RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1270/1999** **ATAS/357/2003**

# ARRÊT

# DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

## Du 16 décembre 2003

## 1ère Chambre

En la cause

**Monsieur B_____** recourant
Représenté par Maître Michel LAMBELET
Rue Etienne Dumont 1
1204 GENEVE

contre

**CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION** intimée
Case postale 360
1211 GENEVE 29

**Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente**
**Mme Giovanna DESCLOUX et Mr Pierre GUERINI, Juges assesseurs**

## EN FAIT

1. Monsieur B_____ a rempli le 24 mars 1992 un questionnaire d'affiliation des personnes de condition indépendante aux termes duquel il déclare qu'il a débuté une activité indépendante à compter du 1er janvier 1991 dans le domaine de l'architecture et construction. Il a ainsi été affilié auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la Caisse) en qualité d'indépendant depuis le 1er décembre 1991. Par décisions du 18 décembre 1992, la Caisse lui a réclamé le paiement des cotisations personnelles AVS-AI dues pour les années 1992 et 1993, calculées sur la base d'un revenu nul. Après avoir pris connaissance du bilan 1992, elle a notifié de nouvelles décisions de cotisations à Monsieur B_____, le 22 février 1994, portant sur les années 1992 à 1995, tenant compte cette fois-ci d'un revenu 1992 de Fr. 281'866,--.

2. En novembre 1994, la Caisse a appris que Monsieur B_____ avait cessé d'exercer son activité lucrative indépendante depuis 1992. Elle l'a dès lors informé que sa décision du 22 février 1994 était annulée pour les mois d'octobre à décembre 1994 ainsi que pour l'année 1995 et qu'elle procédait à la liquidation de son dossier d'indépendant au 30 septembre 1994. Elle rappelait qu'en revanche les décisions du 22 février 1994 pour les années 1993 et 1994 (janvier à septembre) étaient entrées en force et que les cotisations avaient été payées (cf. décision du 23 novembre 1994).

3. Plusieurs communications fiscales sont par la suite parvenues à la Caisse, faisant état de revenus d'indépendant jusqu'en 1994, et indiquant plus particulièrement les montants suivants :

- Capital au 31 décembre 1994 Fr. 1'320'742,--
- Revenu indépendant 1993 Fr. 358'789,--
- Revenu indépendant 1994 Fr. 434'333,--

  (cf. communication 28ème période du 26 mai 1998).

4. La Caisse a dès lors interrogé la fiduciaire X_____ afin d'obtenir des explications sur la situation réelle de Monsieur B_____. Sans réponse dans le délai imparti, la Caisse a fixé le montant des cotisations personnelles dues par Monsieur B_____ pour les années 1993 et 1994 en se fondant sur les chiffres communiqués par l'administration fiscale.

5. Monsieur B_____ a interjeté recours auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI le 21 janvier 1999 contre ladite décision, aux motifs suivants :

- « j'ai cessé mon activité depuis le 31 décembre 1992, selon confirmation mentionnée dans votre lettre du 23 novembre 1994.

- document retourné à la Caisse de compensation rue Malatrex le 15 janvier 1991 où je déclare n'avoir plus occupé de personnel depuis le 1er mars 1990 et avoir arrêté notre entreprise définitivement.

- lettre de Maître KELLER concernant la dissolution de la société en nom collectif E. et R. B_____ inscrite au registre foncier le 16 décembre 1991.

- lettre de la Caisse de compensation du bâtiment du 8 janvier 1992 confirmant la radiation de notre entreprise ».

6. Dans son préavis du 24 mars 1999, la Caisse constate que Monsieur B_____ répète qu'il a cessé son activité indépendante en décembre 1992, alors que parallèlement l'administration fiscale communique des chiffres représentant des revenus d'indépendant réalisés en 1993 et 1994. La Caisse conclut au rejet du recours.

7. La greffière-juriste alors chargée du dossier a prié Monsieur B_____ de lui expliquer ce qu'étaient les revenus d'indépendant retenus par le fisc, à savoir Fr. 358'789,-- pour 1993 et Fr. 433'333,-- pour 1994. Par courrier du

2 juillet 1999, Monsieur B_____ a confirmé que tous ses revenus à partir de 1991 provenaient de son patrimoine privé :

- « placements fiduciaires ou autres placements en fonds propres
- revenus de locations de villas et d'un petit immeuble qui est vendu depuis 1995,
- revenus provenant de la vente de mes biens immobiliers »

Le recourant précise encore qu'il n'a aucun autre revenu, qu'il n'a plus d'employé ni mandat depuis 1990 et rappelle que l'entreprise E. et R. B_____ a été radiée le 19 décembre 1991.

