CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES, rue de Saint-Jean 98 à Genève

Intimée

Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente, Mesdames Karine STECK et Maya CRAMER, juges.

EN FAIT

1. Monsieur H_____, architecte indépendant, est affilié à la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'AVS DE LA FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX (ci-après la Caisse).

2. Le 19 janvier 2000, ses cotisations personnelles AVS/AI/APG de l'année 2000 ont été fixées provisoirement sur la base de la communication 29ème période de l'administration de l'impôt fédéral direct sur le revenu moyen 1995-1996, soit une perte de 1'102'529 fr. pour 1995 et une perte de 6'759'026 fr. pour l'année 1996, cette dernière ayant été subie par l'assuré dans le cadre d'une affaire immobilière nommée « X_____ ». La Caisse restait dans l'attente de la communication concernant la 30ème période de l'IFD.

3. Par décision rectificative du 21 août 2001, la Caisse a fixé les cotisations personnelles AVS/AI/APG de l'assuré pour l'année 2000 à 165'940 fr. 80 sur la base d'un revenu moyen 1997-1998 de 1'695'625 fr., lequel, communiqué par l'administration de l'impôt fédéral direct le 13 octobre 2000 (30ème période), reposait sur une perte de 1'028'833 fr. pour 1997 et un bénéfice de 4'419'584 fr. pour 1998. Ce dernier chiffre prenait en compte un abandon de créance de 5'632'538 fr. que l'assuré avait obtenu du Crédit Suisse pour assainir la perte subie dans l'affaire « X_____ ».

4. Le 29 août 2001, l'intéressé a formé opposition auprès de la Caisse contre ladite décision.

5. Le 17 juillet 2002, la Caisse a consulté l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), afin qu'il prenne position sur le traitement du gain obtenu lors de l'abandon de créance. Dans sa réponse du 14 avril 2003, l'OFAS a confirmé à la Caisse que l'abandon de créance était à traiter comme élément faisant partie du revenu de l'activité lucrative indépendante.

6. En date du 22 avril 2003, la Caisse a rendu une nouvelle décision de cotisations personnelles dues par l'intéressé pour l'année 2000, en tous points identique à celle du 21 août 2001 qu'elle annulait et remplaçait.

7. Le 1er mai 2003, l'assuré a formé opposition contre ladite décision au motif que la Caisse n'avait pas tenu compte de sa perte antérieure « X_____ » pour compenser l'abandon de créance.

8. Par décision sur opposition du 16 mai 2003, la Caisse a conclu au rejet de l'opposition du 1er mai 2003 et à la confirmation de sa décision du 22 avril 2003, considérant en substance qu'il ne pouvait être procédé à la compensation de l'abandon de créance du Crédit Suisse en 1998 avec la perte enregistrée en 1996 sur

la même opération, en tant que ces deux chiffres se rapportaient à des périodes de calcul différentes.

9. Le 26 mai 2003, l'assuré a interjeté recours auprès de la Commission cantonale de recours en matière AVS/AI/APG (ci-après la CRAVS), faisant valoir essentiellement qu'il y avait lieu de compenser l'abandon de créance en cause avec la perte enregistrée en 1996 sur la même opération, dès lors que ces deux termes reposaient sur la même origine, soit l'affaire « X_____ ». Il faisait par ailleurs remarquer qu'il était, d'une façon générale, impossible de déclarer simultanément dans un exercice comptable la perte enregistrée et l'assainissement bancaire obtenu en découlant, eu égard au temps qu'exige obligatoirement une négociation bancaire.

10. Invitée à se déterminer, la Caisse s'en est rapportée aux termes et conclusions contenus dans sa décision sur opposition du 16 mai 2003.

11. La cause a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, le 1er août 2003.

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, 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.

   Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1er juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire (article 162 LOJ) constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (arrêt 1P. 183/2004).

   Egalement saisi de la question de l'inconstitutionnalité du Tribunal cantonal des assurances sociales, il a déclaré que la création de ce tribunal ne pouvait être remise en cause, vu la force dérogatoire du droit fédéral, soit en l'occurrence l'article 57 LPGA.

2. Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires, la présente cause, introduite avant l'entrée en vigueur de la loi et pendante devant la Commission cantonale de recours AVS-AI a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique, sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (cf. article 56V LOJ).

   C'est dans sa composition prévue par l'article 162 LOJ que le Tribunal de céans statue dans la présente cause. 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 (ci-après LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions matérielles en vigueur en 1997-1998, la décision litigieuse ayant pour objet la fixation des cotisations personnelles AVS/AI/APG de l'assuré pour l'année 2000, elles-mêmes basées sur la période de calcul 1997-1998. 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 sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après RAVS), état au 1er janvier 1998 et en leur teneur en vigueur au 31 décembre 2000.

4. Déposé dans la forme et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable (articles 56, 60 LPGA).

5. Le présent litige porte sur la prise en compte de la perte subie par le recourant en 1996 pour le calcul des cotisations personnelles de l'année 2000, soit durant l'année précédant la période de calcul 1997-1998.

   Selon l'art. 9 al. 1 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. D'après son alinéa 2, pour déterminer le revenu provenant d'une activité indépendante, on déduit du revenu brut, les pertes commerciales effectives qui ont été comptabilisées.

   Aux termes de l'art. 22 al. 1 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. L'alinéa 2 précise que la cotisation annuelle est calculée en général d'après le revenu moyen d'une période de calcul de deux ans. Celle-ci comprend la deuxième année et la troisième années antérieures à la période de cotisations.

   D'après l'art. 23 al. 1 RAVS, pour établir le revenu déterminant le calcul des cotisations, les autorités fiscales cantonales se fondent sur la taxation passée en force de l'impôt fédéral direct. Elles tirent le capital propre engagé dans l'entreprise

de la taxation passée en force de l'impôt cantonal adaptée aux normes de l'impôt fédéral direct. Les caisses de compensation sont liées par les données des autorités fiscales cantonales (art. 23 al. 4 RAVS).

Les pertes commerciales passées en compte ne peuvent être compensées que dans la période de calcul. Elles ne peuvent être compensées avec des revenus de périodes de calcul antérieures ou postérieures (n°1109 des Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des non-actifs (DIN) dans l'AVS, AI et APG, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2000).

Ce principe se fonde lui-même sur la jurisprudence du TFA. En effet, ce dernier a admis, dans un arrêt rendu en 1960 et publié dans la RCC 1960, p. 284, le principe visant à compenser, dans les limites de la période de calcul, des pertes commerciales avec des revenus provenant d'une activité lucrative indépendante. Par conséquent, il a décidé que la disposition de droit fiscal concernant la déduction des pertes commerciales du revenu moyen obtenu pendant la période de calcul subséquente ne s'appliquait pas à l'AVS, en d'autres termes que les pertes commerciales essuyées en dehors des limites de la période de calcul de deux ans ne pouvaient pas être déduites du revenu brut pour le calcul des cotisations (cf. aussi RCC 1951, p. 424). Cette pratique a été confirmée dans les arrêts non publiés du 19 mai 1965 en la cause G. et du 13 juin 1978 en la cause W. En particulier, dans le dernier arrêt cité, le TFA a précisé expressément que les pertes commerciales ne pouvaient être compensées que dans les limites de la même période de calcul et qu'une compensation par des revenus réalisés au cours de périodes de calcul précédentes et subséquentes était par contre exclue. Cette jurisprudence a été maintenue (arrêt du TFA du 15 avril 1988, en la cause E.D., in RCC 1988 p. 478).

Au vu de la jurisprudence claire du TFA, il y a lieu de conclure que la requête du recourant tendant à compenser le gain obtenu lors de l'abandon de créance en 1998 avec la perte subie en 1996 dans l'exercice de la même activité – affaire X_____ – se révèle infondée.

Le recours doit être en conséquence 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).

Le greffier :	La Présidente :
Pierre RIES	Juliana BALDE

La secrétaire-juriste : Elisa COACCI

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