

## **GE\_GERICHTE A/3161/2017 vom 13. März 2018**

GE Cour de justice, 2018-03-13, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_3161\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3161_2017)

FR: GE\_GERICHTE A/3161/2017 du 13 mars 2018

IT: GE\_GERICHTE A/3161/2017 del 13 marzo 2018

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

ème Chambre En la cause Monsieur A\_\_\_\_\_, domicilié à VEYRIER recourant contre CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS FER CIAM 106.1, sise rue de Saint-Jean 9, GENÈVE intimée EN FAIT 1. Monsieur A\_\_\_\_\_, (ci-après : l'assuré ou le recourant), né le \_\_\_\_\_ 1955, expert fiscal et comptable, domicilié à Veyrier (GE), exploitant une fiduciaire en raison individuelle, était affilié à la caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises Romandes FER CIAM 106.1 (ci-après : la FER CIAM, la caisse ou l'intimée). 2. Le 10 janvier 2011, la FER CIAM a adressé à l'assuré une facture d'acomptes de cotisations personnelles pour l'année 2011 de CHF 14'052.60, en se fondant sur un revenu déterminant de CHF 125'000.-. 3. Au cours de l'année 2011, amené à réduire ses activités professionnelles pour des raisons de santé, l'assuré a cédé à un groupe français d'experts-comptables des actifs et le goodwill de sa fiduciaire, au prix de CHF 333'113.- après provision pour cotisations AVS, en conservant son statut d'indépendant pour accompagner ledit groupe pendant une période transitoire et pour continuer à traiter les dossiers d'une partie de sa clientèle. 4. Le 18 mars 2013, après que l'assuré lui eut remis ses comptes commerciaux arrêtés au 31 décembre 2011 (mentionnant un bénéfice net avant cotisations AVS de CHF 82'831.- et un bénéfice de CHF 333'113.- après provision pour cotisations AVS afférent au résultat de la cession de son commerce), la FER CIAM a adressé à l'assuré une décision provisoire de cotisations personnelles pour l'année 2011 de CHF 9'083.40, en se fondant sur un revenu déterminant de CHF 80'800.- (sans tenir compte du bénéfice précité lié à la vente du commerce). Elle lui a remboursé la différence de CHF 4'969.20 par rapport à la facture d'acomptes précitée de CHF 14'052.60. 5. Ce n'est qu'en 2016 que l'assuré a reçu sa taxation fiscale de l'année 2011 et que l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC) a communiqué à la FER CIAM les revenus de l'assuré afférents à l'année 2011, mentionnant un revenu d'indépendant de CHF 401'614.-, un capital investi de CHF 99'841.- et CHF 0.- de rachat LPP. 6. Le 9 novembre 2016, la FER CIAM a adressé à l'assuré une décision définitive de cotisations personnelles pour l'année 2011 de CHF 46'953.-, dont à déduire les CHF 9'083.40 déjà facturés et payés, le solde à payer s'élevant ainsi à CHF 37'869.60. Elle s'est fondée sur un revenu déterminant de CHF 442'500.- (comprenant un revenu 2011 de CHF 401'614.-). Elle annulait et remplaçait la décision précitée du 18 mars 2013. 7. Le même 9 novembre 2016, la FER CIAM a adressé à l'assuré un décompte d'intérêts moratoires de CHF 7'305.70, calculés au taux de 5 % l'an sur ledit solde de CHF 37'869.60 durant 1389 jours, eu égard au fait que les acomptes 2011 avaient été inférieurs de plus de 25 % aux cotisations effectivement dues. À la suite d'une réclamation de l'assuré du 11 novembre 2016 contre ce décompte d'intérêts moratoires (motivée par le fait que la FER CIAM avait fait l'erreur de lui envoyer une décision provisoire de cotisations personnelles 2011 basée uniquement sur