8. Invité à dire pour quel motif il a déposé auprès de la Caisse une demande visant à son affiliation comme indépendant le 24 mars 1992, alors même qu'il soutient que tous les revenus réalisés depuis 1991 proviennent de son patrimoine privé, le recourant produit copie de l'acte de partage entre son frère et lui-même datant d'avril 1979 et un certificat établi le 28 mars 1998 par le Docteur L_____ spécialiste FMH en cardiologie clinique et interventionnelle, aux termes duquel il est incapable de travailler à 100% depuis le 1er avril 1998.

Il appert de l'acte de partage des 5 et 18 avril 1979 que Messieurs E. et R. B_____ co-propriétaires, chacun pour la moitié de différents immeubles à Genève, ont réparti ceux-ci entre eux deux, à telle enseigne que le recourant est devenu seul propriétaire d'une quinzaine de parcelles.

Maître Denis KELLER, notaire, a par ailleurs confirmé, le 17 décembre 1991, que l'acte signé le 4 décembre 1991, portant dissolution de la société en nom collectif « E. et R. B_____ » et partage-attributions des biens immobiliers a été inscrit au Registre foncier le 16 décembre 1991.

9. Le 25 mai 2000, la Caisse a informé le greffe de la Commission cantonale de recours AVS –AI que le recourant avait effectué un versement de Fr. 26'988,45 le 9 mai 1999 et que son compte s'en trouve ainsi soldé. Cela étant, la

Caisse persiste à dire que rien n'autorise à ne pas tenir compte des revenus d'indépendant communiqués par le fisc pour les années 1993 et 1994. Maître Michel LAMBELET s'est constitué pour la défense des intérêts de Monsieur B_____ le 9 juin 2000. La greffière-juriste a encore une fois souhaité mieux comprendre la nature des revenus communiqués par le fisc à la Caisse à savoir Fr. 288'250,-- pour 1992, Fr. 358'789,-- pour 1993 et Fr. 434'333,-- pour 1994. Elle a dès lors prié le recourant de bien vouloir lui communiquer copies de ses déclarations fiscales 1993, 1994 et 1995.

10. Maître LAMBELET a enfin été en mesure de produire les documents demandés le 7 novembre 2003.

## EN DROIT

A la forme :

Le recours, interjeté auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI en temps utile, (art. 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants - LAVS) est recevable en la forme.

La cause a été transmise d'office au présent Tribunal conformément à l'article 3, al. 3 de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ).

Au fond :

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003 entraînant la

modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS-AI. Le cas d'espèce reste toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au 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 ; 121 V 366).

La question litigieuse qu'il convient d'examiner en l'espèce revient à déterminer si les immeubles dont le recourant est propriétaire font ou non partie de sa fortune commerciale et si c'est donc à juste titre que le bénéfice qu'il a tiré de la vente de ces immeubles a été considéré comme revenu d'une activité lucrative indépendante soumise à cotisations.

Le revenu provenant d'une activité indépendante comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (article 9, al. 1 LAVS). Aux termes de l'article 17 RAVS, est réputé revenu provenant d'une activité lucrative indépendante au sens de l'article 9 al. 1 LAVS tous les revenus 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 les bénéfices en capital et les bénéfices réalisés lors de transferts d'éléments de fortune au sens de l'article 18 al. 2 LIFD et les bénéfices provenant de l'aliénation d'immeubles agricoles ou sylvicoles conformément à l'article 18 al. 4 LIFD. Conformément à l'article 9 al. 3 LAVS, 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.

Selon l'article 23 al. 4 RAVS, les caisses de compensation sont liées par les données des autorités fiscales cantonales en ce qui concerne le revenu d'une activité indépendante qui est déterminant pour le calcul des cotisations. On ne peut s'écarter d'une taxation fiscale passée en force que si cette dernière contient des erreurs manifestes et dûment prouvées qui peuvent être corrigées d'emblée, ou lorsqu'il s'agit d'apprécier des faits sans importance du point de vue fiscal, mais décisifs en matière de droit des assurances sociales. En revanche, lorsqu'elles doivent

établir si elles ont à faire au revenu d'une activité lucrative, et s'il s'agit d'une activité indépendante ou salariée, les caisses de compensation ne sont pas liées par les communications des autorités fiscales cantonales. Il est vrai qu'elles doivent en règle générale se fier à ces communications pour la qualification du revenu et procéder à leurs propres investigations seulement lorsqu'il y a des doutes sérieux quant à leur exactitude (RCC 1976, p.275).

La qualification d'un élément de fortune comme actif de nature commerciale ou de nature privée est souvent sans importance en matière fiscale. Dans ces cas-là, la communication fiscale ne constitue pas une base sûre pour la fixation des cotisations, et ladite qualification est l'affaire du juge des assurances sociales (RCC 1969, p. 692).

