

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1320/2010

ATAS/1114/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 2 novembre 2010

En la cause

Madame B _____, domiciliée à Vésenaz, représentée par la
FIDUCIAIRE X _____

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
Direction, sise route de Chêne 54, 1211 Genève 6

intimée

**Siégeant : Doris GALEAZZI-WANGELER, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et
Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Madame B_____, née en 1951, exerce la profession de notaire à titre indépendant. Elle est affiliée en tant que telle auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION AVS/AI (ci-après Caisse).
2. Par décisions du 20 juillet 2009, la Caisse a fixé à 27'735 fr. le montant des cotisations personnelles AVS/AI/APG, frais d'administration compris, à 4'131 fr. les contributions aux allocations familiales et à 747 fr. les cotisations à l'assurance-maternité dues par l'assurée pour l'année 2003. La Caisse s'est fondée sur un revenu de 307'826 fr. , duquel elle a déduit le capital investi à fin décembre 2003 de 23'800 fr.
3. L'assurée, représentée par la Fiduciaire X_____, a formé opposition le 12 août 2009, indiquant avoir obtenu gain de cause dans le cadre d'un recours contre la taxation 2003. Elle a joint à son courrier un avis de taxation rectificatif daté du 24 avril 2009, duquel il résulte un revenu total de 144'302 fr.
4. Par courrier du 30 septembre 2009 adressé à l'administration fiscale cantonale, service des communications AVS, l'assurée a précisé que la somme de 41'008 fr., qui avait été comprise dans le bénéfice fiscal réalisé dans le cadre de l'Etude de notaire, représentait en réalité le résultat des locations d'un immeuble sis à Plan-les-Ouates, indiquant à cet égard que "cet immeuble est resté dans la catégorie "Immeuble commercial" puisqu'il résulte d'une promotion immobilière antérieure. Cette qualification commerciale indiquée dans la déclaration n'a pour but qu'un suivi fiscal, car dès la vente de celui-ci, le bénéfice en capital sera alors considéré comme un bénéfice commercial, et donc soumis au droit IGBI."
5. Prenant acte le 7 octobre 2009 de la réclamation déposée auprès de l'administration fiscale par l'assurée, la Caisse a mis en suspens ses décisions.
6. Le 10 décembre 2009, l'assurée a complété son opposition, confirmant que la qualification "commerciale" donnée à l'immeuble de Plan-les-Ouates portait uniquement sur sa valeur et non sur son rendement. Elle constate ainsi que l'appréciation fiscale fait défaut pour des raisons d'incompétence de la part de l'administration fiscale cantonale, et considère dans ces conditions que la Caisse AVS doit elle-même apprécier la qualification du revenu net des locations dans le cadre privé. Elle produit copie de la lettre que lui a adressée l'administration fiscale cantonale le 2 décembre 2009, lettre qu'elle qualifie de "laconique et sibylline", aux termes de laquelle «depuis 2001, cet immeuble apparaît dans le bilan de l'activité lucrative indépendante de l'assurée donc ses revenus ont été taxés en tant que bénéfice. D'ailleurs, la photocopie de l'avis de taxation rectifié 2003 jointe à votre courrier inclut ces 41'008 fr. comme bénéfice net. Notre Service transmet aux

caisses de compensation les chiffres figurant sur l'avis de taxation et ceux-ci ne peuvent en aucun cas être modifiés par notre Service.»

7. Par décision du 19 mars 2010, la Caisse a rejeté l'opposition. Elle rappelle que les autorités fiscales lui ont communiqué pour l'année 2003 un revenu de 307'826 fr. et un capital propre engagé de 951'757 fr., chiffres qui ressortent également très clairement du bordereau de taxation. Elle relève par ailleurs que le raisonnement développé par l'assurée ne se rapporte qu'au revenu et non au capital pris en considération, laissant supposé que le montant de 951'757 fr. correspond au capital engagé dans l'Etude de l'assurée.