le bénéfice de CHF 82'831.-, en plus qu'un taux de 5 % l'an était disproportionné), elle lui a demandé de produire une copie de son bordereau de l'impôt fédéral direct 2011 (ce que l'assuré a fait le 18 novembre 2016), puis, le 29 novembre 2016, elle lui a adressé une nouvelle décision d'intérêts moratoires de CHF 6'827.05, calculés au taux de 5 % l'an sur le montant précité de CHF 37'869.60 durant 1298 jours. L'assuré a formé opposition le 5 décembre 2016 contre cette nouvelle décision d'intérêts moratoires, en contestant le principe même d'avoir à payer des intérêts moratoires à la suite d'une erreur de la caisse, la période de référence prise en considération et le taux d'intérêts appliqué. Le 8 décembre 2016, la FER CIAM a rectifié une erreur de calcul affectant la période de référence retenue, ramenant la facture d'intérêts moratoires en question à CHF 6'816.50. Le 12 décembre 2016, l'assuré a réitéré son opposition à ces décisions d'intérêts moratoires. >![endif]>![if>

8. Également le 5 décembre 2016, l'assuré a fait opposition à la décision définitive de cotisations personnelles pour l'année 2011 du 9 novembre 2016, contestant l'assiette de calcul des cotisations personnelles s'agissant du produit exceptionnel de la remise de son commerce. Ladite décision faisait état d'un revenu de CHF 401'614.-, montant se composant d'un bénéfice ordinaire de CHF 82'831.- et d'un bénéfice en capital suite à la remise de son commerce de CHF 318'783.- (soit CHF 32'227.- pour la vente d'actifs + CHF 286'556.- pour la valeur de la clientèle). La base de calcul des cotisations personnelles AVS était celle retenue par le fisc pour l'impôt fédéral direct ; la caisse devait prendre les chiffres fournis par l'AFC « selon leur traitement fiscal ». Dans la ligne de ce qu'avait retenu la réforme de l'imposition des entreprises II, il fallait appliquer un facteur de modération sur le bénéfice de liquidation en cas de cessation d'activité et de remise de commerce, ledit bénéfice étant souvent utilisé pour couvrir des lacunes de la prévoyance ; de tels revenus étaient imposés à un taux correspondant au cinquième du barème ordinaire. La pratique de l'AFC étant de transmettre les données des bénéfices « sur la base de leur identification propre », les caisses devaient adapter les chiffres que l'AFC lui communiquait, même si aucun allègement n'avait été prévu dans la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10) concernant le traitement du bénéfice en capital après remise d'un commerce ; c'était dicté par la primauté revenant à la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), en particulier à son art. 127 al. 2. La décision de la FER CIAM de ne pas appliquer un allègement au bénéfice de liquidation de son commerce était anticonstitutionnelle. Ainsi, des cotisations personnelles AVS « normales » devaient être prélevées sur le bénéfice de la vente d'actifs (sur CHF 32'227.-), de même que sur le 20 % du bénéfice en capital issu de la remise de son commerce (sur CHF 318'783.-, donc sur CHF 63'756.-), mais pas sur les « réserves latentes » représentées par la différence de CHF 255'027.-. >![endif]>![if>

9. Par décision sur opposition du 14 juillet 2017, la FER CIAM a confirmé sa décision du 9 novembre 2016 relative aux cotisations personnelles de l'assuré pour l'année 2011, mais elle a annulé sa décision sur les intérêts moratoires afférents auxdites cotisations. >![endif]>![if>

C'était à juste titre que la caisse avait établi la taxation définitive des cotisations personnelles de l'assuré pour l'année 2011 sur la base des chiffres communiqués par l'AFC, mais en examinant si et dans quelle mesure le revenu déterminant fixé par les autorités fiscales était soumis à cotisations AVS. Comme cela ressortait des directives de l'office fédéral des assurances sociales (ci-après . OFAS) sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG (ci-après : DIN), le bénéfice afférent à la vente du commerce de l'assuré était soumis à cotisations, donc pas uniquement le bénéfice de CHF 82'831.- (à tort seul pris