En principe, la délimitation entre la fortune commerciale et la fortune privée s'opère selon les mêmes critères que ceux établis par la pratique et la jurisprudence pour l'impôt fédéral direct. L'élément décisif pour l'attribution d'un bien à la fortune commerciale réside dans le fait que celui-ci a été acquis à des fins commerciales ou servent effectivement à l'entreprise. Pour procéder à cet examen, on se fondera sur des critères objectifs. La volonté de l'assuré, telle qu'elle peut notamment s'exprimer dans la manière de comptabiliser le bien considéré, représente toutefois une indication importante. Ceci ne vaut cependant qu'à la condition que la comptabilité se rapporte seulement à la fortune commerciale et non pas à l'ensemble de la fortune (RCC 1979, p. 271).

Selon la jurisprudence du TFA, le seul fait qu'un assuré pratique le commerce d'immeubles n'est pas décisif lorsqu'il s'agit de savoir si tel ou tel immeuble a un caractère privé ou commercial. Ainsi que le TFA l'a déclaré, on ne saurait présumer d'emblée qu'un assuré revendra un immeuble, à moins que cette hypothèse ne soit corroborée par des indices (RCC 1969, p. 693). Ainsi le seul fait pour un assuré d'être ingénieur en bâtiment ne permet pas de conclure que les immeubles font partie de la fortune commerciale. Le TFA a en effet considéré qu'un assuré qui travaille dans la construction doit avoir lui aussi la possibilité de placer sa fortune privée dans des immeubles (RCC 1969, p. 693).

Le TFA a également eu l'occasion de juger le cas d'un assuré qui, parallèlement à son activité principale, vendait à l'occasion des immeubles. Le TFA a qualifié cette activité immobilière, avec un nombre restreint de transactions effectuées, de « occasionnelle ». Il a déclaré que des gains, considérés selon le droit de l'AVS comme le produit d'un travail, ne peuvent être réalisés que sur des éléments de la fortune commerciale. Cela n'indique toutefois pas à quel moment un élément de la fortune doit être considéré comme appartenant à ladite fortune commerciale. L'expérience enseigne en effet que des éléments de la fortune privée peuvent à une date ultérieure devenir des éléments de la fortune commerciale. A partir de ce moment-là, ils servent effectivement au commerce et le produit que l'on en tire éventuellement ou les gains réalisés par leur aliénation sont considérés par conséquent comme un revenu d'une activité lucrative (RCC 1987, p. 452).

En l'espèce, il s'avère qu'à la dissolution de la société en nom collectif « E. et R. B_____ », le 16 décembre 1991, le recourant est resté propriétaire de quelques villas. Il perçoit depuis le produit de locations et vend petit à petit ses immeubles au gré de ses besoins. Il déclare n'être plus indépendant depuis 1992. Il appert de ce qui précède que la volonté de Monsieur B_____ était que ses villas constituent des éléments de sa fortune privée, et non pas commerciale, auquel cas les revenus provenant de la location et les produits de la vente ne doivent pas être soumis à cotisations.

Force est cependant de constater que le nombre de villas vendues est relativement important, si l'on en juge les sommes ainsi réalisées. On ne peut plus sérieusement qualifier cette activité immobilière de « occasionnelle ».

Le fait que les déclarations fiscales produites font état de revenus d'indépendant plaide également en faveur de l'exercice d'une activité lucrative indépendante. Ainsi, pour 1994, la somme de Fr. 358'789,-- figure bel et bien sous « revenu provenant d'une activité lucrative indépendante », avec la mention « villas louées et lotissement général » / bénéfice net + 1/4 x 2/5 frais matériel roulant (quatre véhicules). Un bilan au 31 décembre 1994 ainsi qu'un compte de pertes et profits est joint à la déclaration fiscale. De plus, la distinction entre le revenu de l'activité

indépendante d'une part et le revenu et la fortune immobilière d'autre part est clairement faite dans la déclaration fiscale. En indiquant le bénéfice réalisé lors de la vente de terrains et de villas et les locations encaissées sous la rubrique « revenu d'indépendant », le recourant a la possibilité de déduire toutes les charges, ce qu'il ne pourrait pas faire s'il s'agissait de fortune privée.

Monsieur B_____ a ainsi volontairement créé l'apparence d'une activité indépendante, qui se trouve être en contradiction avec ses déclarations. Il y a lieu de constater qu'il ne saurait soutenir devant le fisc et comptablement une version pour en défendre une seconde devant la Caisse. Le Tribunal de céans est dès lors d'avis que, vu les principes dégagés par la jurisprudence du TFA et vu l'apparence qu'a souhaité donner Monsieur B_____ à ses revenus, il se justifie de considérer que les revenus communiqués par le fisc à la Caisse pour les années 1993 et 1994 sont des revenus d'indépendant.

* * *

**PAR CES MOTIFS,**

**LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable ;

**Au fond :**

1. Le rejette;

2. 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. Ce mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs le recourant estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter la signature du recourant ou 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 au mémoire s'il s'agit de pièces en possession du recourant. Seront également jointes au mémoire la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

| La greffière : | La présidente : |
|---|---|
| Marie-Louise QUELOZ | Doris WANGELER |

Le présent arrêt est communiqué pour notification aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe