RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3165/2005 **ATAS/1001/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 9 novembre 2005

En la cause

Monsieur C_____,	recourant
contre	
FER CIAM 106.1, sise rue de Saint-Jean 9, case postale 5278, 1211 GENEVE 11	intimée

EN FAIT

Siégeant : Mme Juliana BALDE, Présidente ; Mmes Doris WANGLER et Karine STECK , Juges

1. Monsieur C_____ exerce une activité indépendante en tant qu'avocat au Barreau de Genève et expert fiscal diplômé. Il est affilié auprès de la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises Romandes – FER CIAM (ci-après la caisse).

2. Par décision du 13 juillet 2005, la caisse a notifié à l'assuré une décision rectificative pour l'année 2003, fixant les cotisations personnelles dues à l'AVS/AI/APG/AF/AMat à 42'834 fr., frais d'administration compris, en raison de la modification des revenus par l'autorité fiscale. Le revenu communiqué par l'IFD s'élève à 400'133 fr. pour l'année 2003. Cette décision laisse apparaître un solde créditeur de 795 fr. 05 en faveur de l'assuré.

3. L'assuré a formé opposition en date du 19 juillet 2005, au motif que le calcul du revenu professionnel réalisé en 2003 ne tient pas compte de la déduction de toutes les cotisations versées au titre de la prévoyance professionnelle (2ème pilier), soit 45'259 fr. 20, que la caisse n'a admise qu'à concurrence de 50 %.

4. Par décision du 9 septembre 2005, la caisse a rejeté l'opposition de l'assuré, considérant qu'à teneur de la loi et des directives de l'OFAS, applicables aux indépendants sans employés, seule la moitié des cotisations courantes est déductible.

5. L'assuré a interjeté recours le 12 septembre 2005. Il soutient qu'en retenant une déduction de 50 %, l'OFAS s'écarte du texte de la loi ; du moment que les employeurs peuvent déduire la totalité des cotisations patronales, peu importe si celles-ci s'élèvent à la moitié, aux deux tiers ou aux trois quarts de la cotisation globale. Pour sa part, le montant de ses cotisations s'élève à moins de 10 % du revenu net, soit à la cotisation habituellement prise en charge par les employeurs suisses. D'autre part, la distinction faite entre indépendants avec employés et indépendants sans employé n'est pas fondée sur la loi et l'analogie faite avec l'article 66 LPP n'est pas pertinente. L'assuré a sollicité l'ouverture d'enquêtes et sur le fond, a conclu à ce que la totalité de ses cotisations versées au 2ème pilier soit déductible de son revenu déterminant.

6. Invitée à se déterminer, la caisse a persisté dans ses conclusions.

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.

2. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 8 octobre 2000 (LPGA) qui sont 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.

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du 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, 126 V 136 consid. 4b et les références). En revanche, en ce qui concerne la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). La LPGA est dès lors applicable au cas d'espèce.

   Interjeté dans la forme et le délai prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

4. Le litige porte sur la question de savoir si la déduction des cotisations personnelles au 2ème pilier du recourant, à concurrence de 50 %, est ou non conforme à la loi.

   Conformément à l'art. 9 al. 2 let. e LAVS, dans sa teneur en vigueur dès le 1er janvier 1997, pour déterminer le revenu provenant d'une activité indépendante, on déduit du revenu brut les versements personnels à des institutions de prévoyance professionnelle dans la mesure où ils correspondant à la part habituellement prise en charge par l'employeur. Pour établir la nature et fixer l'importance des déductions admises selon l'art. 9 al. 2 let. a à e LAVS, les dispositions en matière d'impôt fédéral direct sont déterminantes (cf. art. 18 al. 1 RAVS).

Selon le chiffre 1085 des Directives de l'OFAS sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG (ci-après DIN), les déductions fiscales prévues aux art. 33, 212 et 213 LIFD ne peuvent pas être effectuées, lors du calcul des cotisations AVS/AI/APG, à l'exception de celles pour les versements personnels au 2ème pilier. En principe, les cotisations courantes ainsi que les rachats d'années de cotisations sont déductibles en tant que versements personnels des indépendants à des institutions de prévoyance professionnelle. Pour les indépendants, les cotisations courantes sont déductibles dans la même proportion que la part qu'ils prennent habituellement à leur charge pour leur propre personnel. Quant aux indépendants sans employés, par analogie à l'art. 66 al. 1 LPP, la moitié des cotisations courantes est déductible (cf. chiffres 1103 et 1104 DIN, teneur en vigueur dès le 1er janvier 2005).