Considérant que le bien immobilier a été qualifié de "fortune commerciale" par les autorités fiscales, que dès lors le rendement de 41'008 fr. découle de la jouissance d'un bien immobilier commercial, la Caisse en conclut qu'il doit être considéré au sens de l'AVS comme le revenu d'une activité lucrative indépendante.

8. L'assurée a interjeté recours le 14 avril 2010 contre ladite décision. Elle explique qu'elle exerce son activité de notaire à titre principal, et qu'elle avait participé à titre accessoire à une promotion immobilière il y a de cela plusieurs années. Elle souligne qu'elle ne déploie personnellement aucun effort dans le sens de la recherche de gains, puisque l'immeuble en question est géré de façon passive par elle-même. Elle se borne en effet à enregistrer les loyers encaissés et à payer les charges courantes. Elle n'assume en particulier aucun risque spécifique d'entrepreneur.
9. Dans sa réponse du 12 mai 2010, la Caisse a conclu au rejet du recours.
10. Dans sa réplique du 21 mai 2010, l'assurée relève encore que l'immeuble, dès son acquisition, a été mis en location à des tiers, ce qui prouve qu'elle a bien acquis ce bien au titre d'investissement privé et non dans le but de poursuivre une opération commerciale.
11. Dans sa duplique du 25 juin 2010, la Caisse considère que les observations et pièces produites n'appellent aucune remarque particulière de sa part.
12. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), 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 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.

2. La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable au cas d'espèce.
3. Le recours, interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, est recevable (art. 56 à 60 LPGA).
4. Le litige porte sur le point de savoir si les revenus réalisés par l'assurée en 2003 à hauteur de 41'008 fr. et résultant de locations d'un immeuble dont elle est propriétaire, doivent être considérés comme les revenus d'une activité lucrative indépendante - et soumis en tant que tels à cotisations - ou s'ils relèvent de la gestion de fortune privée.
5. Aux termes de 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.

² Pour déterminer le revenu provenant d'une activité indépendante, on déduit du revenu brut:

- a. les frais généraux nécessaires à l'acquisition du revenu brut;
- b. les amortissements et les réserves d'amortissement autorisés par l'usage commercial et correspondant à la perte de valeur subie;
- c. les pertes commerciales effectives qui ont été comptabilisées;
- d. les sommes que l'exploitant verse, durant la période de calcul, à des fins de bienfaisance en faveur de son personnel, s'il est établi que toute autre utilisation ultérieure est exclue, ou pour des buts de pure utilité publique. Sont exceptées les cotisations dues en vertu de l'art. 8 et celles qui sont prévues par la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance invalidité (LAI) et par la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur le régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée ou dans la protection civile;
- e. 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;
- f. l'intérêt du capital propre engagé dans l'entreprise. Le Conseil fédéral en fixe le taux sur préavis de la Commission fédérale de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité.

Le Conseil fédéral est autorisé à admettre, au besoin, d'autres déductions du revenu brut, provenant de l'exercice d'une activité lucrative indépendante.

³ 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.

6. L'art. 17 RAVS précise qu'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 toute 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.
7. On ajoutera que la simple gestion de fortune privée ne constitue pas une activité indépendante au sens des art. 9 al. 1 LAVS et 17 RAVS, de sorte que le revenu du capital net qui en résulte n'est pas soumis à cotisation. Il en va de même des gains provenant de la fortune privée qui ont été réalisés en tirant profit d'une occasion qui se présentait par hasard. En revanche, les gains en capital résultant de la vente ou de la réalisation d'éléments du patrimoine privé, tels que titres ou immeubles, constituent des revenus provenant d'une activité lucrative indépendante même pour des entreprises (individuelles) non astreintes à tenir une comptabilité si et dans la mesure où ils reposent sur une activité commerciale exercée à titre professionnel (ATF 134 V 250 consid. 3.1 p. 252 s.; 125 V 383 consid. 2a p. 385).
8. 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).

9. 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 le TF, 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

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. 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 de même eu à 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, d'« occasionnelle » (RCC 1987, p. 452).

10. Dans un arrêt récent (ATF 134 V 250), le Tribunal fédéral a examiné de manière détaillée la qualification sous l'angle de l'AVS du revenu locatif provenant d'immeubles appartenant à la fortune commerciale, en considérant que selon l'art. 18 al. 2, troisième phrase LIFD, la fortune commerciale comprend tous les éléments de fortune qui servent, entièrement ou de manière prépondérante, à l'exercice de l'activité lucrative indépendante. La notion de fortune commerciale en droit fiscal suppose donc la réunion de deux éléments constitutifs: d'une part, une activité indépendante et, d'autre part, le fait que l'élément de fortune en question

sert effectivement à l'exercice de l'activité lucrative. Du point de vue du droit des assurances sociales, il n'y a aucune raison de nier le rapport entre la fortune commerciale et l'activité indépendante; par définition, il n'est pas possible de considérer que le produit provenant de la gestion de la fortune commerciale constitue un revenu de l'administration de la fortune privée. Il résulte en particulier de l'art. 17 RAVS que, de même qu'en droit fiscal, il existe du point de vue de la perception des cotisations de l'AVS un lien entre la fortune commerciale et l'activité indépendante. Conformément à cette disposition, les bénéfices réalisés lors du transfert d'éléments de fortune au sens de l'art. 18 al. 2 LIFD sont soumis à cotisations et constituent donc un revenu d'une activité lucrative indépendante. Il ne serait dès lors pas compréhensible que les revenus résultant de la location d'immeubles faisant partie de la fortune commerciale ne tombent pas sous le coup de l'obligation de cotiser à l'AVS, alors que dans le cas d'un transfert de ces avoirs immobiliers dans la fortune privée, les gains en provenant seraient soumis à cotisations (ATF 134 V 250 consid. 4.2 p. 254 s. et les références).

En rapport avec le revenu provenant du commerce et de la location d'immeubles, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que le principe de l'assujettissement parallèle du gain sur la fortune et du revenu de la fortune, lorsqu'il y a lieu d'admettre qu'il s'agit de la fortune commerciale, est obligatoire (arrêt H 210/06 du 22 juin 2007 consid. 6.3 et arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 36/03 du 7 juin 2004 consid. 6.5 et les références). Dès lors que le transfert d'actifs de la fortune commerciale à la fortune privée est souvent assimilé à une aliénation (art. 18 al. 2 LIFD), il convient, compte tenu du principe de l'assujettissement parallèle, de traiter de la même manière, du point de vue du droit des contributions fiscales, les revenus locatifs réalisés avant ce transfert que le gain obtenu par celui-ci (ATF 134 V 250 consid. 4.2 p. 255 et les références).

De ces considérations, le Tribunal fédéral a déduit que le revenu locatif provenant d'immeubles appartenant à la fortune commerciale constitue un revenu provenant d'une activité indépendante qui est soumis à cotisations AVS. S'il est établi que les immeubles appartiennent à la fortune commerciale, il n'est pas nécessaire d'examiner en plus si la location constitue ou non une activité indépendante. La réponse à cette question découle déjà de l'affectation des immeubles à la fortune commerciale (ATF 134 V 250 consid. 4.3 p. 255).

9. Le revenu provient d'une activité lucrative lorsqu'il résulte du placement, de la jouissance ou de la mise en valeur de biens faisant partie de la fortune commerciale (RCC 1969 pp. 56 et 543, 1988 p. 539, ATF 114 V 61, VSI 1993 p. 230, 2000 p. 51, ATF 125 V 383). Le revenu provient également d'une activité lucrative lorsqu'il découle du placement de la jouissance ou de la mise en valeur systématique - débordant le cadre d'une simple gérance de fortune - de biens ou de droits qui ne sont pas formellement qualifiés de fortune commerciale (RCC 1975 p. 229, 1987 p. 314). Par exemple, le revenu tiré d'un commerce professionnel d'immeubles (RCC

1961 p. 70, ATFA 1960 p. 196, RCC 1962 p. 281, 1963 p. 404, ATFA 1963 p. 24, RCC 1969 p. 60, 1973 p. 34, ATF 98 V 88, RCC 1987 pp. 314 et 452) ainsi que le revenu (immobilier) tiré d'une simple gestion accessoire de la fortune privée sans activité à but lucratif, ce qui, en règle générale, est le cas de la location de chambres et appartements meublés, particulièrement quand les locataires bénéficient de prestations supplémentaires (RCC 1965 p. 36, 1985 p. 465, ATF 111 V 81, RCC 1987 p. 314).

10. En l'espèce, la Caisse a considéré que le rendement de 41'008 fr. découlait de la jouissance d'un immeuble qualifié par les autorités fiscales de bien commercial et qu'il devait, partant, être soumis à cotisations comme revenu d'une activité lucrative indépendante. L'assurée allègue au contraire en substance que la qualification « commerciale » ne porte que sur la valeur de l'immeuble et non pas sur son rendement.
11. La délimitation entre fortune commerciale et fortune privée se fait en règle générale selon les principes applicables en matière fiscale. On peut toutefois s'en écarter. Il apparaît en effet que la qualification de la fortune immobilière est en matière fiscale en principe sans importance. Du point de vue de l'AVS en revanche, il est essentiel de savoir si les actifs sont de nature commerciale ou privée, car le montant de la cotisation en dépend.
12. Il n'est pas contesté que l'immeuble a été acquis dans le cadre d'une promotion immobilière, de sorte qu'il a été qualifié par les autorités fiscales d'immeuble commercial.

L'intéressée considère toutefois que la notion commerciale n'est attachée qu'à la valeur en capital et non pas à son rendement puisque celui-ci n'est pas dû à l'exercice d'une activité indépendante de sa part.

Tel n'est pas l'avis du Tribunal de céans, au vu de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il suffit en effet que l'immeuble appartienne à la fortune commerciale pour que le revenu locatif en découlant constitue un revenu d'indépendant soumis à cotisations AVS en tant que tel.

L'intéressée souligne qu'elle gère l'immeuble de façon passive, en ce sens qu'elle se borne à enregistrer les loyers encaissés et à payer les charges courantes.

Or, il résulte de la jurisprudence susmentionnée que si les immeubles concernés appartiennent à la fortune commerciale, les revenus locatifs sont soumis à cotisations AVS, quand bien même ils ne seraient pas tirés d'une activité indépendante. Aussi le fait que l'assuré confie la gestion des locations à une régie importe peu à cet égard. Il suffit de déterminer si les immeubles font ou non partie de la fortune commerciale. Or, tel est le cas en l'espèce.

Force est de constater, au vu de ce qui précède, que l'argumentation de l'assurée n'est pas suffisante pour s'écarter de la qualification retenue par les autorités fiscales et pour mettre en doute l'exactitude des communications fiscales sur lesquelles s'est fondée la Caisse.

Aussi le recours est-il rejeté s'agissant des cotisations AVS/AI.

13. Aux termes de l'art. 27 al. 2 de la loi sur les allocations familiales du 1^{er} mars 1996 (LAF), "les personnes de condition indépendante et les salariés d'un employeur non tenu de cotiser à l'assurance-vieillesse et survivants paient la contribution fixée en pour-cent des revenus soumis à cotisations dans l'assurance-vieillesse et survivants jusqu'à un montant maximum de 243 000 F par année."

Selon l'art. 3 al. 2 de la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption, du 21 avril 2005 (LAMat), "les cotisations sont perçues sur le revenu d'une activité lucrative déterminant pour l'AVS. Leur taux est fixé périodiquement par le Conseil d'Etat de manière à couvrir les frais découlant de l'application de la présente loi. Il s'élève au maximum à 0,1 %, sous réserve de l'article 27, alinéa 4, de la présente loi."

La Caisse a dûment fixé le montant des contributions AF et des cotisations AMat sur la base des chiffres retenus en matière AVS ce, conformément aux deux dispositions légales susmentionnées.

Le recours doit dès lors être également rejeté en matière d'allocations familiales et d'assurance-maternité.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

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 auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI-
WANGELER

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