en compte par la décision provisoire du 18 mars 2013), mais aussi le bénéfice de CHF 333'113.- après provisions pour cotisations au titre du résultat de la cession du commerce (figurant au bilan que l'assuré avait communiqué). L'assuré en était conscient puisqu'il avait reporté la somme de CHF 43'000.- (correspondant aux cotisations sur la vente de son commerce) au titre de passifs transitoires dans les bilans de son entreprise tant de l'année 2011 que des années suivantes. La vente de son commerce ne pouvait être considérée comme de la prévoyance professionnelle, à traiter de la même manière que les autorités fiscales ; d'après la LAVS, seuls les versements effectués à des institutions de prévoyance professionnelle correspondant à la part habituellement prise en charge par l'employeur étaient déductibles du revenu brut pour déterminer le revenu provenant d'une activité indépendante, et les versements faits à des institutions du pilier 3a n'étaient pas déductibles du revenu brut provenant d'une activité lucrative. Concernant les intérêts moratoires, dès lors que la caisse avait commis l'erreur de ne pas calculer le montant provisoire des cotisations personnelles de l'assuré pour l'année 2011 aussi sur le bénéfice de CHF 333'113.- après provisions pour cotisations AVS afférent au résultat de la cession de son commerce, qui figurait au bilan de l'année 2011 que l'assuré lui avait communiqué en mars 2013, il ne fallait pas mettre à la charge de ce dernier le fait que les cotisations provisoires fixées provisoirement étaient inférieures de plus de 25 % au montant des cotisations définitivement dues. 10. Par acte du 25 juillet 2017, l'assuré a recouru par-devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) contre cette décision sur opposition, en tant qu'elle concernait l'assujettissement et le calcul de cotisations personnelles « sur le bénéfice comptable de CHF 333'113.-, après déduction des cotisations y relatives ramené à CHF 318'783.-, résultant de la vente de [son] commerce ». La LAVS n'était pas conforme au droit fédéral, donc était inconstitutionnelle, ainsi qu'il l'avait développé dans son opposition, dont il a repris les termes et conclusions. 11. Par mémoire du 18 août 2017, la FER CIAM a conclu au rejet du recours. La LAVS était une loi fédérale au même titre que la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD - RS 642.11) et la loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes du 14 décembre 1990 (LHID - RS 642.14). En tant qu'autorité en charge d'appliquer la LAVS, la caisse était tenue d'appliquer cette dernière, en vertu de l'art. 190 Cst. Les dispositions issues de la réforme de l'imposition des entreprises II sur le traitement fiscal des bénéficiaires de liquidation d'une personne exerçant une activité lucrative indépendante qui cesserait son activité n'étaient pas transposables en droit de l'AVS. La caisse n'avait pas confondu le 2<sup>ème</sup> pilier et le pilier 3a. 12. Dans des observations du 28 août 2017, l'assuré a maintenu que la LAVS était inconstitutionnelle en tant qu'elle n'avait pas été modifiée suite à l'adoption de la réforme de l'imposition des entreprises II. La FER CIAM occultait que, comme il l'avait démontré par la production d'une « attestation de la FER deuxième pilier », la plus-value résultant de la vente de son commerce était inférieure au capital de prévoyance qu'il aurait dû constituer, ce qui devait permettre d'appliquer « l'allègement fiscal ». 13. Cette écriture a été communiquée à la FER CIAM, en l'absence de réaction de laquelle la cause a ensuite été gardée à juger. EN DROIT 1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice 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 - RS 830.1), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20