5. Le recourant allègue que les cotisations qu'il a versées au 2ème pilier pour l'exercice 2003, soit 45'259 fr. 20, représentent moins de 10 % de son revenu net ; il considère que ce montant correspondant en tous points à la cotisation habituellement prise en charge par les employeurs suisses, conformément à l'art. 9 al. 2 LAVS, de sorte qu'il devrait pouvoir les déduire en totalité de son revenu déterminant. La limite de 50 % fixée par l'OFAS s'écarterait de la loi, car du moment que les employeurs peuvent déduire la totalité des cotisations patronales, il importe peu si celles-ci s'élèvent à la moitié, aux deux tiers ou aux trois quarts de la cotisation globale. Enfin, il estime que la distinction opérée par les directives de l'OFAS entre les indépendants avec employés et ceux sans employés est contraire à la loi.

   Il sied de rappeler que jusqu'au 31 décembre 1996, la déduction prévue à l'art. 9 al. 2 let. e LAVS était réglée au seul niveau du règlement, à l'art. 18 al. 3 RAVS. Le transfert de cette disposition réglementaire dans la loi est intervenu uniquement pour des motifs de clarté, afin que toutes les déductions du revenu d'une activité indépendante admissibles soient énumérées dans la loi (Message du 5 mars 1990 sur la 10ème révision de l'assurance-vieillesse et survivants [FF 1990 II 1, p. 85] ; cf. également VSI 1996 p. 23). La modification de l'art. 9 al. 2 let. e LAVS proposée par le Conseil fédéral n'a donné lieu à aucune discussion lors des débats parlementaires (BO 1991 CE 257 s,. 1993 N 251 ; cf. consid. 2.2.2 ATFA non publié du 13 mai 2003 H 113/01, ATF 129 V 293). L'art. 18 al. 3 aRAVS avait lui-même été adopté dans un but d'égalité de traitement entre les salariés et les indépendants ; en effet, la moitié des cotisations prises en charge par l'employeur selon l'art. 66 al. 1 LPP pour financer la prévoyance professionnelle des salariés n'était pas comprise dans le salaire déterminant selon l'art. 8 let. a RAVS, alors que les cotisations personnelles des indépendants au 2ème pilier ne pouvaient pas être déduites du revenu brut, pas même partiellement. Le principe de l'égalité de traitement exigeait, selon le Conseil fédéral, que de telles cotisations soient reconnues dans l'AVS comme une dépense autorisée par l'usage commercial et déductible, en tant que telle (cf. VSI 2003, p. 426 consid. 3.2.2.1).

Le Tribunal de céans relève ainsi que contrairement à ce que soutient le recourant, ce n'est pas la totalité de la cotisation qui est déductible au regard de l'AVS, mais la part ordinairement assumée par l'employeur en faveur de son personnel (cf. RCC 1987 p. 5). En effet, l'autorisation de déduire du revenu brut des indépendants les versements personnels à des institutions de prévoyance professionnelle est expressément assortie d'une limitation (cf. Hanspeter KÄSER, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2ème éd. , p. 200s. ch. M. 8.7 ; Ueli KIESER, Alters-und Hinterlassenversicherung in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR]/ Soziale Sicherheit p. 29 ch. m.. 40 ; Reto BÖHI, Der unterschiedliche Einkommensbegriff im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht und seine Auswirkungen auf die Beitragserhebung, thèse Berne 2001, p. 125). Cette expression fait allusion aux prestations faites par l'employeur à la prévoyance professionnelle de ses salariés : il s'agit des cotisations périodiques à verser au moins annuellement selon les art. 66 al. 1 LPP et 331 al. 3 CO, à savoir des charges justifiées par l'usage commercial selon les art. 27 et 59 de la loi fédérale sur l'impôt direct - LIFD (Peter AGNER/Beat JUNG/Gotthard STEINMANN, Kommentar zum Gesetz über die direkte Bundessteuer, Zurich 1995, p. 112 s. N4). Or, l'art. 59 let. b LIFD renvoie à la règle de l'art. 81 al. 1 LPP (BRÜLISAUER/KUHN, in : Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht [Martin ZWEIFEL/Peter ATHANAS (éd.)], volume I/2a [Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, art. 1-82, p. 760 ch. M. 10 art. 59). Selon cette dernière disposition, les contributions des employeurs à des institutions de prévoyance sont considérées comme des charges d'exploitation en matière d'impôts directs perçus par la Confédération, les cantons et les communes. De manière analogue, les cotisations personnelles d'un indépendant n'ayant pas de salariés à son service, dans le cadre de sa propre prévoyance professionnelle facultative selon les art. 4 et 44 LP, sont considérées à raison de 50 % comme des charges d'exploitation pouvant être déduites du revenu brut (AGNER/JUNG/STEINMANN, op. cit., N 16 ad art. 33 LIFD).

Force est de constater que l'application par analogie de l'art. 66 al. 1 2ème phrase LPP est conforme à la loi et que le recourant, en sa qualité de personne indépendante sans employé, ne peut déduire que la moitié de ses cotisations personnelles au 2ème pilier, part qui correspond à celle ordinairement prise en charge par les employeurs pour leurs salariés.

Mal fondé, le recours 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).

Le greffier	La Présidente
Walid BEN AMER	Juliana BALDE

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