décembre 1946 (LAVS - RS 831.10). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie, la décision attaquée ayant été rendue sur opposition en application de la LAVS.   
Le recours a été interjeté en temps utile (art. 60 LPGA), dans le respect des exigences de forme et de contenu prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA ; cf. aussi art. 89B de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Le recourant a qualité pour recourir (art. 59 LPGA). Le recours est donc recevable. 2. Il porte sur la taxation de cotisations personnelles du recourant pour l'année 2011 sur le produit de la remise de son commerce.   
Le recourant ne conteste pas que l'intimée a procédé à cette taxation conformément aux dispositions de la LAVS et des DIN établies par l'OFAS, mais il estime que la LAVS est inconstitutionnelle faute d'avoir été harmonisée avec les dispositions fiscales de la réforme de l'imposition des entreprises II en tant qu'est concernée la fixation des cotisations personnelles AVS afférentes au bénéfice de liquidation de son commerce. 3. a. Selon l'art. 190 Cst., le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenues d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Cette règle immunise les lois fédérales et les normes édictées en exécution de ces dernières contre leur contrôle concret, en tant qu'elle en impose l'application, le cas échéant même si elles violaient la constitution, dont des droits fondamentaux. Sans doute le Tribunal fédéral l'interprète-t-il comme n'excluant pas forcément un contrôle concret de conformité au droit supérieur, mais comme une obligation d'appliquer le droit, le Tribunal fédéral ne pouvant le cas échéant qu'inviter le législateur à modifier une disposition qui s'avérerait contraire au droit supérieur, étant précisé qu'il ne procède à un tel contrôle que si des circonstances particulières le justifient (ATF 140 I 353 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_871/2017 du 15 janvier 2018 consid. 5.2.1 ; Jacques DUBEY, Droits fondamentaux, 2018, vol. I, n. 926 ss ; Pascal MAHON, Droit constitutionnel, vol. I, 3<sup>ème</sup> éd., 2014, n. 264 ss ; Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, 3<sup>ème</sup> éd., 2013, vol. I, n. 1937 ss).   
b. Les caisses de compensation sont des autorités en charge de l'application de la LAVS et des autres lois relevant des assurances sociales prévoyant la perception de cotisations sociales (art. 49 LAVS). Elles sont tenues d'appliquer lesdites lois fédérales. Il en va de même de la chambre de céans. Il n'y a au demeurant pas de circonstances particulières, en l'espèce, justifiant de procéder à un contrôle de constitutionnalité de la LAVS au regard tant de l'art. 127 al. 2 Cst. que de la LIFD et la LHID. En tout état, il appert que si une collaboration est prévue dans certaines situations entre le fisc et les caisses de compensation pour la fixation des cotisations sociales, ces normes de nature fiscale n'impliquent nullement – pas davantage que la réforme de l'imposition des entreprises II – que des allègements fiscaux doivent être transposés en droit de l'AVS pour la détermination des cotisations sociales. La LAVS est une loi fédérale, au même titre et de même rang que la LIFD et la LHID. C'est elle qui représente la législation pertinente pour la fixation des cotisations sociales. Le grief principal sinon exclusif soulevé par le recourant doit être écarté. 4. a. Pour déterminer le revenu provenant d'une activité indépendante (de même que le capital propre engagé dans une entreprise), les caisses de compensation se basent sur les données que doivent leur communiquer les autorités fiscales cantonales, ainsi que le prévoit l'art. 9 al. 3 LAVS.   
L'art. 23 al. 1 phr. 1 RAVS précise à cet égard que pour établir le revenu déterminant (communiqué aux caisses), les autorités fiscales cantonales se fondent sur la taxation passée en force de l'impôt fédéral direct, et il ajoute, à son al. 4, que les caisses de compensation sont liées par les données des autorités fiscales cantonales. Comme le Tribunal fédéral l'a précisé explicitement (ATF 121 V 80 consid. 2c ;

arrêt 9C\_162/2014 du 31 juillet 2014 consid. 3), le caractère obligatoire de ces données ne concerne que la fixation du revenu déterminant ; il n'englobe pas la question de savoir si et dans quelle mesure celui-ci est soumis à cotisations. Les caisses de compensation doivent donc en général se fier aux communications des autorités fiscales pour la qualification du revenu et ne procéder à leurs propres investigations que lorsqu'il y a des doutes sérieux quant à leur exactitude (ATF 134 V 250 consid. 3.3 p. 253 s. ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_441/2015 du 19 février 2016 consid. 6.4), mais c'est sans être liées par la communication fiscale qu'elles doivent examiner au regard du droit de l'AVS qui est tenu de payer des cotisations pour des revenus dont l'autorité fiscale a fait état. b. Selon l'art. 9 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 (al. 1), sous déduction de divers frais et dépenses, dont les versements personnels à des institutions de prévoyance professionnelle dans la mesure où ils correspondent à la part habituellement prise en charge par l'employeur (al. 2 let. e). D'après l'art. 17 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101), est réputé revenu provenant d'une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 9 al. 1 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 tout autre activité, y compris les bénéfices en capital et les bénéfices réalisés lors du transfert d'éléments de fortune au sens de l'art. 18 al. 2 LIFD, et les bénéfices provenant de l'aliénation d'immeubles agricoles ou sylvicoles conformément à l'art. 18 al. 4 LIFD, à l'exception des revenus provenant de participations déclarées comme fortune commerciale selon l'art. 18 al. 2 LIFD. Les DIN précisent, à leur ch. 1089, que sont considérés comme éléments du revenu de l'activité indépendante tous les bénéfices en capital provenant de l'aliénation, de la réalisation ou de la réévaluation comptable d'éléments de fortune commerciale (cf. aussi ch. 1089-4 des DIN, selon lequel les bénéfices de liquidation imposés selon l'art. 37b LIFD sont soumis intégralement à cotisations et doivent être communiqués par les autorités fiscales avec les autres revenus provenant de l'activité indépendante). S'agissant des versements personnels à des institutions de la prévoyance professionnelle et au 3<sup>ème</sup> pilier, le ch. 1113 des DIN indiquent qu'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 professionnelles. Le ch. 1117 des DIN précisent que les versements que l'indépendant fait à des institutions du pilier 3a (autres formes de prévoyance reconnues, servant à la prévoyance professionnelle) ne doivent pas être déduits du revenu brut provenant d'une activité lucrative. 5. a. En l'espèce, la communication que l'AFC a faite à l'intimée des revenus du recourant pour l'année 2011 mentionnait un revenant indépendant de CHF 401'614.-, un capital investi de CHF 99'841.- et CHF 0.- de rachat LPP. Ces montants liaient l'intimée, qui les a donc retenus à juste titre pour fixation du revenu déterminant du recourant pour l'année 2011. L'intimée n'avait pas à ne prendre en compte que le 20 % mais bien l'intégralité du produit de liquidation du commerce du recourant (CHF 333'113.- après provisions pour cotisations AVS de quelque CHF 43'000.-), en plus de son bénéfice ordinaire de CHF 82'831.-. L'intimée n'avait pas à considérer qu'une part du bénéfice de liquidation du commerce du recourant représentait des « réserves latentes », non soumises à cotisations, ayant un caractère de prévoyance. L'« estimation individuelle des coûts et des prestations au 01.01.2011 » qu'a produite le recourant, émanant de la caisse Inter-Entreprises de prévoyance professionnelle, ne dicte ni n'autorise une autre

appréciation de cette question, quand bien même cette pièce fait mention d'un montant de CHF 486'623.- au titre de « montant du rachat total possible ». Le recourant n'a pas effectué de rachat LPP en 2011, d'après la communication précitée de l'AFC. C'est le lieu de noter que, dans sa réponse au recours, l'intimée n'a pas confondu le 2<sup>ème</sup> et le 3<sup>ème</sup> piliers, mais a expliqué que le recourant ne remplissait pas les conditions, au niveau du calcul des cotisations personnelles, d'obtention de déductions liées à des versements à des institutions de prévoyance professionnelle. b. S'il conteste – à tort – l'absence de déduction de 80 % du produit de la liquidation de son commerce, le recourant ne critique pas, pour le surplus, que l'intimée ait déduit du revenu 2011 de CHF 401'614.- communiqué par l'AFC une somme de CHF 2'000.- (soit 2 % de CHF 99'841.-, arrondi au CHF 1'000.- supérieur), pour obtenir un revenu net sans cotisation de CHF 399'614.-, et qu'il ait ajouté à ce montant CHF 42'926.- de cotisations personnelles AVS 2011, pour obtenir un revenu brut non arrondi de CHF 442'540.-, soit un revenu déterminant de CHF 442'500.-, sur lequel elle a appliqué les pourcentages légaux de 9.7 % pour les cotisations personnelles « AVS/AI/APG », de 1 % pour les contributions aux frais d'administration, de 1.4 % pour la « CAFI, contribution personnelle AF GE » et de 0.045 % pour les cotisations personnelles « Amat », ce qui donne le total de CHF 46'953.- fixé par la décision attaquée (dont à déduire la somme de CHF 9'083.40 déjà payés par le recourant). c. La décision attaquée est bien fondée. 6. Aussi le recours doit-il être rejeté. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). Vu l'issue donnée au recours, le recourant n'a pas droit à une indemnité de procédure (art. 61 let. g LPGA). \* \* \* \* \* PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.